

الكتاب: الشرح الكبير

المؤلف: عبد الرحمن بن قدامه

الجزء: ٥

الوفاء: ٦٨٢

المجموعة: فقه المذهب الحنبلي

تحقيق:

الطبعة: جديدة بالأوفست

سنة الطبع:

المطبعة:

الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع - بيروت - لبنان

ردمك:

ملاحظات: بعناية جماعة من العلماء

الشرح الكبير  
على متن المقنع، تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر  
محمد بن أحمد

ابن قدامه المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما.  
على مذهب إمام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني) مع بيان  
خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الخامس  
دار الكتاب العربي  
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

(باب الصلح)

الصلح معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين ويتنوع أنواعا: صلح بين المسلمين وأهل الحرب

وصلح بين أهل العدل وأهل البغي، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما. قال الله تعالى

(وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال تعالى (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا

أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير) وروى أبو هريرة أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم قال (الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما) أخرجه الترمذي

وقال حديث حسن صحيح. وروى عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى بمثل ذلك وأجمع العلماء على جواز

الصلح في هذه الأنواع التي ذكرنا ولكل واحد منها باب يفرد له وتذكر فيه أحكامه وهذا الباب

للصلح بين المختلفين في الأموال

(مسألة) (والصلح في الأموال قسمان أحدهما صلح على الاقرار وهو نوعان (أحدهما) صلح على

جنس الحق مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو بعين فيهب له بعضها ويأخذ الباقي فيصح إن لم يكن

بشرط مثل أن يقول على أن تعطيني الباقي أو يمنعه حقه بدونه)

وجملة ذلك أن من اعترف بدين أو عين في يده فأبرأه الغريم من بعض الدين أو وهبه بعض العين

وطلب منه الباقي صح إذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط. قال أحمد إذا كان للرجل على الرجل

الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزا لهما ولو فعل ذلك قاض

شافعي لم يكن عليه في ذلك إثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد كلم غرماء جابر ليضعوا عنه وفي الذي أصيب في حديقته فمر به النبي صلى الله وسلم وهو ملزوم فأشار إلى غرمائه بالنصف فأخذوه منه، فإن فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما، وقد روى عبد الله بن كعب عن أبيه انه تقاضى ابن أبي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج إليهما ثم نادى (يا كعب) قال لبيك يا رسول الله. فأشار إليه أن ضع 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 لأنه صالح عن بعض ماله ببعضه وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك من خمسمائة أو وهبتك بشرط أن تعطيني ما بقي، قال ابن أبي موسى الصلح على الإقرار هضم للحق فمتى أُلزم 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 صلحا، ولم يسم الخرقى الصلح إلا في حال الإنكار، فأما مع الاعتراف فإن قضاؤه من جنس حقه فهو وفاء وإن قضاؤه من غير جنسه فهو معاوضة وإن أبرأه من بعضه فهو إبراء وإن وهبه بعض العين فهو هبة فلا يسمى صلحا وسماه القاضي وأصحابه صلحا وهو قول الشافعي. والخلاف في التسمية أما المعنى فمتفق عليه، وهو ينقسم إلى إبراء وهبة ومعاوضة وقد ذكرنا الإبراء، فأما الهبة فهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها وأعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة، وإن أخرجه منخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي، لأنه إذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضا عن الوفاء فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، فإن أبرأه من

بعض الدين  
أو وهب 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 لأنه إذا لم يجر بلفظه خرج عن أن يكون صلحا ولا يبقى له تعلق  
به أما إذا  
كان بلفظه سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب، وإنما  
يقتضي لفظ الصلح  
المعاوضة إذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا، وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد  
يحصل هذا من  
غير عوض كالتملك إذا كان بعوض سمي بيعا وان خلا عن العوض سمي هبة  
ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لأنه إذا قال صالحني بهبة كذا أو على هبة كذا أو  
على نصف  
هذه العين ونحو هذا فقد أضاف إليه بالمقابلة فصار كقوله بعني بألف وان أضاف إليه  
على جرى مجرى  
الشرط كقوله (على أن تأجرني ثمانى حجج) وقوله (فهل نجعل لك خرجا على أن  
تجعل بيننا وبينهم  
سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم انه  
يسمى صلحا

ممنوع وان سمي صلحا فمجاز لتضمنه قطع التنازع وإزالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة

ممنوع وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوهما به فإن لفظ الصلح

يحتاج إلى حرف يتعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بينا (مسألة) (ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالمكاتب والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال

الانكار وعدم البينة) لأنه تبرع وليس لهم التبرع فاما إذا لم يكن بالدين أو كان على الانكار صح

لأن استيفاء هم البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه (مسألة) (وان صالح عن المؤجل ببعضه حالا 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 عيينة وأبو حنيفة وإسحاق وروي عن

ابن عباس وابن سيرين والنخعي أنه لا بأس به، وعن الحسن وابن سيرين انهما كانا لا يريان بأسا

بالعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لأنهما تبايعا العروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بثمن

مثلها ولعل ابن سيرين يحتج بان التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا

ذلك من غير مواطأة عليه

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضا من تعجيل 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 إذا كان من غير مواطأة ولا عقد لأن كل واحد منهما متبرع يبذل حقه من غير عوض ولا

يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشرط كبيع درهم بدرهمين ويفارق ما إذا اشترى العروض

بثمن مثلها لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضا

(مسألة) (وان وضع بعض الحال وأجل باقيه صح الاسقاط دون التأجيل) إذا صالحه عن الف

حال بنصها مؤجلا اختيارا منه وتبرعا صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا والاسقاط صحيح وان فعله لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط على ما ذكرنا في أول الباب وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل أولى (مسألة) وان صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه مثل ان يصلح عن دية الخطأ أو قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح) وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لأنه يأخذ عوضا عن المتلف فجاز ان يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

ولنا ان الدية والقيمة تثبت في الذمة مقدره فلم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابته

عن قرض أو ثمن مبيع ولأنه إذا اخذ أكثر منها فقد اخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل

(مسألة) (وان صالحه بعرض قيمته أكثر منها جاز) لأنه بيع

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابته بالاتلاف بمائة مؤجلة لم تصر مؤجلة وهذا قول الشافعي وعن أحمد

انها تصير مؤجلة وهو قول أبي حنيفة لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه

ولنا انه إنما استحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة والحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعا

فهو بيع دين بدين وهو غير جائز

(مسألة) (وان صالحه عن بيت على أن يسكنه سنة أو يبنى له فوفه غرفة لم يصح)

إذا ادعى على رجل بيتا فصالحه على بعضه أو على أن يبنى له ثم على أن يسكنه سنة لم يصح لأنه

يصالحه عن ملكه على ملكه أو منفعتة وان اسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها وان أعطاه بعض

داره بناء على هذا فمتى شاء انتزعه منه لأنه أعطاه إياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه وان فعل ذلك على سبيل

المصالحة معتقدا ان ذلك وجب عليه بالصلح رجوع عليه باجر ما سكن واجر ما كان في يده من الدار

لأنه اخذه بعقد فاسد فأشبهه المبيع الموجود بعقد فاسد وسكنى الدار بإجارة فاسدة، وان بنى وفوق البيت غرفة

أجبر على نقضها وإذا اجر السطح مدة مقامه في يده وله اخذ آله، وان اتفقا على أن يصالحه صاحب

البيت عن بنائه بعوض جاز وان بنى الغرفة بتراب من ارض صاحب البيت وآلاته فليس له اخذ بنائه

لأنه ملك صاحب البيت وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويتخرج

ان يملك نقضه كقولنا في الغاصب

(مسألة) (ولو قال أقر لي بديني وأعطيك منه مائة ففعل صاع الاقرار ولم يصح الصلح) لأنه يجب عليه الاقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه.

فعلى هذا يرد ما



أخذ لأنه تبين كذبه بأقراره وان عليه الدين فلزمه أداءه بغير عوض  
(مسألة) (وان صالح انسانا ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجية لم يصح)  
لا يجوز الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه مثل ان يدعي على رجل أنه عبده  
فينكره فيصالحه  
على مال ليقر له بالعبودية فلا يجوز ذلك لأنه يحل حراما فإن ارقاق الحر نفسه لا يحل  
بعوض ولا غيره  
وكذلك ان صالح امرأة لتقر له بالزوجية لأنه صلح يحل حراما ولأنها لو أرادت بذل  
نفسها بعوض لم  
يجز فإن دفعت إليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف نفسه عنها ففيه وجهان  
(أحدهما) لا يجوز لأن الصلح في الانكار إنما يكون في حق المنكر لافتداء اليمين  
وهذه لا يمين عليها وفي  
حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البضع من ملك الزوج لا  
قيمة له وإنما

أجيز الخلع للحاجة إلى افتداء نفسها (والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لأن المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كعوض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولأنها مشروعة في حقها في إحدى الروايتين، ومتى صالحته عن ذلك ثم ثبتت الزوجية باقرارها أو بينة فإن قلنا الصلح باطل فالنكاح باق بحاله لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا لما ذكرنا، واحتمل أن تبين منه بأحد العوضين لأنه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعا كما لو أقرت له بالزوجية فخالعها ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتنزل عن دعواها لم يجز لأنه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره، وان دفعت إليه مالا ليقر بطلاقها لم يجز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا ليطلقها ثلاثا (مسألة) وان دفع المدعى عليه العبودية إلى المدعي مالا صلحا عن دعواه صح) لأنه يجوز أن يعتق عبده بمال وليشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة إليه. (النوع الثاني) أن يصلحه عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة وذلك مثل أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يعوضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به وهو ثلاثة أقسام (أحدها) أن يقر له بنقد فيصلحه على نقد آخر مثل أن يقر له بمائة درهم فيصلحه عنها بعشرة دنانير أو بالعكس فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه (القسم الثاني) أن يعترف له بعروض فيصلحه على أثمان أو بالعكس فهذا بيع تثبت فيه أحكام البيع (الثالث) أن يصلحه على سكنى دار أو خدمة عبده أو على أن يعمل له عملا معلوما فتكون إجارة لها حكم سائر الإجازات فإن تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الإجارة

ورجع بما صالح عنه، وان تلفت بعد استيفاء بعض المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة  
ورجع بقسط  
ما بقي، ولو صالحه على أن يزوجه أمته وكان ممن يجوز له نكاح الإماء صح وكان  
المصالح عنه  
صداقها فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق رجوع الزوج بما صالح عنه  
وان طلقها  
قبل الدخول رجوع بنصفه  
(مسألة) (وان صالحت المرأة بتزويج نفسها صح فإن كان الصلح عن عيب في مبيعها  
فتبين أنه  
ليس بعيب رجعت بأرشه لا بمهر مثلها)  
إذا اعترفت امرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على أن تزوجه نفسها صح ويكون صداقا  
لها فإن  
كان المعترف به عيبا في مبيعها فبان أنه ليس بعيب كبياض في عين العبد ظنته عمى  
رجعت بأرشه لأن ذلك  
صداقها فرجعت به لا يمهر مثلها فإن لم يزل العيب ولكن انفسخ نكاحها بما يسقط  
صداقها رجوع عليها بأرشه

(مسألة) وان صالح عما في الذمة بشئ في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع  
دين بدين

وقد نهى الشارع عنه

(فصل) وان صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت إجارة على ما ذكرنا فإن باع العبد  
في السنة صح

البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمصالح استياء منفعتة إلى انقضاء  
السنة كما لو زوج أمته ثم

باعها وان يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لأنه عيب وان أعتق العبد في أثناء المدة صح  
عتقه لأنه مملوك

يصح بيعه فصح عتقه كغيره، وللمصالح أن يستوفي نفعه في المدة لأنه أعتقه بعد أن  
ملك نفعه لغيره فأشبهه

ما لو أعتق الأمة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشئ لأنه ما أزال ملكه بالعتق  
الا عن

الرقبة والمنافع حينئذ مملوكة لغيره فلم تتلف منافعه بالعتق فلا يرجع بشئ ولأنه أعتقه  
مسلوب المنفعة

فلم يرجع بشئ كما لو أعتق زمنا أو مقطوع اليدين أو أمة مزوجة وذكر القاضي وابن  
عقيل وجها

انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لأن العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقبة  
والمنفعة

جميعا فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفعتة

ولنا ان اعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر إلا فيه كما لو وصى لرجل  
برقبة

عبد ولآخر بمنفعتة فأعتق صاحب الرقبة وكما لو أعتق أمة مزوجة قولهم إنه اقتضى  
زوال الملك عن

المنفعة قلنا إنما يقتضي ذلك إذا كانت مملوكة له أما إذا كانت مملوكة لغيره فلا  
يقتضي اعتاقه إزالة ما ليس

بموجود وان تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعي  
فيما أقر له به

وان وجد العبد معيبا عيبا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على العبد  
عينه صح

والحكم فيما إذا خرج مستحقا أو معيبا كما ذكرنا

(فصل) وإذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه على دراهم جاز على الوجه  
الذي يجوز

بيع الزرع وقد ذكرناه في البيع، فإن كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه  
قبل اشتداد حبه لم يجوز لأنه إن كان الصلح مطلقاً أو بشرط التبقية لم يجوز لأنه لا يجوز  
بيعه وإن شرط  
القطع لم يجوز أيضاً لكونه لا يمكنه قطعه إلا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد  
فأقر للمدعي  
بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض ليصير الزرع كله للمقر والأرض بينهما نصفين فإن  
شرط القطع  
جاز لأن الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه ويحتمل أن لا يجوز لأن في الزرع ما ليس  
بمبيع وهو النصف  
الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح شرط قطعه كما لو شرط قطع زرع  
آخر في أرض  
أخرى، وإن صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ليسلم الأرض إليه فارغة صح لأن  
قطع جميع  
الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الأرض فأمكن القطع وإن كان إقراره  
بجميع  
الزرع فصالحه من نصفه على نصف الأرض لتكون الأرض والزرع بينهما نصفين  
وشرطاً القطع في

الجميع احتمال الجواز لأنهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الأرض فارغة واحتمل  
المنع لأن باقي

الزرع ليس بمبيع فلا يصح بشرط قطعه في العقد  
(مسألة) (ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم إذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة)  
يصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا إذا كان مما لا سبيل إلى معرفته قال  
أحمد في

الرجل يصلح عن الشيء فإن علم أنه أكثر منه لم يجز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون  
مجهولا لا يدري  
ما هو، ونقل عنه عبد الله إذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا فإن عرف قيمة دقيق  
الحنطة

ودقيق الشعير بيع هذا وأعطي كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء  
ويتحالا وقال ابن  
أبي موسى الصلح الجائز وصلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به ولا علم لها ولا  
للورثة بمبلغه

وكذلك الرجلان تكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمن الطويل  
لاعلم لكل واحد  
منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره  
جاز ان يصلح عليه

وسواء كان الحق يعلم حقه ولا بينة له ويقول القابض إن 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 لأنه فرع البيع والبيع لا يصح على مجهول  
ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رجلين اختصما في مواريث درست  
(استهما وتوخيا

وليحلل أحدكما صاحبه) رواه أحمد بمعناه وهذا صلح على المجهول ولأنه اسقاط  
حق فصح في المجهول

كالعتاق ولأنه إذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بعينه فلان يصح مع الجهل  
أولى وذلك لأنه

إذا كان معلوما فلهما طريق إلى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل  
لا يمكن ذلك فلو

لم يجز الصلح افضى إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل  
واحد منهما قدر حقه

منه ولا نسلم كونه فرع بيع وإنما هو إبراء وان سلمنا كونه فرع بيع فإن البيع يصح في

المجهول عند  
الحاجة كبيع أساسات الحيطان وطي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلف رجل صبرة  
طعام لا يعلم  
قدرها فقال صاحب الطعام لمتلفه بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذا الدرهم أو بهذا  
الثوب صح.  
إذا ثبت هذا فمتى كان العوض في الصلح مما لا يحتاج إلى تسليمه ولا سبيل إلى  
معرفته كالمختصمين في مواريث  
دارسة وحقوق سالفة أو في أرض أو عين من المال لا يعلم كل واحد قدر حقه صح  
الصلح مع الجهالة  
من الجانبين لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وإن كان يحتاج إلى تسليمه لم يجز مع  
الجهالة ولا بد من العلم  
به لأن تسليمه واجب والجهالة تمنعه وتفضي إلى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح  
(فصل) فاما ما يمكنهما معرفته كتركة موجودة أو عمله الذي هو عليه ويجهله صاحبه  
فلا يصح

الصلح عليه مع الجهل أحمد ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح، واحتج بقول شريح  
أيما امرأة  
صولحت من ثمنها فلم يبين لها ما ترك زوجها فهي الربية كلها، قال وان ورث قوم  
مالا أو دورا وغير ذلك  
فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بألف درهم أكره ذلك، ولا يشتري منها شيئا وهي  
لا نعلم لعلها تظن  
انه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى نعرفه وتعلم ما هو، إنما يصلح الرجل  
الرجل على الشيء لا  
يعرفه ولا يدري ما هو؟ حساب بينهما فيصلحه، أو يكون رجل يعلم ماله عند رجل  
والآخر لا يعلمه فيصلحه  
فاما إذا علم فلم يصلحه إنما يريد أن يهضم حقه ويذهب به وذلك لأن الصلح إنما  
جاز مع الجهالة للحاجة  
إليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة فلم  
يصح كالبيع  
(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (القسم الثاني) أن يدعي عليه عينا أو ديناً فينكره ثم  
يصلحه على  
مال فيصح ويكون بيعاً في حق المدعي حتى أن وجد بما أخذه عينا فله رده وفسخ  
الصلح  
الصلح على الإنكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لأنه  
عروض عما لم  
ثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض  
في أحد جانبيه  
فبطل كالصلح على حد القذف  
ولنا عموم قول عليه السلام (الصلح بين المسلمين جائز) فيدخل هذا في عمومه فإن  
قالوا فقد قال  
(الا صلحا أحل حراما) وهذا داخل فيه لأنه لم يكن له ان يأخذ من مال المدعي عليه  
فحل بالصلح قلنا



قلنا لا نسلم دخوله فيه ولا يصح حمل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما) ان هذا يؤخذ في الصلح  
بمعنى البيع فإنه يحل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فإنه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه الثاني انه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحا فإن الصلح الفاسد يحل الحرام وإنما منعه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو احلال بضع محررم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك وعلى أنهم لا يقولون بهذا فإنهم يبيحون لمن له حق يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلان يحل برضاه وبذله أو لي وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم فلان يحل مع جحده وعجزه عن الوصول إلى حقه الا بذلك أول ولان المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لشرع عنه ويقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولأنه صلح يصح مع الأجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، يحققه انه إذا صح مع الأجنبي مع غناه عنه فلان يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى، وقولهم انه معاوضة قلنا في حقهما أو في حق أحدهما؟ الأول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه

والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وتخلصه من شر المدعى فهو أبرأ في حقه  
وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبدا  
شهد بحريته فإنه يصح ويكون  
معاوضة في حق البائع واستنقاذا له من الرق في حق المشتري كذا ههنا. إذا ثبت هذا  
فلا يصح هذا  
الصلح الا أن يكون المدعي شيئا معتقدا ان ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق  
عليه فيدفع إلى  
المدعي شيئا افتداء ليمينه وقطعا للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس  
الحاكم فإن ذوي  
الأنفس الشريفة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم المصالح  
والشرع لا يمنعهم من  
وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم، والمدعي يأخذ ذلك عوضا عن  
حقه الذي يعتقد  
ثبوته فلا يمنعه الشرع من ذلك، سواء كان المأخوذ من جنس حقه بقدر حقه أو دونه  
فإن أخذ من  
جنس حقه بقدره فقد استوفى حقه وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان  
أخذ من غير  
جنس حقه فقد أخذ عوضه ولا يجوز ان يأخذ من جنس حقه أكثر منه لأن الزائد لا  
مقابل له فيكون  
ظالما بأخذه وان اخذ من غير جنسه جاز ويكون بيعا في حق المدعي لاعتقاده أخذه  
عوضا فيلزمه حكم  
اقراره فإن وجد بما أخذه عيبا فله رده وفسخ الصلح كما لو اشترى شيئا فوجده معيبا  
(مسألة) (وإن كان شقصا مشفوعا ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد  
ما صولح  
عنه بعيب ولا يؤخذ بشفعة)  
إذا كان الذي أخذه المدعي شقصا في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة لأنه يقر ان الذي  
أخذه  
عوضا فهو كما لو اشتراه ويكون أبرأ في حق المنكر لأنه دفع المال ابتداء ليمينه ودفعا  
للضرر عنه لا  
عوضا عن حق يعتقد فيلزمه أيضا حكم اقراره، فإن وجد بالمصالح عنه عيبا لم يرجع  
به على المدعي  
لاعتقاده انه ما أخذه عوضا وإن كان شقصا لم تثبت فيه الشفعة لأنه يعتقد على ملكه

لم يزل وما

(١١)

ملكه بالصلح ولو دفع المدعى عليه إلى المدعي ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لأن المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه واخذ عين ماله مسترجعا لها ممن هي عنده فلم يمن بيعا كاسترجاع العين المغصوبة (مسألة) (فإن كان أحدهما عالما 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 فالصلح باطل في الباطن لأن المدعي إذا كان كاذبا فما يأخذه أكل للمال بالباطل أخذه بشره وظلمه لا عوضا من حق فيكون حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله، وإن كان المدعى عليه يعلم صدق المدعي وجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه شيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصلح باطل لا يحل له مال المدعي بذلك هذا حكم الباطن وأما الظاهر لنا فهو الصحة لأننا لا نعلم باطن الحال إنما نبني الأمر على الظاهر والظاهر من حال المسلمين الصحة، ولو ادعى على رجل وديعة أو قرضا أو تفريطا في وديعة أو مضاربة فأنكر واصطلحا صح لما ذكرناه (مسألة) (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 المدعي بصدقه وهذا مبني على صلح المنكر وقد ذكرناه. ثم لا يخلوا 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 فاجازه النبي صلى الله عليه وسلم وإن كان الصلح عن

عين باذن المنكر فهو كالصلح منه لأن الوكيل يقوم مقام الموكل وإن كان بغير اذنه فهو افتداء للمنكر  
من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضوعين إذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه  
بشيء لأنه أدى عنه مالا يلزمه أداءه، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما إذا قضى دينه  
الثابت بغير اذنه وهذا التخريج لا يصح لأن هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أداءه إلى المدعي  
فكيف يلزمه أداءه إلى غيره؟ ولأنه أدى عنه مالا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال  
برجوعه فإنه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر اما انه يجب له الرجوع بما ادعاه حتما فلا وجه له  
أصلا لأن أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم  
يجب له حق ولألزم الأداء إليه 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 شيء لا يعلم ثبوته (مسألة) (وان صالح الأجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفا بها  
عالمًا بعجزه عن استنقاذها لم يصح وإن ظن القدرة عليه صح فإن عجز عنه فهو مخير بين فسخ الصلح وامضائه)  
إذا صالح الأجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو إما أن يعترف للمدعي بصحة دعواه

أولا فإن لم يعترف له فالصلح باطل لأنه يشتري منه ما لم يثبت له ولم يتوجه إليه خصومة يفتدي منها أشبه  
ما لو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه: كان المدعى دينا لم يصح  
لأنه اشترى مالا يقدر  
البائع على تسليمه ولأنه بيع للدين من غير من هو في ذمته، وقال بعض أصحابنا يصح  
وليس بجيد لأن  
بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فبيع دين في ذمة منكر معجوز عن  
قبضه أولى، وإن  
كان المدعى عينا فقال الأجنبي للمدعى أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر  
على استنقاذها  
من المنكر فقال أصحابنا يصح الصلح وهو مذهب الشافعي لأنه اشترى منه ملكه الذي  
يقدر على  
قبضه ثم إن قدر على أخذه استقر الصلح وإن عجز كان له الفسخ لأنه لم يسلم له  
المعقود عليه فكان له  
الرجوع إلى بدله يحتمل انه إن تبين أنه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسدا  
لأن الشرط  
الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد كان فاسدا كما لو اشترى عبده فتبين أنه  
آبق أو ميت  
ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذه لم يصح الصلح لأنه اشترى مالا يمكنه  
قبضه فأشبهه شراء  
العبد الآبق فإن اشتراه وهو يظن أنه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لأن  
البيع تناول  
ما يمكن قبضه فصح كما لو علما ذلك ويحتمل أن لا يصح لأنه ظن عدم الشرط فأشبهه  
ما لو باع عبدا  
يظن أنه حر أو عبد غيره فتبين أنه ومحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز  
عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لأن من يعلم ذلك معتقد فساد البيع والشراء  
فكان بيعه فاسدا

لكونه متلاعبا بقوله معتقدا فساده ومن لا يعلم يعتقده صحيحا وشروطه فصح كما لو علمه مقدورا على تسلميه.

(فصل) فإن قال الأجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما جحدتها في الظاهر فظاهر كلام الخرقى أن الصلح لا يصح لأنه يجحدتها في الظاهر لينتقص الدمعي بعض حقه أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق متوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك لكن لا أسلمه إليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه، وقال القاضي يصح وهو مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر إلى المدعى عليه فإن صدقه على ذلك ملك العين ورجع الأجنبي 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 للأجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها في الظاهر، فأما حكم ملكها في الباطن فإن كان وكل الأجنبي في الشراء فقد ملكها لأنه اشتراها باذنه

فلا يقدر إنكاره في ملكها لأن ملكه ثبت قبل إنكاره، وإنما هو ظالم بالإنكار للأجنبي وإن كان  
لم يوكله لم يملكها لأنه اشترى له عينا بغير إذنه ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا  
فيمن اشترى لغيره  
شيئا بغير إذنه بثمن في ذمته فإن أجازته ملكه وإلا لزم من اشتراه، وإن قال الأجنبي  
للمدعي قد عرف  
المدعي عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه  
صح وكان الحكم كما  
ذكره لأنه ههنا لم يمتنع من أدائه بل اعترف به وصالح عليه مع بدله فأشبه ما لو لم  
يجحده  
(فصل) قال الشيخ رحمه الله (يصح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهرا)  
وجملة ذلك أن الصلح يجوز عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز  
بيعه أو لا يجوز  
فيصح عن دم العمدة وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر  
من ديته أو  
أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له  
القصاص على هدبة  
أين خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولأن المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته  
وان صالح عن



القصاص بعبد فخرج مستحقا رجع بقيته في قول الجميع وان خرج حرا فكذلك وبه  
قال أبو يوسف  
ومحمد وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لأن الصلح فاسد فيرجع ببذل ما صالح عنه وهو  
الدية  
ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضا فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقا، فإن صالحه  
عن القصاص  
يحر يعلمان حرته أو عبد يعلمان انه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع  
بالدية وبما صالح  
عنه لأن الصلح باطل يعلمان بطلانه فكان وجوده كعدمه  
(فصل) وان صالح عن دار أو عبد بعوض فخرج العوض مستحقا أو حرا رجع في الدار  
وما  
صالح عنه أو بقيته إن كان بالغا لأن الصلح ههنا مع في الحقيقة فإذا تبين أن العوض  
كان متسحقا  
أو حرا كان البيع فاسدا فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فإنه ليس ببيع  
وإنما  
يأخذ عوضا عن اسقاط القصاص ولو اشترى شيئا فوجده معيبا فصالحه عن عيبه بعبد  
فبان مستحقا  
أو حرا رجع بأرش العيب.  
(مسألة) (ولو صالح سارقا ليطلعه أو شاهدا ليحكم شهادته أو شفيعا عن شفيعته أو  
مقدوفا عن حده  
لم يصح الصلح وتسقط الشفعة وفي الحد وجهان)

إذا صالح السارق والزاني والشارب على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح ولا يجوز أخذ العوض عنه  
لأن ذلك ليس بحق فلا يجوز أخذ العوض عنه كسائر ما لا حق فيه، وإن صالح شاهدا  
ليكنتم شهادته لم يصح لأنه  
لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزمه الشهادة  
به كدين الأدمي  
أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها غفلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ  
العوض عن ذلك كما  
لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر.  
(الثاني) ان يصلحه على أن لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه  
فعله لم يجز  
أخذ العوض عنه كما لا يجوز ان يصلحه على أن لا يقتله ولا يغصب ماله  
(الثالث) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حد الزنا والسرقه فلا يجوز أخذ  
العوض عنه  
لأنه ليس بحق له وان صالح عن حق الشفعة لم يصح لأنه حق شرع على خلاف الأصل  
لدفع ضرر  
الشركة فإذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل ولم يجز العوض عنه لأنه ليس  
بمال فهو  
كحد القذف وان يصلحه عن حد الفذف لم يصح الصلح لأنه إن كان حد الله تعالى  
لم يكن له أن

يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبهه حد الزنا والسرقة إن كان حقا له لم يجز  
الاعتياض عنه  
لكونه حقا ليس بمال ولهذا لا يسقط إلى بدل بخلاف القصاص ولأنه شرع لتنزيه  
العرض فلا يجوز  
أن يعتاض عن عرضه بمال، وهل يسقط بالصلح فيه؟ ينبى على الخلاف في كون حد  
القذف حقا لله تعالى  
أو لآدمي فإن كان حقا لله تعالى لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا وإن  
كان حقا لآدمي  
سقط بصلحه واسقاطه كالقصاص.  
(مسألة) (وان صالحه أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح)  
إذا صالح رجل على موضع قناة من أرضه يجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها  
وطولها جاز لأن  
ذلك بيع لموضع من أرضه فلا حاجة إلى بيان عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى  
تحومه فله أن  
بترك فيه ما شاء، وان صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء  
ملكه عليها فهو  
إجارة للأرض يشترط له تقدير المدة فإن كانت الأرض في يد رجل بإجارة جاز له ان  
يصالح رجلا على إجراء

الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة الإجارة وان لم تكن الساقية محفورة لم  
يجز أن يصلحه على  
ذلك لأنه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده بإجارة، فإن كانت الأرض في يده  
وقفا عليه فقال  
القاضي هو كالمستأجر يجوز له ان يصلح على إجراء الماء في ساقية لأنه لا يملكها  
إنما يستوفي منفعتها  
كالأرض المستأجرة وهذا كله مذهب الشافعي قال شيخنا والأولى أنه يجوز له حفر  
الساقية لأن  
الأرض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره بخلاف  
المستأجر فإنه إنما يتصرف  
فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا اذن له في الحفر، فإن مات  
الموقوف عليه  
في أثناء المدة فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة؟ على وجهين بناء  
على ما إذا أجره مدة  
فمات في أثناء المدة فإن قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي  
صلحه بقسط ما بقي  
من المدة وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على الورثة  
(فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن  
أرضه جاز  
إذا كمان ما يجري مأؤه معلوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لأن الماء يختلف  
بصغر السطح وكبره

ولا يمكن ضبطه بغير. ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه لماء إلى السطح لأن ذلك يختلف  
ولا يفتقر إلى ذكر مدة لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر بمدة كما في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفى به منافع المجرى دائما ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضا في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج إلى ما يقدر به لأن تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية فإنه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مثلها والماء الذي على السطح يفتقر إلى معرفة قدر السطح لأنه يجري منه القليل والكثير، فإن كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجرا أو عارية لم يجز أن يصلح على إجراء الماء عليه لأنه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فإن الأرض لا تتضرر به، وإن كان ماء السطح يجري على الأرض احتمال ان لا يجوز له الصلح على ذلك لأنه ان احتاج إلى حفر لم يجز له ان يحفر في أرض غيره ولأنه يجعل لغير صاحب الأرض رسما فرما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها، واحتمل الجواز إذا لم يحتاج إلى حفر ولم يكن فيه مضرة لأنه بمنزلة إجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة الإجارة كما قلنا في إجراء الماء في الساقية

(فصل) وإذا أراد ان يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يجز الا باذنه وإن كان  
لضرورة  
مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له إلا أرض جاره فهل له ذلك؟ على  
روايتين (إحدهما)  
لا يجوز لأنه تصرف في أرض غيره بغير اذنه فلم يجز كما لو لم تدع إليه ضرورة ولان  
مثل هذه الحاجة  
لا تبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع  
بشيء من منافعها المحرمة عليه  
بمثل الحاجة (والأخرى) 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 يمنعني وهو منفعة لك تشربه أو لا  
وآخر أو لا يضرك فأبى محمد فكلم  
فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره ان يخلي سبيله فقال محمد لا والله  
فقال عمر لم تمنع أخاك  
ما ينفعه وهو لك نافع؟ تشربه أولا وآخرا فقال محمد لا والله فقال عمر والله ليمرن به  
ولو على بطنك  
فأمره عمر أن يمر به ففعل. رواه مالك في الموطأ وسعيد في سننه والأول أقيس وقول  
عمر يخالفه قول  
محمد بن مسلمة وهو موافق للأصول فكان أولى  
(فصل) وان صالح رجلا على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه  
وقدرة  
بشيء يعلم به لم يجز ذكره القاضي لأن الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز  
الصلح عليه ولأنه

مجهول قال وان صالحه على سهم من العين أو النهر كالثلث والرابع جاز وكان بيعا للقرار والماء تابع له  
ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهريه وقناته لأن الحاجة تدعو إلى ذلك والماء مما يجوز أخذ  
العوض عنه في الجملة بدليل ما لو أخذه في قربته والصلح يجوز على مالا يجوز بيعه بدليل الصلح عن  
دم العمد والصلح على المجهول  
(مسألة) (ويجوز ان يشتري ممرا في دار وموضعا في حائطه يفتحه بابا، وبقعة بحفرها بئرا) لأن،  
هذه الأماكن يجوز بيعها وإجارتها فجاز الاعتياض عنها كالدور  
(مسألة) (وان يشتري علو بيت بيني عليه بنيانا موصوفا) إذا كان البيت مبينا لما ذكرناه (فإن كان البيت غير مبني لم يجوز في أحد الوجهين) ذكر القاضي وأصحاب الشافعي لأنه مبيع  
للهواء دون القرار والثاني بجوز لأنه ملك للمصالح فجاز له أخذ عوضه كالقرار وإنما يجوز بشرط أن يصف  
العلو والسفل بما يعلم به لأن من شرط صحة البيع العلم بالمبيع  
(مسألة) (وان حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بإزالتها فله ذلك فإن أبي فله قطعها)  
وجملة ذلك أنه إذا حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره أو هوا جدار له فيه شركة لزم

مالك الشجرة إزالة تلك الأغصان اما بردها إلى ناحية أخرى واما بالقطع لأن الهواء ملك لصاحب القرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار فإن امتنع المالك من إزالته لم يجبر لأنه من غير فعله فلم يجبر على إزالته كما لو لم يكن ملكه وان تلف بها شيء لم يضمنه لذلك ويحتمل ان يجبر على إزالته ويضمن ما تلف به إذا أمر بإزالته فلم يفعل بناء على ما إذا مال حائطه إلى ملك غيره عليما نذكره إن شاء الله تعالى، وعلى كلى الوجهين إذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء إزالته بأحد الامرين لأنه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي، فإن أمكنه إزالته بلا اتلاف ولا يقطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه إذا أمكنه اخراج البهيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فإن أتلّفها في هذه الحال غرمها، وان لم يملكه إزالتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فإنه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه (مسألة) (فإن صالحه عن ذلك بعوض لم يجز) اختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطبا كان الغصن أو يابسا لأن الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله، وقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابسا لأن الجهالة في المصالح عنه



لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فإنه يفتقر إلى العلم لوجوب تسليمه ولأن الحاجة داعية إلى ذلك لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعفى عنها كالسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للغرفة يتجدد له أولاد والغراس المستأجر له الأرض يعظم ويجفو وقال القاضي إن كان يابسا معتمدا على نفس الجدار صحت المصالحة عنه ولأن الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لأن الرطب يزيد في كل وقت وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لأنه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد صحته لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن إلى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة إليه وكونه لا يحتاج إلى تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه ملكا لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار (مسألة) (وان اتفقا على أن الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم) وجملة ذلك أنه إذا صالحه عن ذلك بجزء من الثمرة أو بالثمره كلها فقد نقل المروزي وإسحاق بن إبراهيم عن أحمد انه سئل عن ذلك فقال لا أدري فيحتمل ان يصح، ونحوه قال مكحول فإنه نقل عنه

أنه قال أيما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها،  
ويحتمل ان لا يصح وهو  
قول الأكثر وبه قال الشافعي لأن العوض مجهول فإن الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول  
ومن شرط الصلح  
العلم بالعوض ولأن المصالح عليه أيضا مجهول لأنه يزيد ويتغير على ما أسلفناه، ووجه  
الأول ان هذا مم  
يكثر في الاملاك وتدعوا الحاجة إليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على  
مجري مياه الأمطار  
وعلى المواريث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل إلى علمها  
قال شيخنا ويقوى عندي ان الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيح صاحبه ما  
بذل له فصاحب  
الهواء يبيح صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيحه  
ما بذل له من ثمرتها  
ولا يكون هذا بمعنى البيع لأن البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمره في حال  
الصلح معدومة مجهولة ولا هو  
لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله لأنه مجرد إباحة من كل  
واحد منهما لصحابه  
فجری مجری قول كل واحد منهما لصاحبه أسكن داري وأسكن دارك من غير تقدير  
مدة ولا ذكر شروط  
الإجارة أو قوله أبحثك الاكل من ثمرة بستانني فأبحثني الاكل من ثمرة بستانك وكذلك  
قوله دعني

أجري في أرضك ماء ولك أن تسقى به ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بل أولى فإن هذا مما تدعو الحاجة إليه كثيرا وفي إلزام 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 إنسان إلى أرض جاره سواء أثمرت ضررا مثل تأثيرها في المصانع وطي الآبار وأساس الحيطان أو منعها من نبات شجر لصاحب الأرض أو زرع أو لم تؤثر فإن الحكم في قطعه والصلح عنه كالحكم في الفروع إلا أن العروق لا ثمر لها فإن اتفقا على أن ما ينبت من عروقها لصاحب الأرض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيما ذكرنا، فعلى قولنا إذا اصطلحا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها إلى صاحب الأرض فعليه أجر المثل لأنه إنما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلم له رجع باجر المثل كما لو بذلها بعوض لم يسلم له وكذلك فيمن مال حائطه إلى هواء ملك غيره أو زلف من أخشابه إلى ملك غيره فالحكم فيه علي ما ذكرنا

(مسألة) (ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحا ولا ساباطا ولا دكانا)  
الجناح والروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة إلى  
الطريق  
الأولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله عليه جدارين سواء كان الجداران ملكه أولم  
يكونا اذان الإمام  
في ذلك أولم يأذن، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الإمام فجرى أذنه  
مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ، وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا  
ضرر فيه وان عارضه  
رجل من المسلمين وجب قلعه، وقال مالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو يوسف  
ومحمد يجوز  
إذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لأنه ارتفق بما لم يتعين 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 الفارص ورمحه منصوب لا يبلغه وقال أكثرهم لا يقدر بذلك  
بل يكون  
بحيث لا يضر بالعماريات والمحامل.  
ولنا أنه بنى في ملك غيره بغير أذنه فلم يحز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ  
بغير اذن  
أهله، ويفارق المرور في الطريق فإنها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا  
يمكن التحرز

منه ولا نسلم أنه لا مضرّة فيه فإنه يظلم الطريق وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعلوا الأرض بمرور الزمان فيصدم رؤوس الناس ويمنع مرور الدواب بالأحمال ويقطع الطريق الاعلى الماشي وقد رأينا مثل هذا كثيرا، وما يفضي إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل إلى 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 فلم يجوز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه وإن كان ساكنا كما لا يجوز إذا منع فاما الدكان فلا يجوز بناؤه في الطريق بغير خلاف علمناه سواء كان الطريق وواسعا أو لا وسواء أذن فيه الإمام أولم يأذن لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولأنه يؤذي المارة يضيق عليهم ويعثر به العائر أشبه ما لو كان الطريق ضيقا. (فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم ولا إلى درب غير نافذ إلا باذن أهله وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجه إلى الطريق الأعظم لأن عمر اجتاز على دار العباس

وقد نصب ميزابا إلى الطريق فقلعه فقال العباس تقلعه وقد نصبه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده فقال والله لا نصبته إلا على ظهري وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فلغيره فعله ما لم يقيم دليل على اختصاصه به ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار ولأن الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الإسلام من غير نكير ولنا أن هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولأنه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فإن مائه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك لأن الحاجة داعية إليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور (مسألة) (ولا يجوز أن يفعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ إلا بأذن أهله) أما في ملك الإنسان فلا يجوز بغير إذنه لأنه تصرف في ملك الغير فلم يجوز بغير إذنه فلا يجوز ذلك في الدرب وبه قال الشافعي في الجناح والساباط إذا لم يكن له في الدرب باب، وإن كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منعه أيضا ومنهم من أجاز له اخراج الجناح والساباط لأن له في الدرب استطرادا فملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه إذا لم يكن له فيه باب ولا نسلم الأصل الذي قاسوا عليه فإن أذن أهل الدرب فيه جاز لأن الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان لمالك واحد (مسألة) (وان صالح عن ذلك بعوض جاز في أحد الوجهين) وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز في الجناح والسباط لأنه بيع للهواء. دون القرار ولنا أنه بيني فيه باذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولأنه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوض كالقرار إذا ثبت هذا فإنما يجوز بشرط كون ما يخرجهُ معلوم المقدر في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما إذا أخرجهُ إلى ملك انسان معين يجوز باذنه بعوض وبغيره إذا كان معلوم المقدار (فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئرا لنفسه سواء جعلها لماء المطر أو ليستخرج منها ماء ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرنا من قبل، وان أراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل أن يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا

فإن كان الطريق ضيقاً أو كانت في ممر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة  
أو يضيق عليهم  
ممرهم لم يجوز لأن ضررها أكثر من نفعها، وإن حفرها في زاوية من طريق واسع وجعل  
عليها ما يمنع  
الوقوع فيها جاز لأن ذلك يقع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله  
في درب غير  
نافذ فلا يجوز بغير إذن أهله لأن هذا ملك لقوم معينين فلم يجوز فعل ذلك بغير اذنهم  
كما لو فعله في  
بستان إنسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز سواء حفرها لنفسه ليزل فيها  
ماء المطر عن  
داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في  
ملك إنسان معين  
(مسألة) وإذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه باباً لغير الاستطراق جاز  
لأن له رفع جميع حائطه فبعضه أولى. قال ابن عقيل ويحتمل ان لا يجوز لأن شكل  
الباب مع  
تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط  
فإنه لا يدل على شيء  
(مسألة) (وان فتحه للاستطراق لم يجوز بغير اذنهم) لأنه ليس لهم حق في الدرب الذي  
هو  
ملك غيره وفيه وجه آخر أنه يجوز لأن له رفع جميع  
والأول أولى لأن الدرب لاحق له فيه فلم يجوز ان يجعل له فيه حق استطراق فإن  
صالحهم جاز  
لأن الحق لهم فأشبهه دورهم إذا صالحهم على شيء منها



(فصل) وإن كان ظهر داره إلى زقاق نافذ ففتح في حائطه باب إليه جاز لأنه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه فإن قيل هذا فيه اضرار باهل الدرب لأنه يجعله نافذا يستطرق إليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذا وإنما تصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره (مسألة) (ولو كان باب في آخر الدرب ملك نقله إلى أوله ولم يملك نقله إلى داخل منه في أحد الوجهين) كان له لأن حقه لم يسقط، فاما ان أراد نقل بابيه إلى تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لأنه يقدم بابيه إلى موضع لا استطراق له فيه، وفيه وجه آخر انه يجوز لأنه كان له ان يجعل بابيه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقطه ولان له ان يرفع حائطه كله فلم يمنع من رفع بعضه والأول أولى لأنه لا يلزم من جواز رفع الحائط جواز الاستطراق كالمسألة التي قبلها (فصل) وإن كان في الدرب بابان لرجلين أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فأراد صاحب الداخل ان يحول بابيه فله تحويله حيث شاء لأنه لا منازع له فيما يجاوز الباب الأول إذا قلنا

ان صاحب القريب ليس له ان يقدمه إلى داخل الدرب وان قلنا له تقديمه جاز لكل واحد منهما  
فإن كان في داخل الدرب باب لثالث فحكم الأوسط حكم الأول فيما ذكرناه  
(فصل) إذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى وباب كل  
واحدة منهما إلى درب غير نافذ فرفع الحاجز بينهما وجعلهما دار واحدة جاز لأنه  
تصرف في ملكه  
المختص وان فتح من كل واحدة منهما بابا إلى الأخرى ليتمكن إلى التطرق من كل  
واحدة منهما إلى كلي  
الدرين فقال القاضي لا يجوز لأن ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من  
دار لم يكن لها  
فيه طريق ولأنه ربما أدى إلى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من  
الدارين في  
زقاق الأخرى، ويحتمل جواز ذلك لأن له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى قال شيخنا  
وهذا أشبه وما  
ذكرناه للمنع ينتقض بما إذا رفع الحائط جميعه، وفي كل موضع قلنا ليس له فعله إذا  
صالحه أهل الدرب  
جاز وكذلك ان أذنوا له بغير عوض

(فصل) إذا تنازع صاحبا البابين في الدرب ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه  
(أحدها)  
أنه يحكم بالدرب من أوله إلى الباب الذي يليه بينهما لأن لهما الاستطراق فيه جميعا  
وما بعده إلى صدر  
الدرب للآخر لأن الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والثاني) ان من أوله  
إلى أقصى  
حائط الأول بينهما لأن ما يقابل ذلك فلهما التصرف فيه بناء على أن للأول أن يفتح  
بابه فيما شاء من  
حائطه والباقي للثاني لأنه ليس بفناء للأول ولا له فيه استطراق والثالث يكون بينهما لأن  
لهم يدا  
وتصرفا، وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولآخر سفله ولصاحب العلو  
درجة في أثناء صحن  
الخان فاختلفا في الصحن فالذي من الدرجة إلى باب الخان بينهما وما زاد على ذلك  
إلى صدر الخان  
على الوجهين، فإن كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد  
والتصرف منهما جميعا فعلى  
الوجه الذي يقول إن صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني له ان يستبد له ان  
يستبد بما يختص به منه بان

يجعله دهليزاً أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئاً لأن ذلك ملك له ينفرد به  
(مسألة) (وليس له أن يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روزنة ولا طاقاً بغير إذن صاحبه)  
لأن ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضره وكذلك لا يجوز أن يغرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائطاً ولا سترة ولا يتصرف فيه بنوع تصرف لأنه يضر بحائط غيره فهو كنقصه وإن صالحه على ذلك بعبوض جاز فأما الاستناد إليه واسناد شيء لا يضره فلا بأس به لكونه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه أشبه الاستغلال به  
(مسألة) (وليس له وضع خشبه عليه إلا عند الضرورة بان لا يمكنه التسقيف إلا به) أما وضع خشبه عليه فلا يجوز إذا كان يضر بالحائط لا نعمل فيه خلافاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وإن كان لا يضر به إلا أن به عنه غنى لا يمكن وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضاً وهو قول الشافعي وأني ثور لأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه من غير ضرورة فلم يحز كبناء

حائط عليه واختار ابن عقيل جوازه لما روى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره) متفق عليه ولان ما أبيع للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كالشفعة والفسخ بالخيار أو بالعيب واتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت الحاجة إلى وضعه على جدار جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به فإنه يجوز وضعه بغير اذن الشريك وهو قول الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته ولنا الخبر وأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد إليه والاستظلال به ويفارق الزرع فإنه يضر ولم تدع إليه حاجة. إذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له حائط واحد ولجاره ثلاثة حوائط، وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه إذا لم

يكن فيه ضرورة كان الحائط يبقى ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين إذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا يحتاج إلى أن يجعل إليه جسرا ثم يضع الخشب على ذلك الجسر، قال شيخنا والأولى اعتباره بما ذكرنا من امتناع التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والعاقل والمجنون لما ذكرنا (مسألة) 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 لأنه اذا جار وضعه في ملك الجار مع أن حق مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة أولى وعنه لا يجوز نقلها عنه أبو طالب لأن القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس اختاره أبو بكر، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار لأنه إذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلان يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولأنه إذا منع في حق

الله تعالى مع أنه مبني على المسامحة لغنى الله تعالى وكرمه فلان يمنع في حق الآدمي مع شحه وضيقة أولى والمذهب الأول، فإن قيل فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب في الحائط قياسا على وضع الخشب؟ قلنا الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فإنه يضعف الحائط لأنه يبقى مفتوحا والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو إليه الحاجة دون غيره (فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال لسقوطه أو فعله أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لأن السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر الاستحقاق وان زال السبب مثل أن خشي على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح فإن خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه لزم ازالته لأنه يضر بالمالك وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم تلزم ازالته لأن في ازالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه (فصل) وإذا كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك إجارته ولا إعارته لأنه إنما ملك ذلك لحاجته الماسة إلى وضع خشبه ولا حاجة إلى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره لأنه أبيع له من حق غيره لحاجته فلم يجوز له ذلك فيه كقطعام غيره

إذا أبيع له في حال الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إعاره الحائط أو اجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لأنه وسيلة إلى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تفويت الحق وان احتاج إلى ذلك للخوف من انهدامه أو لتحويله مكان آخر أو لغرض صحيح ملك ذلك لأن صاحب الخشب إنما يثبت حقه للارفاق به مشروطا بعدم الضرر بصاحب الحائط فمتى أفضى إلى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه (فصل) فإن أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الوضع الذي لا يستحق وضعه جاز لأن الحق له فجاز باذنه فإذا فعل ما أذن فيه صارت العارية لازمة تذكر في باب العارية (فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جداره بعوض جاز سواء كان إجارة في مدة



معلومة أو صلحا على وضعه على التأييد ومتى زال فله إعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لأنه استحق ابقاءه بعوض ويحتاج أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسلك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لأن هذا يختلف فيحتاج إلى معرفته، وإذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الإجارة سقوطا لا يعود انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة ورجع من الأجرة بقسط ما بقي من المدة، وان أعيد رجوع من الأجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع خشبه أو بنائه بشئ معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صلح به على وضعه أو أقل أو أكثر لأن هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الأرض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز، وإن كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشئ على أن لا يعيده جاز لأنه لما جاز ان يبيع ذلك منه جاز أن يصلح عنه لأن الصلح بيع

(فصل) وإذا وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فمتى زال فله اعادته 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 وما أشبه هذا فهو له لأن الظاهر أنه له بحق فجرى مجرى اليد الثابتة، ومتى اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعد وان فأقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لأن الظاهر معه (فصل) إذا ادعى رجل دارا في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له له الآخر ثم صالحه علي ما أقر له بعوض صح الصلح ولأخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الانكار مطلقا وبين ما إذا قال هذه لنا ورثناها جميعا عن أبينا أو أحيينا فيقال إذا كان الانكار مطلقا كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورثناها فلا شفعة له لأن المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر لم يزل وان الصلح باطل

فيؤخذ بذلك فلا يستحق به شفعة، ووجه الأول ان الملك ثبت للمدعي حكما وقد  
رجع إلى المقر بالبيع  
وهو معترف بأنه بيع صحيح فتثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقا ويجوز أن  
يكون نصيب المقر  
انتقل إلى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الأسباب فلا ينافي انكار المنكر وقرار المقر  
كحالة  
اطلاق الانكار وهذا أصح  
(مسألة) (وإن كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه بنائه أجبر عليه وعنه لا  
يجبر)  
إذا كان بين الشريكين حائط فانهدم فطلب أحدهما اعادته وأبى الآخر فذكر القاضي  
فيه روايتين  
(إحدهما) يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي هي أصح قال ابن عقيل  
وعلى ذلك  
أصحابنا وهو إحدى الروايتين عن مالك وقول الشافعي القديم واختاره بعض أصحابه  
لأن في ترك  
بنائه اضرازا فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى نقض الحائط  
عند خوف سقوطه

عليهما ولقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا اضرار) وهذا وشريكه يتضرران  
في ترك بنائه (والرواية  
الثانية) لا يجبر نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو أقوى في النظر ومذهب أبي  
حنيفة لأنه ملك  
لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكة على الانفاق عليه كما لو انفرد به ولأنه بناء حائط  
فلم يجبر عليه  
كالابتداء ولأنه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لهما جميعا  
لا يجوز أن  
يجبر لحق نفسه بدليل ما لو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره وإذا لم يكن  
واحد منهما  
موجبا فعليه فكذلك إذا اجتمعا وفارق القسمة فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه  
والبناء فيه ضرر  
لما فيه من الغرامة وانفلق ماله ولا يلزم من اجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه  
اجباره على  
إزالته بما فيه ضرر بدليل قسمة ما في قمسته ضرر ويفارق هدم الحائط إذا خيف  
سقوطه لأنه  
يخاف سقوطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ولذلك يجبر عليه وإن انفرد  
الحائط بخلاف  
مسلتنا ولا نسلم أن في تركه اضرارا فإن الضرر إنما حصل بانهدامه وإنما ترك البناء  
ترك لما يحصل النفع

به وهذا لا يمنع الانسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا انه اضرار لكن في الاجبار اضرار ولا يزال الضرر بالضرر ولأنه قد يكون الممتنع لانفع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسرا ليس معه شي فيكلف الغرامة مع عجزه عنها (مسألة) (وليس له منعه من بنائه) على الرواية التي تقول لا يجبر الممتنع إذا أراد شريكه البناء فليس له منعه لأن له حقا في الحمل ورسمها فلا يجوز منعه منه (مسألة) (فإن بناه بآلته فهو بينهما وان بناه بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به وان طلب الانتفاع به خير الثاني بين أخذ نصف قيمته وبين أخذ آله) وجملة ذلك أن للشريك بناء الحائط بأنقاضه وله بناؤه بآلة من عنده، فإن بناء بآلته وأنقاضه فهو على الشركة كما كان لأن المنفق إنما أنفق على التالف وذلك أثر لاعين يملكها، وان بناه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة، وله مع شريكه من الانتفاع ومن وضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائط له فإن أراد نقضه وكان بناه بآلته فليس له نقضه لأنه ملكهما فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة

عليهما وإن كان بناه بآلة من عنده فله نقضه لأنه يختص بملكه فإن قال شريكه أنا أدفع إليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء وإن أراد غير الباني نقضه واجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على كلتا الروايتين لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه فلان لا يملك إجباره على نقضه أولى، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع أو وضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي وأما إن تعلق حائطك لنعيد البناء من بيننا فيلزم الآخر إجابته لأنه لا يملك ابطال رسومه وانتفاعه ببنائه، وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الثاني بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر على البناء فأولى ان لا يجبر على الغرامة الا أن يكون قد أذن في البناء والانتفاع فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الأولى فمتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بإذن الحاكم أو أذن الشريك رجوع عليه متى قدر، وإذا أراد بناء لم يملك الشريك منعه، وما أنفق ان تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه، وإن بناه لنفسه بآلته فهو بينهما وإن بناه بآلة من عنده فهو له خاصة فإن أراد نقضه فله ذلك الا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لأنه إذا أجبر على بنائه فأولى ان يجبر على ابقائه

(فصل) فإن لم يكن بين ملكيهما حائط فطلب أحدهما من الآخر أن يبنيا حائطاً يحجز بين ملكيهما  
لم يجبرا الآخر عليه رواية واحدة فإن أراد البناء وحده فليس له إلا في ملكه لأنه لا يملك التصرف  
في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له فيه  
(فصل) فإن كان السفلى لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من  
الآخر فامتنع فهل يجبر؟ على روايتين كالحائطين بين البيتين وللشافعي فيه قولان، فإن انهدمت حيطان  
السفلى فطالبه صاحب العلو بإعادتها ففيه روايتان (إحداهما) 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 فإن أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً، فإن بناه بآلته فهو على ما كان  
وان بناه بآلة من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أنه لا يسكن  
وهو قول أبي حنيفة لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان  
خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق وتكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره  
وهو مذهب الشافعي لأن السكنى إنما هي إقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها أشبه الاستغلال

بها من خارج فاما ان طالب صاحب السفلى بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان:  
(إحدهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب  
السفل 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 فانهدم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو  
المساعدة  
في بنائه لم يجبر لأنه إن كان الممتنع مالكة لم يجبر على بناء ملكه المختص به  
كحائط الآخر وإن كان  
المتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط  
السفل حيث يجبر  
صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقا لا  
بقائه على حيطان  
السفل دائما فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فلذلك وجب  
بخلاف مسئلتنا وان أراد



صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لأنه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لأنه لاحق له فيه (فصل) ومتي هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فإن خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شئ على هادمه ويكون كما لو انهدم بنفسه لأنه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه، وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء كان هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لأن الضرر حصل بفعله فلزمته إزالته (فصل) فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح لأنه 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 فإنه يحمله من الأثقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز. (مسألة) (وإن كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة فاحتاج إلى عمارة ففي اجبار الممتنع وجهان) بناء على الحائط المشترك إذا انهدم وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الانفاق لأنه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيتضرر بخلاف الحائط فإنه يمكنهما قسمة العرصه قال شيخنا: والأولى التسوية لأن في قسمة العرصه اضرازا بهما والانفاق أرفق بهما فكانا سواء

(مسألة) (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته)  
فإن عمره فالماء بينهما على الشركة أما الدولا ب والناعورة فالحكم فيه كالحكم في  
الحائط على  
ما ذكرناه وأما النهر والبئر فلكل واحد منهما الانفاق عليه وإذا أنفق عليه لم يكن له منع  
الآخر من  
نصيبه من الماء لأنه ينبع من ملكهما وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه  
عين مال فأشبهه  
الحائط إذا بناه بآلته والحكم في الرجوع بالنفقة حكم الرجوع في النفقة على الحائط  
على ما مضى  
(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه بما يضر بجاره نحو أن يبني حما ما بين الدور  
أو يفتح

خبازا بين العطارين أو يجعله دكان قسارة بهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئرا إلى  
جانب بئر جاره يجتذب  
ماءها وبهذا قال بعض الحنفية وعن أحمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض  
الحنفية لأنه  
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 صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا إضرار) ولأن هذا إضرار بجير انه فمنع  
منه كالذي سلموه وكسقي

الأرض الذي يتعدى إلى هدم حائط جاره أو اشعال نار يتعدى إلى إحراقها، قالوا ههنا  
تعدت النار  
التي أضرمتها والماء الذي أرسله فكان مرسلا لذلك في ملك غيره أشبه ما لو أرسله  
إليها قصدا، قلنا  
والدخان الذي هو اجزا الحريق الذي أحرقه فكان مرسلا له في ملك جاره فهو كالنار  
والماء وأما  
دخان الخبز والطبخ فإن ضرره يسير ولا يمكن التحرز منه وتدخله المسامحة  
(فصل) فإن كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصعود  
على سطحه

على وجه يشرف على سطح جاره الا أن بيني سترة تستره وقال الشافعي لا يلزمه ستره  
لأن هذا حاجز  
بين ملكيهما فلم يجبر أحدهما عليه كالأسفل  
ولنا أنه أضر بجاره فمنع منه كدق يهز الحيطان وذلك أنه يكشف جاره ويطلع على  
حرمه  
فأشبهه ما لو اطلع عليه من صئر بابه أو خصاصه وقد دل على المنع من ذلك قول النبي  
صلى الله عليه وسلم (لو أن  
رجلا اطلع إليك فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح) ويفارق الأسفل فإن  
تصرفه لا يضر  
بالأعلى ولا يكشف داره.

باب الحوالة  
الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه  
وسلم قال (مطل الغني ظلم  
وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع) متفق عليه وفي لفظ من (أحيل بحقه على ملئ  
فليحتل) واجمع  
أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة،  
وقد قيل إنها بيع  
فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة  
لأنه موضوع على الرفق  
فيدخلها خيار المجلس لذلك والصحيح انها عقد ارفاق منفذ بنفسه ليس بمحمول على  
غيره لأنها لو  
كانت بيعا لما جازت لأنه بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض لأنه بيع مال الربا  
بجنسه  
ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع ولان لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع  
فعلى هذا لا  
يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله، ولا بدء فيها من  
محيل ومحتال ومحال عليه  
(مسألة) والحوالة تنقل أحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا يملك المحتال  
الرجوع عليه بحال

إذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل وانتقل الحق إلى ذمة المحال عليه في قول عامة أهل 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 فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة  
فعلق  
على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه. إذا ثبت ذلك فمتى رضي بها المحتال ولم  
يشترط اليسار لم  
يعد الحق إلى المحيل أبدا سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو  
غيره وبه قال  
الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقى، وقال شريح والشعبي  
والنخعي متى  
أفلس أو مات رجع على صاحبه وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين إذا مات المحال  
عليه مفلسا  
وإذا جحده وحلف عليه عند الحاكم وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين  
الحالتين وإذا  
حجر عليه لفلس لأنه روي عن عثمان انه سئل عن رجل أحيى بحقه فمات المحال عليه  
مفلسا فقال  
يرجع بحقه لأنه لا توى على مال امرئ مسلم ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه  
لاحد المتعاضين  
فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه  
ولنا أن حزنا حد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به  
فمات المحال

عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره ان له الرجوع ولأنها 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 قررة عن عثمان ولم يصح سماعه وقد روي أنه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولو صح كان قول علي مخالفا له، وقولهم هو معاوضة لا يصح لأنه يفضي إلى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لأن في ذلك قبضا يقف استقرار العقد عليه وههنا الحوالة بمنزلة القبض وإلا كان بيع دين بدين (مسألة) (ولا تصح الا بشروط ثلاثة (أحدها) ان يحيل على دين مستقر فإن 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 لأن مقتضاها الزام المحال عليه الدين مطلقا ولا يثبت ذلك فيما هو بعرض السقوط ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر الا ان السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه متعرضا للفسخ بانقطاع المسلم فيه ولا تصح الحوالة به لأنها لا تصح الا فيما يجوز أخذ العوض عنه ولا يجوز ذلك في السلم لقوله عليه الصلاة والسلام (من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى



غيره فلا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لأنه غير مستقر لأن له ان يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة لأن حكمه حكم الأحرار في المداينات، وان أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض وان أحالت المرأة على زوجها بصدقها قبل الدخول لم يصح لأنه غير مستقر يحتمل ان يسقط بانفساخ النكاح بسبب من جهتها، وان أحالها الزوج به صح لأن له تسليمه إليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه وان أحالت به بعد الدخول صح لأنه مستقر، وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا وان أحاله المشتري به صح لأنه بمنزلة الوفاء قبل الاستقرار، وان أحال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتبين ان الحوالة كانت باطلة لأن الثمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وإنما ثبت الجواز بعد العلم بالعيب بالنسبة إلى المشتري، ويحتمل ان تبطل الحوالة لأن 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 جهتها أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فإن 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 لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه  
وثبت للمحتال فلم يزل  
عنه ولأن الحوالة بمنزلة القبض فكأن 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  
وجها واحدا  
ويرجع المحيل على المحتال به  
(فصل) وان أحال من لادين 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 مطالبة من عليه الدين كاستحقاق  
المحتال مطالبة المحال  
عليه و تحول ذلك إلى الوكيل كتحوله إلى المحتال، وان 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 وان أبرأه  
لم تصح البراءة لأنها براءة لمن لادين عليه وان وهبه إياه بعد أن قبضه منه رجع المحال  
عليه على  
على المحيل به لأنه قد غرم عنه وإنما عاد إليه المال بعقد مستأنف ويحتمل أن لا يرجع  
إليه لكونه ما

غرم عنه شيئا، وان أحال من لادين عليه على من لادين عليه فهي وكالة في اقتراض و ليست حوالة لأن الحوالة إنما تكون بدين على دين (الشرط الثاني) اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل لأنها تحويل للحق ونقل له فينتقل على صفته ويعتبر تماثلهما في الأمور المذكورة (أحدها) 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 صحاح بمكسرة أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح (الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فإن كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو كان أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين لم تصح الحوالة، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يؤخر حقه أو بعضه إلى أجل لم تصح الحوالة لأن الحال لا يتأجل ولأنه شرط ما لو كان ثابتا في نفس الامر لم تصح الحوالة فكذلك إذا اشترطه. فإذا اجتمعت هذه الأمور وصحت الحوالة فتراضيا بأن يدفع المحال عليه إلى المحتال خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو من له الحال بانظاره جاز لأن ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى فإن مات المحيل أو المحتال فالاجل بحال وان مات المحال عليه انبنى على حول الدين بالموت وفيه روايتان (الشرط الثالث) أن يحيل برضاه لأن الحق

عليه فلا يلزمه أدائه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا (فصل) ويعتبر لصحة الحوالة أن تكون بمال معلوم لأنها ان كانت بيعا فلا يصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم، والجهالة تمنع منه، فتصح بكل ما يثبت في الذمة بالاتلاف من الأثمان والحبوب والادهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لأنه 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 لأن المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمن بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) يصح ذكره القاضي لأنه حق ثابت في الذمة فأشبهه ماله مثل ويحتمل ان يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضي به قرض هذه الأموال فإن كان عليه إبل من الدية وله على آخر مثلها في السن فقال القاضي يصح لأنها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات، وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجهين لأنها مجهولة ولان الإبل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف فلا تثبت في الذمة سلما في رواية، وإن كان عليه إبل في دية وله على آخر مثلها قرضا فأحاله عليه فإن قلنا يرد 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 الدية وقد رضي بتسليم ماله في ذمة المقرض فإن كانت بالعكس فاحتال المقرض بابل الدية لم يصح لأننا ان قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمته والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك (مسألة) (ولا يعتبر رضي المحال عليه ولا رضي المحتال إن كان المحال عليه مليئا) 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 كالوكيل وإنما تعتبر الملاءة في رضي المحتال بقرض الملى غير المعدوم قال الشاعر:  
تطيلين لياني وأنت مليئة وأحسن يا ذات الوشاح التقاضيا  
يعني قدرة على وفائي قال احمد في تفسير الملى أن يكون مليئا بماله وقوله وبدنه فمتى أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما، وقال أبو حنيفة يعتبر رضاهما لأنه معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين، وقال مالك والشافعي يعتبر رضي المحتال لأن حقه في ذمة المحيل فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز ان يجبره على أن يأخذ بالدين عوضا، فأما المحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه الا أن يكون المحتال عدوه وللشافعي في اعتبار رضاه قولان:

(أحدهما) يعتبر وهو يحكى عن الزهري لأنه أحد من تتم به الحوالة فأشبهه المحيل  
(والثاني) لا يعتبر لأنه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يفتقر إلى رضی من عليه الحق  
كالتوكيل  
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (إذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع، ولان للمحيل ان  
يوفي الحق  
الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض قلزم المحتال  
القبول كما لو وكل رجلا  
في إيفائه، وفارق ما إذا أراد ان يعطيه عما في ذمته عرضا لأنه يعطيه غير ما وجب له  
فلم يلزمه قبوله  
وان لم يكن المحال عليه مليئا لم يلزمه ان يحتال لمفهوم الحديث ولان عليه ضررا في  
ذلك فلم يلزمه  
كما لو بذل له دون حقه في الصفة  
(ففصل) فإن شرط المحتال ملاءة المحال عليه فبان معسرا 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 مسلما ويفارق البيع فإن الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة  
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (المسلمون على شروطهم) ولأنه شرط ما فيه  
مصلحة العقد في عقد معاوضة  
فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط مالا يثبت باطلاق  
العقد بدليل  
اشتراط صفة في المبيع.  
(مسألة) (وان ظنه مليئا فبان مفلسا ولم يكن رضي بالحوالة رجع عليه وإلا فلا ويحتمل  
ان يرجع)

أما إذا لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلسا أو ميتا رجع على المحيل  
بغير خلاف،  
ولا يلزمه الاحتيال على غير الملىء لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله عليه  
وسلم بقبول  
الحوالة على الملىء، وإن كان رضي بالحوالة لم يرجع لأنه رضي بدون حقه ويحتمل أن  
يرجع لأن الفلاس  
عيب في الذمة فأشبهه ما لو اشترى شيئا يظنه سليما فبان معيبا.  
(مسألة) (وإذا أحال المشتري البائع بالثمن أو أحال البائع عليه به فبان البيع باطلا  
فالحوالة باطلة)  
مثل أن يشتري عبدا فيحيل المشتري البائع بالثمن ثم يظهر العبد حرا وأو مستحقا فالبيع  
باطل  
والحوالة باطلة لأنها تبيننا أن لا ثمن على المشتري وكذلك ان أحال البائع على المشتري  
أجنبيا بالثمن متى  
بطل البيع بطلت الحوالة لذلك والحرية إنما ثبتت بينة أو اتفاقهم فإن اتفق المحيل  
والمحال عليه على  
حرية وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لأنهما ييطان حقه فأشبهه  
ما لو باع المشتري  
العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حرا لم يقبل قولهما على المشتري الثاني وان أقاما  
بينه لم تسمع لأنهما  
كذباها بدخولهما في التبايع، وان أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة وإن  
صدقهما المحتال وادعى  
أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان  
بطلانها فكان  
جنبته أقوى فإن أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لأنهما لم يكذباها، وإن اتفق  
المحيل والمحتال  
على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد لأنه إقرار  
على غيرهما وتبطل

الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه  
يعترف للمحتال  
بدين لا يصدقه فيه فلا يأخذ منه شيئا، وان 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  
(مسألة) (فإن العقد بعيب أو إقالة لم تبطل الحوالة)  
يعني إذا فسخ العقد بعيب أو إقالة بعدا لقبض فيما إذا أحال المشتري البائع بالثمن فقد  
برئ المحال  
عليه لأنه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البائع فإن كان ذلك قبل القبض فقال  
القاضي تبطل  
الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لأن  
الحوالة بالثمن  
وقد سقط بالفسخ، ويجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به، وقال أبو  
الخطاب لا تبطل  
في أحد الوجهين لأن المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه  
ونقل حقه إليه نقلا  
صحيحا وبرئ من الثمن وبرئ المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ  
العقد الأول كما  
لو أعطاه بالثمن ثوبا وسلمه إليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا، فإن قلنا  
ببطلان الحوالة رجع  
المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وان قلنا لا تبطل رجع  
المشتري على  
البائع بالثمن ويأخذه البائع من المحال عليه وان كانت المسألة بحالها لكن أحال البائع  
أجنبيا بالثمن على  
المشتري ثم رد البعد المبيع ففي الحوالة وجهان:



(أحدهما) لا تبطل لأن 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 إن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به  
ولا فائدة في  
بقاء الحوالة فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما كالمسألة قبلها  
(مسألة) (وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى  
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) إذا أحال رجلا 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 عمرا على زيد  
بما يثبت له  
في ذمته صح أيضا لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر  
(مسألة) (وإذا قال أحلتك قال بل وقلتني أو قال وقلتك قال بل أحلتني فالقول  
قول مدعي الوكالة)  
إذا كان لرجل دين على آخر فاذن لرجل في قبضه ثم اختلفا فقال أحلتك بدينك قال  
بل وقلتني وديني باق في ذمتك أو قال وقلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل قال بل  
أحلتني

بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الوكالة مع يمينه لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر  
انتقاله والأصل معه فإن كان لأحدهما بينة حكم بها لأن اختلافهما في اللفظ وهو مما  
يمكن إقامة البينة عليه  
(مسألة) وإذا اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل  
إنما وكتلك  
في القبض لي وقال الآخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد  
الوجهين)  
لأن الظاهر معه فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على  
ظاهره كما لو  
اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لأن الأصل بقاء حق المحيل  
على المحال عليه  
والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر. فعلى الوجه الأول يحلف  
المحتال 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 إن كان المحتال قد قبض من  
المحال عليه  
وتلف في يده فقد برئ كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريط  
أو غيره لأنه  
ان تلف بتفريط وكان المحتال محقا فقد أتلف ماله وإن كان مبطلا ثبت لكل واحد  
منهما في ذمة  
الآخر ما في ذمته له فيتقاصان ويسقطان وان تلف بغير تفريط فالمحتال يقول قد قبضت  
حقي  
وتلف في يدي وبرئ 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 لأنه  
معترف ان  
له عليه من الدين مثل ماله في يده وهو مستحق لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم  
يسلمه إليه ويحتمل  
أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا  
يملك المحتال



المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لأن المحتل ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وانه لا يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعا فلا وجه لا سقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسألة لأنهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وإنما يدعي المحيل نيته وهذا لا تشهد به البينة نفيا ولا اثباتا.

(فصل) فإن قال أحلتك بدينك قال بل وكتنتي ففيهما وجهان أيضا لما قدمنا فإن قلنا القول قول المحيل فحلف برئ من حق المحتال وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه لأنه يجوز ذلك بقولهما معا فإذا قبضه كان له بحقه، وان قلنا القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة

المحتال عليه لأنه اما وكيل أو محتال، فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله اخذ ما قبض لنفسه لأنه يجوز ذلك لأن المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو أمانة في يدي ولي مثله على صاحبه

وقد أذن له في أخذه ضمنا فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئا، وان استوفى من

المحيل، دون المحال عليه رجع المحيل على المحال عليه في أحد الوجهين لأن الوكالة قد ثبتت بيمين

المحتال وبقي في ذمة المحال عليه للمحيل (والثاني) لا يرجع عليه لأنه يعترف انه قد برئ من حقه وإنما

المحيل ظلمه بأخذ ما كان عليه، قال القاضي والأول أصح وإن كان قد أخذ الحوالة فتلفت في يده

بتفريط أو أتلفها سقط حقه وجها واحدا لأنه إن كان محقا فقد أتلف حقه وإن كان مبطلا فقد أبطل

مثل دينه فيثبت في ذمته فيتقاصان وان تلف بغير تفريطه فعلى الوجه الأول يسقط حقه أيضا لأن

ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له ان يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحال

عليه لأنه يقر ببراءته

(٦٧)

(مسألة) (وان قال أحلتك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجهها واحدا)  
إذا اتفقا على أنه قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فالقول قول مدعي الحوالة وجهها واحدا  
لأن

الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين  
المحتال أو قال  
لادين لك علي لأن قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده بعد ذلك فاما ان  
لم يقل  
بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما أردت التوكيل بلفظ الحوالة أو  
قال أردت أن  
أقول وكتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال انه حوالة بدينه وان دينه كان  
ثابتا على

المحيل فهل هو اعتراف بالدين أو لاء فيه وجهان سبق توجيههما  
(فصل) وإن كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلانا الغائب  
وأنكر

صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه فإن كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته  
لاسقاط حق  
المحيل عليه، وان ادعى رجل ان فلانا الغائب أحالني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول  
قوله فإن أقام  
المدعي بينة ثبتت في حقه وحق الغائب لأن البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع إلى  
المحتال، وان لم يكن  
له بينة فأنكر المدعى عليه فهل يلزمه اليمين؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل  
يلزمه الدفع على  
وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع إليه لأنه لا يأمن انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له  
الاحتياط لنفسه  
كما لو ادعى أني وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه إليك فإذا قلنا  
يلزمه الدفع  
مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار فإذا حلف برئ ولم يكن للمحتال الرجوع على  
المحيل لاعترافه  
ببراءته وكذلك ان قلنا لا يلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المخيل، ثم ينظر في  
المحيل فإن  
صدق المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة لأن رضا المحال عليه لا يعتبر وان أنكر  
الحوالة حلف  
وسقط حكم الحوالة فإن نكل المحال عليه عن اليمين فقضى عليك بالنكول واستوفى

الحق منه ثم إن  
المحيل صدق المدعي فلا كلام وان أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من  
المحال عليه لأنه  
معترف له بالحق ويدعي ان المحتمل ظلمه ويبقى دين المحتمل على المحيل فإن أنكر  
المحيل ان له  
عليه دينا فالقول قوله بغير يمين لأن المحتمل يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه  
وإن كان المحيل

يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لأنه يقر أنه قد برئ منه بالحوالة والمحيل يصدق  
المحال عليه  
في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم أن المحيل قد أخذ  
منه أيضا بغير حق  
وانه يجب عليه ان يرد ما أخذ منه إليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها إلى المحال  
عليه أو يأذن  
للمحيل في دفعها إلى المحال عليه وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع  
إليه فأنكر المحيل  
الحوالة حلف ورجع على المحال عليه، والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين  
على  
ما ذكرنا في التي قبلها  
(فصل) فإن كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته  
وذمة  
المضمون عنه لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه  
الدين على ما ذكرنا  
فإن كان الألف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن  
الآخر بذلك فأحاله  
أحدهما بالألف برئت ذمتهما معا كما لو قضاها وان أحال صاحب الألف رجلا على  
أحدهما بعينه  
صحت الحوالة لأن الدين على كل واحد منهما مستقر، وان أحال عليهما جميعا  
ليستوفي منهما أو من أيهما  
شاء صحت الحوالة أيضا عند القاضي لأنه لا فضل ههنا في نوع ولا أجل ولا عدد  
وإنما هو زيادة  
استيثاق فلم فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملىء، وقال بعض  
الشافعية لا تصح الحوالة لأن  
الفضل قد دخلها فإن المحتال ارتفق بالتخيير الاستيفاء من أيهما شاء فأشبهه ما لو أحاله  
على رجلين  
له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والأول أصح، والفرق وبين هذه  
المسألة وبين ما إذا



أحاله بألفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا ولان الحوالة ههنا بألف معين  
وثم الحوالة  
بأحدهما من غير تعيين وانه إذا قضاه أحدهما الألف فقد قضاه جميع الدين وثم إذا  
قضى أحدهما بقي ما  
على الآخر ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامنا عن صاحبه فأحال عليهما حصت  
الحوالة بغير  
إشكال لأنه لما كان له ان يستوفي الألف من واحد كان له أن يستوفي من اثنين  
كالوكيلين  
باب الضمان  
وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعا  
ولصاحب الحق  
مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقيل من التضمين لأن ذمة الضامن تتضمن  
الحق، والأصل  
في جوازه الكتاب والسنة والاجماع. اما الكتاب فقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير  
وانا به زعيم  
والزعيم الكفيل قاله بان عباس. واما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه  
قال (الزعيم  
غارم) رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، واجمع المسلمون على الضمان في  
الجملة واختلفوا  
في فروع تذكر إن شاء الله تعالى، يقال ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير  
بمعنى واحد ولا بد في  
الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له.  
(مسألة) (ولصاحب لحق مطالبة من شاء منهما في الحياة والموت)  
وجملة ذلك أن 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 فعلى هذا لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا إذا تعذر مطالبة المضمون عنه ولأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا مع تعذر استيفائه من الأصل كالرهن ولنا قوله عليه السلام (الزعيم غارم) ولان الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كأصل ولان الحق ثابت في ذمتها فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن لأنه 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 والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلي 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 عليهما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال (جزاك الله عن الاسلام خيرا أو فك رهانك كما فككت رهان أخيك) فقبل يا رسول

الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة؟ فقال (بل الناس عامة) رواه الدارقطني فدل على أن المضمون عنه برئ بالضامن ولذلك صلى الله عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وروى الإمام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فاتينا 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 وبرئ الميت منهما؟) قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك (ما فعل الديناران؟) قال إنما مات أمس قال فعاد إليه من الفد فقال قد قضيتهما، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الآن بردت جلدته) وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله (وبرئ الميت منهما؟) ولأنه دين واحد فإذا صار في ذمة نائبة برئت الأولى منه كالمحال به لأن 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 جلدته) حين أخره أنه قضى دينه ولأنها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، فأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلأنه بالضمان صار له وفاء وإنما كان عليه الصلاة والسلام يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء، وأما قوله لعلي (فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك) فإنه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكاه من ذلك أو ما في معناه، وقوله (برئ الميت منهما؟) أي صرت أنت المطالب بهما وهذا على وجه التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الأداء عنه بدليل قوله حين أخبره بالقضاء (الآن بردت عليه جلدته) وفارق الضمان الحوالة

فإن الضمان مشتق من الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما والحوالة من التحول فيقتضي التحول الحق عن محله إلى ذمة المحال عليه وقولهم إن الدين الواحد لا يحل محلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن كذلك هذا (مسألة) (فإن برئت ذمة المضمون عنه برئ الضامن) متى برئت ذمة المضمون بقضاء أو إبراء برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافاً لأنه بيع ولأنه وثيقة فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن (مسألة) (وان برئ الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه لأنه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفاء وأيهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له لأنه حق واحد فإذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن، وان أحال أحدهما الغريم برئاً جميعاً لأن الحوالة كالقضاء (فصل) ويجوز ان يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان أو أكثر سواء ضمن كل واحد جميعه أو جزأ منه فإن ضمن كل واحد منهم جميعه برئ كل واحد منهم بأداء أحدهم وان أبرأ المضمون عنه برئ الجميع لأنهم فروع له وان أبرأ أحد الضامين برئ واحده لأنهم غير فروع له فلم يبرؤوا ببراءته كالمضمون عنه وان ضمن أحد هم صاحب لم يجز لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي فلا يجوز أن يثبت ثانياً ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز ان يصير فيه فرعاً، ولو تكفل بالرجل الواحد اثنان جاز ويجوز أن يكفل كل واحد

من الكفيلين صاحبه صاحبه لأن الكفالة بيدنه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أخضر  
 المكفول به برئ  
 وبرئ صاحبه من الكفالة لأنه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لأنه أصل في ذلك  
 وان  
 كفل المكفول به الكفيل لم يجر لأنه أصل له في الكفالة فلم يجر أن يصير فرعا فيما  
 كفل به وان  
 كفل به في غيره جاز.  
 (مسألة) (ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمرا فأسلم المضمون له أو المضمون عنه  
 برئ هو والضامن معا)  
 لأنه برئ من الخمر الذي ضمن عنه إذ لا يجوز وجوب خمر على مسلم وإذا برئ  
 المضمون عنه  
 برئ الضامن لأنه فرعه، وان أسلم المضمون له برئ أيضا لأنه ليس للمسلم المطالبة  
 بضمن الخمر  
 لكونه لا قيمة له في الاسلام فإن أسلم وحده برئ ولم يبرأ المضمون عنه لأنه أصل فلم  
 يبرأ  
 ببراءة فرعه كما لو أبرأه المضمون له  
 (مسألة) (ولا يصح الامن جائز التصرف)  
 لا يصح لا لضمان إلا ممن يصح تصرفه في ماله رجلا كان أو امرأة لأنه عقد يقصد به  
 المال  
 فصح من المرأة كالبيع.  
 (مسألة) (ولا يصح من صبي ولا مجنون ولا سفیه ولا من عبد بغير إذن سيده وعنه  
 يصح ويتبع  
 به بعد العتق وان ضمن باذن سيده صح وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين)

لا يصح الضمان من مجنون ولا مبرسم ولا صبي غير مميز بغير خلاف لأنه ايجاب مال فلم يصح منهم كالنذر والاقرار، ولا يصح من السفه المحجور عليه وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لأن من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به بعد فلك الحجر عنه كذلك ضمانه والأول أولى لأنه ايجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء وأما الاقرار فلنا فيه منع وان سلم فالفرق بينهما أن الاقرار اخبار بحق سابق وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه وهو قول الشافعي وخرج أصحابنا صحته على الروايتين في صحة اقراره وتصرفه بإذن وليه، ولا يصح هذا الجمع لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح كالتبرع والنذر بخلاف البيع، وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول أحمد ان القول قول المضمون له لأن معه سلامة العقد فأشبهه ما لو اختلفا في شرط فاسد ويحتمل أن القول قول الضامن لأن الأصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه، وهذا قول الشافعي ولا يشبه هذا ما إذا اختلفا في شرط فاسد لأن المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفا صحيحا فكان قول مدعي الصحة وههنا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي أهلية ظاهر يستند إليه فلم ترجح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال

جنون فالقول قول المضمون له لأن الأصل عدمه، وأما المحجور عليه لفلس فيصح  
ضمانه ويتبع به  
بعد فك الحجر عنه لأنه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فهو  
كتصرف الراهن  
فيما عدا الرهن، فأما العبد فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده سواء كان مأذونا له في  
التجارة أولا، وبهذا  
قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد  
الوجهين  
لأصحاب الشافعي لأنه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر فيه على السيد  
كالإقرار بالاتلاف  
ولنا انه عقد تضمن إيجاب فلم يصح بغير إذن السيد كالنكاح وقال أبو ثور إن كان من  
جهة  
التجارة جاز وإلا لم يجز فإن ضمن باذن سيده صح لأن سيده لو أذن في التصرف صح  
قال القاضي  
وقياس المذهب تعلق المال برقبته لأنه دين لزمه بفعله فتعلق برقبته كأرش جنائته وقال  
ابن عقيل  
ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد. وقد ذكر شيخنا هنا روايتين وكذلك ذكره  
أبو الخطاب  
كاستدائه باذن سيده وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى، فإن أذن له سيده في الضمان  
ليكون القضاء من

المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد كتعلق  
حق الجناية برقبة الجاني  
كما لو قال الحر لك هذا الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح  
(فصل) ولا يصح ضمان المكاتب بغير اذن سيده كالقن لأنه تبرع بالتزام مال أشبه نذر  
الصدقة  
بمال معين ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقولنا في العبد وإن ضمن باذنه ففيه  
وجهان (أحدهما  
لا يصح أيضا لأنه ربما أدى إلى تفويت الحرية (والثاني) يصح لأن الحق لهما لا يخرج  
عنهما فأما المريض  
فإن كان مرضه غير مخوف أو لم يتصل به الموت فهو كالصحيح وإن كان مرض  
الموت المخوف فحكم  
ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلثه لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضا  
أشبه الهبة، وإذا  
فهمت إشارة الأخرس صح ضمانه لأنه يصح بيعه واقراره وتبرعه أشبه الباطن، ولا يثبت  
الضمان بكتابته



منفردة عن إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لأنه قد يكتب عبثاً أو تجربة قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال  
ومن لا تفهم إشارته لا يصح مانه لأنه لا يدري بضمانه وكذلك سائر تصرفاته  
(مسألة) (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لها)  
لا يصح الضمان إلا برضى الضامن فإن أكره عليه لم يصح لأنه التزام مال فلم يصح بغير رضا  
الملتزم كالنذر ولا يعتبر رضا المضمون له وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لأنه اثبات مال لآدمي فلم يثبت  
إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء وعن أصحاب الشافعي كالمذهبيين ولنا إن أبا قتادة ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم

ولأنها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولأنه ضمان دين فأشبهه ضمان بعض  
الورثة دين الميت  
للغائب وقد سلموه، ولا يعبر رضى المضمون حديث أبي قتادة، ولا يعتبر أن يعرفهما  
الضامن وقال القاضي  
يعتبر معرفتهما لعيلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أولا وليعرف  
المضمون له فيؤدي إليه  
وذكر وجهها آخر أنه يعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لأنه  
لا معاملة بينه  
وبينه ولا أصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذا  
ولنا حديث علي وأبي قتادة فإنهما ضمنا لمن لم يعرفا وعن لم يعرفا ولأنه تبرع بالتزام  
مال فلم  
تعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر

(مسألة) (ولا يعتبر كون الحق معلوما ولا واجبا إذا كان مآله إلى الوجوب فلو قال  
ضمنت لك  
ما على فلان أو ما تداينه به صح)  
يصح ضمان المجهول فمتى قال أنا ضامن لك ما على 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 لأنه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن.  
ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لأن  
حمل البعير  
مختلف باختلافه وعموم قوله عليه السلام (الزعيم غارم) ولأنه التزام حق في الذمة من  
غير معاوضة  
فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولأنه يصح تعليقه بغرر وخطر وهو ضمان العهدة،  
وإذا قال الق متاعك

في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرقاء وعلي ضمانها فصح في  
المجهول كالعق والطلاق  
(فصل) ويصح ضمان ما لم يجب فلو قال ما أعطيت فلانا فهو علي صح، والخلاف في  
هذه المسألة  
كالتي قبلها ودليل القولين ما ذكرنا، قد قال في هذه المسألة الضمان ضم ذمة إلى ذمة  
في التزام الدين  
فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء لم يوجد ضم ولا يكون ضامنا قلنا: قد ضم ذمته  
إلى ذمة المضمون  
عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وان ما يثبت مضمونه يثبت في ذمته وهذا كاف وقد سلموا  
ضمان ما يلقيه في  
البحر قبل وجوبه بقوله الق متاعك في البحر وعلي ضمانه وسلم أصحاب الشافعي في  
أحد الوجهين ضمان  
الجعل في الجعالة قبل العمل وما وجب شيء بعد  
(مسألة) (ويصح ضمان دين الضامن)  
نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر لأنه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون  
ويثبت

الحق في ذمم الثلاثة أيهم برئت ذممهم كلها لأنه حق واحد فإذا قضي مرة سقط فلم  
يجب مرة  
أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه الضامنان لأنهما فرغ وان أبرئ الضامن الأول  
برئ  
الضامنان لذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم وان أبرئ الضامن الثاني برئ وحده،  
ومتى حصلت  
براءة الذمة بالابراء فلا رجوع فيها لأن 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  
الضامن يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانياً ولأنه أصل في  
الدين فلا  
يجوز أن يصير فرعاً فيه فإن ضمن عنه ديناً آخر أو تكفل به في حق آخر جاز لعدم ما  
ذكرنا  
(مسألة) (ويصح ضمان دين الميت المفلس وغيره ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح  
الروايتين)

يصح الضمان عن كل غريم وجب عليه حق حيا كان أو ميتا مليئا أو مفلسا وبه قال  
أكثر العلماء وقال  
أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت الا ان يخلف وفاء فإن خلف بعض الوفاء صح  
ضمانه بقدر ما خلف  
لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالابراء ولان ذمته قد خربت خرابا لا  
يعمر بعده فلم يبق  
فيه دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة.  
ولنا حديث أبي قتادة فإنهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء وقد حضهم النبي صلى الله  
عليه وسلم على  
ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله (ألا قام أحدكم فضمنه) وهذا صريح في المسألة  
ولأنه دين ثابت  
فصح ضمانه كما لو خلف وفاء. ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز  
لصاحب الحق اقتضاؤه  
ولو ضمنه حيا ثم مات لم يبرأ منه الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة  
الضامن وفي هذا  
انفصال عما ذكره. وإذا ثبت صحة ضمان دين الميت فإن ذمته لا تبرأ من الدين قبل  
القضاء في إحدى

الروایتین لقول النبي صلى الله عليه وسلم (نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه) ولان النبي صلى الله عليه وسلم سأل أبا قتادة عن الدينارين الذين ضمنهما فقال قد قضيتهما فقال (الآن بردت جلده) رواه الإمام أحمد ولأنه 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 (وبرئ الميت منهما) قال نعم وقد ذكرنا ذلك (فصل) ويصح الضمان في جميع الحقوق المالية الواجبة والتي تؤول إلى الوجوب كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده والأجرة والمهر قبل الدخول وبعده ولأن هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع صحة ضمانها كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط بالرد بالعيب وبالمقابلة وهذا مذهب الشافعي (مسألة) (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع) فضمانه على المشتري هو ان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، وان ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع متسحقاً أو رد بعيب أو أرش العيب، فضمان العهدة في الموضوعين 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، وممن 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 الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع، والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لأنه يؤدي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً فلم يبق الا الضمان ولأنه لا يضمن الا ما كان واجبا حال

العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة منتفية لأنه ضمن  
الجملة فإذا خرج بعضه  
مستحقا لزمه بعض ما ضمنه، إذا ثبت هذا فإنه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري  
قبل قبض الثمن



وبعده. وقال الشافعي إنما يصح بعد القبض لأنه قبل القبض لو خرج مستحقا لم يجب على البائع شيء وهذا ينبنى على ضمان ما لم يجب إذا كان مفضيا إلى الوجوب كالجعالة وسنذكرها، وألفاظ ضمان عهدة المبيع قوله ضمننت عهده أو تمته أو دركه أو يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمننت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه إذا قال ضمننت عهده أو ضمننت لك العهدة لم يصح لأن العهدة الصك بالابتياح كذا فسرره أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لأنه ملكه وليس بصحيح لأن العهدة في العرف عبارة عن الدرك وضمن الثمن والمطلق يحمل على الأسماء العرفية كالرواية تحمل عند اطلاقها على المزايدة لاعلى المحل وإن كان الموضوع لغة. فأما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لأنه إذا خرج حرا أو مستحقا لم يستطع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبدا أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حرا فإن ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص، وتبني 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 بغصب من يده أو يتقايلان فإن المشتري يرجع على البائع دون الضامن لأن هذا لم يكن موجودا حال العقد وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ويحتمل أن يرجع به على الضامن لأن ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه، وأما إن كان بسبب مقارن نظرنا فإن كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كأخذه بالشفعة فإن المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ومتى لم يجب على المضمون عنه لم يجب على الضامن بطريق الأولى. فأما إن كان زوال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع

بإستحقاق أو  
حرية أورد بعبق قديم فله الرجوع على الضامن وهذا ضمان العهدة، وان أراد اخذ أرش  
العيب رجع  
على الضامن أيضا لأنه إذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون  
عنه وسواء ظهر

كل المبيع متسحقا أو بعضه لأنه إذا ظهر بعضه مستحقا بطل العقد في الجميع في إحدى الروايتين  
فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الأخرى يبطل في البعض المستحق  
وله رد الجميع فإن ردها فهو كما لو استحققت كلها وان أمسك بعضها فله المطالبة بالأرش كما لو وجدها  
الكفالة لأنه لا يلزم البائع فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الأصل، وان ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في  
المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فإذا بنى أو غرس فاستحق المبيع رجع  
المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لأنه ضمان مجهول  
و ضمان ما لم يجب وقد بيناه جوازه  
(مسألة) (ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين)  
وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والأخرى يصح لأنه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر  
ديونه والأولى أصح لأنه ليس بلازم ولا ماله إلى اللزوم لأن للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع من  
الأداء فإذا لم يلزم الأصل فالضامن أولى  
(مسألة) (ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها الا أن يضمن التعدي فيها)  
أما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة إلى الخياط والقصار  
فإن ضمنها من غير تعدد فيها لم يصح لأنها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه وان ضمن  
التعدي فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحة ضمانها فإنه قال في رواية الأثرم في رجل يتقبل  
من الناس الثياب فقال له رجل ادفع إليه ثيابك وأنا ضامن فقال هو ضامن لما دفعه إليه يعني إذا  
تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا ان تلف بغير فعله ولا تفريط منه فلا شئ على الضامن وان تلف بفعله  
أو تفريط لزمه ضامنه أيضا لأنها مضمونة على من هي في يده فهي كالغصوب والعواري وهذا  
في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد ذكرناه



(۸۶)

(مسألة) فأما الأعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم  
فيصح ضمانها)  
وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي، وقال في الآخر لا يصح لأن الأعيان غير  
ثابتة  
في الذمة فإنما يضمن ما يثبت 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، وقولهم  
ان الأعيان لا تثبت  
في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردّها والتزام تحصيلها أو  
قيمتها عند تلفها  
وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فإنه يصح وهي في الحقيقة التزام رد الثمن أو  
عوضه إن ظهر  
بالمبيع عيب أو استحق.  
(فصل) ويصح ضمان الجعل في الجعالة وفي المسابقة والمناضلة وقال أصحاب  
الشافعي لا يصح ضمانه في  
أحد الوجهين لأنه لا يؤول إلى اللزوم أشبه مال الكتابة  
ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا  
عمل العمل  
وإنما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل، ويصح  
ضمان أرش الجناية  
سواء كان نقودا كقيم المتلفات أو حيوانا كالديار وقال أصحاب الشافعي لا يصح  
ضمان الحيوان الواجب  
فيها لأنه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولأن الإبل الواجبة في  
الدية معلومة الأسنان  
والعدد 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 باتلاف فلم يمنع  
وجوبه بالالتزام  
ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبله لأن نفقة اليوم واجبة  
والمستقبل مآلها  
إلى اللزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب، وقال القاضي: إذا ضمن نفقة  
المستقبل لم يلزمه  
إلا نفقة المعسر لأن الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار، وهذا مذهب الشافعي على

القول الذي  
قال فيه يصح ضمانها.  
ولنا أنه يصح ضمان الجعالة والصدّاق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار. فأما النفقة  
في الماضي

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

(مسألة) (وان قضى الضامن الدين متبرعا لم يرجع بشئ لأنه تطوع بذلك أشبه الصدقة  
وسواء  
ضمن باذنه أو بغير إذنه  
(مسألة) (وان نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير اذن المضمون عنه فهل يرجع؟  
على روايتين  
وإن أذن له في أحدهما فله الرجوع بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين)  
وجملة ذلك أن الضامن متى أدى الدين بينة الرجوع لم يخل من أربعة أقسام (أحدها)  
أن يضمن  
باذن المضمون عنه ويؤدي بأمره فإنه يرجع عليه سواء قال اضمن عني واد عني أو  
أطلق، وبهذا قال  
مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني  
رجع عليه وان قال  
انقد هذا لم يرجع عليه الا أن يكون مخالطا له يستقرض منه ويودع عنده لأن قوله  
اضمن عني وانقد عني  
اقراره منه بالحق وإذا أطلق صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع وإذا كان مخالطا له رجع  
استحسانا لأنه  
قدر يأمر مخالطه بالنقد عنه  
ولنا انه ضمن ودفع بأمره فأشبهه ما لو كان مخالطا له أو قال اضمن عني وما ذكره ليس  
بصحيح  
لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون الا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما  
ضمنه بدليل  
المخالطة له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به  
(الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضا وبه قال مالك والشافعي في أحد  
الوجه  
عنه، والوجه الثاني لا يرجع لأنه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع، الوجه الثالث أنه ان  
تعذر الرجوع  
على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع وإلا فلا لأنه تبرع بالدفع

ولنا أنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك اذنه في الأداء لأن الضمان يوجب عليه الأداء  
فرجع  
عليه كما لو أذن في الأداء صريحا (الثالث) ضمن بغير امره وقضى بأمره فله الرجوع  
أيضا وظاهر مذهب  
الشافعي أنه لا يرجع لأن أمره بالقضاء انصرف إلى 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 إلى ما وجب بضمانه قلنا والواجب بضمانه إنما هو أداء دينه وليس هو  
شيئا آخر  
فمتى أداه عنه باذنه لزمه إعطاؤه بدله (الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه  
روايتان (إحدهما)  
يرجع وهو قول مالك وعبيد الله بن الحسن وإسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول  
أبي حنيفة  
والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فإنهما لو كان يستحقان الرجوع  
على الميت صار  
الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون له ولم يصل  
عليه النبي صلى الله  
عليه وسلم لأنه تبرع بذلك أشبه ما لو علف دوابه وأطعم عبده بغير أمره. ووجه الأولى  
أنه قضاء  
مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضى عنه عند امتناعه،  
فاما علي وأبو  
قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان فإنهما قضيا دينه قصدا لتبرئة ذمته ليصلى عليه النبي  
صلى الله عليه  
وسلم مع علمهما 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 لأنه إن  
كان الأقل  
الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع به وإن كان المقضي أقل فإنما يرجع بما غرم  
ولهذا لو أبرأه  
غريمه لم يرجع بشيء فإن دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الامرين من قمته أو قدر الدين  
لما ذكرنا  
(فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل واحد منهما نصفها وكل واحد ضامن عن  
صاحب ما عليه



فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع وله الرجوع على  
الذي ضمن عنه  
ولم ين له أن يرجع على الآخر بشيء في إحدى الروايتين لأنه لم يفضي عنه ولا اذن له  
في القضاء

فإذا رجع على الذي ضمن رجع على الآخر بنصفها إن كان ضمن عنه باذنه لأنه ضمنها عنه باذنه وقضاها  
ضامنه، والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لأنها وجبت له على من أداها عنه فملك  
الرجوع بها كالأصل  
(فصل) وإذا ضمن عن رجل بأمره فطوب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لأنه  
لزمه الأداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وإن لم يطالب الضامن لم يملك  
مطالبه المضمون  
عنه لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم تكن له المطالبة قبل طلبه منه وفيه  
وجه آخر أن له  
المطالبة لأنه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبدا فرهنه كان  
لسيده مطالبته  
بفكاكه وتفريغه من الرهن والأولى أولى. ويفارق الضمان العارية لأن السيد يتضرر  
بتعويق منافع  
عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من  
منافعه فاما ان  
ضمن عنه بغير اذنه لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحال لأنه لاحق له يطالب  
به ولا شغل  
ذمته بأمره فأشبهه الأجنبي، وقيل إن ينبي على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه  
بما أدى عنه  
فإن قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وإن قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره  
على ما مضى تفصيله  
(فصل) وإن ضمن الضامن آخر فقضى أحدهما الدين برئ الجميع فإن قضا المضمون  
عنه لم  
يرجع على أحد وإن قضا الضامن الأول رجع على المضمون عنه دون الضامن الثاني  
وإن قضا الثاني  
رجع على الأول ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان كل واحد منهما قد أذن  
لصاحبه فإن لم يكن اذن له ففي  
الرجوع روايتان، وإن أذن الأول للثاني ولم يأذن المضمون عنه أو أذن المضمون عنه  
لضامنه ولم يأذن  
الضامن لضامنه رجع المأذون له على من أذن له ولم يرجع على الآخر على أحدي  
الروايتين فإن أذن

المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الأول رجع على  
المضمون عنه ولم يرجع  
على الضامن لأنه إنما يرجع على من أذن له دون غيره

(فصل) إذا كان له. الف على رجلين على كل واحد مهما نصفه و كل واحد منهما  
ضامن عن صاحبه  
فابراً الغريم أحدهما من الألف برئ منه وبرئ صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة  
وان قضاه أحدهما  
خمسمائة أو أبراه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيينة عن الأصل أو الضمان  
انصرف إليه وان أطلق  
احتمل ان له صرفها إلى ما شاء منهما كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب  
وحاضر كان له صرفها  
إلى ما شاء منهما واحتمال أن يكون نصفها عن الأصل ونصفها عن الضمان لأن اطلاق  
القضاء والابراء  
ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته  
وفي الابراء لفظ المبرئ  
ونيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من اعتبر لفظه ونيته  
(فصل) ولو ادعى ألفاً على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه  
فاعترف الحاضر  
بذلك فله أخذ الألف منه فإن قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر  
فالقول قوله  
مع يمينه وإن كان الحاضر أنكر فالقول قوله مع يمينه، فإن قامت عليه بينة فاستوفى  
الألف منه لم يرجع  
على الغائب بشئ لأنه بانكاره معترف انه لا حق له عليه وإنما المدعي ظلمه وان  
اعترف الغائب وعاد  
الحاضر عن انكاره فله الاستيفاء منه لأنه يدعي عليه حقا يعترف له به فجاز له أخذه،  
وان لم يقم  
على الحاضر بينة حلف وبرئ فإذا قدم الغائب فإن أنكر وحلف برئ فإن اعترف لزمه  
دفع  
الألف وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الأصيلة دون المضمونة  
لأنها سقطت عن  
المضمون عنه بيمينه فتسقط عن ضامنه  
ولنا أنه مقربها وغريمه يدعيها واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط  
عنه الحق الذي  
في ذمته بدليل أنه لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن  
(مسألة) وان أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه  
سواء صدقه أو كذبه)



(91)

إذا ادعى الضامن انه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له لأنه  
ادعى تسليم المال إلى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر، وله مطالبة الضامن والأصيل فإن  
رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه؟ ينظر فإن لم يعترف له بالقضاء لم يرجع  
عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشئ سواء صدقه  
المضمون عنه أو كذبه لأنه أذن في قضاء مبرئ ولم يوجد، وان قضاه بينة ثبت بها الحق لكن ان  
كانت غائبة أو ميتة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لأنه معترف أنه ما قصر وما فرط وان قضاه بينة  
مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لأن هذه البينة كعدمها، وان  
ردت بأمر خفي كالفسق بالباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن اشهد عبدين أو شاهدا واحدا  
فردت لذلك أو كان ميتا أو غائبا احتمل أن يرجع لأنه قضى بينة شرعية والجرح والتعديل ليس  
له واحتمل ان لا يرجع لأنه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته، وان قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه  
ففيه وجهان أحدهما يرجع وهو مذهب الشافعي لأنه إذا كان حاضرا كان الاحتياط إليه فإذا ترك التحفظ  
كان التفريط منه دون الضامن والثاني لا يرجع لأنه قضى قضاء غير مبرئ فأشبهه ما لو قضى في غيبته  
(فصل) فإن رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاه  
ثانيا لأنه أبرأ به ذمته ظاهرا قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بالقضاء الأول دون الثاني لأن البراءة

حصلت به في الباطن، ولا صاحب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث أنه لا يرجع  
بشيء بحال لأن الأول  
ما أبرأه ظاهرا والثاني ما أبرأه باطنا  
ولنا ان الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه إذا أبرأه ظاهرا وباطنا فرجع به كما لو  
قامت  
به بينة والوجه الأول أرجح لأن القضاء المبرئ في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن  
يجب  
بالباقى المبرئ في الظاهر.  
(مسألة) (وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره)  
لأن ما في ذمته حق للمضمون له فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق  
الذي له صار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقرارا في حق نفسه وفيه وجه آخر  
أنه لا  
يقبل لأن الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه وقول المضمون له  
شهادة على فعل نفسه  
فلا تقبل الأول أصح وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحه كشهادة المرضعة  
بالرضاع، وقد ثبت  
ذلك بخبر عقبة بن الحارث.  
(مسألة) (وان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل)  
لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ولأنه تبرع بالتعجيل، وان أحاله كانت الحوالة  
بمنزلة تقبيضه ورجع  
بالأقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر  
عليه الاستيفاء لفلس  
أو مطل لأن الحوالة كالأقباض

(مسألة) (وان مات الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين؟ على روايتين وأيهما حل عليه  
لم يحل على الآخر)  
وجملة ذلك أنه إذا ضمن دينا مؤجلا فمات أحدهما. إما الضامن أو المضمون عنه فهل  
يحل الدين  
على الميت منهما؟ على روايتين يأتي ذكرهما. فإن قلنا يحل على الميت لم يحل على  
الآخر لأن الدين لا  
يحل على شخص بموت غيره. فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة  
الضامن قبل الاجل فإن  
قضاه قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟  
يخرج على الروايتين  
فيمن قضى الدين بغير اذن من هو عليه. وإن كان الميت الضامن فاستوفى الغريم من  
تركته لم يكن  
لورثته مطالبه المضمون عنه حتى يحل الحق لأنه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته قبل  
أجله وهذا مذهب  
الشافعي وحكى زفر أن لهم مطالبته لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته  
ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو لم يمت، وقولهم أدخله فيه  
قلنا إنما أدخله  
في المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل  
(مسألة) (ويصح ضمان الحال مؤجلا وان ضمن المؤجل حالا لم يلزمه قبل أجله في  
أصح الوجهين)



إذا ضمن الدين الحال مؤجلا صح ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن، وبه قال الشافعي قال أحمد في رجل ضمن ما على فلان أنه يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلا لزم غريما له بعشره دنانير على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما عندي شيء أعطيكه فقال والله لا أفارقك حتى تعطيني أو تأتيني بحميل فجره إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (كم تستنظره؟) فقال شهرا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (فأنا أحمل؟ فجاءه به في الوقت الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (من ابن أصبت هذا؟) قال من معدن قال (لا خير فيها) وقضاها عنه رواه ابن ماجه ولأنه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلا كالبيع، فإن 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 بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فإنه لم يكن ثابتا عليه حالا ويجوز ان يخالف ما في ذمة الضامن الذي في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل. إذا ثبت هذا فكان الدين حالا فضمنه إلى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهر فإن قضاها قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية

التي تقول إنه إذا قضى دينه بغير إذنه رجع به لأن ما فيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الأخرى لا يرجع به قبل الاجل لأنه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك (فصل) فإن كان الدين مؤجلا فضمنه حالا ولم يلزمه أدائه قبل أجله لأن الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزمه ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبأن لا يلزم الضامن أولى ولأن الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلتزم ما يلزم المضمون عنه، فعلى هذا ان قضاءه حالا لم يرجع به قبل أجله لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها ان الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فإذا ضمنه مؤجلا فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاءه إلا عند أجله فإذا ضمنه حالا التزم ما لم يجب على المضمون عنه أشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وفيه وجه آخر انه يصح ضمان المؤجل حالا كما يضح ضمان الحال مؤجلا قياسا عليه وقد ذكرنا الفرق بينهما بما يمنع القياس إن شاء الله تعالى (فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل

دخلا على أنه لاحظ لهما ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا  
قال أبو حنيفة  
والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً، فإن شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي أن الكفالة  
تبطل وهو مذهب  
الشافعي لأنه شرط ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدي عن الكفول به  
وذلك لأن 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 أنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط  
لأنه وصل  
باقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل  
(فصل) وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ضمان اشتراك فقلنا ضمنا لك الألف الذي  
على زيد فكل  
واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن ثلثه، فإن قال واحد منهم  
انا وهذان  
ضامنون لكل الألف فسكت الآخران فعليه ثلث الألف ولا شيء عليهما وان قال كل  
واحد منهم كل  
واحد منا ضامن لك الألف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم  
بالألف ان شاء وان  
أدى أحدهم الألف كله أو حصته منه لم يرجع الاعلى المضمون عنه لأن كل واحد  
منهم ضامن أصلي  
وليس بضامن عن الضامن الآخر

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الكفالة التزام احضار المكفول به) وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل 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 والأثر ومنهم من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قوله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتني به الا ان يحاط بحكم) ولان ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال (مسألة) (وتصح ببدن من عليه دين وبالاعيان المضمونة) تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان معلوماً أو كان مجهولاً، وقال بعض الشافعية لا يصح ممن عليه دين مجهول لأنه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجهله ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولأنا قد

بيننا ان الضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداءً فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداءً أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لأنه قد يجب احضارهما مجلس الحاكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنهما 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 إلى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي إليه 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 بالأعيان المضمونة كالغصوب والعواري لأنه يصح ضمانها وقد ذكرنا صحة ضمانها (مسألة) (ولا يصح بيدن من عليه حد ولا قصاص سواء كان حقا لله تعالى كحد الزنا والسرقه أو لآدمي كحد القذف والقصاص) وهو قول العلماء منهم شريح والحسن وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في حدود الله تعالى واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حد ولا لعان وقال

في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لأنه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الأدميين  
ولنا ما روى عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال  
(لا كفالة في حد) ولأنه  
حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى، ولأن الكفالة استيثاق والحدود مبنها على  
الاسقاط  
والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولأنه حق لا يجوز استيفاءه من الكفيل إذا  
تعذر عليه احضار  
المكفول به فلا تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا  
(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من اجل دين الكتابة لأن الحضور لا يلزمه فلا  
تجوز  
الكفالة به كدين الكتابة.  
(مسألة) (ولا يصح بغير معين كأحد هذين) لأنه غير معلوم في الحال ولا في المال فلا  
يمكن تسليمه  
(مسألة) (وان كفل بجزء شائع من انسان أو عضو أو كفل بانسان على أنه ان جاء به  
وإلا فهو كفيل  
بآخر أو ضامن ما عليه صح في أحد الوجهين)  
أما إذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه كان كفيلًا به فإن كفل برأسه  
أو  
كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربه صحت الكفالة لأنه  
لا يمكنه  
احضار ذلك الا باحضاره كله، وقال القاضي تصح الكفالة ببعض البدن لأن ما لا يسري  
إذا حضر به  
عضو لم يصح كالبيع والإجارة، وان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كاليد والرجل  
ففيه وجهان:  
(أحدهما) تصح الكفالة اختاره أبو الخطاب وهو أحد الوجهين لا صحاب الشافعي لأنه  
لا يمكنه احضار  
هذه الأعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله أشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولأنه حكم  
يتعلق بالجملة

فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض كالطلاق والعتاق (والثاني) لا يصح لأن تسليمه بدون تسليم الجملة ممكن مع بقائها.

(فصل) إذا تكفل بانسان على أنه ان جاء به والا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه لم يصح عند القاضي فيهما لأن الأول مؤقت والثاني معلق على شرط، وقال أبو الخطاب: يصح فيهما لأنه ضمان أو كفالة فيصح تعليقه على شرط كضمان العهدة، فإن قال إن جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بيدن فلان أو فأنا ضامن لك المال الذي على فلان أو قال إذا جاء زيد فانا ضامن لك ما عليه أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة، وهو مذهب الشافعي ومحمد ابن الحسن لأن ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به كمجئ المطر ولأنه اثبات حق لآدمي معين فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة. وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يصح، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه أضاف الضمان إلى سبب الوجوب فيحب أن يصح كضمان الدرك والأول أقيس.

(فصل) وان قال كفلت بيدن فلا على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لأنه شرط شرطا لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد به الكفالة ويحتمل أن يصح لأنه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل إليه. فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا ان يبرئ المكفول له الكفيل الأول لأنه 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 ان تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان أصحهما البطلان لأنه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ سيع آخر وكذلك لو شرط في الكفالة

(1·1)



أو الضمان ان يتكفل المكفول به بآخر أو يضمن دينا عليه أو يبيعه شيئاً عينه أو يؤجره داره صح لما ذكرنا.

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

يعتبر رضى الكفيل في صحة الكفالة لأنه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه، ولا يعتبر رضا المكفول

له لأنها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة ولأنها التزام حق له من غير عوض

فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر فأما رضا المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالضمان (الثاني)

يعتبر وهو مذهب الشافعي لأن مقصودها احضاره فإذا تكفل بغير ادنه لم يلزمه الحضور معه ولأنه

يجعل لنفسه حقا عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو ألزمه الدين وفارق الضمان فإن الضامن

يقضي الحق ولا يحتاج إلى المضمون عنه

(مسألة) ومتى أحصره وسلمه برئ الا ان يحضره قبل الاجل وفي قبضه ضرر) وجملة ذلك أن الكفالة تصح حالة ومؤجلة كالضمان فإن أطلق انصرف إلى الحلول لأن كل عقد يدخله

الحلول إذا أطلق اقتضى تكفل حالاً كان له مطالبته باحضاره فإن احضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لأنه لا يحصل له غرضه، وان لم تكن يد حائلة لزمه

قبوله فإن قبله برئ من الكفالة، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت إليك منه أو قد سلمته إليك أو قد

أخرجت نفسي من كفالته، والصحيح الأول لأنه عقد على عمل فبرئ منه بالعمل المعقود عليه كالإجارة

فإن امتنع من تسلمه برئ لأنه أحضره ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه

فبرئ منه كالمسلم فيه وقال بعض أصحابنا إذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبرئ لأنه

فعل ما وقع العقد على فعله فبرئ منه، وقال القاضي يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه فإن لم يجد حاكماً  
أشهد شاهدين على احضاره، وامتناع المكفول له من قبوله والأول أصح فإن مع وجود صاحب الحق  
لا يلزمه دفعه إلى نائبه كحاكم أو غيره، وإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم احضاره قبل الاجل  
كالدين المؤجل فإذا حل الاجل فأحضره وسلمه برئ فإن أحضر قبل الاجل ولا ضرر في تسلمه  
لزمه، وإن 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  
محلّه أو في غير مكانه.  
(فصل) وإذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة، وبه قال  
أبو يوسف ومحمد وقال القاضي إن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه برئ من الكفالة وقال بعض  
أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان برئ من الكفالة لكونه لا يمكنه  
الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل إن كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر  
لم يبرأ الكفيل إذا أحضره فيه والا برئ كقولنا فيما إذا أحضره قبل الاجل ولأصحاب 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 ولأنه قد يسلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لغيبة شهوده أو غير ذلك وقد يهرب منه  
ولا يقدر على امساكه ويفارق ما إذا سلمه قبل الاجل فإنه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فمتى لم

يكن ضرر وجب قبوله فإن وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالسلم  
فإن سلمه في غيره  
فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وإن كان المكفول به محبوساً لأن ذلك  
الحبس يمنعه استيفاء  
حقه وإن كان محبوساً عندا الحاكم فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليمه لأن حبس الحاكم  
لا يمنعه استيفاء  
حقه وإذا طالب الحاكم باحضاره احضره وحكم بينهما ثم يرده إلى الحبس فإن توجه  
عليه حق للمكفول  
له حبه بالحق الأول وحق المكفول له  
(مسألة) (وان مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه برئ  
الكفيل)  
إذا مات المكفول به برئ الكفيل وسقطت الكفالة، وبه قال شريح والشعبي وحماد بن  
أبي  
سليمان وأبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا يسقط ويطالب بما عليه وهو قول الحكم  
ومالك والليث  
وحكي عن ابن شريح لأن الكفيل وثيقة بحق فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين  
استوفي من الوثيقة  
كالرهن ولأنه تعذر احضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب  
ولنا ان الحضور سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل كما لو برئ من الدين ولأن ما  
التزمه من  
أجله سقط عن الأصل فبرئ الفرع كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرئ  
ممن، وفارق ما إذا  
غاب فإن الحضور لم يسقط عنه وفارق الرهن فإنه غلق به المال فاستوفى منه وكذلك  
الحكم ان تلفت  
المكفول بها بفعل الله تعالى وان سلم المكفول به نفسه برئ الكفيل لأنه أتى بما يلزم  
الكفيل  
لأجله وهو احضار نفسه فبرئت ذمته كما لو قضى الدين  
(فصل) وإذا قال الكفيل قد برئ المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن

عليه دين حين كفلته فأنكر المكفول له فالقول قوله لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين فإن نكل قضي عليه، ويحتمل أن لا يستحلف فيما إذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لا دين عليه لأن الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فإن من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والأول أولى لأن ما ادعاه محتمل (فصل) وإذا قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة برئ لأنه حقه فسقط باسقاطه كالدين، وان قال قد برئت إلي منه أو قد رددته إلي برئ أيضا لأنه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك إذا قال له برئت من الدين الذي كفلت به، ويبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق فيما إذا قال برئت من الدين الذي كفلت به والأول أصح لأنه يمكن براءته بدون قبض الحق ببراء المستحق أو موت المكفول به فاما ان قال للمكفول به أبرأتك عمالي قبلك من الحق أو برئت من الدين الذي قبلك فإنه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لأنه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان برئ وبرئ كفيله (مسألة) (وان تعذر احضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين) متى 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) ولأنه أحد نوعي الكفالة فوجب بهما الغرم كالكفالة بالمال (مسألة) (وان غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره فإن تعذر احضاره ضمن ما عليه) إذا غاب المكفول به أو ارتد ولحق بدار الحرب لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي فيه واعادته وقال ابن شبرمة يحبس في الحال لأن الحق قد توجه عليه. ولنا ان الحق يعتبر في وجوب

(1.0)

أدائه امكان التسليم وإن كان حالا كالدين فإذا 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 المسألة التي قبلها (فصل) وان (. كفل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة وهذا قول الشافعي لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جعله إلى الحصاد والجذاذ والعطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والأولى صحته ههنا لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلا لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة، وقد روى منها عن أحمد في رجل كفل رجلا وقال إن جئت به في وقت كذا والا فما عليه علي فقال لا أدري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه، فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتا متسعا أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه، فأما ان قال وقت طلوع الشمس أو نحو ذلك صح وان قال إلى الغد أو إلى شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا في السلم. فإن تكفل برجل إلى 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 لأن هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد ولنا ان هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال إن جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي، ومبنى هذا الخلاف ههنا على اخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه (مسألة) (وإذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك أن كانت الكفالة باذنه أو طالبة صاحب الحق باحضاره والا فلا

إذا كفّل رجلاً بأذنه إيسلمه إلى المكفول له لزمه الحضور معه لأنّه شغل ذمته  
من

(١٠٦)

أجله اذنه فلزمه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه فإن عليه تخليصه إذا طلبه سيده، وان كانت  
بغير اذنه فإن طلبه المكفول له لزمه الحضور لأن حضوره حق للمكفول له وقد استتاب  
الكفيل  
في ذلك وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه الحضور لأنه لم يشغل ذمته وإنما الكفيل  
شغلها باختيار  
نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره، وان قال له المكفول له أحضر 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 الأول واحتمل أن يكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا  
ولا يلزمه الحضور معه  
(فصل) وإذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة  
لازمين للمباشر دون الأمر لأنه كفل باختيار نفسه وإنما الامر 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 أعط عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه إذا كان خليطا له  
ولنا انه لم يقل أعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم إذا كان له  
عليه مال فقال  
اعط فلانا حيث يلزمه لأنه لم يلزمه لا جل هذا القول بل لأن عليه حقا يلزمه أداءه  
(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين برئ الآخر لما ذكرنا في الضمان  
وان  
سلم المكفول به نفسه برئ كفيلاه وان أحضره أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لأن إحدى  
الوثيقتين  
انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الأخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين  
من غير قضاء الحق  
بخلاف ما إذا سلم المكفول به نفسه لأنه أصل لهما فإذا برئ الأصل مما تكفل به عنه  
برئ كفيلاه  
لأنهما فرعاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته وكذلك لو أبرأ  
المكفول  
به برئ كفيلاه ولو أبرئ أحد الكفيلين وحده لم يبرأ الآخر



(1·Y)

(مسألة) (ولو تكفل واحد غريما لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر)  
لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فقد التزم احضاره عن كل واحد منهما فإذا أحضره عند أحدهما برئ منه كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن دينا لرجلين فوفا أحدهما حقه (فصل) وإذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع فخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسبا بالرجوع أو متبرعا لأنه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، وان قال له بعضهم الق متاعك فألقاه فكذلك لأنه لم يكرهه ولا ضمن له فإن قال القه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان ذكره أبو بكر لأن ضمان ما لم يجب صحيح، وان قال القه وأنا وركبان السفينة ضمنا له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم، وقال القاضي إن كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته ولأنه لم يضم الجميع إنما ضمن حصته وأخير عن سائر ركبان السفينة بضمن سائرهم فلزمه حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين وإن كان ضمان اشتراك انفراد بأن يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أولم يسمعوا لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق (فصل) قال منها سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلا بحقه فقال يبرأ الكفيلان قال فإن مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئا؟ قال لا شيء له ويذهب الألف

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 كثيرا من الخلقاء ليبيغي بعضهم على بعض)  
الآية والخلطاء هم الشركاء، ومن السنة ما روي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا  
فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه.  
وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (يقول الله عز وجل انا ثالثا الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا 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) واجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبينهما إن شاء الله تعالى، والشركة نوعان شركة أملاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود (مسألة) (وهي على خمسة أضرب أحدها شركة العنان والثاني شركة المضاربة وشركة الوجوه وشركة الأبدان وشركة المفاوضة، ولا يصح شيء منها الا من جائز التصرف لأنه عقد على التصرف فم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع (فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون

هو الذي يليه لأنه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم  
مطلقا لأنه 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 فإنهم يبيعون الخمر 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  
الخمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على  
هذا فإنه علل بكونهم  
يربون كذلك رواه الأثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال لا تشاركن يهوديا ولا  
نصرانيا ولا  
مجوسيا لأنهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم ينتشر بينهم وهم  
لا يحتجون به  
وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد عامهم ورهن  
درعه عند يهودي  
على شعير أخذه لأهله 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 الخمر والخنزير قبل  
مشاركة المسلم فثمنه  
حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر رضي الله عنه ولو هم بيعها وخذوا أثمانها فاما ما  
يشتر به أو يبيعه من  
الخمر بمال الشركة أو المضاربة فإنه يقع فاسدا وعليه الضمان لأن عقد الوكيل يقع  
للموكل والمسلم لا  
يثبت ملكه على الخمر والخنزير فأشبهه شراء الميتة والمعاملة بالربا واما خفي أمره ولم  
يعلم فهو مباح

الأصل فأما المجوسي فإن أحمد كره مشاركته ومعاملته لأنه يستحل مالا يستحل هذا  
قال حنبل  
قال عمي لا يشاركه ولا يضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته  
والكراهة لمشاركته  
فإن فعل صح لأن تصرفه صحيح  
(فصل) وشركة العنان ان يشترك اثنان بماليهما ليعملا فيه بدنيهما وربحه لهما فينفذ  
تصرف كل  
واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، وهي جائزة  
بالاجماع ذكره ابن المنذر  
وإنما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها بهذا الاسم فقل سميت  
بذلك لأنهما يتساويان  
في المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير فإن عنانيهما  
يكونان سواء  
وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء إذا عرض يقال عنت إلي حاجبها إذا عرضت  
فسميت الشركة بذلك  
لأن كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه وقيل هي مشتقة من المعانة وهي  
المعارضة يقال عانت فلانا  
إذا عارضته بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأفعال  
وهذا يرجع إلى قول الفراء  
(مسألة) (ولا تصح الا بشرطين أحدهما أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير)  
ولا خلاف في أنه يجوز أن يجعل رأس المال دراهم أو دنانير إذا كانت غير مغشوشة  
لأنهما قيم الأموال  
وأثمان البياعات والناس يشتركون فيها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى زمننا هذا  
من غير تكبير  
(فصل) ولا تصح بالعروض في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب  
وحرب

وحكاه عنه ابن المنذر وكره ذلك يحيى بن أبي كثير وابن سيرين والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها: لا يجوز وقوعها على أعيانها لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع عليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمتها فيؤدي إلى أن يشاركه في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لأن القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لأنها معدومة حال العقد ولا يملكها لأنه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع وان أراد ثمنها الذي يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعيان وهذا لا يجوز، وفيه رواية أخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد قال أحمد إذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمتاع فقال جائز فظاهر هذا صحة الشركة بها اختاره أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس والأوزاعي وحماد بن أبي سليمان لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعا وكون ربح المالين بينهما وهو حاصل في العروض كحصوله في الأثمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان ويرجع

كل واحد منهما عند المفاضلة بقيمة ماله عند العقد كما اننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الأمثال اشبهت النقود ويرجع عند المفاضلة بمثلها وان لم تكن من ذوات الأمثال لم يجز وجها واحدا لأنه لا يمكن الرجوع بمثلها، ووجه الأول انه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض ومالا مثل له كالمضاربة فإنه سلم ان المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له (مسألة) (وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين) اختلف أصحابنا في الشركة بالمغشوش من الأثمان هل تصح؟ على وجهين (أحدهما) لا تصح سواء قل الغش أو كثر وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إن كان الغش أقل من النصف جاز وإن كثر لم يجز لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول ولنا انها مغشوشة أشبه ما لو كان الغش أكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب لا يصح فإن الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا أن يكون الغش قليلا لمصلحه النقد كيسيير الفضة في الدينار كالحبة ونحوها فلا اعتبار به لأنه لا يمكن التحرز 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 لأن قيمتها تزيد وتنقص اشبهت

العروض، ولا تصح الشركة بالفلوس وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك، ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فإن احمد قال لا أرى السلم في الفلوس لأنه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لأنها ثمن فأشبهت الدراهم والدنانير، وفيه وجه آخر ان الشركة تجوز بها على كل حال وان لم تكن نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الأول انها تنفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض فإذا قلنا بصحة الشركة بها فإنها ان كانت نافقة كان رأس المال مثلها وان كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض (فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا ولا جزافا لأنه لا بد من الرجوع به عند المفاضلة ولا يمكن مع الجهل به ولا يجوز بمال غائب ولا دين لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة. (مسألة) (الشرط الثاني أن يشترط لكل واحد منهما جزاء من الربح مشاعا معلوما كالنصف والثلث والرابع) لأنها أحد أنواع الشركة فاشترط علم نصيب كل واحد منهما من الربح كالمضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطاه سواء شرطا لكل واحد منهما على قدر ماله من الربح أو أقل أو أكثر لأن العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقه فجاز ان يجعل له حظا



من الربح كالمضارب وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي من شرط صحتها  
كون الربح والخسران  
على قدر المالكين لأن الربح في هذه الشركة بيع للمالك فلا يجوز تغييره بالشرط  
كالوضعية  
ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما  
كالمضاربين  
لرجل واحد، وذلك أن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل  
فجاز أن يشرط  
له زيادة في الربح في مقابلة عمل المضارب، وفارق الوضعية فإنها لا تتعلق إلا بالمال  
بدليل المضاربة  
(مسألة) (وان قالوا الربح بيننا فهو بينهما نصفين) لأن إضافته إليهما إضافة واحدة من  
غير ترجيح  
فاقتضى التسوية كقوله هذه الدار بيني وبينك وكذلك في المضاربة إذا قالوا الربح بيننا  
(مسألة) (فإن يذكر الربح لم يصح كالمضاربة) لأنه المقصود من الشركة فلا يجوز  
الإخلال به  
فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالكين  
(مسألة) (وان شرطا لأحدهما جزءا مجهولا لم يصح)  
لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب ولا الربح هو المقصود في الشركة فلم يصح مع  
الجهالة كالثمن  
والأجرة في الإجارة، وإن قال لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه صح وان جهلاه أو  
أحدهما  
لم يصح كالثمن في البيع

(مسألة) وان شرطاً لأحدهما في الشركة والمضاربة دراهم معلومة أو ربح أحد الثوبين لم يصح وجملته 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 تحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا جعل أحدهما لنفسه دراهم معلومة، وبه قال مالك وأبو ثور والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، والجواب فيما إذا قال لك نصف الربح الا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة، وإنما لم يصح لامرين (أحدهما) انه إذا شرط دراهم معلومة احتمال أن لا يربح غيرها فيحصل غيرها على جميع الربح واحتمل ان لا يربحها فيأخذ من رأس المال وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم (الثاني) ان حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فإذا جهلت الاجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما أن يكون معلوماً به ولان العامل في المضاربة متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما في طلب الربح لعدم فائدته منه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا شرط له جزء من الربح. (فصل) وكذلك الحكم إذا شرط لأحدهما ربح أحد الثوبين أو ربح أحدي السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وان دفع إليه ألفاً مضاربة وقال لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز كما لو قال لك نصف ربحه ولان ربح هو نصف ربحه، ووجه  
الأول أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض فلم يجز كما لو قال لك ربح  
هذه الخمسمائة ولأنه  
يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فإنه لا  
يؤدي إلى  
انفراجه بربح شيء من المال  
(مسألة) (وكذلك في المساقاة والمزارعة) قياسا على الشركة  
(مسألة) (ولا يشترط أن يخطا المالكين ولا أن يكونا من جنس واحد)  
لا يشترط اختلاط المالكين في شركة العنان إذا عيناها أو أحضراهما وبه قال أبو حنيفة  
ومالك  
الا أن مالكا شرط أن تكون أيدهما عليه بان يجعلاه في حانوت لهما أو في يد  
وكيلهما وقال الشافعي لا  
يصح حتى يخلط المالكين لأنهما إذا لم يخلطاهما فمال كل 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 ولأنه عقد على  
التصرف فلم  
يشترط فيه خلط المال كالكوكالة ولنا على مالك فلم يكن من شرطه أن تكون أيديهما  
عليه كالكوكالة وقولهم  
إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه بل يتلف من مال لهما 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 المالكين فهو من ضمان صاحبه

ولنا أن الوضيعة والضمان أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو  
اختلطا  
(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما  
دراهم والآخر  
دنانير نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين، وقال الشافعي لا تصح الشركة الا  
ان يتفقا في مال واحد  
بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن الا في المل الواحد ونحن لا تشترط ذلك  
ولنا انهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، فعلى هذا متى  
تفاضلا رجع  
هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه احمد وقال كذا يقول محمد  
والحسن، وقال  
القاضي متى أراد المفاضلة قوما المبتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم  
حين صرفا الثمن فيه  
ولنا ان هذه شركة صحيحة رأس المال فيما الأثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال  
كما لو  
كان الجنس واحدا.  
(فصل) ولا يشترط تساوي المالين في القدر وهو قول الحسن والشعبي والنخعي  
والشافعي وإسحاق  
وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك لأن صاحب المال القليل ان  
أخذ نصف  
الربح أخذ مالا يملكه وان أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل بعمله  
لاستوائهما في العمل  
ولنا أنهما مالان من جنس الأثمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا  
(مسألة) (وما يشتره كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما)

شركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه  
أمنه وبإذنه له  
في التصرف وكله ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف  
فعلى هذا ما يشتريه  
كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما لأن العقد وقع على ذلك فاما ما يشتريه  
لنفسه فهو له والقول  
قوله في ذلك لأنه أعلم بنيته  
(مسألة) (وان تلف أحد المالين فهو من ضمانهما إذا خلطا المال وان لم يخلط  
فكذلك)  
لأن العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد فكذلك في الضمان كحال الخلطة  
وقال أبو حنيفة  
متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه وقد ذكرنا ما يدل على خلافه  
(مسألة) (والوضيعة على قدر المال)  
الوضيعة هي الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فإن كان متساويا في  
القدر فالخسران  
بينهما نصفين وإن كان أثلاثا، فالوضيعة أثلاثا 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 أو لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به أو  
غير ذلك، والوضيعة  
في المضاربة على المال خاصة لا شئ على العامل منها لأن الوضيعة عبارة عن نقصان  
رأس المال وهو

مختص بملك ربه لا شئ فيه للعامل فيكون نقصه من ماله دون غيره وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبهه المساقاة والمزارعة فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وان تلف الشجر أو هلك شئ من الأرض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شئ (فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (يجوز 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 ان يبيع ويشترى مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة كيف رأى المصلحة لأن هذه عادة التجار، وله ان يقبض المبيع والثلث ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه أو وليه صاحبه، وله أن يقر به كما يقبل اقرار الوكيل بالعيب على موكله نص عليه احمد وكذلك ان بالثلث أو بعضه أو اجرة المنادي أو الحمال لأن هذا من توابع التجارة فهو كتسليم المبيع وأداء ثمنه، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة لأن مبناها على الوكالة والأمانة على ما ذكرنا، فيتصرف كل واحد منهما في المالين بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، في الإقالة وجهان أصحهما انه لا يملكها لأنها ان كانت بيعا فقد أذن له فيه وان كانت فسخا ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة فملكه كالرد بالعيب والآخر لا يملكها لأنها فسخ فلا يدخل في الاذن في التجارة وله ان يستأجر من مال الشركة ويؤجر لأن المنافع أجريت مجرى الأعيان فصار كالشراء والبيع وله المطالبة بالاجر لهما وعليهما لأن حقوق العقد لا تختص بالعقد

(فصل) فإن ردت السلعة عليه بعيب فله ان يقبلها وان يعطي أرش العيب أو يحط من ثمنه أو

يؤخر ثمنه لا جل العيب لأن ذلك قد يكون أحظ من الرد

(مسألة) (وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يزوجه ولا يعتقه على مال ولا غيره لأن الشركة

انعدت على التجارة وليست هذه الأشياء تجارة سيما تزويج العبد فإنه محض ضرر ولا يهب ولا يقرض

ولا يحابي لأن ذلك ليس بتجارة

(مسألة) (ولا يضارب بالمال ولا يأخذ به سفتجة ولا يعطيها الا باذن شريكه)

ليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لأن ذلك يثبت في المال حقوقا ويستحق ربحه

لغيره وليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لأنه يتضمن إيجاب حقوق في المال وليس

هو من التجارة المأذون فيها، وليس له ان يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطيها لأن فيه خطرا فإن أذن شريكه

في ذلك جاز لأنه يصير من التجارة المأذون فيها، ومعنى قوله يأخذ به سفتجة أنه يدفع إلى انسان شيئا

من مال الشركة ويأخذ منه كتابا إلى بلد آخر ليستوفي منه ذلك المال، ومعنى قوله يعطيها أنه يأخذ

من إنسان بضاعة ويعطيه بثمان ذلك كتابا إلى بلد آخر ليستوفي ذلك منه فلا يجوز لأن فيه خطرا على المال

(مسألة) (وهل له أن يودع أو يبيع نساء أو يوضع أو يوكل فيما يتولى مثله بنفسه أو يرهن

أو يرتهن؟ على وجهين)

اختلفت الرواية في الايداع والابضاع على روايتين (إحدهما) له ذلك لأنه عادة التجار وقد تدعو الحاجة إلى الايداع (والثانية) لا يجوز لأنه ليس من الشركة وفيه غرر، والصحيح ان الايداع يجوز عند الحاجة إليه لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمال، وهل له ان يبيع نساء؟ يخرج على الروايتين في الوكيل والمضارب (إحدهما) له ذلك لأنه عادة النجار والربح فيه أكثر (والأخرى) لا يجوز لأن فيه تغريرا بالمال، فإن اشترى شيئاً بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى شيئاً من ذوات الأمثال وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرض فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لأنه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك لما نذكره، قال شيخنا والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه ببيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة أشبه ما لو كان عنده نقد ولان هذا عادة التجار ولا يكمن التحرز عنه وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه؟ على وجهين بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه لا التوكيل أخص من عقد الشركة فإن وكل أحدهما ملك الاخر عزله لأن لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه التوكيل فكذلك بالعزل، وهل لأحدهما ان يرهن أو يرتهن بالدين الذي لهم؟ على وجهين أصحهما ان له ذلك عند الحاجة لأن الرهن يراد للايفاء والارتهان يراد



للاستيفاء وهو يملك الايفاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما، والثاني ليس له ذلك لأن فيه خطرا ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص  
العائد فكذلك ما يراد له وهل له السفر؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة  
(فصل) فإن قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما نفع في التجارة من الابضاع والمضاربة  
بالمال والمشاركة به وخلطه بماله والسفر به والايديع والبيع نساء والرهن والارتهان والإقالة ونحو  
ذلك لأنه فوض إليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة، فاما التمليك  
بغير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائدة والقر والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له  
فعله لأنه إنما فوض إليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها  
(مسألة) (وليس له ان يستدين على مال الشركة فإن فعل فهو عليه وربحه له، الا أن بأذن شريكه)  
إذا استدان على مال الشركة لم يجز له ذلك فإن فعل فهو له له ربحه وعليه وضيعته، قال أحمد  
في رواية صالح من استدان في المال بوجهه ألفا فهو له ربحه له والوضيعة عليه، وقال القاضي إذا استقرض  
شيئا لزمهما وربحه لهما لأنه تمليك مال بمال أشبه الصرف ومنصوص أحمد يخالف هذا لأنه أدخل في  
الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم إليها ألفا من ماله، ويفارق الصرف  
فإنه بيع وإبدال عين بعين فهو كبيع الثياب بالدراهم فإن أذن شريكه في ذلك جاز كبقية أفعال التجارة المأذون فيها

(مسألة) (وان اخر حقه من الدين جاز)  
إذا كان لهما دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد  
وقال أبو حنيفة  
لا يجوز ولنا انه أسقط حقه من المطالبة فصح ان ينفرد أحدهما به كالإبراء  
(مسألة) (وان تقاسما الدين في الذمة لم يصح) نص عليه في رواية حنبل لأن الذمة لا  
تتكافأ  
ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعديل فاما القسمة بغير تعديل فهي بمنزلة البيع ولا يجوز  
بيع الدين  
بالدين، فعلى بالدين، فعلى هذا لو تقاسما ثم توى بعض المال رجح الذي توى ماله  
على الذي لم يتو وبه قال ابن سيرين  
والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الأعيان وبه  
قال الحسن  
وإسحاق، فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو إذا أبرأ كل واحد منهما  
صاحبه وهذا إذا  
كان في ذم فاما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة لأن القسمة افراز حق ولا يتصور  
ذلك في ذمة وحدة  
(مسألة) (وان أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه) لأنه تبرع فلزم في حقه دون  
صاحبه كالصدقة  
(مسألة) (وكذلك ان أقر بمال سواء أقر بعين أو دين) لأن شريكه إنما أذن في التجارة  
وليس  
الإقرار داخلا فيها، وقال القاضي يقبل اقراره على مال الشركة لأن 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 إليه في البيع أشبه الإقرار بالعيب

(مسألة) (وعلى كل واحد منهما ان يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيئه وختم الكيس واحرازه) لأن اطلاق الاذن يحمل على العرف، والعرف ان هذه الأمور يتولاه بنفسه  
(فن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه) في ماله لأنه بذلها عوضا عما يلزمه (وما جرت العادة ان يستتیب  
فيه) كحمل المتاع ووزن ما ينقل والنداء (فله ان يستأجر من يفعله) من مال القراض لأنه العرف  
(مسألة) (فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين) أحدهما لا يستحقها نص عليه لأنه  
تبرع بما لم يلزمه فلم يكن له أجر كالمرأة التي تستحق على زوجها خادما إذا خدمت نفسها وفيه وجه  
آخر ان له الأجرة لأنه فعل ما يستحق الأجرة فيه فاستحقها كالأجنبي  
(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 أو لا يبيع الا بنقد معلوم أو لا يسافر بالمال أو لا يبيع إلا  
من فلان أو لا يشتري إلا من فلان)  
فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم أو الرجل مما يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال  
أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو مالا يعم  
وجوده كالياقوت الأحمر والخيل البلق لم يصح لأنه يفوت مقصود الشركة والمضاربة وهو التقلب وطلب  
الربح فلم يصح كما لو شرط أن لا يبيع ويشترى الا من فلان أو ان لا يبيع الا بمثل ما اشترى به

ولنا أنها شركة خاصة لا تمنع الربح بالكلية نصحت كما لو شرط أن لا يتجر الا في نوع يعم وجوده  
ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كوكالة، قولهم إنه يمنع المقصود ممنوع وإنما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع، ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع الا برأس المال فإنه يمنع الربح بالكلية وكذلك إذا قال لا تبع إلا من فلان ولا تشتري إلا منه فإنه يمنع الربح أيضا فإنه لا يشتري ما باعه الا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع إلا من اشتريت منه لم يصح لذلك  
(مسألة) (وفساد مثل ان يشترط ما يعود بجهالة الربح أو ضمان المال أو ان عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله أو ان يوليه ما يختار من السلع ويرتفق بها أو ان لا يفسخ الشركة مدة بعينها، فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد ويخرج في سائرهما روايتان)  
الشروط الفاسدة في الشركة والمضاربة تنقسم ثلاثة أقسام:  
(أحدها ما ينافي مقتضى العقد مثل ان يشترط لزوم المضاربة أو ان لا يعز له مدة بعينها أو ان لا يبيع الا برأس المال أو أقل أو لا يبيع الا ممن اشترى منه أو شرط أن لا يشتري أو لا يبيع أو ان يوليه

ما يختار من السلع 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 ان شرط للمضارب جزءا من الربح مجهولا أو ربح أخذ الكيسين أو أحد الألفين أو أحد العبدین أو أحد السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو ان حق أحدهما في عبد يشتره أو يشرط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة والشركة كون الربح معلوما.

(القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل ان يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضا أو أن يخدمه في شئ بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل ان يلبس الثوب أو يستخدم العبد أو يشرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضیعة أو انه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن أو شرط المضارب على رب المال شيئا من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا بعضها في غير هذا الموضع معللا، ومتى اشترط شرطا فاسدا يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة والشركة لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأسد العقد كما لو جعل رأس المال خمرا أو خنزيرا ولان لجهالة تمنع من التسليم فيفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب، وما عدا هذا من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عته ان العقد صحيح ذكره عنه الأثرم وغيره ولأنه

عقد يصح على مجهول فل تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح والعتاق، وفيه رواية أخرى أن العقد يبطل ذكرها القاضي وأبو الخطاب لأنه شرط فاسد فأبطل العقد كالمزارعة إذا شرط البذر من العامل وكالشروط الفاسدة في البيع، ودليل فساد هذه الشروط انها ليست من مصلحة العقد ولا يقتضيها العقد فإن مقصوده الربح فكيف يقتضي الضمان ولا يقتضي مدة معينة؟ لأنه جائز (مسألة) (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 فإن تساويا مالاهما وعملهما فقاص الدينان واقتسما الربح نصفين وان فضل أحدهما صاحبه يقاص دين القليل بمثله ويرجع على الآخر بالفضل والوجه الثاني ذكر الشريف أبو جعفر انهما يقتسمان الربح على ما شرطاه لأنه عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولا فوجب المسمى في فاسده كالنكاح (فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه لفسده بالفسخ من أحدهما لأنه عقد جائز فبطل بذلك كالكالة وان عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول فلم يكن له أن يتصرف الا في قدر نصيبه، وللعازل التصرف في الجميع لأن المعزول لم يرجع عن اذنه

هذا إذا نض المال وإن كان عرضا فذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد أنه لا ينعزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب إذا عزله رب المال، وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال، وذكر أبو الخطاب انه ينعزل مطلقا وهو مذهب الشافعي قياسا على الوكالة، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع قسم ولم يبع، فإن قيل أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب إليه؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع فاستحقه العامل لو قوف حصول حقه عليه، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدرکه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر عى البيع، قال شيخنا وهذا إنما يصح إذا كان الربح على قدر المالين أما إذا زاد ربح أحدهما عن ماله فإنه لا يستدرک ربحه بالقسمة فيتعين البيع كالمضاربة.

(فصل) إذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله ان يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف لأن هذا إتمام للشركة وليس بابتدائها فلا يعتبر شروطها، وله المطالبة بالقسمة فإن كان موليا عليه قام وليه مقامه في ذلك الا انه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولي عليه، فإن 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 لأنه قد وجب دفعه إليهم فيعزل نصيبه ويفرقه عليهم فإن كان على الميت دين تعلق بترکته فليس للوارث امضاء الشركة حتى يقضي دينه فإن قضاه من غير مال الشركة فله الاتمام وان قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى.

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني المضاربة وهي أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه والربح بينهما)  
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 منهما  
بسهم في الربح ويسميه أهل الحجاز القراض، قيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب إذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل واقتطع له قطعة من الربح، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازننا، ويعقد بلفظ المضاربة والقراض وبكل ما يؤدي معناه  
لأن القصد المعنى فجاز بكل ما دل عليه كالوكالة وهي مجمع على جوازها في الجملة. وذكره ابن المنذر  
روي وعن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق، وروي مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه ان عبد الله وعبيد الله أبي عمر بن الخطاب  
خرجا في حيش إلى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعا وقد ما به إلى المدينة فباعاه  
وربحا فيه فأراد عمر اخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلف كان ضامنه علينا فلم يكون ربحه لنا؟  
فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا؟ قال قد جعلته وأخذ منهما 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 عليا قال إذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام انهما قارضا ولم يعرف لهم في الصحابة منخالف فكان اجماعا ولان بالناس حاجة إلى المضاربة فإن الدراهم الدنانير لا تنمي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا كل من يحسن التجارة له مال فاحتيج إليها من الجانبين فشرعت لدفع الحاجتين (فصل) ومن شرط صحتها تقدير نصيب العامل لأنه يستحقه بالشرط فلم يقدر الا به، فلو قال خذ هذا المال مضاربه ولم يذكر سهم العامل فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي، وقال الحسن وابن سيرين والأوزاعي الربح بينهما نصفين كما لو قال والربح بيننا فإنه يكون بينهما نصفين كذا هذا، ولنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى ان له جزءا من الرب مجهولا فلم تصح المضاربة كما لو قال ولك جزء من الربح، فاما إذا قال الربح بيننا فإن المضاربة تصح وتكون بينهما نصفين لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة فلم يترجح أحدهما على الآخر فافتضى التسوية كما لو قال هذه الدار بيني وبينك (مسألة) (فإن قال خذه فاتجر به والربح كله لي فهو ابضاع) لأنه قرن به حكم الابضاع فانصرف إليه (مسألة) (وان قال والربح كله لك فهو قرض) لا قراض لأن قوله خذه فاتجر به يصلح لهما

وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه وان قال مع ذلك فلا ضمان عليك فهو قرض شرط فيه نفي الضمان فلا ينتفي شرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضا ولا ضمان عليك (مسألة) (وان قال خذه مضاربة والربح كله لك أولي لم يصح) وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال والربح كله لي كان إبطاعا صحيحا لأنه أثبت له حكم الإبطاع فانصرف إليه كما لو قال أتجر به الربح كله لي، وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في صورتين لأنهما دخلا في القراض فإذا شرطه لا أحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد ولنا ان المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما الربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما، ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبطاع والقرض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب (مسألة) (ولو قال لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال) إذا قدر نصيب العامل فقال لك ثلث الربح أو رבעه أو جزء معلوم صح والباقي لرب المال لأنه يستحق الربح بماله لكونه نماؤه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما له استحققه وما بقي فلرب المال بحكم الأصل (مسألة) (وان قال ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان)

أحدهما لا يصح لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء فتكون المضاربة (فاسدة) والثاني يصح ويكون الباقي للعامل وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لأن الربح لا يستحقه غيرهما فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ كما علم ذلك من قوله تعالى (وورثه أبواه فألمه الثلث) ولم يذكر نصيب الأب فعلم أن الباقي له لأنه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمرو ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمر وكذا ههنا وهي أصح (فصل) فإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن الباقي صح وكان لرب المال لأنه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذا إذا ذكر البعض وترك البعض، وإن قال خذه مضاربة على الثلث أو قال بالثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل لأن الشرط يراد لأجله لأن رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل وهو يقل ويكثر وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له وهو مذهب الشافعي (مسألة) وإن اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل قليلا كان أو كثيرا) لما ذكرنا واليمين على مدعيه لأنه يحتمل خلاف ما قاله فيجب اليمين لنفي الاحتمال كما يجب على المنكر لنفي ما يدعيه المدعي (فصل) وإن قال خذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وله خمسة أسباع الربح لأن

هذا معناه وان قال لك ثلث الربح وربع وما بقي فله النصف وان قال لك ربع الربح وربع ما بقي فله  
ثلاثة أثمان ونصف ثمن، وسواء عرفا الحساب أو جهلاه لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة  
أشبه ما لو شرط  
الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفعل كمذهبنا  
(فصل) ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد فإن شرط لهما جزءا من  
الربح  
بينهما نصفين صح وان قال لك كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو بينهما فهو  
بينهما نصفان لأن  
اطلاق قوله لكما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله الربح بيننا، وان شرط لأحدهما  
ثلث الربح وللآخر  
ربعه والباقي له جاز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لأنهما في العمل  
بأبدانهما فلم  
يجز تفاضلها في الربح كشريكي الأبدان  
ولنا ان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز ان يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما  
لو انفردا  
ولأنهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فجاز تفاضلها في العوض كالأجيرين،  
وشركة الأبدان كمسئلتنا  
لا يجب التساوي فيها ثم الفرق بينهما ان ذاك عقد واحد وهذا عقدان  
(فصل) وان قارض اثنان واحدا بألف لهما جاز فإن شرطاً له ربحا متساويا منها جاز  
وكذلك ان  
بشرط أحدهما له النصف والآخر الثلث ويكون باقي ربح 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

ولنا أن أحدهما يحصل له من ربح ماله النصف والآخر الثلثان فإذا شرط التساوي فقد شرط

أحدهما للآخر جزءا من ربح ماله بغير عمل فلم يجز كما لو شرط ربح ماله المنفرد (فصل) إذا شرط جزءا من الربح لغير العامل نظرت فإن شرطاه لعبد أحدهما أو لعبد يهما

صح وكان مشروطا لسيدة فإذا جعلوا الربح بينهما وبين عبد أحدهما أثلاثا كان لصاحب العبد

الثلثان وللآخر الثلث وان شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملا مع

العامل صح وكانا عاملين وان لم يشرطا عليه عملا لم تصح المضاربة وبه قال الشافعي، وحكي عن

أصحاب الرأي انه يصح، والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو قريب رب المال

أو لأجنبي لأن العامل لا يستحق الا ما يشترط له ورب المال يستحق الربح بحكم الأصل والأجنبي لا

يستحق شيئا لأن الربح إنما يستحق بمال أو عمل وليس له واحد منهما وما شرط لا يستحقه فرجع

إلى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود إلى الربح فسد به العقد كما لو شرط دارهم معلومة وان قال لك الثلثان

على أن تعطي امرأتك نصفه فكذلك لأنه شرط في الربح شرطا لا يلزم فكان فاسدا والحكم

في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرنا

(فصل) وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يعله وفيما يلزمه فعله وفي الشروط  
كلما 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 مالا يجوز ثم لا يجوز ههنا  
على ما فصلناه لأنها في معناها  
(مسألة) وإذا فسدت فالربح لرب المال وللعامل الأجرة وعنه له الأقل من الأجرة أو  
ما شرط له من الربح) الكلام في المضاربة الفاسدة في فصول ثلاثة (أحدها) أنه إذا  
تصرف العامل نفذ تصرفه لأنه إذ فيه رب المال فإذا بطل عقد المضاربة بقي الاذن فملك به التصرف  
كالوكيل، فإن قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسدا ثم تصرف فيه لم ينفذ مع أن البائع قد اذن له في  
التصرف؟ قلنا لأن المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالاذن فإن اذن البائع كان على أنه ملك المأذون  
له فإذا لم يملك لم يصح وههنا اذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرط من الشرط  
الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لأنه اذن له في تصرف ما يقع له  
(الفصل الثاني) ان الربح جميعه لرب المال لأنه نماء ماله وإنما يستحق العامل بالشرط  
فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق به شيئا ولكن له أجر مثله نص عليه وهو مذهب  
الشافعي واختار الشريف أبو جعفر ان الربح بينهما على ما شرط له واحتج بما روي عن أحمد  
أنه قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطا قال وهذه شركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع  
الجهالة

فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح قال والأجر له وجعل أحكامها كأحكام الصحيحة  
وقد ذكرنا ذلك  
قال القاضي أبو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام احمد محمول على أنه صحح الشركة  
بالعروض، وحكي  
عن مالك انه يرجع إلى قراض المثل وحكي عنه إن لم يربح فلا اجر له، ومقتضى هذا  
أنه ان ربح فله  
الأقل مما شرط له أو اجر مثله وعن أحمد مثل ذلك لأن الأجرة ان كانت أكثر فقد  
رضي باسقاط الزائد  
منها عن المسمى لرضائه به وان كانت أقل لم يستحق أكثر منها لفساد التسمية بفساد  
العقد لأنه لو  
استحق اجر المثل لتوسل إلى فساد العقد وادى إلى الخسران والمشهور الأول لأن  
تسمية الربح من  
توابع المضاربة أو ركن من أركانها فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها كالصلاة،  
ونمنع وجوب  
المسمى في النكاح الفاسد وإذا لم يجب له المسمى وجب اجر المثل لأنه إنما عمل  
ليأخذ المسمى فإذا  
لم يحصل له وجب رد عمله إليه وهو متعذر فتجب قيمته وهي اجر مثله كما لو تبايعا  
فاسدا و تقابضا وتلف  
أحد العوضين في يد قابضه وجب رد بدله، فعلى هذا له أجر المثل سواء ظهر في المال  
ربح أو لم يظهر فإن  
رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح أنه  
لا شئ  
للمضارب ههنا لأنه تبعر بعمله أشبه ما لو أعانه في شئ أو توكل له بغير جعل أو اخذ  
له بضاعة  
(الفصل الثالث) ان لا يضمن ما تلف بغير تعديه وتفريطه لأن ما كان المقبوض في  
صحيحه

مضمونا كان مضمونا في فاسده وما لم 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  
ولأنها إذا فسدت صارت إجارة ولا يضمن الأجير ما تلف بغير فعله ولا تعديه كذلك  
ههنا  
(مسألة) (وإن شرطاً تأقيت المضاربة فهل تفسد على روايتين)  
وتأقيتها ان يقول ضاربتك على هذه الدراهم سنة فإذا مضت السنة فلا تبع ولا تشتري  
(إحداهما)  
يصح قال منها سألت أحمد عن رجل أعطى رجلاً ألفاً مضاربة شهراً فإذا مضى شهر  
تكون قرضاً قال  
لا بأس به قلت فإذا جاء الشهر وهي متاع قال إذا باع المتاع يكون قرضاً وهذا قول  
أبي حنيفة (والثانية)  
لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لأمر ثلاثة (أحدها) أنه  
عقد يقع  
مطلقاً فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) أنه ليس من مقتضى العقد ولا فيه له  
مصلحه أشبه  
إذا شرط ان لا يبيع، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضي أن يكون رأس المال  
ناضاً فإذا منعه  
البيع لم ينض (الثالث) أن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل لأنه قد يكون الربح والخط في  
تبقية المتاع وبيعه  
بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها  
ولنا أنه تصرف يتوقت بنوع والمتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة والمعني الأول  
الذي ذكره



يطلب بالوكالة والوديعة والثاني والثالث يطل. بتخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب  
المال منعه من التصرف  
في كل وقت إذا رضي ان يأخذ بماله عرضا فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من  
مقتضى العقد فصح كما  
لو قال إذا انقضت السنة فلا تشتت شيئا وقد سلموا صحة ذلك  
(مسألة) (وان قال بع هذا العرض وضارب بثمانه أو اقبض وديعتي وضارب بها أو إذا  
قدم  
الحاج فضارب بهذا صح في قولهم جميعا ويكون وكيلا في بيع العرض وقبض الوديعة  
مأذونا له في  
التصرف مؤتمنا عليه فجاز جعله مضاربة كما لو قال اقبض المال من غلامي فضارب  
به، وأما إذا قال إذا قدم  
الحاج فضارب بهذا صح) لأنه اذن في التصرف فجاز تعليقه على شرط مستقبل  
كالوكالة  
(فصل) فإن 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 قياسا على الدين  
ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال  
قارضتك على هذه  
الألف فارق الدين فإنه لا يصير ملكا للغريم الا بقبضه، فأما ان كانت الوديعة قد تلفت  
بتفريطه وصارت  
في الذمة لم يجز ان يضارب عليها لما ذكره

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال مغضوب فضارب الغاصب به صح لأنه مال لرب المال يصح بيعه لغاصبه ولمن يقدر على أخذه منه فأشبهه الوديعه فإذا ضارب به سقط ضمان الغصب لعقد المضاربة وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان الغصب الا بدفعه ثمنا وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا ينافي الضمان بدليل ما لو تعدى فيه ولنا انه ممسك للمال باذن مالك لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه فأشبهه ما لو قبضه وقبضه إياه

(مسألة) وان قال ضارب بالدين الذي عليك لم يصح) نص عليه احمد وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز ان يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة وممن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحماد ومالك والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي، وقال بعض أصحابنا يحتمل ان يصح لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه باذن رب المال ودفع الثمن إلى من اذن له في دفع ثمنه إليه فتبرأ ذمته منه ويصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال به وضارب بثمنه وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال وللمضارب اجر مثله

لأنه علقه على شرط، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط والمذهب الأول لأن المال الذي في يدي من عليه الذين له وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ههنا، فإن قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء له لأنه اشترى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له وان اشترى في ذمته فكذلك لأنه عقد القراض على مالا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال (فصل) ومن شرط صحة المضاربة كون رأس المال معلوم المقدار فإن كان مجهولاً أو جزافاً لم تصح وان شاهداً وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور وأصحاب الرأي تصح إذا شاهداه والقول قول العامل مع يمينه في قدره لأنه أمين رب المال والقول قوله فيما في يده فقام ذلك مقام المعرفة به ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهداه ولأنه لا يدري بكم يرجع عند المفاضلة ويقضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم تصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يبطل بالسلم وبما إذا لم يشاهده (فصل) ولو أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لأنه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع (مسألة) (وان أخرج مالا ليعمل فيه هو وآخر والربح بينهما صح) ذكره الخرقى ونص عليه احمد في رواية أبي الحارث وتكون مضاربة لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح

بعمله في مال غيره وهذا حقيقة المضاربة، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب إذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والشافعي والأوزاعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر قال: ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلي بينه وبينه لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب فإذا شرط عليه العمل فيه فلم يسلمه فيخالف موضوعها وتأول القاضي كلام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل فيه من غير اشتراط والأول أظهر لأن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال وقولهم ان المضاربة تقتضي تسليم المال إلى 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 يصح تسليمه إلى أحدهما (فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر أصحابه ومنعه وبعضهم وهو قول القاضي لأن يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما الجواز لأن عمل الغلام مال ليسده فصح ضمه إليه كما يصح ان يضم إليه بهيمته يحمل عليها والثاني لا يجوز لأن يد العبد كيد سيده (فصل) وان اشترك مالان ببدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما الف وللآخر الفان فاذن صاحب الألف لصاحب الألف

أن يتصرف فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعها وللعامل ربه وذلك لأنه 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 الربع، فإن قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع قلنا إنما تمنع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها تمنعه من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل فإنها لا تمنعه من التصرف فلا تمنع صحة المضاربة وان شرط للعامل ثلث الربح فقط فمال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما فاما إذا قال ربح مالك لك وربح مالي لي فقبل الآخر كان إبطاعا لا غير وبهذا كله قال الشافعي وقال مالك لا يجوز ان يضم إلى القراض شركة كما لا يجوز ان يضم إليه عقد إجارة. ولنا انهما لم يجعلوا أحد العقدين شرطا للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزا (فصل) إذا دفع إليه ألفا مضاربة وقال أضف إليه ألفا من عندك واتجر بهما والربح بيننا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا وقال أصحاب الشافعي لا يجوز لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل ولنا أنهما تساويا في المال وانفرد أحدهما بالعمل فجاز أن ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له

مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل تابع لهما كما أنه حاصل بهما فإن شرط غير العامل لنفسه  
ثلثي الربح لم يجز، وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا أنه شرط لنفسه جزء من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد، وفارق  
شركة العنان لأن فيها عملا منهما فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا  
وان جعل الربح بينهما نصفين ولم يقولا مضاربة جاز وكان ابضاعا كما تقدم وان قالوا مضاربة  
فسد العقد لما ذكرنا  
(فصل) وقد ذكرنا ان حكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل ان يفعله أو لا يفعله والذي اختلف فيه في حق الشريك فكذلك في حق عامل المضاربة وهل له أن يبيع نساء إذا لم ينه عنه؟ فيه روايتان إحداهما  
ليس له ذلك وبه قال مالك وابن أبي ليلى والشافعي لأنه نائب في البيع فلم يجز له ذلك بغير إذن  
كالوكيل، يحقق ذلك أن النائب لا يجوز له التصرف الا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تغير  
بالمال والثانية يجوز له ذلك وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لأن اذنه في التجارة والمضاربة  
ينصرف إلى التجارة والمعتادة وهذا عادة التجار ولأنه 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 فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى ولان الوكالة المطلقة في البيع

تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة فلم يحز تأخيرته بخلاف المضاربة، فإن  
قال له اعمل برأيك  
أو تصرف كيف شئت فله البيع نساء وقال الشافعي ليس له ذلك لأن فيه تغريرا 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 ومنهما فات من الثمن لا يضمنه  
إلا أن يفرط  
بييع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيضمن الثمن المنكسر على المشتري وان قلنا ليس  
له البيع  
نساء فالبيع باطل لأنه فعل ما لم يؤذن له فيه فهو كالبيع من الأجنبي إلا على الرواية التي  
تقول يقف  
بيع الأجنبي على الإجارة فههنا مثله، ويحتمل كلام الخراقي 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 وان قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه بتلف المبيع أو  
امتناع  
المشتري من رده إليه وان قلنا بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضا لأنه لم يفت بالبيع  
أكثر منها  
ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل ان يضمن  
الثمن لأنه  
وجب البيع وفات بتفريط البائع، فعلى هذا ان نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب إليه  
بدليل  
أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئا

(فصل) وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهو مذهب الشافعي لأن في السفر تغريرا بالمال وخطرا ولهذا يروى: ان المسافر وما معه على قلت الا ما وقى الله. أي هلاك ولا يجوز له التعزير بالمال بغير إذن مالكة (والثاني) له السفر إذا لم يكن مخوفا قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهو قول مالك وحكي عن أبي حنيفة لأن الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفرا أو حضرا ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض فملك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق، فاما ان أذن فيه أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الامرين تعين ذلك وجاز مع الاذن وحرم مع النبي، وليس له السفر في موضع مخوف على كلا الوجهين وكذلك لو أذن له في السفر مطلقا لم يكن له السفر في طريق مخوف ولا إلى بلد مخوف فإن فعل فهو ضامن لما يتلف لأنه تعدى بفعل ما ليس له فعله (فصل) وليس للمضارب البيع بدون ثمن المثل ولا ان يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله فإن فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص كالوكيل ولان الضرر ينجبر بضمان النقص، قال شيخنا والقياس بطلان البيع وهو مذهب الشافعي لأنه بيع لم يؤذن فيه أشبه بيع الأجنبي، فعلى هذا ان تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضا وان أمكن رده وجب إن كان باقيا أو



قيمته ان تلف ولرب المال مطالبة من شاء من العامل والمشتري فإن أخذ من المشتري  
قيمته رجع  
المشتري على العامل بالثمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها  
ورد عليه الثمن  
لأن التلف حصل في يده اما ما يتغابن الناس بمثله فلا يمنع منه لأنه لا يمكن التحرز منه  
وأما إذا  
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 الخرقى وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر  
رب المال فكذلك  
وإن صرح للبائع اني اشتريه لفلان فالبيع باطل أيضا  
(فصل) وهل له ان يبيع ويشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين أصحهما جوازه اذار أي  
المصلحة  
فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضا بعرض ويشتريه به فإن قلنا لا يملك ذلك  
ففاعل  
فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل، وان قال اعمل برأيك فله ذلك وهل  
له المزارعة  
يحتمل ان لا يملكها لأن المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة وقد روي عن أحمد  
رحمه الله فيمن دفع  
إلى رجل ألفا وقال أتجر فيها بما شئت فزرع زرعاً فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح  
بينهما قال  
القاضي ظاهر هذا ان قوله أتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة لأنها من الوجوه التي  
يبتغى بها النماء  
فعلى هذا لو توى المال في المزارعة لم يلزمه ضمانه

(فصل) وله ان يشتري المعيب إذا رأى المصلحة فيه لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المعيب فإن اشتراه يظنه سليمان فبان معيبا فله فعل ما يرى فيه المصلحة من رده أو إمساكه وأخذ الأرش فإن اختلف العامل ورب المال في الرد فطلبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والخط لأن المقصود تحصيله فيحمل الامر على ما فيه الحظ، وأما الشريكان إذا اختلفا في رد المعيب فطالب الرد رد نصيبه وللآخر إمساك نصيبه الا أن لا يعلم البائع ان الشراء لهما فلا يلزمه قبول رد بعضه لأن ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يجز إدخال الضرر على البائع بتبويض الصفقة عليه، ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساك البعض فإن حمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال) لأن فيه ضررا ولأنه لاحظ للتجارة فيه فإن اشتراه باذن رب المال صح لأنه صح شراؤه بنفسه فإذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه، وإن كان في المال ربح رجع العامل بحصته منه فإن كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينا لأن العامل اشترى ما ليس له ان يشتريه فهو كما لو اشترى شيئا بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه وليس هذا كذلك، وإن كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعاقد وليس له دفع الثمن مال المضاربة فإن فعل ضمن وهذا قول الشافعي وأكثر الفقهاء، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء

لأنه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال عتقه ويعتق  
على رب المال  
وتنفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل الضمان على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل  
لأن مال المضاربة  
تلف بسببه، ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل ويضمن قيمته في  
أحد الوجهين  
لأن الملك ثبت فيه ثم تلف أشبه ما لو أتلفه بفعله والثاني يضمن الثمن الذي اشتراه به  
لأن 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 يعلم العامل أنه يعتق على رب المال لم يضمن لأن التلف حصل  
لمعنى في المبيع  
لم يعلم به فلم يضمن كما لو اشترى معيبا لم يعلم عيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا  
يضمن وإن علم  
(مسألة) (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحهما)  
لأنه ملكها فإن كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان يذكران  
فيما  
بعد إن شاء الله تعالى، فإن قلنا يلزمه رجع به على العامل لأنه سبب تقريره عليه فرجع  
عليه كما لو  
أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع، وإن اشترى زوج ربة المال صح وانفسخ النكاح لأنها  
ملك زوجها.  
وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء إلا أن يكون باذنها لأن الاذن إنما  
يتناول شراء  
مالها فيه حظ وهذا الشراء يضربها لأنه يفسخ نكاحها وتسقط حصتها من النفقة  
والكسوة فلم يصح كسواء أبيها  
ولنا انه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى أجنبيا ولا ضمان على  
العامل فيما

يفوت من المهر ويسقط من النفقة لأن 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 فإن كان على  
المأذون  
له دين يستغرق قيمته وما في يديه وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي  
عتق إلى الغرماء  
لأنه الذي أتلّف عليهم بالعتق وان نهاه عن الشراء فالشراء باطل لأنه يملكه بالاذن وقد  
زال بالنهي  
وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لأن من يصح أن يشتريه السيد صح  
شراء المأذون له  
كالأجنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع إليه مالا وقال القاضي  
لا يصح لأن  
فيه اتلافا على السيد فإن إذنه يتناول ما فيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق عامل  
المضاربة لأنه  
يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين، وان اشترى امرأة رب المال أو  
زوج ربة المال  
فهل يصح؟ على وجهين أيضا كشراء من يعتق بالشراء  
(مسألة) (وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء)  
فإن لم يظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على  
العامل متى يملك  
الربح؟ فإن قلنا يملكه بالقسيمة لم يعتق منه شيء لأنه مالكة وان قلنا يملكه بالظهور ففيه  
وجهان:  
(أحدهما) لا يعتق وهو قول أبي بكر لأنه لم يتم ملكه عليه لكون الربح وقاية لرأس  
المال فلم يعتق

لذلك (والثاني) يعتق بقدر حصته من الربح إن كان معسرا ويقوم عليه باقيه إن كان  
موسرا  
لأنه ملكه بفعله فعتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول الفاضي ومذهب أصحاب أبي  
حنيفة لكن عندهم  
يستسعى في بقيته إن كان معسرا ولنا رواية كقولهم وإن اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر  
بعد ذلك  
والعبد باق في التجارة فهو كما لو كان الربح ظاهرا وقت الشراء وقال الشافعي إن  
اشتراه بعد ظهور الربح  
لم يصح في أحد الوجهين لأنه يودي إلى أن ينجر العامل حقه قبل رب المال  
ولنا انهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشرى العنان  
(فصل) وليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال لأن الاذن ما تناول أكثر منه  
فإذا  
كان رأس المال ألفا فاشترى عبدا بألف ثم اشترى عبدا آخر بعين الألف فالشراء فاسد  
لأنه اشترى  
بمال يستحق تسليمه في البيع الأول، وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لأنه  
اشترى في ذمته  
لغيره بغير إذنه في شرائه فوقع له وهل يقف على إجازة رب المال؟ على روايتين  
ومذهب الشافعي كنحو ما ذكرنا  
(فصل) وليس للمضارب وطئ أمة المضاربة سواء ظهر ربح أو لا فإن فعل فعليه المهر  
والتعزير  
وإن علقته منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لأنها علقته منه في غير ملك ولا  
شبهة ملك ولا  
تصير أم ولد له لذلك وإن ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها  
ونحو ذلك قال  
سفيان وإسحاق وقال القاضي إن لم يظهر ربح فعليه الحد لأنه وطئ في غير ملك ولا  
شبهة ملك والمنصوص

عن أحمد أن عليه التعزير فقط لأن ظهور الربح يبني على التقويم وهو غير متحقق  
لاحتمال أن السلع  
تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء الحد فإنه يدرأ بالشبهات  
(فصل) وليس لرب المال وطئ الأمة أيضا لأنه ينقصها إن كانت بكرا ويعرضها  
للخروج من  
المضاربة والتلف فإن فعل فلا حد عليه لأنها ملكه 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 تزويج الأمة لأنه ينقصها ولا مكاتبة العبد لذلك وان اتفقا عليه جاز لأن  
الحق لهما  
(فصل) وليس للمضارب دفع المال مضاربة بغير إذن نص عليه أحمد في رواية الأثرم  
و حرب  
وعبد الله، وخرج القاضي وجهين في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل ولا يصح هذا  
التخريج  
والقياس لأنه إنما دفع إليه المال ههنا ليضارب به ودفعه إلى غيره مضاربة يخرج عنه  
كونه مضاربا له  
بخلاف الوكيل ولأن هذا يوجب في المال حقا لغيره ولا يجوز إيجاب حق في مال  
إنسان 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  
كالغاصب ولرب المال مطالبة ومن شاء منهما برد المال إن كان باقيا وبرد بدله إن  
تلف أو تعذر رده  
فإن طالب الأول وضمنه قيمة التلف ولم يكن الثاني علم الحال لم يرجع عليه بشيء لأنه  
دفعه إليه على

وجه الأمانة وإن علم رجع 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 بحرية أمة وإن ربح  
فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الأول لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني اجرة مثله؟ على  
روايتين (إحدهما) 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 فيما اشتراه  
في ذمته مما لم يقع الشراء فيه لغيره فأشبهه ما لو ينقد 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 كالغاصب  
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 والآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لأن رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع

إليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول الشافعي القديم وليس هذا موافقا لا  
صول المذاهب  
ولا لنص احمد فإن احمد قال لا يطيب الربح لمضارب ولان المضارب الأول ليس له  
عمل ولا مال ولا يستحق  
الربح في المضاربة إلا بواحد منهما والثاني عمل في مال غيره بغير اذنه ولا شرطه فلم  
يستحق ما شرطه  
له غيره كما لو دفع إليه الغاصب مضاربة ولأنه لم يستحق ما شرطه له رب المال في  
المضاربة الفاسدة  
فما شرطه له غيره بغير اذنه أولى.  
(فصل) فإن أذن رب المال في ذلك جاز نص عليه احمد ولا نعلم فيه خلافا ويكون  
المضارب الأول  
وكيل رب المال في ذلك فإن دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئا من الربح كان  
صحيحا وإن شرط لنفسه شيئا منه  
لم يصح لأنه ليس من جهته مال ولا عمل والربح إنما يستحق لواحد منهما فإن قال  
اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له  
دفعه مضاربة نص عليه لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك  
لأن قوله اعمل برأيك  
يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة ولهذا يخرج به عن المضاربة  
فلا يتناول له اذنه  
(فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فإن فعل ولم يتميز ضمنه لأنه أمانة فهو  
كالوديعة  
فإن قال له اعمل برأيك جاز ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي وقال  
الشافعي ليس له ذلك  
وعليه الضمان ان فعله لأن ذلك ليس من التجارة  
ولنا انه قد يرى الخلط أصلح له فيدخل في قوله أعمل برأيك وهكذا القول في  
المشاركة به ليس  
له فعلها إلا أن يقول له اعمل برأيك فيملكها



(فصل) وليس له شراء خمر ولا خنزير سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما فإن فعل فعليه الضمان وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذميا صح شراؤه للخمر وبيعه إياها لأن الملك عنده ينتقل إلى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها ولا يصح بيعه لأنه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله ولنا أنه إن كان العامل مسلما فقد اشترى خمرًا ولا يصح ان يشتري خمرًا ولا يبيعه وإن كان ذميا فقد اشترى للمسلم ما لا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولان الخمر محرمة فلم يصح شراؤها له كالخنزير والميتة ولان ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم وكما جاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع في إحداهما منع منه في الأخرى لأن المضاربة شركة ومبنى كل واحد منهما على الوكالة والأمانة (مسألة) وليس للمضارب أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول فإن فعل رد نصيبه من الربح في شركة الأول) وجملة ذلك أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر بأذن الأول جاز وكذلك ان لم يأذن ولم يكن عليه ضرر بغير خلاف علمناه فإن كان فيه ضرر على الأول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيرا يستوعب زمانه فيشغله عن التجارة في الأول أو يكون المال الأول كثيرا

متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز  
لأنه عقد لا يملك  
به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك  
ولنا أن المضاربة على الحظ والنماء فإذا فعل ما يمنعه لم يجز له كما لو أراد التصرف  
بالغبن وفارق  
ملا ضرر فيه فعلى هذا ان فعل وربح رد الربح في شركة الأول وليقسمانه فينظر ما ربح  
في المضاربة  
الثانية فيدفع إلى رب المال منه نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه إلى ربح  
المضاربة  
الأولى ويقاسمه لرب المضاربة الأولى لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي  
استحقت بالعقد الأول  
فكان بينهما كربح المال الأول فأما حصة رب المال الثاني من الربح فيدفع إليه لأن  
العدوان عن  
المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولأنا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة  
الأولى لاختص  
الضرر برب المال الثاني ولم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما  
انتفع إذا كان قد  
شرط الأول النصف أو الثاني الثلث ولأنه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية  
أو بصحتها فإن  
كانت فاسدة فالربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله وان حكمنا بصحتها وجب  
صرف حصة رب  
المال إليه بمقتضى العقد وموجب الشرط قال شيخنا: والنظر يقتضي أن لا يستحق رب  
المضاربة الأولى من ربح  
الثانية شيئاً لأنه إنما يستحق بمال أو عمل ولم يوجد واحد منهما وتعدي المضارب  
إنما هو بترك العمل  
واشتغاله عن المال الأول وذلك لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو  
أجر نفسه أو ترك

التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك ولأنه لو أوجب عوضاً لأوجب شيئاً مقدرًا لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) فإن دفع إليه مضاربة واشترط النفقة لم يجز أن يأخذ لغيره بضاعة ولا مضاربة وان لم يكن على الأول ضرر لقول أحمد إذا اشترط النفقة صار أجيرا له فلا يأخذ من أحد بضاعة فإنها 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 العم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شئ عليه لأنه لا ضرر على رب المضاربة فيه، وان أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه واتجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه له

(فصل) إذا أخذ من رجل مائة قراضا ثم أخذ من آخر مثلها فاشترى بكل مائه عبدا فاختلف العبدان ولم يتميزا اصطلاحا عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فالثالث عليها أخرى، وذكر القاضي في ذلك وجهين أحدهما يكونا شريكين فيهما كما لو اشتركا في عقد البيع فإيا عان ويقسم بينهما فإن كان فيهما ربح دفع إلى العامل حصته والباقي بينهما نصفين والثاني يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجهين والأول أولى لأن ملك كل واحد منهما ثابت

في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب

ولا تناولوا جعلناهما للمضارب أدى إلى أن يكون تفريطه سببا لانفراده بالربح وحرمان  
المعدى  
عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناهما شريكين أدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال  
الآخر بغير  
رضاه وليس له مال ولا عمل  
(فصل) إذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل  
العلم روي  
ذلك عن أبي هريرة وحكم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي وحماد  
ومالك والشافعي  
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 إذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركته  
في الربح  
فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى ما لم 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 كما لو ليس الثوب  
وركب دابة ليس  
له ركوبها وقال القاضي ان اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وان  
اشترى بعين المال  
فالشراء باطل في إحدى الروايتين والأخرى هو موقوف على إجازة المالك فإن أجازته  
صح والا بطل  
والمذهب الأول نص عليه أحمد في رواية الأثرم وقال أبو بكر لم يروانه يتصدق بالربح  
الا حبل

واحتج أحمد بحديث عروة البارقي وهو ما روى أبو الوليد عن عروة بن الجعد قال  
عرض النبي صلى الله عليه وسلم  
جلب فأعطاني دينارا فقال (عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة) فأتيت الجلب فساومت  
صاحبه فاشترت شاتين  
بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار  
فجئت بالدينار  
وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال (وكيف صنعت؟) فحدثته  
الحديث فقال (اللهم  
بارك له في صفقة يمينه) رواه الأثرم ولأنه نماء مال غيره بغير إذن مالكة فكان لمالكه  
كما لو غصب  
حنطة فزرعها، فاما المضارب ففيه روايتان (إحداهما) لا شئ له لأنه عقد عقدا لم يؤذن  
له فيه فلم يكن  
له شئ كالغاصب وهذا اختيار أبي بكر (والثانية) له أجر لأن رب المال رضي بالبيع  
وأخذ الربح  
فاستحق العامل عوضا كما لو عقده باذنه، وفي قدر الاجر روايتان (إحداهما) أجر مثله  
ما لم يحط  
بالربح لأنه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله  
كالمضاربة الفاسدة  
(والثانية) له الأقل من المسمى أو أجر المثل لأنه إن كان المسمى أقل فقد رضي به فلم  
يستحق أكثر  
منه وإن كان أجر المثل أقل فلم يستحق أكثر مه لأنه لم يعمل ما أمر به، فإن 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 بعين المال فعلى روايتين  
(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب من نشر  
الثوب وطيه

وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع وأخذ الثمن وانتقاه وشد الكيس وخمه  
واحرازه  
ونحو ذلك ولا أجر له عليه لأنه استحق الربح في مقابلته وان استأجر من يفعل ذلك  
فالأجر عليه  
خاصة لأن العمل عليه فاما مالا يليه في العادة كالنداء على المتاع ونقله إلى الخان  
فليس على العامل علمه  
وله ان يكتري من يعمله نص عليه أحمد لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة  
اشتراطه فرجع فيه  
إلى العرف فإن فعل العامل مالا يلزمه متبرعا فلا أجر له وان فعله ليأخذ عليه اجرا فنص  
احمد على  
أنه لا شيء له، وخرج أصحابنا وجهها أن له الاجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا  
يلزمه هل له أجر  
لذلك؟ على روايتين وهذا مثله، قال شيخنا والصحيح أنه لا أجر له في الموضعين لأنه  
عمل في مال غيره  
عملا لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئا كالأجنبي  
(فصل) وإذا غصب مال المضاربة أو سرق فهل للمضارب المطالبة به؟ على وجهين  
(أحدهما) ليس  
له ذلك لأن المضاربة عقد على التجارة فلا يدخل فيه الخصومة (والثاني) له ذلك لأنه  
يقتضي حفظ  
المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما إذا كان غائبا عن رب المال فإنه  
حينئذ لا يكون مطالباً  
به الا المضارب فإن تركه ضاع، فعلى هذا ان ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال  
ضمن لأنه  
ضيعه وفرط فيه فأما إن كان رب المال حاضرا وعلم الحال فإنه لا يلزم العامل طلبه ولا  
يضمنه إذا تركه  
لأن رب المال أولى بذلك من وكيله

(فصل) وإذا اشترى المضارب عبدا فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر  
لرب المال  
ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذ هاب رأس المال وان  
شاء عفا على  
مال فإن عفا على مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على  
ما شرطاه لأنه  
وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وإن كان في العبد ربح  
فالقصاص إليهما والمصالحة  
كذلك لكونهما شريكين فيه والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم  
(مسألة) (وليس لرب المال ان يشتري من مال المضاربة شيئا لنفسه وعنه يجوز)  
إذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئا لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهو  
قول الشافعي  
ويصح في الأخرى وبه قال مالك والأوزاعي وأبو حنيفة لأنه قد تعلق به حق المضارب  
فجاز شراؤه  
كما لو اشترى من مكاتبه.  
ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله، وفارق المكاتب فإن السيد لا  
يملك ما في  
يده ولا تجب زكاته عليه وله أخذ ما فيه شفعة منه  
(مسألة) وكذلك شراء السيد من عبده المأذون  
لما ذكرنا ويحتمل ان يصح اذن استغرقتة الديون لأن الغرماء يأخذون ما في يده ولان  
الدين إذا تعلق برقبته

صار مستحقاً للغرماء فصح شراء السيد منه كبقية الغرماء والأول أولى لأن ملك السيد لم يزل عنه وان  
تعلق حق الغرماء به كالعبد الجاني  
(فصل) فإن اشترى المضارب من مال المضاربة لنفسه ولم يظهر ربح صح نص عليه  
احمد وبه قال  
مالك والثوري والأوزاعي وإسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيه باطل  
لأنه شريك  
ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كشراء الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً إذا  
ظهر الربح  
لأنه إنما شارك في الربح دون أصل المال فإن ظهر ربح فشراؤه كشراء أحد الشريكين  
من شريكه  
(مسألة) (وان اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح)  
لأنه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من  
صاحبه ان لم  
يكونا يعلمان كيله فلا بأس وان علما كيله فلا بد من كيله يعني ان من علم مبلغ شيء لم  
يبعه صبرة وان  
باعه إياه بالكيل والوزن جاز  
(مسألة) (وان اشترى الجميع بطل في نصيبه لأنه ملكه)



وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصنفقة ويتخرج أن يصح في  
الجميع بناء  
على صحة شراء رب المال من مال المضاربة  
(فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه دارا ليحزر فيها مال الشركة أو غرائر  
جاز نص  
عليه أحمد في رواية صالح وان استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته جاز لأن ما جاز  
أن يستأجر  
له غير الحيوان جاز ان يستأجر له الحيوان كمال الأجنبي، وفيه رواية أخرى لا يجوز  
لأن هذا لا  
تجب الأجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لأن نصيب المستأجر  
غير متميز من  
نصيب المؤجر فإذا لا تجب الأجرة، والدار والغرائر لا يعتبر فيها ايقاع العمل إنما  
يجب بوضع العين  
في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه  
(مسألة) (وليس للمضارب نفقة إلا بشرط سواء كانت تجارته في الحضر أو السفر)

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 المعروف إذا شخص به عن البلد لأن سفره لا جل المال فكانت نفقته فيه كأجر الحمال ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمان الطيب لأنه دخل على أنه لا يستحق من الربح الا الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى النفقة، فأما ان شرط له النفقة صح وله ذلك لقوله رسول الله صلى الله عليه وسلم (المؤمنون على شروطهم) فإن قدر له ذلك فحسن لأن فيه قطع المنازعة وزوال الاختلاف قال أحمد في رواية الأثرم 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 إذا قال له نفقته فإنه ينفق قيل له فيكتسي؟ قال لا إنما له النفقة، فإن كان سفره طويلا يحتاج إلى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لأنه قيل

له فلم يشترط الكسوة الا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه إلى الكسوة؟ فقال إذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه. وقال القاضي وأبو الخطاب إذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول وملبوس بالمعروف وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعدد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة لأن الأسعار تختلف وقد تقل وقد تكثر (مسألة) فإن اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت إلى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله لأنه العادة فينصرف الاطلاق إليه كما انصرف إليه في الاطعام في الكفارة، فإن كان معه مال لنفسه أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين لأنها لأجل السفر والسفر للمالين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما الا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر في ذلك الموضع أو في غيره وقد نص المال فاخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده لم يكن له ذلك لأنه إنما استحق النفقة مادام في القراض وقد زال فزال النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه وقيل له ذلك لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغره بتسفيره إلى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا أنه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك (مسألة) (فأذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضا نص عليه أحمد لأن البضع لا يباح الا بملك أو نكاح لقوله سبحانه (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين)

ولم يوجد النكاح فتعين الملك ويخرج ثمنها من المضاربة ويكون قرضاً في ذمته لما ذكرنا  
(مسألة) (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى 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 لأن الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا م نعلم في هذا خلافاً  
(فصل) وفي ملك العامل نصيبه من الربح قبل القسمة روايتان (إحدهما) يملكه ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة (والأخرى) لا يملكه ذكرها أبو الخطاب وهو قول مالك وللشافعي قولان كالروايتين واحتج من لم يملكه انه لو ملكه لاختص بربحه ولو جب أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان، ووجه الأول ان الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فإذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة بظهورها وقياساً على كل شرط صحيح في عقد ولأنه مملوك ولا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقاً ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولأنه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمتنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولأنه لو اختص بربحه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه، قال أحمد في المضارب يظاً جارية من المضاربة فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده وفيه دليل على أنه يملك الربح بالظهور وهذا ظاهر المذهب  
(فصل) إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة لم ينقص رأس



(۱۶۶)

المال بالخسران لأنه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينتقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية اتساع درهم فإن كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع ولذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال بعضه كان المال ثلاثة وثمانين وثلاثا لأنه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحقها من الربح ثلاثة وثلث، ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فبقي نصفه وإن كان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسون وثلث لأنه أخذ ربح المال وسدسه بقي ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا فإن أخذ ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لأن ما أخذه منه الربح المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقته إياه وقد أخذ منه الربح عشرة لأن سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين (مسألة) (فإن اشترى سلعتين فربح في إحدهما وخسر في الأخرى أو تلفت جبرت الوضعية من الربح) إذا دفع إلى 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 الألفين وبه قال الشافعي إلا فيما

إذا تلف أحد العبدین فإن أصحابه ذکر وافیہ وجہا ثانیاً ان التالف من رأس المال لأنه بدل أحد الألفین  
ولو تلف أحد الألفین كان من رأس المال فكذلك بدله  
ولنا ان تلفه بعد أن دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان  
رأس المال ديناراً فاشترى به سلعتین ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى فجبر تلفها به كما  
لو كان رأس المال ديناراً واحداً ولأنه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يكمل  
رأس المال كالذي ذكرنا  
(مسألة) (ان تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة) وكان رأس المال الباقي خاصة وقال بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي ان التالف من الربح  
لأن المال إنما 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 لأنه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح  
(فصل) إذا دفع إليه ألفاً مضاربة ثم دفع إليه ألفاً آخر واذن له في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف  
في الأول جاز وصار مضاربة واحدة كما لو دفعهما إليه جميعاً، وإن كان بعد التصرف في الأول في شراء المتاع  
لم يجز لان حكم الأول استقر وكان ربحه وخسرانه مختصاً بضم الثاني إليه يوجب جبر خسران أحدهما  
بربح الآخر فإذا شرط ذلك في الثاني فسد فإن نض الأول جاز ضم الثاني إليه لزوال هذا المعنى وان  
لم يأذن في ضم الثاني إلى الأول لم يجز نص عليه أحمد وقال إسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الأول  
ولنا انه أفرد كل واحد بعقد فكان عقدين لكل عقد حكم نفسه فلا يجبر وضيعة أحدهما  
ربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك

(168)



(مسألة) (وان تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة به فهي له وثمرتها عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك إلا أن يجيزه رب المال) وذلك لأنه اشتراها في ذمته وليست من مال المضاربة فاختصت به لأنه لو صح شراؤه للمضاربة لكان مستدينا على غيره والاستدانة على الانسان بغير إذنه لا تجوز، فإن إجازة رب المال جاز في إحدى الروايتين والثمن عليه لأن من اشترى شيئاً لغيره بغير اذنه وقف على إجازته فإن أجازته فهو له والا فهو للمشتري وهذا كذلك، والثانية هو للعامل على كل حال لأن هذا زيادة في مال المضاربة فلا تجوز

(مسألة) (فإن تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والثمن على رب المال) لأنه دار في التجارة ويصير رأس المال هذا الثمن دون التالف لأن الأول 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 عشرين بمائة فتلف أحدهما وباع الآخر بخمسين فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين بقي رأس المال خمسين لأن رب المال أخذ نصف المال الموجود فسقط نصف الجبران، ولو لم يتلف العبد وباعهما بمائة وعشرين فأخذ رب المال ستين ثم خسر العامل فيما معه عشرين فله من الربح خمسة لأن سدس ما أخذه رب المال ربح للعامل نصفه وقد انفسخت المضاربة فيه فلا يجبر به خسران الباقي ويبقى رأس المال خمسين فإن اقتسما الربح خاصة ثم خسر عشرين فعلى العامل رد ما أخذه وبقي رأس المال تسعين لأن العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال

(فصل) ومهما بقي العقد على رأس المال وجب جبر خسارته من ربحه وان اقتسما الربح قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضع مرارا فقال يرد الوديعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده إليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا يجبر به وضيعة الأول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع فحتى يحتسبا حسابا كالقبض كما قال ابن سيرين، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض؟ قال يظهر المال يعني ينض ويحى فيحتسبان عليه فإن شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان الا على الناض لأن المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. قال أبو طالب قيل لأحمد رجل دفع إلى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح؟ قال يقاسمه ما فوق الألف يعني إذا كانت الألف 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 إليه 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 لأننا تبينا انه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة والله أعلم (مسألة) (وإذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء الا بأذن رب المال) لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا لثلاثة أمور، أحدها ان الربح وقاية لرأس المال فلا يؤمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابرا له فيخرج بذلك عن كونه ربحا، الثاني ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه الثالث، ان ملكه غير مستقر عليه لأنه بعرض ان يخرج عن يديه لجبران خسارة المال فإن اذن رب المال في ذلك جاز لأن الحق لا يخرج عنهما (مسألة) (وإذا طلب العامل البيع فأبى رب المال أجبر إن كان فيه ربح وإلا فلا)

(170)

وجملة ذلك أن المضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان وبموته  
والحجر عليه  
لسفه كالكوكالة، ويستوي في ذلك ما قبل التصرف وبعده فإن انفسخت والمال ناض لا  
ربح فيه أخذه  
وبه فإن كان فيه ربح قسماه على ما شرطا فإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه  
أو قسمه جاز لأن  
الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه وان طلب العامل البيع فأبى رب المال وقد ظهر في المال  
ربح أجبر رب  
المال على البيع وهذا قول الثوري وإسحاق لأن حق العامل في الربح ولا يظهر الا  
بالبيع وان لم  
يظهر ربح لم يجبر لأنه لاحق له فيه وقد رضيه مالكة كذلك فلم يجبر على بيعه وهذا  
ظاهر مذهب  
الشافعي، وقال بعضهم فيه وجه آخر أنه يجبر لأنه ربما زاد فيه راغب فزاد على ثمن  
التمل 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  
الأرض؟ فهنا أولى  
وما ذكروه من احتمال الزيادة بزيادة راغب على القيمة فإنما حدث ذلك بعد فسخ  
العقد فلا يستحقها العامل  
(مسألة) (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضا أو  
طلب البيع فله ذلك)  
أما إذا رضي رب المال أن يأخذ بماله عرضا فله ذلك لأنه أسقط البيع عن المضارب  
وأخذ العروض  
بثمنها الذي يحصل من غيره، وأما إذا طلب البيع وأبى العامل ففيه وجهان (أحدهما)  
يجبر العامل عليه وهو  
قول الشافعي لأن عليه رد المال ناضا كما أخذه (والثاني) لا يجبر إذا لم يكن في المال  
ربح وأسقط العامل  
حقه من الربح لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبيا من المال فأشبهه الوكيل إذا اشترى  
ما يستحق رده  
فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو بالعكس فهو كما لو  
كان عرضا على ما شرح  
وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لأنه شركة بينهما ولا يلزم

الشريك أن ينض  
مال شريكه ولأنه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد إليه المال على صفته ولا يوجد هذا  
المعنى في الربح.

(مسألة) (وإن كان ديننا لزم العامل تقاضيه) سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبه قال الشافعي،  
وقال أبو حنيفة لا يلزمه إلا أن يظهر ربح لأنه 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 عرضا، ويفارق الوكيل فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه  
ولهذا لا يلزمه بيع  
العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فإن اقتضى منه قدر رأس  
المال أو كان الدين  
قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله  
إليهما على  
وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما إلى حقه لا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه  
(فصل) إذا مات أحد المتقارضين أو جن انفسخ القراض وقد ذكرناه فإن كان بر رب  
المال فأراد  
الوارث أو وليه اتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس  
المال وحصته العامل  
من الربح شركة له مشاع وهذه الإشاعة لا تمنع لأن الشريك هو العامل وذلك لا يمنع  
التصرف: وإن  
كان المال عرضا وأرادوا اتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لأنه 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 لأن هذا إتمام للقراض لا ابتداء له ولأن القراض إنما منع منه في العروض لأنه  
يحتاج عند المفاصلة  
إلى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الأوقات وهذا غير موجود ههنا لأن  
رأس المال غير العروض  
وحكمه باق ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي؟ وذكر القاضي  
وجها آخر أنه  
لا يجوز لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض، قال شيخنا وهذا  
الوجه أقيس  
لأن المال لو كان ناضا كان ابتداء قرض وكانت حصة العامل من الربح شركة يختص  
بها دون رب المال



وإن كان المال ناقصا بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناء هما على القراض لصارت حصة المضاربة من الربح غير مختصة به وحصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصا، وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف وكلام أحمد محمول على أنه يبيع ويشترى باذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ 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 عرضا لم يجز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد لأن الذي كان منه العمل قد جن أو مات وذهب عمله ولم يخلف أصلا يني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن مال القراض موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضا جاز ابتداء القراض فيه فإن لم يتدناه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد وارثه فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم لبيعه فإن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ واما البيع فالحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا انفسخت المضاربة ورب المال حي (مسألة) (وان قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجر المثل) إذا قارض في مرضه صح لأنه عقد يتغى فيه الفضل أشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له وإن زاد على أجر مثله ولا يحتسب به من ثلثه لأن ذلك غير مستحق من رب المال وإنما حصل بعمل المضارب فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ولا يزاحم به أصحاب الوصايا لأنه لو أقرض المال كان الربح كله للمقترض فبعضه أولى وهذا بخلاف ما لو حابى الأجير في الأجرة فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه لأن الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل



احتمل أن لا

(١٧٣)

يحتسب به من ثلثه لأن الثمرة تخرج على ملكيهما كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لأن

الثمره زياده في ملكه خارجه من عينه والربح لا يخرج من عين المال إنما يحتل بالتقليب

(مسألة) (ويقدم به على سائر الغرماء إذا مات رب المال) لأنه يملك الربح بالظهور فكان

شريكاً فيه ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان متقدماً على المتعلق بالذمة كحق الجناية أو كالمرتتهن

(مسألة) (وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته) وكذلك الوديعة ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لأنه لم يكن في ذمته

وهو حي ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك ولنا أن الأصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل إلى معرفة عينه فكان ديناً

كالوديعة إذا لم يعرف عينها وكما إذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق

رب المال لأن الأصل بقاءه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل إلى إعطائه عيناً من التركة لأنه

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) لأنه متصرف

في مال غيره باذنه لا يختص بنفعه أشبه الوكيل بخلاف المستعير فإن قبضه لمنفعته خاصة والقول قوله فيما يدعيه

من تلف المال أو بعضه 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 لأن الاختلاف ههنا في نيته وهو أعلم بها

لا يطلع عليها غيره فكان القول قوله فيما نواه كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق

ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل، ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت نهيتك عن شرائه

فأنكر العامل فالقول قوله لأن الأصل عدم النهي ولا نعلم في هذا كله خلافاً وكذلك القول قوله في



(۱۷۴)

قدر رأس المال كذلك قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر  
وقال أجمع على هذا كل  
من نحفظ عنه من أهل العلم وبه نقول لأنه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره والقول  
قول المنكر  
(مسألة) (والقول قول رب المال في رده إليه مع يمينه) نص عليه احمد ولا صحاب  
الشافعي  
وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قول العامل لأنه أمين ولان معظم النفع لرب المال  
فالعامل  
كالمودع وينبغي ان يخرج لنا مثل ذلك بناء على دعوى الوكيل الرد إذا كان بجعل،  
ووجه الأول انه  
قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول  
قول المنكر والمودع  
لا نفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال ممنوع وان سلم الا ان  
المضارب لم يقبضه الا لنفع  
نفسه لم يأخذه لنفع رب المال.  
(مسألة) (وفي الجزء المشروط للعامل) إذا اختلفا فيما شرط للعامل ففيه روايتان  
(إحدهما) القول  
قول رب المال نص عليه في رواية ابن منصور وسندي وبه قال الثوري وإسحاق وأبو  
ثور وأصحاب  
الرأي وابن المنذر لأن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل والقول قول المنكر  
(والثانية) ان العامل  
ان ادعى أجر المثل أو ما يتغابن الناس به فالقول قوله لأن الظاهر صدقه وان ادعى أكثر  
فالقول  
قول رب المال فيما زاد على أجر الثمل كالزوجين إذا اختلفا في الصداق وقال الشافعي  
يتحالفان لأنهما  
اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (ولكن اليمين على المدعى عليه) ولأنه اختلاف في المضاربة فلم يتحالفوا كسائر ما قدمنا اختلافهما فيه والمتبايعان يرجعان على رؤوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه (مسألة) (وان قال أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بخمسة فأنكره رب المال وقال إنما أذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بأربعة فالقول قول العامل) نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقيل القول قول رب المال وهو قول الشافعي لأن الأصل عدم الإذن ولأن القول قول رب المال في أصل الإذن فكذلك في صته. ولنا أنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهي. (مسألة) (وان قال ربحت ألفا ثم خسرتها أو تلفت قبل قوله) لأنه أمين يقبل قوله فقبل في الخسارة كالوكيل: (مسألة) (وان قال غلظت أو نسيت لم يقبل قوله) لأنه مقر بحق لآدمي فلم يقبل قوله في الرجوع عنه كما لو أقر بأن رأس المال الف ثم رجع ولو أن العامل خسّر فقال لرجل أقرضني ما أتمم به رأس المال لأعرضه على ربه فاني أخشى ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فأعرضه فعرضه على رب المال فقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك، وذلك ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا شهادة المقرض له لأنه يجر إلى نفسه نفعاً وليس له مطالبة رب المال لأن العامل ملكه بالقرض ثم سلمه إلى رب المال وأقر أنه له ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) وإذا دفع رجل إلى رجلين مالا قراضا على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف فقال

رب المال رأس المال الفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو الف فالقول قول المنكر مع يمينه

فإذا حلف أنه الف فالربح الفان ونصيبه منهما خمسمائة يبقى الفان وخمسمائة يأخذ رب المال الفين

لأن الآخر يصدقه يبقى خمسمائة ربها بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانه أثلاثا لرب المال ثلثاها

وللعامل ثلثها وذلك لأن نصيب رب المال نصف الربح ونصيب العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح

على ثلاثة وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف يحسب في المضاربة من

الربح وهذا قول الشافعي

(فصل) إذا دفع إلى رجل ألفا يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضا لي ربحه كله وقال رب

المال كان قراضا ربحه بيننا فالقول قول رب المال لأنه ملكه فكان القول قوله في صفة خروجه عن يده

فإذا حلف قسم الربح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرط له من الربح

أو أجر مثله لأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له وبه وهو يدعي الربح كله

وإن كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله كما أن القول قول رب المال في ما له فإذا حلف قبل قوله

في أنه ما عمل بهذا الشرط إنما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، فإن أقام كل واحد منهما بينه

بدعواه فنص أحمد في رواية منها أنهما يتعارضان ويقسم المال بينهما نصفين، وان قال  
رب المال كان بضاعة وقال  
العامل كان قراضا احتمل أن يكون القول قول العامل لأن عمله له فيكون القول قوله فيه  
ويحتمل ان يتحالفا  
ويكون للعامل أقل الأمرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لأنه يدعي أكثر من نصيبه  
من الربح  
فلم يستحق زيادة وإن كان الأقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضا فيكون له أجر عمله،  
وان قال رب المال  
كان بضاعة وقال العامل كان قرضا حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه  
وكان للعامل  
أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضا وقال العامل كان  
قراضا أو بضاعة  
فالقول قول رب المال  
(فصل) وإذا شرط المضارب النفقة ثم ادعى انه أنفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك  
سواء  
كان المال باقيا في يديه أو قد رجع إلى مالكه وبه قال أبو حنيفة إذا كان المال في يديه  
وليس  
له ذلك بعد رده.  
ولنا انه امين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقيا في يديه وكالوصي إذا ادعى  
النفقة على اليتيم  
(فصل) إذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف وقال له اقبض ثمنه  
وادعى  
المشتري أنه قبضه وصدقه الذي لم يبع برئ المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك  
البائع بقبض  
وكيله حقه فبرئ المشتري منه كما لو أقر بقبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع  
وشريكه والمشتري

فإن خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيبى من الثمن فأنكر فالقول قوله مع  
يمينه فإن كان  
للمدعى بينة حكم بها ولا تقبل شهادة المشتري له لأنه يجبر بها إلى نفسه نفعا وان  
خاصم البائع المشتري  
فالقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض لأنه منكر فإذا حلف أخذ من المشتري  
نصف الثمن ولا يشاركه  
فيه شريكه لأنه يقر انه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه وان كانت للمشتري بينة  
حكم بها ولا تقبل  
شهادة شريكه عليه شريكه عليه لأنه يجربها إلى نفسه نفعا ومن شهد شهادة يجبر بها  
إلى 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 فإن كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي  
كالتى قبلها  
وان لم يأذن له فيه لم تبرأ ذمة المشتري من شئ من الثمن لأن البائع لم يوكله في  
القبض فقبضه لا يلزمه  
ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه إلى أجنبي، ولا يقبل قول المشتري على شريك  
البائع لأنه ينكره  
وللبائع بقدر نصيبه لا غير لأنه مقر ان شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه إليه  
من غير  
يمين لأن المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه إلى شريكه لم تبرأ ذمته فإذا قبض حقه  
فلشريكه مشاركته  
فيما قبض لأن الدين لهما ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان  
ميراثا وله ان لا يشاركه  
ويطالب المشتري بحقه كله ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لأن كل  
واحد منهما يستحق  
ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع  
كل واحد نصيبه في



صفقة، ويخالف الميراث لأن سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه  
وهنا يتبعض لأنه  
إذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقضه  
هو للموروث  
يشارك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فإن ما يقبضه لنفسه، فإن قلنا له مشاركته فيما  
قبض فعليه اليمين  
أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري  
ببقية حقه إذا  
حلف له أيضا أنه ما قبض منه شيئا وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض  
ما أخذ منه  
لأنه مقر ان المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظلما 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 إذا كان عدلا لأنه لا يجر إلى نفسه نفعا ولا يدفع عنه ضررا لأنه  
إذا ثبت  
ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لأنه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع  
قبضه له هكذا  
ذكر بعض أصحابنا، قال شيخنا وعندي لا تقبل شهادته له لأنه يدفع عن نفسه ضرر  
مشاركة  
شريكه له فيما يقضه من المشتري فإذا لم يكن بينة فحلف اخذ من المشتري نصف  
الثمن وان نكل  
أخذ المشتري منه نصفه  
(فصل) وإذا كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد  
ويمنع أحدهما

الانتفاع دون الآخر ثم إن مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الغاصب، وان وكل الشريك الغاصب أو وكل الغاصب الشريك في البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة وقد بطل البيع في بعضها فيبطل في سائرهما بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب فإنهما عقدان لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو أن الغاصب ذكر للمشتري انه وكيل في نصفه لصح في نصيب الأذن لكونه كالعقد المنفرد. (فصل) إذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غير ذلك فقبض أحدهما منه شيئاً فلآخر مشاركته فيه في ظاهر المذهب وعن أحمد 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 لأحمد بعثت أنا وصاحبي متاعاً بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خامة وأنا أعطي شريكك بعد؟ قال لا يجوز قيل له فإن أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟ قال يجوز، قيل فقد قال أبو عبيد يجوز أن يأخذ 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 نصيبه قال فرأيته قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حنبل وحرب انه لا يجوز أن يكون نصيب

القابض له فيما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك  
فيكون المأخوذ ولا باقي  
جميعا مشتركا، ولغير القابض الرجوع على القابض بحصته من الدين سواء كان المال  
باقيا في يده أو أخرجه عنها  
برهن أو قضاء دين أو غيره، وله ان يرجع على الغريم لأن الحق يثبت في ذمته لهما  
على وجه سواء فليس  
له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشئ لأن  
حقه ثبت في أحد  
المحلين فإذا اختار أحد ما 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 شريكه  
شيئا 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 لثبوتها في الأصل مشتركا وإن أبرأ أحد  
الشريكين من  
حقه برئ منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع على غريمه بشئ وان أبرأ أحدهما من عشر  
الدين ثم قبضا  
من الدين شيئا اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للمبرئ أربعة أتساعه ولشريكه  
خمسة أتساعه فإن قبضا  
نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت في خمس الباقي وما بقي بينهما  
على ثمانية  
لمبرئ ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا، وإن  
اشترى أحدهما بنصيبه  
ثوبا أو غيره فلا خر إبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل لم يلزمه  
ذلك وإن

أجاز البيع ليملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على الإجازة أو لا؟  
وإن أخر أحدهما حقه  
من الدين جاز لأنه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً  
لم يكن لشريكه  
الرجوع عليه بشئ ذكره القاضي، والأولى أن له الرجوع لأن الدين الحال لا يتأجل  
بالتأجيل فوجود  
التأجيل كعدمه، وأما إذا قلنا بالرواية الأخرى وأن ما يقبضه أحدهما له دون صاحبه  
فوجهها ان ما في  
الذمة لا ينتقل إلى العين إلا تسليمه إلى غريمه أو وكيله وما قبضه أحدهما فليس  
لشريكه فيه قبض  
ولا لو كيله فلا يثبت له فيه حق ويكون لقابضه لثبوت يده عليه بحق فأشبهه ما لو كان  
الدين بسببين وليس  
هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبهه تعيينه بالابراء ولأنه لو كان لغير  
لقابض حق  
في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولان هذا القبض إن كان بحق لم يشاركه  
غيره فيه كما لو كان  
الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لأن حقه في الذمة لا في العين فأشبهه  
مالوا خذ غاصب  
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 أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم  
مما زاد على حقه  
(فصل) الثالث شركة الوجوه وقد اختلف في تفسيرها قال الخرقى وهو ان يشترك اثنان  
بمال  
غيرهما وقال القاضي معناها ان يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة فيكون المضاربان  
شريكين في

الربح بمال غير هما لأنهما إذا اخذا المال بجاههما لم يكونا مشتركين بملك غيرهما وهذا محتمل، وقال غيره  
معناها أنهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما وحملوا كلام الخرقى على ذلك ليكون كلامه جامعا لأنواع  
الشركة، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة ويكون الخرقى قد أحل بذكر نوع من أنواع  
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 غيران يكون لهما رأس مال على أن  
ما يشترياه فهو بينهما نصفين أو أثلاثا أو نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله من الربح فهو بينهما  
فهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو ذكر صنف المال أو لم يعين شيئا من ذلك بل قال  
ما اشتريت من شئ فهو بيننا، قال احمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رؤوس أموالهما على أن  
ما يشتريه كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وابن المنذر وقال أبو حنيفة  
لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفا من الثياب، وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائط الوكالة  
لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شروط الوكالة لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه  
ولنا انهما اشتركا في الابتاع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان يتبايعانه بينهما كما لو ذكرا شرائط  
الوكالة وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يقدر الثمن والنوع ممنوع وان سلم فإنما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة  
الداخلية في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فإن في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شئ  
من هذا كذا ههنا، فعلى هذا ان قال لرجل ما اشتريت اليوم من شئ فهو بيني وبينك نصفان أو اطلق الوقت فقال  
نعم أو قال ما اشتريت انا من شئ فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لأنه اذن له في التجارة على أن  
يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف

الثلث فيستحق  
الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو اطلق  
وكذلك لو قال ما اشتريناه

أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا فكل واحد وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن لأن  
مبناها على الوكالة  
والكفالة لأن كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه ويبيعه كفيل عنه بذلك  
(مسألة) (والمالك بينهما على ما شرطاه) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم  
المؤمنون على شروطهم، والوضيعة  
على قدر ملكيها قياسا على شريكي العنان لأنها في معناها، والربح بينهما على ما  
شرطاه لذلك، ويحتمل أن  
يكون على قدر ملكيها قاله القاضي لأن الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه  
خاصة إذ  
لا مال لهما فيشتركان على العمل فيه والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في  
الربح  
ولأنها شريكان في العمل والمال فجاز تفاضلها في الربح مع تساويهما في المال  
كشريكي العنان  
(مسألة) (وهما في التصرفات كشريكي العنان)  
يعني فيما يجب لهما وعليهما وفي إقرارهما وخصومتها وغير ذلك على ما ذكرناه  
وأيهما عزل صاحبه عن  
التصرف انعزل لأنه وكيله، وسميت شركة الوجوه لأنهما اشتركا فيما يشتركان  
بجاههما والجاه والوجه  
واحد يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند  
الله وجيها)  
(فصل) الرابع شركة الأبدان وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانها فهي شركة  
صحيحة  
فهي أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه من المباح كالحطب والحشيش والثمار  
المأخوذة من الحبال  
والاصطياد والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه أحمد في رواية  
أبي طالب فقال

لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والحمالين والنخالين قد أشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن معسود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئنا بشيء، وفسر احمد صفة الشركة في الغنيمة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لأن القاتل يختص به دون الغانمين وبه قال مالك وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاحتشاش والاعتنام لأن الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء لأن من أخذها ملكها، وقال الشافعي شركة الأبدان كلها فاسدة لأنها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات ولنا ما وري أبو داود والأثرم باسنادهما عن عبد الله قال اشتركتنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجيئ أنا عمار بشيء وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا يخفى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أقرهم وقد قال أحمد أشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم فإن قيل فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فكان له ان يدفعها إلى من يشاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا قلنا أما الأول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من أخذ شيئاً فهو له) فكان ذلك من قبل المباحات من سبق إلى شيء فهو له ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبون من الأسلاب والنقل الا ان الأول أصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أجيئ أنا وعمما بشيء



وأما الثاني فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم  
فأنزل الله تعالى (يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ويدل  
على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاما أن يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أولم  
يبحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضا لأنهم اشتركوا في  
مباح وفيما ليس بضاعة وهو يمنع ذلك ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال  
وعلى أبي حنيفة أيضا أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة ولا نسلم  
ان الوكالة لا تصح في المباحات فإنه يصح أن يستتبع في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض إذا  
تبرع أخذها بذلك كالتوكيل في بيع ماله ومبناهما على الوكالة لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وما  
يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما (مسألة) (وتصح مع اتفاق الصنائع رواية واحدة فأما مع اختلافهما ففيه وجهان (أحدهما) لا تصح اختاره أبو الخطاب وهو قول مالك لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل  
يلزمها ويطلب به كل واحد منهما فإذا تقبل أحدهما شيئا مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر ان يقوم  
به فكيف يلزمه عمله؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟ (والثاني) تصح اختاره القاضي لأنهما اشتركا في  
مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين احذق فيها من  
الآخر فربما يتقبل أحدهما مالا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك إذا اختلفت الصنائع

وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل ان لا يلزمه ذلك كالوكيلين بدليل صحتها في المباح ولا ضمان فيها وإن قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بعمله ويدل على صحة هذا انه لو قال أحدهما انا أتقبل وأنت تعمل صحت الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه. وقال زفر لا تصح الشركة إذا قال أحدهما انا أتقبل وأنت تعمل ولا يستحق العامل المسمى وإنما له اجر المثل. ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الأبدان و تقبل 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 تفاضلها في الربح الحاصل به ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما وأيهما دفعها إليه برئ منها، وان تلفت في يد أحدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما لأنهما كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على المضان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه

وقال القاضي يحتمل ان لا يلزم أحدهما 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 وعلى شريكه لأن اليد له فيقبل اقراره بما فيها ولا يقبل اقراره بما في يد شريكه ولا بدين عليه لأن لا يدل على ذلك (مسألة) (وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما فإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك) وجملة ذلك أنه إذا عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه أحمد في رواية إسحاق بن هانئ وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الأبدان فيأتي أحدهما بشيء ولا يأتي الآخر بشيء؟ فقال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وعمار وابن مسعود يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين وأخفق الآخران ولان العمل مضمون عليهما معا وبضمانهما له وجبت الأجرة فتكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاؤه كم استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القاصر بانسان فقصر معه كانت الأجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض أو غيره فإن طالب أحدهما الآخران يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فإن امتنع فلاآخر الفسخ ويحتمل أنه إذا ترك العمل لغير عذر ان لا يشارك صاحبه في أجرة ما عمله

دونه لأنه إنما شاركه ليعملا جميعا فإذا ترك أحدهما العمل فما وفي بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وإنما احتمل ذلك فيما إذا تركه لعذر لأنه لا يمكن التحرز منه (مسألة) (وان اشتركا ليحملا على دابتيهما والأجرة بينهما صح) لأنه نوع من الاكتساب والدابتان آلتان فاشبهها الأداة (مسألة) (فإذا تقبلا حمل شئ فحملاه عليهما أو على غير الدابتين صحت الشركة) والأجرة بينهما على ما شرطاه لأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان في ذمتهما ولهما ان يحملا باي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه فأشبهه ما لو تقبلا قسارة فقصرها بغير أداتهما (مسألة) (وان أجراهما بأعيانهما فلكل واحد منهما أجرة دابته) أما إذا أجرا الدابتين بأعيانهما على حمل شئ بأجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة ولكل واحد منهما أجرة دابته لأنه لم يجب ضمان الحمل في ذمتهما وإنما استحق المكتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابة المستأجرة ولان الشركة إما أن تنعقد على الضمان في ذمتهما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما فإنه لم يثبت في ذمتهما ضمان ولا عملا بأبدانهما ما تجب الأجرة في مقابلته ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح ولهذا قال أجز

عبدك وتكون أجرته بيني وبينك لم يصح كما لو قال بع عبدك وثنمه بيننا لم يصح قال شيخنا ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له أجر مثله لأنها منافع وفاها بشبهة عقد (فصل) فإن كان لأحدهما أداة قصارة وآخر بيت فاشتركا على أن يعملوا بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز والأجرة على ما شرطاه لأن الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لأنهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدابتين اللتين أجرهما لحمل الشيء الذي تقبلا حمله، وان فسدت الشركة قسم الحاصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والأداة، وان كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فاتفقا على أن يعملوا بالآلة أو في البيت والأجرة بينهما جاز لما ذكرنا (فصل) وان دفع رجل دابته إلى آخر ليعملا عليها وما رزق الله بينهما نصفين أو أثلاثا أو ما شرطاه صح نص عليه أحمد في رواية الأثرم ومحمد بن أبي حرب وأمد بن سعيد ونقل عن الأوزاعي ما يدل عليه 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 لأن هذا ليس من اقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولان المضاربة تكون

بالتجارة في الأعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا اخراجها عن ملك مالكها وقال القاضي  
يتخرج أن لا  
يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح فعلى، هذا إن كان أجر الدابة بعينها  
فالأجرة لمالكها  
وان تقبل حمل شئ فحمله عليها أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجرة والثلث له  
وعليه أجر مثلها لمالكها  
ولنا أنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد ببعض نمائها كالدراهم 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 نمائها مع بقاء عينها وبهذا يتبين  
أن تخرجها  
على المضاربة بالعروض فاسد فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة  
المال وهذا بخلافه  
وذكر القاضي في موضع آخر ان من استأجر دابة بنصف ما يرزق الله تعالى أو ثلثه جاز  
قال شيخنا  
ولا أرى لهذا وجها فإن الإجارة 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 بالإجارة  
المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد إشارة أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا  
بالمزارعة فقال لا بأس

بالثوب يدفع بالثلث والرابع لحديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر وهذا يدل على أنه صار في هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة والإجارة (فصل) نقل أبو داود عن أحمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنيمة أرجوان لا يكون به بأس قال إسحاق بن إبراهيم قال أبو عبد الله إذا كان على النصف والربح فهو جائز وبه قال الأوزاعي ونقل أحمد بن سعيد عن أحمد فيمن دع عبده إلى رجل ليكتسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو رבעه فجائز والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة وإن دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قمصا ويبيعهها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب وكذلك ان دفع غزلا إلى رجل ينسجه بثلث ثمنه أو رבעه جاز نص عليه، وقال مالك وأبو حنيفة والشافعي لا يجوز شيء من ذلك لأنه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه فإن جعل له مع ذلك دراهم لم يجز نص عليه وعنه يجوز والصحيح الأول قال أبو بكر هذا قول قديم وما روي غير هذا فعليه المعتمد قال الأثرم سمت أبا عبد الله يقول لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والرابع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بلا ثلث ودراهم أو درهمين قال أكرهه لأن هذا شيء لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جازا لحديث جابر أن

النبي صلى الله عليه وسلم اعطى خيبر على الشطر قيل لأبي عبد الله فإن كان النساج لا  
يرضى حتى يزداد على الثلث  
درهما؟ قال فليجعل له ثلثا وعشرا ثلثا ونصف عشر وما أشبهه وروى الأثرم عن ابن  
سيرين والنخعي  
والزهري وأيوب ويعلى بن حكيم انهم أجازوا ذلك وقال ابن المنذر كره هذا كله  
الحسن وقال أبو  
ثور وأصحاب الرأي: هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع  
شبكة إلى الصياد  
ليصيد بها السمك بينهما نصفان فالصيد كله للصائد ولصاحب الشبكة اجر مثلها  
وقياس ما نقل عن أحمد  
صحة الشركة وما رزق الله بينهما على ما شرطاه لأنها عين تنمي بالعمل فيها فصح  
دفعها ببعض نمائها كالأرض  
(فصل) وقد ذكر ابن عقيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان  
وهو ان  
يعطي الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها وعلة المنع انه جعل له بعض  
معموله اجرا لعمله  
فيصير الطحن مستحقا له وعليه وهذا الحديث لا نعرفه ولم تثبت صحته ولا ذكره  
أصحاب السنن  
وقياس قول احمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل  
(فصل) فإن كان لرجل دابة ولآخر إكاف وجوالقات فاشتركا على أن يؤجراهما  
والأجرة



بينهما نصفان فهو فاسد لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها إذا  
تقديره اجر  
دابتك لتكون اجرتها بيننا وأوْجر جوالقاتي لتكون اجرتها بيننا وتكون كلها لصاحب  
البهيمة لأنه  
مالك الأصل وللآخر اجر مثله على صاحب البهيمة لأنه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد،  
هذا إذا  
اجر الدابة بما عليها من الإكاف والجوالقات في عقد واحد فأما ان اجر كل واحد  
منهما ملكه  
مفردا فلكل واحد اجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر بيننا كان  
الاجر  
لصاحبه وللآخر اجر مثله وكذلك في جميع الأعيان  
(فصل) فإن اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر رواية ومن آخر العمل على أن ما  
رزق الله  
تعالى فهو بينهم صح في قياس قول احمد فإنه نص في الدابة يدفعها إلى آخر يعمل  
عليها على أن لهما  
الأجرة على الصحة وهذا لأنه دفع دابته إلى آخر يعمل عليها والرواية عين تنمي بالعمل  
عليها فهي  
كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي  
ولأنهما وكلا العامل في  
كسب مباح بآلة دفعاها إليه فأشبهه ما لو دفع إليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك  
أربعة من أحدهم دكان ومن

اخر رحي ومن اخر بغل ومن اخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو  
بينهم صح وكان  
بينهم على ما شرطوه وقال القاضي العقد فاسد في المسئلتين جميعا وهو ظاهر قول  
الشافعي، لأن هذا لا يجوز  
أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونه لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولان من  
شرطهما عود رأس  
المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شئ من الربح حتى يستوفى رأس المال بكماله  
والرواية هنا تخلق وتنقص،  
ولا إجارة لأنها تفتقر إلى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون  
الاجر كله في المسألة  
الأولى للسقاء لأنه لما غرف الماء في الاناء ملكه فإذا باعه فثمنه له لأنه عوض ملكه  
وعليه لصاحبه  
أجر المثل لأنه استعمل ملكهما بعوض يسلم لهما فكان لهما أجر المثل كسائر  
الإجازات الفاسدة وأما  
في المسألة الثانية فإنهم إذا طحنوا الرجل طعاما بأجرة نظرت في عقد الإجارة فإن 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 منفردا أو استأجر من جميعهم فقال استأجر تكم  
لتطحنوا لي هذا الطعام

بكذا فالاجر بينهم أرباعا لأن كل واحد منهم قد لزمه طحن ربعه ويرجع كل واحد منهم على أصحابه  
بربع 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 أرباعا بناء على ما إذا تزوج أربعا بمهر واحد أو كاتب أربعة أعبد بعوض واحد  
هل يكون العوض أرباعا أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين

(مسألة) (وان جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة صح) لأن كل واحد منهما

يصح منفردا فصح مع غيره كحالة الانفراد

(فصل) الخامس شركة المفاوضة وهو أن يدخل في الشركة الأكساب النادرة كوجدان لقطه

أو ركاز أو ما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرش جناية أو نحو ذلك

فهذه شركة فاسدة، وبهذا قال الشافعي واجازته الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وحكي  
عن مالك وشرط  
أبو حنيفة لها شروطا وهي ان يكونا حرين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة سواء  
وان يخرجوا  
جميعا 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 تختص باسم فكان  
منها صحيح كشركة العنان  
ولنا أنه عقد لا يصح بين كافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر  
العقود الفاسدة ولأنه

عقد لم يرد الشرع بمثله فلا يصح كما ذكرنا ولان فيه غررا فلم يصح كبيع الغرر، بيان  
غرر انه يلزم كل  
واحد ما لزم الآخر وقد يلزمه شئ لا يقدر على القيام به وقد أدخلنا فيه الأكساب  
النادرة فاما الخبز فلا  
نعرفه ولا رواه أصحاب المنن وليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل انه 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 والملامسة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح  
بين الكفار والكافر  
والمسلم بخلاف هذا

باب الوكالة  
وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء  
والمساكين  
والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضا قوله  
تعالى (فابعثوا أحدكم  
بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة، وأما  
السنة فروى  
أبو داود والأثرم وابن ماجه باسنادهم عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي صلى الله  
عليه وسلم جلب فأعطاني دينارا  
فقال (يا عروة أت الجلب فاشتر لنا شاة) قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت  
شاتين بدينار فجئت  
أسوقهما وأقودهما فلقبني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فاتيت النبي  
صلى الله عليه وسلم  
بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال (وصنعت كيف؟)  
قال فحدثته الحديث فقال  
(اللهم بارك له في صفقة يمينه) هذا لفظ رواية الأثرم وروى أبو داود باسناده عن جابر  
بن عبد الله  
قال أردت الخروج إلى خيبر فاتيت النبي صلى الله عليه وقلت أنني أردت الخروج إلى  
خيبر فقال (أت  
وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته) وروي  
عنه صلى الله  
عليه وسلم أنه وكل عمر وبن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول  
نكاح ميمونة

وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة، ولان الحاجة داعية إلى ذلك فإنه لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاج إليه بنفسه.

(مسألة) (تصح الوكالة بكل قول بدل الاذن وكل قول أو فعل بدل القبول) لا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الايجاب والقبول كالبيع، والايجاب هو كل لفظ دل على الاذن نحو قوله افعل كذا أو أذنت لك في فعله فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء وكذلك قوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة إلى قوله فليأتكم برزق منه) ولأنه لفظ دل على الاذن فهو كقوله وكتك ويكفي في القبول قوله قبلت وكل لفظ دل عليه ويجوز بكل فعل دل عليه أيضا نحو ان يفعل لأن ما أمره بفعله لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امثال امره ولأنه اذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفصل كأكل الطعام (مسألة) (يجوز القبول على الفور والتراخي نحو ان يوكله في بيع شئ فيبيعه بعد سنة أو يبلغه أنه وكله منذ شهر فيقول قبلت) لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه كان بفعلهم وكان متراخيا عن توكيله إياهم ولأنه اذن في التصرف والاذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي (فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فافعل كذا أو إذا جاء الشتاء فاشتر لنا



كذا أو إذا جاء الأضحى فاشتر لنا أضحية أو إذا طلب منك أهلي شيئا فادفعه إليهم أو إذا دخل رمضان فقد وكلتك في كذا أو فأنت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي لا تصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن وإن كان وكيلًا بجعل فسد المسمى وله اجر المثل لأنه عقد يملك التصرف به في الحياة أشبه البيع ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (أمير كم زيد فإن قتل فجعفر فإن قتل فعبد الله بن رواحة) وهذا في معناه ولأنه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمة وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحا كما لو قال أنت وكيلي في بيع عبدي إذا قدم الحاج ولأنه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولأنه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأجير ولأنه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية فصح بالجعل كالتوكيل الناجز (مسألة) (ولا يصح التوكيل والتوكل في شيء إلا ممن يصح تصرفه فيه) لأن من يصح تصرفه بنفسه فبنائبه أولى وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلا كان أو امرأة حرا أو عبدا مسلما أو كافرا 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 إلا فيما له فعله كالطلاق

والخلع وطلب القصاص، وكل ما صح ان يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل  
لغيره فيه إلا  
الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه، وذكر القاضي أنه لا يجوز ان يقبله لغيره  
وظاهر كلام شيخنا  
في الكتاب المشروح أنه يصح وهو قول أبي الخطاب وهو القياس ولا صحاب الشافعي  
وجهان كهذين  
فأما توكله في الايجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي تثبت الولاية له وذكر أصحاب  
الشافعي في  
في ذلك الوجهين (أحدهما) يجوز لأنه ليس بولي (والثاني) لا يجوز لأنه موجب  
للنكاح أشبه الولي  
ولأنه لا يجوز ان يتولى ذلك بنفسه فلم يجز ان يتوكل فيه كالمرأة ويصح توكل المرأة  
في طلاق نفسها  
وغيرها ويصح توكل العبد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز ان يقبله لنفسه وإنما يقف  
ذلك على اذن  
سيده ليرضى بتعلق الحقوق به، ومن لا يملك التصرف في شئ لنفسه لا يصح ان  
يتوكل فيه كالمرأة في  
عقد النكاح وقبوله والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها،  
وللمكاتب ان يوكل  
فيما يتصرف فيه بنفسه وله ان يتوكل بجعل لأنه من اكتساب المال ولا يمنع من  
الاكتساب، وليس  
له ان يتوكل بغير جعل الا باذن سيده لأن منافعه كاعيان ماله وليس له بذلك عين ماله  
بغير عوض  
وتصح وكالة الصبي المميز باذن الولي بناء على صحة تصرفه باذنه  
(مسألة) (ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق  
والرجعة وتملك  
المباحات من الصيد والحشيش ونحوه الا الظاهر واللعان والايمان)

وجملة ذلك أن التوكيل يجوز في الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعتق والطلاق  
حاضرا كان الموكل  
أو غائبا وقد ذكرنا الدليل على ذلك من الآية والخبر والحاجة تدعو إليه لأنه 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 تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته  
فأباحها الشرع  
دفعاً للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه، وكذلك يجوز  
التوكيل في الحوالة  
والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجعالة والمساقاة والإجارة  
والقرض والصلح  
والهبة والصدقة والوصية والفسخ والابراء لأنها في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل  
فيها فيثبت فيها  
حكمه ولا نعلم فيه خلافاً، ويجوز التوكيل في الخلع والرجعة لأن الحاجة تدعو إليه  
كدعائها إلى التوكيل  
في البيع ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كاحياء الموات واستقاء الماء و  
الاصطياد والاحتشاش لأنها  
تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالابتياح والايهاب  
(فصل) ولا تصح في الايمان والنذور لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت  
العبادات البدنية  
والحدود ولا تصح في الايلاء والقسامة واللعان لأنها أيمان ولا في الظهار لأنه قول  
منكر وزور فلا  
يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا تجوز في القسم بين الزوجات لأنها تتعلق بيدن الزوج  
لأمر يختص به

ولا في الرضاع لأنه يختص بالمرضعة والمرتضع لأمر يختص بانبات لحم المرتضع وإنشاز عظمه من لبنها، ولا تصح في الغصب ولا في الجنائيات لأن ذلك محرم وكذلك كل محرم لأنه لا يحل له فعله بنفسه قلم تجز النيابة فيه (مسألة) (ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج موليته إذا كان الوكيل ممن يصح له ذلك لنفسه وموليته لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري وأبا رافع في قبول النكاح له ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التزويج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه كما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم حبيبة وهي بأرض الحبشة ويجوز أن يوكل من يزوج موليته لأن الحاجة تدعو إليه فأشبهه البيع إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لموليته، وهل يجوز أن يكون فاسقا؟

ينبغي على اشتراط ذلك في ولاية النكاح وسيدكر في بابه إن شاء الله (فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لأنها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبرا عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فإن استتاب فيها كان النائب شاهدا على شهادة لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الأصل وليس بوكيل، ولا يصح في الاغتنام لأنه متى حضر النائب تعين عليه الجهاد فكان السهم له ولا في الالتقاط لأنه بأخذه يصير لملتقطه (فصل) ويجوز التوكيل في المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضرا كان الموكل أو غائبا صحيحا أو مريضا وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للخصم

أن يمتنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضرا لأن حضوره مجلس الحاكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى 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 ولأنه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن عليا وكل عقيلًا عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضي له فلي وما قضي عليه فعلي ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال إن للخصومة قحما وان الشيطان يحضرها واني لاكره أن أحضرها قال أبو زياد القحم المهالك وهذه قصص اشتهرت لأنها في مظنة الشهرة فلم ينقل انكارها ولان الحاجة تدعو إلى ذلك فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه ويجوز التوكيل في الاقرار ولأصحاب الشافعي وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه لأنه إخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة ولنا أنه إثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع وفارق الشهادة فإنها لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوتة على غيره، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف واستيفائهما لأنهما من حقوق الآدميين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما لأن من له الحق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاها (مسألة) (ويجوز في كل حق لله تعالى تدخله النيابة من العبادات والحدود في اثباتها واستيفائها كحد الزنا والسرقه) لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال (اغدا يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بجرم ما عر فرجموه ووكل عثمان عليا في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة رواه مسلم ولان الحاجة تدعو إليه لأن الإمام لا يمكنه

(Y · Y)

تولي ذلك بنفسه، ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز وهو قول الشافعي لأنها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها والتوكيل توصل إلى الإيجاب ولنا حديث أنيس الذي ذكرناه فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكله في إثباته واستيفائه جميعاً

يقوله (فإن اعترفت فارجمها) وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته ولأن الحاكم إذا استتاب دخل في ذلك الحدود فإذا دخلت في التوكيل بطريق العموم فبالتحصيل يكون دخولها أولى والتوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات (فصل) فأما العبادات فما تعلق منها بالمال كالصدقات والزكاة والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفعها إلى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لمعاذ حين بعثه إلى اليمين أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم) متفق عليه ويجوز التوكيل في الحج إذا 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 فإنها تتعلق ببدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لأنه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره، ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج ولا تجوز الاستنابة في الطهارة الا في صب الماء وإيصاله إلى الأعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما (مسألة) (ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته نص عليه احمد وهو قول مالك الا القصاص، وحد القذف عند بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته)

(۲۰۸)



وقد أوماً إليه احمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأنه يحتمل ان يعفو الموكل في حال غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولان العفو مندوب إليه فإذا حضر احتمل ان يرحمه فيعفو والأول ظاهر المذهب لأن ما جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيه بعفوه والأصل عدمه فلا يؤثر الا ترى ان قضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 لكثرتة) وجملة ذلك أن التوكيل لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) ان ينهى الموكل وكيه عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل في اذنه فلم يجزله كما لو لم يوكله (الثاني) ان يأذن له في التوكيل فيجوز له لأنه عقد أذن فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذا خلافاً فإن قال وكتك فاصنع ما شئت فله ان يوكل، وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه فقوله اصنع ما شئت يرجع إلى 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 كالأعمال الدنية في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه فإنه لا يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الاذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه

(القسم الثاني) أن يكون مما يعمله بنفسه الا أنه يعجز عن عمله لكثرتة وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن فيه بلفظه، وقال القاضي عندي

أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لأن التوكيل إنما جاز  
للحاجة فاختص ما دعت إليه  
الحاجة بخلاف وجود إذنه فإنه مطلق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين (القسم  
الثالث) ما عدا هذين  
القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه؟ على  
روايتين (إحدهما)  
لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لأنه لم يأذن له  
بالتوكيل  
ولا تضمنه اذنه فلم يجز كما لو نهاه ولأنه استئمان فيما 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  
لأن الوكيل له  
أن يتصرف بنفسه فملكه بنائبه كالمالك والأولى أولى ولا يشبه الوكيل المالك فإن  
المالك يتصرف  
في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل  
(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أميناً لأنه لا نظر للموكل في  
توكيل  
من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما أن الاذن في البيع يتقيد  
بالبيع بثمن  
المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أميناً لأنه قطع نظره  
بتعيينه فإن وكل  
أميناً فصار خائناً فعليه عزله لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط والوكالة  
تقتضي استئمان  
أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله  
(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به إليه وفي الحاكم يولى القضاء في  
ناحية يستنيب  
غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل إلا أن المنصوص عن أحمد في رواية منها  
جواز ذلك وهو قول  
الشافعي في الوصي لأن الوصي يتصرف بولائه بدليل انه لم يتصرف فيما لم ينص له  
على التصرف فيه  
والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه قال شيخنا والجمع بينهما أولى لأنه متصرف  
في مال غيره  
بالاذن فأشبهه الوكيل وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل إنما يتصرف فيما

اقتضته الوكالة

(٢١٠)

(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 ولا صحاب  
الشافعي فيه وجهان (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لأنه لا يملك التزويج الا  
بإذنها أشبه الوكيل  
ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر اذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل فإن  
الولي متصرف  
بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى  
غيره بغير إذن  
النساء فكذلك الولي وما ذكره يبطل بالحاكم والذي يعتبر اذنها 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 وكيلا للموكل لا ينعزل  
بموت الوكيل  
الأول ولا عزله ولا يملك الأول عزل الثاني لأنه ليس بوكيله وان أذن له ان يوكل لنفسه  
جاز وكان  
وكيلا للوكيل ينعزل بموته وعزله، وان مات الموكل أو عزل الأول انعزلا جميعا لأنهما  
فرعان له لكن  
أحدهما فرع الآخر 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 فالثاني وكيل الوكيل  
الأول حكمه  
حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه  
(مسألة) (ويجوز توكيل عبد غيره باذن سيده)  
لأن المنع لحق السيد فجاز باذنه ولا يجوز بغير اذنه لأنه لا يجوز له التصرف بغير اذن  
سيده  
لكونه محجورا عليه فإذا أذن في ذلك صح كما تصح تصرفاته باذنه  
(مسألة) (فإن وكله باذنه في شراء نفسه من سيده فعلى روايتين)  
(إحداهما) يصح وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية (والثانية) لا يجوز وهو قول بعض

الشافعية لأن يد العبد كيد سيده فأشبهه ما لو وكله في الشراء من نفسه ولهذا يحكم  
للإنسان بما في  
يد عبده، ولنا انه يجوز ان يشتري عبدا من غير مولاه فجاز أن يشتريه من مولاه  
كالأجنبي وإذا جاز  
ان يشتري غيره جاز ان يشتري نفسه كما أن المرأة لما جاز توكيها في طلاق غيرها  
جاز في طلاق  
نفسها، والوجه الذي ذكره لا يصح لأن أكثر ما يقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل  
سيده وسنذكر  
صحة توكيل السيد في البيع والشراء من نفسه فههنا أولى، فعلى هذا إذا قال العبد  
اشتريت نفسي لزيد  
وصدقاه صح ولزم زيدا الثمن، وان قال السيد ما اشتريت نفسك الا لنفسك عتق العبد  
لاقرار السيد  
على نفسه بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيدة لأن زيدا لا يلزمه الثمن لعدم  
حصول العبد له  
وكون سيده لا يدعيه عليه فلزم العبد لأن الظاهر ممن باشر العقد انه له، وان صدقه  
السيد وكذبه زيد نظرت  
في تكذيبه فإن كذبه في الوكالة خلف وبرئ وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر  
ثمنه وان 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، وان وكل العبد  
في  
اعتاق عبده أو المرأة في طلاق نسائه لم يملك اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها  
لأنه ينصرف  
باطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل ان لهما ذلك لشمولهما عموم اللفظ كما يجوز  
للوكيل في البيع ان  
يبيع من نفسه في إحدى الروايتين، وان وكل غريمه في إبراء نفسه صح لأنه وكله في  
اسقاط حق من  
نفسه فهو كتوكيل البعد في اعتاق نفسه، وإن وكله في ابراء غرمائه لم يكن له أن يبرئ  
نفسه كما لو وكله  
في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه، وان وكله في خصومتهم لم يكن وكيلا في  
خصومة نفسه ويحتمل  
ان يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وان وكل المضمون في ابراء الضامن فابراً صح

ولم يبرأ  
المضمون عنه وإن وكل الضمان في ابراء المضمون عنه أو الكفيل في ابراء المكفول  
عنه صح  
وبرئ الوكيل ببراءته لأنه فرع عليه فإذا برئ الأصل برئ الفرع

(مسألة) (والوكالة عقد جائز من الطرفين)  
لكل واحد منهما فسخها متى شاء لأنه إذن في التصرف فكان لكل واحد منهما إبطاله  
كالإذن  
في أكل طعامه فإن وكل المرتهن في بيع الرهن ففيه اختلاف ذكرناه  
(مسألة) (وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفه وكذلك كل عقد جائز كالشركة  
والمضاربة)  
تبطل الوكالة بموت الموكل والوكيل وجنون المطلق بغير خلاف علمناه إذا علم الحال  
وكذلك يبطل  
بخروجه عن أهلية التصرف كالحجر عليه لسفه لأنه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره  
من جهته كالجنون  
والموت وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة قياسا على الوكالة قال أحمد في  
الشركة إذا  
وسوس أحدهما فهو مثل العزل  
(فصل) فإن حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لأنه لم يخرج عن أهلية التصرف  
وان حجر  
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 لأن الموكل أهل لذلك، وان فسق  
الوكيل لم ينزل  
لأنه من أهل التصرف الا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق كالايجاب في عقد النكاح  
فإنه ينزل  
بفسق أحدهما لخروجه عن أهلية التصرف وإن كان وكيلا في القبول لم ينزل بفسق  
موكله لأنه  
لا ينافي جواز قبوله، وهل ينزل بفسق نفسه؟ على وجهين أولاهما انه لا ينزل لأنه  
يجوز ان يقبل  
النكاح لنفسه فجاز ان يقبله لغيره كالعدل، وإن كان وكيلا فيما يشترط فيه الأمانة  
كوكيل ولي اليتيم وولي  
الوقف على المساكين ونحو هذا انزل بفسقه وفسق موكله لخروجهما بذلك عن أهلية  
التصرف  
وإن كان وكيلا لو وكيل ومن يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه لأن الوكيل ليس له  
توكيل فاسق ولا  
ينزل بفسق موكله لأن موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق  
(فصل) ولا تبطل الوكالة بالثوم والسكر والاعماء لأن ذلك لا يخرج عن أهلية



التصرف ولا  
تثبت عليه الولاية الا أن يحصل الفسق بالسكر فقد ذكرناه مفصلا

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 ويفارق الوديعة من حيث إنها أمانة  
مجردة  
فنافاها التعدي والخيانة، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة فإذا انتفت الأمانة  
بالتعدي بقي الاذن  
بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامنا فإذا باعه صح بيعه وبرئ من  
ضمانه لدخوله  
في ملك المشتري وضمانه فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لأنه  
قبضه باذن الموكل  
ولم يتعد فيه ولو دفع إليه مالا ووكله ان يشتري به شيئا فتعدى في الثمن صار ضامنا  
وإذا اشترى به وسلمه  
زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة، وان ظهر بالمبيع عيب فرد عليه أو وجد هو بما  
اشتراه عيبا فرده  
وقبض الثمن كان مضمونا عليه لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال به  
(مسألة) (وهل تبطل بالردة وحرية عبده؟ على وجهين)  
يصح توكيل المسلم كافرا فيما يصح تصرفه فيه سواء كان ذميا أو مستأمنا أو حريبا أو  
مرتدا  
لأن العدالة لا تشترط في صحة الوكالة فكذلك الدين كالبيع، فإن وكل مسلما فارتد لم  
تبطل وكالته

في أحد الوجهين سواء لحق بدار الحرب أو أقام، وقال أبو حنيفة تبطل إذا لحق بدار الحرب لأنه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الردة لا تمنع ابتداء الوكالة فلا تمنع 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 فإن 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 ينعزل لأن زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وفيه وجه آخر أنها تبطل لأن توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه السيد، والصحيح الأول لأن سيد العبد اذن له في بيع ماله والعتق لا يبطل الاذن فكذلك البيع الا ان المشتري ان رضى ببقائه على الوكالة والا بطلت وإن وكل عبد غيره فاعتقه فقال شيخنا لا تبطل الوكالة وجهها واحدا لأن هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم يبطل لأن ملكه إياه لا ينافي اذنه له في البيع والشراء وان وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلم يمنع استدامتها

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة  
كما لو وكله في بيع عبد فمات، وكذا لو دفع إليه دينارا ووكله في الشراء بعينه أو مطلقا لأنه ان وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء به بعد تلفه فبطلت الوكالة وان وكله في الشراء مطلقا ونقد الدينار  
بطلت أيضا لأنه إنما وكله في الشراء به، ومعناه ان ينقده ثمن ذلك المبيع إما قبل الشراء أو بعده وقد  
تعذر ذلك بتلفه ولأنه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلتزمه ولا رضي بلزومه، وان استقرضه  
الوكيل وعزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لأن الوكالة بطلت والدينار الذي  
عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فإذا اشترى للموكل به شيئا وقف على إجازة الموكل فإن  
اجازه صح ولزمه الثمن والالزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال. وقال القاضي متى اشترى بعين  
ماله شيئا لغيره بغير اذنه فالشراء باطل لأنه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره، وقال  
أصحاب الشافعي متى اشترى بعين ماله شيئا لغيره صح الشراء للوكيل لأنه اشترى ما لم يؤذن له فيه  
أشبه ما لو اشتراه في الذمة.  
(فصل) نقل الأثرم عن أحمد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له إذا أمكنك قضاؤها فادفعها  
إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص إلى هذا الذي اذن له في القبض لكن جعله وكيلا وتمكن  
من عليه الدين من القضاء فخاف إن دفعها إلى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من

الورثة فقال لا يعجبني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ إليهما من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفا من التبعة من الورثة إن كان موروثهم قد مات فانعزل وكيه وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فاما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فإن أحمد قد نص في رواية حرب إذا وكله وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهرا وباطنا وإزالة التبعة عنه، وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لأنه اختار أن لا يدفع إلى الوكيل خوفا من أن يكون الموكل قد مات فانتقل إلى الورثة ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالغرامة، وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب لأنه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضرا فيقبل، وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل، وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس بشئ حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظه وهو الذي نقله الجماعة.

(مسألة) (وهل ينعزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه؟ على روايتين)  
وجملة ذلك أن الوكالة عقد جائز من الطرفين وقد ذكرنا ذلك فللموكل عزل وكيه متى شاء وللوكيل

عزل نفسه وتبطل بموت أحدهما أو جنونه المطبق ولا خلاف نعلمه في ذلك مع العلم  
بالحال فمتى تصرف  
بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك، وان لم يعلم بالعزل ولا يموت  
الموكل ففيه روايتان  
وللشافعي فيه قولان (أحدهما) ينعزل وهو ظاهر كلام الخراقي، فعلى هذا متى تصرف  
فبان ان تصرفه  
بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فصح  
بغير عمله  
كالطلاق والعتاق (والثانية) لا ينعزل قبل علمه نص عليه أحمد في رواية جعفر بن  
محمد لما في ذلك  
من الضرر لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو  
الطعام فيأكله  
أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه فيتضرر المشتري والوكيل لأنه  
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 ينعزل  
الا بحضرة  
الموكل لأنه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغيره حضرته كالمودع في رد  
الوديعة، ووجه الأول  
ما ذكرناه فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين، ويمكن الفرق بينهما بأن أمر الشارع  
يتضمن المعصبة بتركه  
ولا يكون عاصبا مع عدم العلم وهذا يتضمن العزل عنه إبطال التصرف فلا يمنع منه  
عدم العلم  
(فصل) وإذا وقعت الوكالة مطلقة ملك التصرف ابدا ما لم يفسخ الوكالة وتحصل بقوله  
فسخت الوكالة

أو أبطلتها أو نقضتها أو أزلتك أو صرفتك أو عزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ما أمره به  
وما أشبه  
ذلك من الألفاظ المقتضية عزله والمؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما  
يقتضي فسخها حكما  
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 واختيار امساكها وكذلك لو وطئ الرجعية كان  
ارتجاعا لها فإذا  
اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلان يقتضي استبقائها على نكاحها ومنع طلاقها وان  
بشرها دون الفرج  
أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء  
على الخلاف في  
حصول الرجعة به، وان وكله في بيع عبد ثم كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لأنه على  
إحدى الروايتين  
لا يبقى محلا للبيع وعلى الرواية الأخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع  
عن بيعه وان  
باعه بيعا فاسدا لم تبطل الوكالة لأن ملكه في العبد لم يزل ذكره ابن المنذر  
(مسألة) (وإذا وكل اثنين لم يكن لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك إليه)  
وجملة ذلك أنه إذا وكل وكيلين وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لأنه  
مأذون فيه وان

لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لأنه لم يأذن في ذلك وإنما يجوز له فعل ما أذن فيه موكله  
وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي فإن وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرز لهما لأن فوله افعلا  
كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن تعلق بهما، وفارق هذا قوله بعنكما حيث كان منقسما بينهما  
لأنه لا يمكن أن يكون الملك على الاجتماع فانقسم بينهما فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان  
يتصرف ولا للحاكم ضم أمين إليه ليتصرفا لأن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا  
يقيم الحاكم له بغير إذنه، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم إلى الوصي أمينا ليتصرفا  
لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أمينا 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 فإذا حضر الآخر تصرفا معا ولا يحتاج إلى إعادة  
البينة لأن الحاكم سمعها لهما مرة، فإن قيل هذا حكم الغائب قلنا يجوز تبعا لحق الحاضر كما يجوز ان  
بحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يحلف لأجل 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 مخالفا



وجميع التصرفات في هذا سواء وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها  
ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء  
(مسألة) (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 أن من وكل في بيع شيء لم يجز أن يبيعه لنفسه ولا للوكيل في الشراء أن يشتري  
من نفسه في إحدى الروايتين نقلها منها 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 والأوزاعي  
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 واجبا  
ويحتمل أن يكون مستحبا والأول أشبه بطاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني أن يولي من  
يبيع ويكون هو أحد المشتريين، فإن قيل فكيف يجوز له دفعها إلى غيره لبيعها وهذا توكيل وليس  
للكيل التوكيل؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجربه العادة ان يتولاه أكثر

الناس بنفوسهم فإن 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 تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم  
بأكثر من  
ثمنه فقد قربه بالتي هي أحسن، ولأنه نائب عن الأب وذلك جائز للأب فكذلك نائبه،  
ووجه الرواية  
الأولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به  
ولأنه تلحقه  
التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه لنفسه فلم يجز كما لو نهاه الوصي كالوكيل 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  
بالمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قربانا بالتي هي أحسن وقد روى ابن مسعود أنه  
قال في رجل  
أوصى إلى رجل بتركته وقد ترك قريبا فقال الوصي اشتره قال لا  
(فصل) وحكم الحاكم أمينه كحكم الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لو كيله أو  
لولده الصغير أو  
طفل يلي عليه أو لو كيله أو عبد المأذون له كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج  
على روايتين بناء على

بيعه لنفسه، فاما يبيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضا في جملة ما يخرج على روايتين ولا صحاب الشافعي فيهم وجهان وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لأنه امتثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره كما لو باعه لأخيه، وفارق البيع لو كيّله لأن الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك بيع عبد المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه لأن الشراء يقع لنفسه، ووجه الجمع بينهم انه يتهم في حقهم وبميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته لهم، والحكم فيما إذا أراد ان يشتري لموكله كالحاكم في بيعه لماله لأنهما 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 فيما قبلهما وان أذنت له موليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو ولده أو والده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك لو وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك (مسألة) وهل يجوز ان يبيع لولده أو والده أو مكاتبه؟ على وجهين) وقد ذكر أفي المسألة قبلها (فصل) فإن وكله في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب جواز شرائه من

نفسه لأنه اذن له في طرفي العقد فجاز ان يليهما إذا انتفت التهمة كالأب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لأنه يمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما ولأصحاب الشافعي في المسئلتين وجهان (فصل) فإن اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز ذلك وقال أصحاب الشافعي لا يجوز في أحد الوجهين لأنه يجتمع له في عقد غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فتمانعا ولنا انه وكله في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولأن علة المنع من المشتري لنفسه في محل الاتفاق التهمة لدلالاتها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإرادته وقد صرح ههنا بالاذن فيها فلا ينفي دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافها، وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء فإنه لا يراد أكثر مما حصل وان لم يعين له الثمن يعيد البيع بثمن المثل كما لو باع الأجنبي وقد ذكر أصحابنا فيما إذا وكل عبدا يشتري له نفسه من سيده وجهها أنه لا يجوز ويخرج ههنا مثله والصحيح ما قلناه إن شاء الله تعالى

(مسألة) (ولا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد ويحتمل أن يجوز كالمضارب) وجملة ذلك أن الموكل إذا عين للوكيل الشراء أو البيع بنقد معين أو حالا لم تجز مخالفته لأنه إنما يتصرف باذنه ولم يأذن في غير ذلك وان أذن له في الشراء أو البيع بنسيئة جاز وان أطلق لم يبيع إلا حالا بنقد البلد لأن الأصل في البيع الحلول وإطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد كما لو باع ماله فإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما فإن تساويا باع بما شاء منهما وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وصاحبه له البيع نساء لأنه معتاد فأشبهه الحال ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب والأول أولى لأنه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك إذا أطلق الوكالة ولا نسلم تساوي العادة فيهما فإن بيع الحال أكثر، ويفارق المضاربة لوجهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لأدفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة بأجرة تفوت بتأخير الثمن (الثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه وفلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لأنه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع اللاحاق

(مسألة) (وان باع بدون ثمن مما قدره له صح وضمن النقص)  
وجملة ذلك أن الوكيل ليس له ان يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له وبهذا قال  
الشافعي  
وأبو يوسف ومحمد قال أبو حنيفة إذا اطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لأن  
لفظه في  
الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه  
ولنا أنه وكيل مطلق في عقد معاوضة فاقضى ثمن المثل كالشراء فإنه قد وافق عليه وبه  
ينتقض  
دليله فإن باع بأقل من ثمن المثل مما لا يتغابن الناس بمثله أو بدون ما قدره له فحكمه  
حكم من لم يأذن  
له في البيع وعن أحمد البيع صحيح ويضمن الوكيل النقص لأن من صح بيعه بثمن  
المثل صح بدونه  
كالمريض، فعلى هذه الرواية يكون على الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان  
(أحدهما) ما بين ثمن  
المال وما باع به (والثاني) ما بين ما يتغابن الناس بمثله وما لا يتغابنون لأن ما يتغابن  
الناس به يصح بيعه  
به ولا ضمان عليه والأول أقيس لأنه يبيع غير مأذون فيه أشبهه يبيع الأجنبي وكل تصرف  
كان الوكيل  
فيه مخالفا لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبي على ما ذكرنا في موضعه فأما ما  
يتغابن الناس به  
عادة وهو درهم في عشرة فمعفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر الثمن لأن ما يتغابن الناس  
به بعد ثمن المثل  
ولا يمكن التحرز منه.  
(فصل) ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز ان يبيع بثمن المثل لأن عليه  
الاحتياط وطلب  
الخط لموكله فإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد  
لأن الزيادة منهي

عنها فلا يلزم الرجوع إليها ولان الزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك  
ويحتمل ان يلزمه  
ذلك لأنها زيادة أمكن تحصيلها أشبه ما قبل البيع والنهي يتوجه إلى الذي زاد لا إلى  
الوكيل فأشبهه ما  
إذا زاد قبل البيع بعد الاتفاق عليه  
(مسألة) (وان باع بأكثر من ثمن المثل صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي  
أمر به أولم تكن هي)  
إذا وكله في بيع شئ معين فباعه بأكثر منه صح قلت الزيادة أو كثرت وكذلك ان أطلق  
فباعه  
بأكثر من ثمن المثل لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت  
لزيادة 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 لأنه 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 عرفا لأن من رضي بمائة لا يكره أن يزداد عليها ما ينفعه ولا يضره ويصير  
كما لو وكله في الشراء  
فاشترى بدون ثمن المثل أو بدون ما قدر له  
(مسألة) (وان قال بعه بدرهم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين)  
لأنه مأذون فيه عرفا فإن من رضي بدرهم رضي مكانه دينارا فجرى مجرى بيعه بمائة  
درهم ودينار  
على ما ذكرنا في المسألة قبلها وقال القاضي لا يصح وهو مذهب الشافعي لأنه خالف  
موكله في الجنس

أشبه ما لو باعه بثوب يساوي دينارا فاما ان قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة ثوب قيمتها  
 أكثر من الدراهم  
 أو بثمانين درهما وعشرين ثوبا لم يصح وهو مذهب الشافعي لأنها من غير الأثمان  
 ولأنه لم يؤذن فيه لفظا  
 ولا عرفا بخلاف بيعه بدينار.  
 (فصل) فإن وكله في بيع عبد بمائة فباع بعضه بها أو وكله مطلقا فباع بعضه بثمان  
 الكل جاز  
 لأنه مأذون فيه عرفا فإن من رضي بمائة ثمنا للكل رضي بها ثمنا للبعض ولأنه حصل له  
 المائة وأبقى له  
 زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لأنه مأذون فيه فأشبهه ما لو باع العبد كله  
 بزيادة على  
 ثمنه، ويحتمل ان لا يجوز لأنه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع البعض فربما لا  
 يختار بيع باقيه  
 للغني عن بيعه يما حصل له من ثمن البعض وهكذا لو وكله في بيع عبيدين بمائة فباع  
 أحدهما بها يصح  
 لما ذكرنا وهل له بيع الآخر على وجهين فأما ان وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه  
 بأقل منها أو  
 وكله مطلقا فباع بعضه بدون ثمن الكل لم يصح وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد  
 وقال أبو حنيفة  
 يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن للوكيل المطلق البيع بما شاء  
 ولنا أن على الموكل ضررا في تبعضه ولم يوجد الاذن فيه نطقا ولا عرفا فلم يجوز كما  
 لو وكله في  
 في شراء عبد فاشترى بعضه  
 (مسألة) (فإن قال بعه بألف نساء فباعه بألف حالة صح إن كان لا يستتبر بحفظ الثمن  
 في الحال)



إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقدا بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لأنه خالف موكله لكونه إنما رضي بثمان النسيئة دون النقد وان باعها نقدا بمثل ثمنها نسيئة أو بما عينه من الثمن فقال القاضي يصح لأنه زاده خيرا فهو كما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر من ثمنها والأولى أن ينظر له فيه فإن لم يكن له غرض في النسيئة صح لما ذكرنا وإن كان له فيها غرض مثل ان يستتضر بحفظ الثمن في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين أو يتغير عن حاله إلى وقت الحلول أو نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له لأن حكم الاذن لا يتناول المسكوت عنه الا إذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتا بطريق التنبيه أو المماثلة ومتى كان في المنطوق به غرض صحيح لم يجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره (مسألة) 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) فإن وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة وواحدا واحدا لأن 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 بعضه فإنه لا يصح لأنه يفضي إلى التشقيص وفيه اضرار بالموكل، فإن قال اشتر لي عبيدا صفقة واحدة أو واحد واحدا أو بعهم لي لم يجز مخالفته لأن

(١) هذه المسألة ذكرت في الأصل بهذا الوضع وهي كما ترى جملها ناقصة فلتراجع في مظهرها في المغني

تنصيبه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواه، وان قال اشترى لي عبيدين صفقة فاشترى  
عبيدين لا اثنين شركة بينهما من وكيليهما أو من أحدهما باذن الآخر جاز وإن كان لكل واحد عبد  
منفرد فاشترى من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بلفظ واحد فقال  
القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لأن  
القبول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف، وان اشتراهما من وكيليهما وعين ثمن كل واحد  
منهما مثل ان يقول بعثك هذين العبيدين هذا بمائة وهذا بثمانين فقال قبلت احتمال أيضا وجهين وان لم  
يعين الثمن لكل واحد لم يصح البيع لجهالة الثمن وفيه وجه أنه يصح ويقسط الثمن على قدر  
قيمتها، وقد ذكر ذلك في تفريق الصفقة.  
(مسألة) (وان وكل في شراء شيء نقدا بثمن معين فاشتراه به مؤجلا صح)  
ذكره القاضي لأنه زاده خيرا فأشبهه ما لو وكله في الشراء بمائة فاشترى بدونها،  
ويحتمل أن ينظر في ذلك فإن كان فيه ضرر نحو أن يستتضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجوز  
ولأصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان:  
(مسألة) (وإن قال اشترى لي شاة بدينار فاشترى له شاتين تساوي إحداهما دينارا أو  
اشترى له شاة تساوي دينارا بأقل منه صح والألم يصح)

وجملة ذلك أنه إذا وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي دينارا أو إحداهما تساوي دينارا والأخرى أقل منه صح ولزم الوكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار وأخرى للوكيل لأنه لم يرض بالزمام عهدته شاة واحدة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عروة بن الجعد البارقي دينارا فقال (اشتر لنا به شاة) قال فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا دينار كم وهذه شاتكم فقال (وضعت 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 بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل بالبيع فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنه باع مال موكله بغير إذنه فلم يجز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي دينارا جاز لحديث عروة ولأنه حصل له المأذون وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له بعه بدينار فباعه بدينار وما ذكره يبطل بالبيع، فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لأنه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي دينارا جاز لحديث عروة البارقي ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز

فجاز له ابدالها بغيرها وهذا ظاهر كلام احمد لأنه اخذ بحديث عروة وذهب 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 اذنه ووكيل خالف موكله فيه الروايتان وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان (فصل) وإذا وكله في شراء عبد معين بمائة فاشتراه بما دونها صح ولزم الموكل لأنه مأذون فيه عرفا وان قال لا تشتريه بدون المائة فنخالفه لم يجز لأنه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف وان قال اشتره بمائة ولا تشتريه بخمسين جاز له شراؤه بما فوق الخمسين لأن اذنه في الشراء بمائة يدل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي بقي ما فوقها على مقتضى الاذن فإن اشتراه بما دون الخمسين جاز في إحدى الوجهين لذلك ولأنه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد عليها (والثاني) لا يجوز لأنه نهاه عن الخمسين استقلالاً لها فكان تنبيهها على النهي عما دونها كما أن الاذن في الشراء بمائة أذن فيما دونها فجرى مجرى صريح نهيه فإن تنبيه الكلام كنصه، فإن قال اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال بعه بدرهم فباعه بدينار على ما مضى وان قال اشتر لي نصفه بمائة فاشتره كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لأنه مأذون فيه عرفا وإن قال اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتريه جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسألة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه ففيما عداه يبقى على مقتضى الاذن (فصل) وان وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز لأنه مأذون فيه عرفا وان خالف في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبدا بمائة فاشترى



عبدا يساوي مائة بدونها جاز لأنه لو اشتراه بمائة جاز فإذا اشتراه بدونها فقد زاده خيرا  
 فيجوز وإن كان  
 لا يساوي مائة لم يجز وان ساوى أكثر مما اشتراه به لأنه خالف أمره ولم يحصل  
 غرضه  
 (مسألة) (وليس له شراء معيب فإن وجد بما اشتراه عيبا فله رده) إذا وكله في شراء  
 سلعة  
 موصوفة لم يجز أن يشتري بها إلا سليمة العيوب لأن اطلاق البيع يقتضي السلامة  
 ولذلك جاز له  
 الرد بالعيب فإن اشترى معيبا يعلم عيبه لم يلزم الموكل لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه  
 وان لم يعلم صح  
 البيع لأنه إنما يلزمه شراء صحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم  
 عيبه فإذا علم  
 عيبه ملك رده لأنه قائم مقام الموكل وللموكل رده أيضا لأنه ملكه، فإن حضر قبل رد  
 الوكيل ورضي  
 بالعيب لم يكن للوكيل رده لأن الحق له بخلاف المضارب فإن له الرد وان رضي رب  
 المال فإن له حقا  
 فلا يسقط برضاء غيره وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى  
 يحضر الموكل فربما  
 رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لأنه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع وفوات الثمن بتلفه فإن  
 اخره  
 بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل فله الرد وان قلنا الرد على الفور لأنه أخره  
 باذن البائع فيه  
 وان رضي الموكل سقط الرد  
 (مسألة) (وان قال البائع موكلك قد رضي بالعيب فالقول قول الوكيل بيمينه أنه لا يعلم  
 ذلك)

لأن الأصل عدم الرضى فلا يقبل قوله إلا ببينة فإن لم يقم بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في رواية لا يستحلف لأنه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فإنه لا نيابة ههنا فإنه إنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد ولو اشترى المضارب معيبا صح لأن المقصود منها الربح وهو يحصل مع العيب بخلاف الوكيل فإنه قد يكون غرض الموكل القنية والانتفاع والعيب يمنع بعض ذلك (مسألة) (فإن رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب فهل يصح الرد؟ على وجهين) (أحدهما) لا يصح وللموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لأن رضائه به عزل للوكيل عن الرد بدليل انه لو علمه لم يكن له الرد (الثاني) يصح الرد بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل العلم بالعزل فإن رضي الوكيل المعيب أو أمسكه امساكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك على الوجه الأول ان صدق البائع الموكل أن الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم يكن بينة فحلف البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لأن الظاهر أن من اشترى شيئا فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء المعيب لأن التوكيل في البيع مطلقا يدخل المعيب في اطلاقه ولأنه أمين في الشراء فجاز له ذلك كالمضارب ولنا ان البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث

ان المقصود فيها الربح وهو يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح بخلاف الوكالة فإنه قد يكون

المقصود بها القنية أو يدفع بها حاجة يكون المعيب مانعا منها فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة

قوله فإنه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا يجوز العمياء ولا معيبة عيبا يضر بالعمل وقال ههنا

يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين (مسألة) (وان وكله في شراء معين فاشتره ووجده معيبا فهل له رده قبل اعلام الموكل؟ على وجهين)

(أحدهما) له الرد لأن الامر يقتضي السلامة أشبه ما لو وكله في شراء موصوفة (والثاني)

لا يملكه لأن الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته فإن قلنا له الرد فحكمه حكم غير

المعين وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين مبنيين على رده إذا علم عيبه بعد شراؤه

ان قلنا له رده فليس له شراؤه لأن العيب إذا جاز الرد به بعد العقد فلان يمنع من الشراء أولى

وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد

فكذلك في الشراء

(مسألة) (فإن قال اشتر لي بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل) وجملة ذلك أنه إذا دفع إليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبدا كما له ان يشتري بعينها وفي الذمة

لأن الشراء يقع على هذين الوجهين فإذا أطلق كان له فعل ما شاء منهما فإن قال اشتر بعينها فاشتره

في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لأنه إذا تعين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوبا ولم يلزمه



ثمن في ذمته وهذا غرض صحيح للموكل فلم يجز مخالفته ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على إجازة الموكل؟ على روايتين  
 (مسألة) (فإن قال اشتر لي في ذمتك وانقد الثمن فاشترى بعينه صح) ولزم الموكل ذكره أصحابنا  
 لأنه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان اذنا في عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها، ويحتمل أن لا يصح لأنه قد يكون له غرض في الشراء بغير عينها 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 الأولى 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)  
 وجملة ذلك أن الوكيل لا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو العرف  
 لأن تصرفه بالأذن فاختص بما أذن فيه والأذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لأنه لم يتناوله إذنه نطقا ولا عرفا فإنه قد يختار التصرف في زمن الحاجة إليه 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، فإن عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان السوق معروفا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الوكيل وبينهم تقييد الاذن به لأنه نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته وإن كان هو وغيره

سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به و جاز له البيع في غيره لمساواته المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيبه على أحدهما اذنا في الآخر كما لو استأجر أو استعار أرضا لزراعة شيء كان اذنا في زراعة مثله وما دونه ولو اكرى عقارا 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 بعه فلانا لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لا لأنه قد يكون له غرض في تملكه إياه دون غيره إلا أن يعلم بقرينة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري (فصل) إذا اشترى الوكيل لموكله شيئا انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبه 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 عقدا لغيره صح له فوجب ان ينتقل الملك إليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم، ويتفرع من هذا ان المسلم لو وكل ذميا في شراء دم أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لأن الخمر مال لهم لأنهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم ولنا ان كل مالا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كتزويج المجوسية وبهذا خالف سائر

أموالهم وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لأنه بمنزلة المبيع وإن كان الثمن في الذمة فلولوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس للموكل المطالبة لأن 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 لأن ذلك من شرط العقد تعلق بالعائد كالايجاب والقبول واما الثمن فهو حق للموكل ومال من ماله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمن الدرك فأما ثمن ما اشتراه إذا كان في الذمة فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلاً وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وان أبرأ الموكل برئ الوكيل كالضامن والمضمون عنه سواء وان دفع الثمن إلى البائع فوجد به عيباً فرده على الوكيل كان أمانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلاً يستسلف له العامي كر حنطة ففعل ملك ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم قال أحمد في رواية منها إذا دفع إلى رجل ثوباً ليبيعه ففعل فوهب له المشتري منديلاً فالمنديل لصاحب الثوب إنما قال ذلك لأن هبة المنديل سببها المبيع فكان المنديل زيادة في الثمن وزيادة في مجلس العقد تلحق به

(مسألة) وان وكله في بيع شئ ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه الا بقرينة فإن تعذر قبضه لم يلزم الوكيل  
لأن اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك البراء من الثمن وبهذا  
قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه  
ولنا أن البراء ليس من المبيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالإبراء من  
غير ثمنه فاما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يملكه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه  
قد يوكل في البيع من لا يأتمنه على قبض الثمن، فعلى هذا ان تعذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم  
الوكيل شئ ويحتمل أن يملك قبض الثمن لأنه من موجب البيع فملكه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس  
له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره فإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه، قال شيخنا والأولى أن ينظر  
فيه فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع  
يضيع الثمن بترك قبض الوكيل كان اذنا في قبضه فمتى ترك قبضه ضمنه لأن ظاهر حال الموكل أنه  
إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مفردا وان لم تدل القرينة  
على ذلك لم يكن له قبضه  
(فصل) وان وكله في شراء شئ ملك تسليم ثمنه لأنه من ثمنه وحقوقه فهو كتسليم المبيع في

البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما ذكرنا، فإن اشترى عبدا فنقد ثمنه فخرج العبد مستحقا فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن؟ على وجهين، فإن اشترى شيئا وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهلك في يده ضمنه وإن كان له عذر مثل ان ذهب ينقده أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص أحمد على هذا لأنه مفطر في امساكه في الصورة الأولى فلزمه الضمان بخلاف ما إذا لم يفطر (مسألة) (وان وكله في بيع فاسد لم يصح ولم يملكه) لأن الله تعالى لم يأذن فيه ولان الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لأن الموكل لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لأنه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى ولنا أنه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بالاذن في الفاسد كما لو اذن في شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم (مسألة) (وان وكله في كل قليل وكثير لم يصح) لأنه يدخل فيه كل شيء فيعظم الغرر ولأنه لا يصح التوكيل الا في تصرف معلوم، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لأن لفظه عام فصح فيما تناوله كما لو قال بع مالي كله

ولنا أن في هذا غررا عظيما وخطرا كبيرا لأنه يدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه  
وتزوج نساء كثير وتلزمه المهور الكثيرة والايامن العظيمة فيعظم الضرر  
(مسألة) (وان وكله في بيع ماله كله صح)  
لأنه يعرف ماله فيعرف أقصى ما يبيع فيقل الغرر وكذلك لو وكله في بيع ما شاء من ماله أو قبض ديونه أو الابرء منها أو ما شاء منها صح لأنه يعرف دينه فيعرف ما يقبض فيقل الغرر  
(مسألة) (وان قال اشتر لي ما شئت أو عبدا بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن وعنه ما يدل على أنه يصح)  
إذا قال اشتر لي ما شئت بما شئت لم يصح ذكره أبو الخطاب لأن ما يمكن شراؤه يكثر فيكثر فيه  
الغرر وان قدر له أكثر الثمن وأقله صح لأنه يقبل الغرر وقال القاضي إذا ذكر النوع لم يحتج إلى ذكر الثمن لأنه أذن في أعلاه وعنه ما يدل على أنه يصح فإنه قد روي عن فيمن قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا أن هذا جائز وأعجبه وهذا توكيل في شراء كل شيء ولأنه اذن في التصرف فجاز من غير تعيين كالاذن في التجارة

(فصل) وقد ذكرنا أنه إذا قال بع ما شئت من مالي أنه يصح وقال أصحاب الشافعي إذا قال بع ما شئت من مالي لم يجز وان قال بع ما شئت من عبيدي جاز لأنه محصور بالجنس ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز التوكيل في بعضه وان قال اشتر لي عبدا تركيا أو ثوبا صرويا صح وكذلك ان قال اشتر لي عبدا أو ثوبا ولم يذكر جنسه صح أيضا وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لأنه مجهول ولنا أنه ذكر نوعا فقد أذن في أعلاه ثمنا فيقل الغرر ولان تقدير الثمن يضربه فإنه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله وقد ذكرناه (مسألة) (وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلا في القبض) وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لأن المقصود من التثبيت قبضه أو تحصيله

ولنا أن القبض لم يتناوله الاذن نطقا ولا عرفا لأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض  
(فصل) إذا وكله في الخصومة لم يقبل إقراره على الموكل بقبض الحق ولا غيره وبه  
قال مالك والشافعي  
وابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود  
والقصاص وقال أبو يوسف  
يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لأن الاقرار أحد جوابي المدعي فملكه كالانكار  
ولنا ان الاقرار يقطع الخصومة وينافيها فلم يملك الوكيل الاقرار فيها كالأبراء وفارق  
الانكار  
فإنه 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 لامتنع على الموكل الانكار  
فافترقا  
ولا يملك المصالحة على الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف نعلمه الا ان الاذن في  
الخصومة  
لا يقتضي شيئا من ذلك  
(مسألة) وان وكله في القبض كان وكيلا في الخصومة في أحد الوجهين  
وقال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنهما  
معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلا في الآخر لأنه لم يتناوله اللفظ



ووجه الأول أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتشيت فكان أذنا فيه عرفا ولان القبض لا يتم إلا به فملكه كما لو وكل في شراء شيء ملك تسليم ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه ويحتمل  
أنه إن كان الموكل عالما بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلا في تثبته والخصومة فيه لعلمه بوقوف  
القبض عليه ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ان وكل في بيع  
عين لم يملك تشيتها لأنه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة. ولنا انه وكيل في قبض حق أشبه  
الوكيل في قبض الدين وبه يبطل ما ذكره فإنه توكيل في قبضه ونقله إليه (مسألة) وان وكل في قبض الحق من انسان لم يكن له القبض من وارثه وان قال اقبض حقي الذي قبله فله القبض من وارثه  
إذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فإن قال اقبض حقي من فلان لم يكن له  
قبضه من وارثه لأنه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف لأنه قد يرى بقاء الحق عندهم  
دونه وان قال اقبض حقي الذي قبله أو عليه فله مطالبة وارثه والقبض منه لأن قبضه من الوارث قبض الحق الذي

على مورثه، فإن قيل فلو قال اقبض حقي من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع إليه كان له القبض والوارث  
نائب الموروث فهو كالوكيل، قلنا الوكيل إذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لأنه أقامه مقام نفسه وليس كذلك  
ههنا فإن الحق انتقل إلى الورثة واستحقت المطالبة عليه لا بطريق النيابة عن المورث ولهذا لو حلف  
لا يفعل شيئاً حنث بفعل وكيه دون وارثه  
(مسألة) وإن وكله في قبضه اليوم لم يكن له قبضه غداً لأنه قد يختص غرضه به في زمن حاجته إليه  
(مسألة) وإن وكله في الأيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع  
كذلك ذكره أصحابنا وعموم كلام الخرقى يقتضي أن لا يقبل قوله على الآخر وهو أحد الوجهين  
لأصحاب الشافعي لأن الوديعة لا تثبت إلا ببينة فهو كما لو وكله في قضاء الدين وقال أصحابنا لا يصح القياس  
لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في استيثاق بخلاف قضاء الدين، فإن قال الوكيل دفعت المال  
إلى المودع فقال لم تدفعه فالقول قول الوكيل لأنهما اختلفا في تصرفه فيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(مسألة) (وإن وكله في قضاء الدين فقضاه ولم يشهد وأنكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضرة الموكل)  
إذا وكل رجلا في قبضاء دينه ودفع إليه مالا ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا ببينة لأنه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في ذلك كما لو ادعاه الموكل فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله وهل للموكل الرجوع على وكيله؟  
ينظر فإن كان قضاه بغير بينة فللموكل الرجوع عليه إذا قضاه في غيبته قال القاضي سواء صدقه أو كذبه وهذا قول الشافعي لأنه إذن في القضاء يبرأ به ولم يوجد وعن أحمد لا يرجع عليه بشئ إلا أن يكون أمره بالاشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية ان صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشئ وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لأصحاب الشافعي لأنه ادعى فعل ما أمره به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى ببعه ووجه الأول أنه مفطر بترك الاشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل، فإن قيل فلم يأمره بالاشهاد؟ قلنا إطلاق الامر بالقضاء يقتضى ذلك لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضى ذلك العرف لا العموم كذا ههنا وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وأن قوله مقبول في القضاء وإنما لزمه الضمان لتفريطه لا لرد قوله وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل

لم يضمن الوكيل لأن تركه الاحتياط والاشهاد رضا منه بما فعل وكيه وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان عليه لأن صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك إن أشهد على القضاء عد ولا فماتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه، وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين فإن اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بحضرتك فأنكر الموكل ذلك أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الموكل أو قال أشهدت على القضاء شهودا فما توا فأنكر الموكل فالقول قوله لأن الأصل معه (فصل) قال المصنف رحمه الله (والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط) سواء كان بجعل أولا لأنه 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 شيئا لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع ولأنه 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 الأمانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر لأنه لو كلف ذلك مع تعذره لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع دعوى الحاجة إليها وذلك ضرر وقال

القاضي إلا أن يدعي تلفها بأمر ظاهر كالحريق والنهب فعليه إقامة البينة على وجود هذا الامر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها به وهذا قول الشافعي لأن وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا يتعذر إقامة البينة عليه ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله أو 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 فإن 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 (مسألة) وإن قال بعث الثوب وقبضت الثمن فتلف فالقول 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 لأنه يملك البيع والقبض فقبل قوله فيهما كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهذا أحد القولين لأصحاب الشافعي لأنه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه فإن وكله في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف قال بل بخمسائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه

وقال القاضي القول قول الموكل الا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي  
عبدا بألف فادعى  
الوكيل أنه اشتراه بها فالقول قول الوكيل إذا وإلا فالقول قول الموكل لأن 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 لأنه غارم لكونه مطالباً بالثمن وإن اشترى بعين المال  
فالقول قول الوكيل  
لكونه الغارم فإنه مطالبه برد ما زاد على خمسمائة.  
ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولأنه  
وكيل في الشراء فكان  
القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي  
(مسألة) وإن اختلفا في رده إلى الموكل فالقول قوله إن كان متطوعاً وإن كان بجعل  
فعلى وجهين)  
إذا اختلفا في الرد فادعاه الوكيل و أنكره الموكل فإن كان بغير جعل فالقول قول  
الوكيل لأنه قبض  
المال لنفع مالكه فكان القول قوله كالمودع وإن كان بجعل ففيه وجهان (أحدهما) أن  
القول قوله كأول  
(والثاني) لا يقبل قوله لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير  
وسواء اختلفا في  
رد العين أو رد ثمنها.

(مسألة) (و كذلك يخرج في الأجير والمرتهن)  
وجملة ذلك أن الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكة لا غير  
كالمودع والوكيل  
بغير جعل فيقبل قولهم في الرد لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانة  
فيلحق الناس  
الضرر (الثاني) ينتفع بقبض الأمانة كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك  
والمستأجر والمرتهن  
ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقبل قول المرتهن والمضارب في الرد  
لأن احمد نص  
عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله  
في الرد كالمستعير  
ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك ببينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل  
قوله لأن  
جنايته قد ثبتت بجحده، فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف لم تقبل بينته في أحد  
الوجهين لأنه  
كذبها بجحده فإن قوله قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً (والثاني) يقبل لأنه يدعي الرد  
والتلف قبل  
وجود خيانتته فإن كان جحوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله  
مع يمينه لأن  
جوابه لا يكذب ذلك فإنه 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 وخيانتته  
(مسألة) (فإن قال أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بخمسه فأنكره فعلى وجهين)  
وجملة ذلك أنهما متى اختلفا في صفة الوكالة فقال وكتك في بيع هذا العبد قال بل  
في بيع هذه الجارية أو قال

في بيعه نقدا قال بل نسيئة أو قال وكتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال بل وكتك في الشراء بعشرة  
قال بل بخمسة فقال القاضي في المجرد القول قول الموكل وهو قول أصحاب الرأي والشافعي وابن المنذر، وقال أبو الخطاب إذا قال أذنت لك في البيع نقدا 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 لأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالخياط إذا قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قميصا وحكي عن مالك ان أدركت السلعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والأصل عدمه بخلاف ما إذا كانت موجودة، والقول الأول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الموكل فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) انهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا إذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك فقال ما أذنت الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فإذا حلف برئ من الشراء، ثم لا يخلو إما أن يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فإن كان بعين المال فالبيع باطل ويرد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في أن الشراء لغيره أو بمال غيره بغير اذنه فالقول قول البائع لأن الظاهر أن ما في يد الانسان له فإن ادعى الوكيل علمه بذلك حلف أنه



لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله لأنه يحلف على نفي فعل غيره فإذا حلف مضى البيع وعلى الوكيل غرامة  
الثلث لموكله ودفع الثمن إلى البائع وتبقى الجارية في يده لا تحل له لأنه إن كان صادقا فهي للموكل وإن كان كاذبا فهي للبائع، فإن أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن امتنع من بيعه إياها رفع الأمر إلى الحاكم ليرفق به لبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته  
ثمنا قصاصا بالثمن الذي أخذ منه الآخر ظلما فإن امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه لأنه عقد مرضاة، فإن قال له ان كانت الجارية لي فقد بعتهكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعتهكها  
ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لأنه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يصح جعله شرطا كما لو قال إن كانت هذه الجارية جارية  
فقد بعتهكها وكذلك كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب وقوف البيع ولا شكاه فيه، وإن كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فإن كان كاذبا في دعواه  
فالجارية لموكله فإذا أراد احلالها توصل إلى 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 فإن كانت للوكيل فقد بيعت باذنه وإن كانت للموكل فقد باعها  
الحاكم في إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب إن شاء الله تعالى

وان اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لأنه 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 نقدا  
فصدقه الوكيل  
والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقيا وبقيمته ان تلف فإن  
أخذ القيمة  
من الوكيل رجع على المشتري بها لأن التلف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذها  
من المشتري لم  
يرجع بالضمان على أحد، وان كذبه وادعى أنه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي  
يحلف الموكل  
ويرجع في العين إن كانت قائمة وان كانت تالفة رجع المشتري على الوكيل بالثمن  
الذي أخذه منه  
لأنه لم يسلم له المنع وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لأنه يقر  
بصحة البيع وتأجيل  
الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فإذا  
حل الاجل رجع  
الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لأن 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 أحدهما دون  
الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب  
ما ذكرناه هذا ان  
اعترف المشتري بالوكالة وإن أنكر ذلك وقال إنما بعثني ملكك فالقول قوله مع يمينه  
أنه لا يعلم كونه  
وكيلا ولا يرجع عليه بشيء.

(فصل) إذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمه بتأخيره  
لأنه رضي بكونه في يده فإن طلبه فأخر رده مع امكانه فتلف ضمنه وإن وعده رده ثم ادعى إني  
كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لأنه مكذب لنفسه بوعده رده فإن صدقه الموكل  
برئ فإن كذبه فالقول قول الموكل فإن أقام بينة بذلك قبلت في أحد الوجهين لأنه يبرأ بتصديق  
الموكل فكذلك إذا قامت له بينة لأن البينة إحدى الحجتين فبرئ بها كالأقرار والثاني لا يقبل لأنه  
كذبها بوعده بالدفع بخلاف ما إذا صدق لأنه أقر ببراءته فلم يبق له منازع، وإن لم بعده برده لكن  
منعه أو مطله مع امكانه ثم ادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله الا بينة لأنه صار بالمنع خارجاً عن حال  
الأمانة وتسمع بينته لأنه لم يكذبها  
(مسألة) (وان قال أذنت لي ان تزوج لك فلانة ففعلت وصدقته المرأة فأنكر فالقول قول المنكر بغير يمين وهل يلزم الوكيل نصف الصداق ء على وجهين)  
وجملة ذلك أن الوكيل والموكل إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكتلني فأنكر الموكل فالقول  
قوله لأن الأصل عدم الوكالة ولم يثبت أنه أمينه فيقبل قوله عليه ولو قال وكتلتك ودفعت إليك مالا  
فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال إليه فالقول قوله لذلك ولو قال رجل

لآخر وكتنتي ان أتزوج لك فلانة ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله  
نص عليه  
أحمد فقال إن أقام البينة والا فلا يلزم الآخر عقد النكاح قال أحمد ولا يستحلف قال  
القاضي لأن  
الوكيل يدعي حقا لغيره، فأما ان ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف لأنها تدعي الصداق  
في ذمته فإذا  
حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لأن دعوى المرأة على الموكل  
وحقوق العقد لا  
تتعلق بالوكيل ونقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لأن  
الوكيل في  
الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته كذا ههنا ولأنه فرط حيث لم يشهد على الزوج  
بالعقد والصداق  
والأول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لأن الثمن مقصود البائع والعادة تعجيله وأخذه  
من المتولي  
للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله، فإن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه  
بنصفه لأنه ضمنه  
الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد  
بن الحسن يلزم  
الوكيل جميع الصداق لأن الفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتا في الباطن فيجب جميعه  
ولنا أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة ايقاعه لما تحرم به  
قال أحمد  
ولا يتزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في انكاره، وظاهر هذا تحريم نكاحها  
قبل طلاقها لأنها

معرفة أنها زوجة له فيؤخذ باقرارها، وانكاره ليس بطلاق، وهل يلزم الموكل طلاقها؟  
فيه احتمالان  
(أحدهما) لا يلزم لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن  
يلزمه لإزالة  
الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد، ولو مات  
أحدهما لم يرثه الآخر  
لأنه لم يثبت صداقها فترث وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها ولو ادعى أن فلانا الغائب  
وكيله في تزوج  
امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة الا بتصديق الورثة أو يثبت بينة، وان أقر  
الموكل  
بالتوكيل في التزويج وأنكر أن يكون تزوج له فإن القول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج  
ههنا وقال  
القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد الا  
بها وذكر أن  
أحمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها  
ولنا أنهما 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 إذا  
أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون  
النص في إحداهما  
نصا في الآخر وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه

(فصل) ولو غاب رجل فجاء رجل إلى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبانها ووكله في تجديد  
نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فعقد عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء زوجها  
وأنكر هذا كله فأقول  
قوله والنكاح الأول بحاله وقياس ما ذكرناه ان المرأة ان صدقت الوكيل لزمه الألف الا  
أن يبينها  
زوجها قبل دخوله بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي انه  
لا يلزم الضامن  
شيء لأنه فرع على المضمون عنه والمضمون عنه لا يلزمه شيء فكذلك فرعه  
ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وانه ضامن عنه فلزمه ما أقربه كما  
لو ادعى على  
رجل انه ضمن ألفا على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة  
المضمون عنه  
وكما لو ادعى شفعة على انسان في شقص اشتراه فأقر البائع وأنكر المشتري فإن  
الشفيع يستحق الشفعة  
في أصح الوجهين فإن 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 بينهما  
اختلاف والله أعلم  
(مسألة) (ويجوز التوكيل بجعل وبغيره) لأنه تصرف لغيره لا يلزمه فجاز أخذ الجعل  
عليه كرد الآبق

ويجوز بغير خلاف فإذا وكله بجعل فباع استحق الجعل قبل قبض الثمن لتحقق البيع  
 قبل قبضه فإن قال في التوكيل فإذا أسلمت إلي الثمن فلك كذا وقف استحقاقه على التسليم  
 إليه لا شرطه  
 إياه ولو قال بع ثوبي بعشرة فما زاد فلك صح نص عليه، وروي ذلك عن ابن عباس  
 وهو قول ابن سيرين  
 وإسحاق وكرهه النخعي وحماد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لأنه أجر  
 مجهول يحتمل الوجود  
 ولنا إن عطاء روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأساً أن يعطي الرجل الرجل الثوب أو  
 غيره  
 فيقول بعه بكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف فكان إجماعاً  
 لأنها عين تنمي بالعمل  
 عليها أشبه دفع ماله مضاربة. إذا ثبت ذلك فإذا باعه بزيادة فهي له لأنه جعلها له وإن  
 باعه بما عينه فلا  
 شيء له لأنه جعل له الزيادة ولا زيادة فهو كالمضارب إذا لم يربح، وإن باعه بنقص فعنه  
 لا يصح لمخالفته  
 فإن تعذر ضمن النقص وعنه يصح ويضمن النقص وقد ذكرنا ذلك وإن باعه نسيئة لم  
 يصح ولا يستحق  
 الوكيل وإن باعه بزيادة نص عليه أحمد في رواية الأثرم  
 (فصل) إذا وكله في شراء شيء فاشترى غيره مثل أن يوكله في شراء عبد فاشترى جارية  
 فإن  
 كان الشراء بعين مال الموكل فالشراء باطل في أصح الروايتين وهو مذهب الشافعي  
 وعن أحمد أنه  
 يصح ويقف على إجازة المالك فإن أجازته صح وإلا بطل وهو قول مالك وإسحاق وقد  
 ذكرناه في  
 كتاب البيع فإن كان اشتراه في ذمته ثم نقد الثمن فالشراء صحيح لأنه إنما اشترى بثمن  
 في ذمته  
 وليس ذلك ملكاً لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لأنه عقد على  
 أنه للموكل  
 ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينوه إذا ثبت ذلك فروي عن أحمد روايتان  
(إحداهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأنه اشترى في ذمته بغير إذنه  
فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والثانية) يقف على إجازة الموكل ان أجازة لزمه وان لم يجزه لزم  
الوكيل لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل لكونه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لأن الشراء صدر منه  
ولم يثبت لغيره فثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا ذكر الخراقي 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 لأن من شرط صحة عقد النكاح ذكر الزوج  
فإذا كان بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لأن المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فإنه يجوز أن  
يشترى له من غير تسمية المشتري له والثانية يصح النكاح ويقف على إجازة المتزوج فإن أجازة صح  
وإلا بطل وهو مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم (فصل) قال القاضي إذا قال لرجل اشتر لي بديني عليك طعاماً لم يصح ولو قال أسلف لي ألفاً  
من ملك في كره طعام ففعل لم يصح أيضاً لأنه لا يجوز أن يشتري الإنسان بماله ما يملكه غيره  
وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال أسلف لي ألفاً في كره طعام واقض الثمن عني من مالك أو من  
الدين الذي عليك صح لأنه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فإذا قضاه من  
الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه إليه وان قضاه من ماله عن دين  
السلف الذي عليه صار قرضاً عليه



(۲۵۹)

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث إليه رسولا يقبضها فبعث إليه مع الرسول دينارا فضاع مع الرسول فهو من مال الباعث لأنه لم يأمره بمصارفته إنما كان من ضمان الباعث لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل لأن المرسل إنما أمره بقبض الدراهم ولم يدفعها إنما دفع دينارا عوضا عنه وهذا صرف يفتقر إلى اذن صاحب الدين ومصارفته به فإذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا ان يخبر الرسول الغريم ان رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون من ضمان الرسول لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وان قبض الدراهم التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول بغير تفريط فهي من ضمان صاحب الدين، وقال أحمد في رواية منها في رجل له عند آخر دنانير وثياب فبعث إليه رسولا وقال خذ دينارا أو ثوبا فأخذ دينارين وثوبين فضاعت فالضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثور بين ويرجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين إنما جعل عليه الضمان لأنه إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ورجع بهما على الرسول لأنه غره وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه وللموكل تضمين الوكيل لأنه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه فإذا ضمنه لم يرجع على أحد لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيفا في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهنا فتلف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمه لأنه رهن فاسد والقبض في العقد الفاسد كالقبض في العقد الصحيح فما 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 أعطى آخر دراهم ليشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعا فلا شئ عليه وان



ضاع أحدهما أيهما ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تتميز منه  
ويحتمل أنه أذن له  
في خلطها أما ان خلطها بما لا تتميز منه بغير اذنه ضمنها كالوديعة وإنما لزمه الضمان  
إذا ضاع أحدهما  
لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والأصل بقاؤها، ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب  
الضائع من دراهم  
نفسه فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تتميز 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 فادعى آخر أنه وكيل صاحبه  
في قبضه  
فصدقه لم يلزمه الدفع إليه الا ان تقوم به بينة وان لم تقم به بينة لم يلزمه الدفع إليه وان  
صدقه) وبه  
قال الشافعي وسواء كان الحق في ذمته أو وديعة عنده وقال أبو حنيفة يلزمه وفاء الدين  
إن صدقه  
وفي الوديعة روايتان أشهر هما 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 عينا وكما لو أقر بأن هذا  
وصي الصغير وفارق الاقرار  
بكونه وارثه لأنه يتضمن براءته فإنه أقر بأنه لا حق لسواه  
(مسألة) (وان كذبه لم يستحلف) وقال أبو حنيفة يستحلف وهذا مبني على الخلاف  
في وجوب  
الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه ثم أوجب عله اليمين مع التكذيب كسائر الحقوق  
ومن لم يوجب  
عليه الدفع مع التصديق لم يلزمه اليمين مع التكذيب لعدم فائدتها  
(مسألة) (فإن دفعه إليه فأنكر صاحب الحق الوكالة وحلف رجع على الدافع وحده)

وجملة ذلك أن من عليه الحق إذا دفعه إلى الوكيل مع التصديق أو عدمه فحضر الموكل وصدق  
الوكيل برئ الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر فإذا حلف وكان الحق  
دينا لم يرجع  
إلا على الدافع وحده لأن 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 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 لأنه مقرر بأنه أمين لا ضمان  
عليه إلا أن  
يتلف بتعديده وتفريطه فيرجع عليه  
(مسألة) (وإن كان المدفوع وديعة 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 لأن الدافع  
دفعها إلى  
غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فإن طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها  
وأخذها من يده  
ليسلمها إلى صاحبها فإن تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببديلها على من  
شاء منهما لأن  
الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض مالا يستحق قبضه وأيها ضمنه لم يرجع على  
الآخر لأن كل  
واحد منهما يدعي أن ما يأخذ ظلم ويقر بأنه لم يؤخذ من صاحبه بتعد فلا يرجع على  
صاحبه بظلم غيره  
إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل لكونه لم يقر  
بوكالته ولم  
يثبت ببينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع على الدافع وان صدقه لكن إن كان الوكيل  
تعدى فيها أو

فرط استقر الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على أحد وان ضمن الدافع رجع عليه لأنه  
 وإن كان يقر  
 بأنه قبضه قبضا شرعيا لكن إنما لزمه الضمان لتفريطه وتعيده فالدافع يقول ظلمي  
 المالك بالرجوع علي  
 وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيرجع عليه به  
 (مسألة) (فإن كان ادعى ان صاحب الحق أحاله ففي وجوب الدفع إليه مع التصديق  
 واليمين مع الانكار وجهان.  
 (أحدهما) لا يلزمه الدفع إليه لأن الدفع إليه غري مبرئ لاحتقال ان ينكر المحيل  
 الحوالة ويضمنه فأشبهه  
 المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع إليه لأنه معترف ان الحق انتقل إليه أشبه الوارث  
 والأول أشبه  
 لأن العلة في جواز منع الوكيل كون الدافع لا يبرئ وهي موجودة ههنا والعلة في  
 وجوب الدفع إلى الوارث  
 كونه مستحقا والدفع إليه يبرئ وهو متخلف ههنا فالحاقه بالوكيل أولى وان قلنا يلزمه  
 الدفع مع الاقرار  
 لزمته اليمين مع الانكار وان قلنا لا يلزمه الدفع مع التصديق لم تلزمه اليمين مع الانكار  
 لعدم الفائدة  
 فيها ومثل هذا مذهب الشافعي  
 (مسألة) (وان ادعى أنه مات وأنا وارثه فصدقه أنه وارث الحق لا وراث له سواء لزمه  
 الدفع إليه)  
 بغير خلاف نعلمه لأنه مقرر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب  
 الحق وإن  
 أنكر لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال لأن اليمين ههنا على نفي فعل الغير فكانت  
 على نفي  
 العلم وإنما لزمته اليمين ههنا لأن من لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار  
 كسائر الحقوق المالية  
 (فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض وكان  
 الحق

عليه بغير بينة لم يلزم القابض الاشهاد لأنه لا ضرر في ذلك فإنه متى ادعى الحق على  
الدافع بعد ذلك  
قال لا تستحق علي شيئاً والقول قوله مع يمينه وإن كان الحق ثبت بينة وكان من عليه  
الحق بقبل قوله  
في الرد كالمودع والوكيل بلا جعل فكذلك لأنه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة  
فالقول في الرد  
قوله، وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالغاصب والمستعير  
والمرتهن لم يلزمه  
تسليم ما قبله الا بالاشهاد لئلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وإن  
أنكر قامت  
عليه البينة ومتى أشهد القابض على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق إلى من  
عليه الحق لأن  
بينة القبض تسقط البينة الأولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه إلى غيره  
(فصل) في الشهادة على الوكالة إذا شهد بالوكالة رجل وامرأتان أو شاهد وحلف معه  
فقال  
أصحابنا فيها روايتان (إحدهما) تثبت بذلك إذا كانت الوكالة في المال قال أحمد في  
الرجل يوكل  
وكيلاً ويشهد على نفسه رجلاً وامرأتين إذا كانت المطالبة بدين فأما غير ذلك فلا  
(والثانية) لا تثبت  
الا بشاهدين عدلين نقلها الخرقى في قوله ولا تقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه  
الرجال أقل من  
رجلين وهذا قول الشافعي لأن الوكالة اثبات للتصرف ويحتمل أن يكون قول الخرقى  
كالرواية الأولى  
لأن الوكالة في المال يقصد بها المال فقبل شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض.  
وان شهدا بوكالة  
ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك، وإن كان الشاهد بالعزل أجنبياً لم يثبت  
العزل  
بشهادته وجده لأن العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل، ومتى عاد أحد الشاهدين  
بالتوكيل فقال

قد عزله لم بحكم بشهادتهما لأنه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد وإن كان حكم الحاكم بشهادتهما ثم قال أحدهما قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت إلى قوله لأن الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فإن قالوا جميعا كان قد عزله ثبت العزل لأن الشهادة قد تمت في العزل كتمامها في التوكيل (فصل) فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لأن التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد، وإن شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد آخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لأن الإقرارين أخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فجوز له الإقرار عند كل واحد وحده وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعجمية وشهد آخر أنه أقر بها بالعربية ثبتت، ولو شهد أحدهما أنه قال وكله بالعربية وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لأن التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال وكلتك أو جعلتك أو كيلة أو شهد أنه قال جعلتك جريا لم تتم الشهادة لأن اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه اذن له في التصرف تمت الشهادة لأنهما لم يحكما لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظهما واختلاف لفظهما لا يؤثر إذا اتفق معناه، ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه جريه أو أنه أوصى إليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد أحد بأنه وكل في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله وزيدا أو شهد أنه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني أو تستأمر فلانا لم تتم





الشهادة لأن الأول أثبت استقلالاً بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين،  
وان شهد  
أحدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريته حكم  
بالوكالة في العبد  
لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدر في تصرفه في الأول فلا تضر وهكذا لو شهد  
أحدهما أنه وكله في  
بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمره  
(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة تثبت  
بخبر الواحد  
وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للخبر بذلك إذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط  
الضمان ان أنكر  
الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولا لأن اعتبار شاهدين عدلين في هذا  
يشق فسقط  
اعتباره ولأنه اذن في التصرف ومنع منه فلم تعتبر فيه شروط الشهادة كاستخدام غلامه  
ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فإنه ليس بعقد ولو  
شهد  
اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا أتصرف عنه  
تثبت الوكالة  
لأن معنى ذلك اني لم اعلم إلى الآن وقبول الوكالة بجوز متراخيا وليس من شرط  
التوكيل حضور الوكيل  
ولا عمله فلا يضر جهله به وان قال ما اعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدمه في  
شهادتهما وان  
قال ما علمت وسكت قيل له فسر فإن فسر بالأول تثبت 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 أبو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح

ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البينة فلا يعتبر حضوره كغيره وإذا قال له من عليه  
الحق احلف  
أنك تستحق مطالبتي لم يسمع لأن ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل  
فاحلف أنه ما  
عزلك لم يستحلف لأن الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت  
تعلم أن موكلك  
قد عزلك سمعت دعواه وطلب اليمين من الوكيل حلف على نفي العلم لأن الدعوى  
عليه وان أقام  
الخصم بينة بالعزل سمعت وانعزل الوكيل  
(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة لأنه لا يجربها نفعا ولا يدفع بها  
ضررا

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لكونه لا يجر إلى نفسه نفعا ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل له  
فيه لأنه يثبت لنفسه حقا بدليل أنه إذا كان وكله في قبض حق فشهد به ثبت له استحقاق قبضه ولأنه  
خصم فيه بدليل انه يملك المخاصمة فيه فإن شهد بما كان وكيلا فيه بعد عزله لم تقبل أيضا سواء كان  
خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة إن كان لم يخاصم فيه قبلت  
شهادته لأنه لاحق له فيه وان لم يخاصم فيه فأشبهه ما لو لم يكن وكيلا فيه وللشافعي قولان كالمذهبيين  
ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصما فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن  
وكيلا فيه فإنه لم يكن خصما فيه  
(فصل) إذا كانت الأمة بين نفسين فشهدا ان زوجها و كل في طلاقها لم تقبل شهادتهما  
لأنهما  
يجران لأنفسهما نفعا وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما، وان شهدا بعزل الوكيل في  
الطلاق لم تقبل لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا وهو إبقاء النفقة على الزوج، ولا تقبل شهادة ابني  
الرجل له بالوكالة ولا أبويه لأنهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا  
أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لأن هذا حق على  
الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالأقارب  
ولنا ان هذه شهادة ثبت بها حق لأبيه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه ولأنهما

يثبتان لأبيهما نائباً متصرفاً، وفارق الشهادة عليه بالاقرار فإنها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابنه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لأن ذلك شهادة عليه ولو ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابنه قبل أيضاً كذلك وان ادعى وكيل الموكل الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم ان الموكل عزله وشهد له بذلك ابناً الموكل قبلت شهادتهما ثبت العزل بها لأنهما يشهدان على أبيهما وان لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الغريم وشه له ابنه لم تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان حقاً لأبيهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابناً سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لعبده وابناه يشهدان لعبد أبيهما والأبوان يشهدان لعبد ابنهما، وان عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل يحتمل وجهين (فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فاقر أحدهما ان الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيلاً فإن قلنا لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وان قلنا يحكم بعلمه وكان الحكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لأن معرفته كالبينة وإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

(فصل ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شئ عينه أحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم، ولو ادعى حقا لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها إلا أن يقدم خصما من خصماء الموكل فيدعي عليه حقا فإذا أجاب المدعي عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة، فحصل الخلاف بيننا في حكمين (أحدهما) ان الحاكم يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (والثاني) أنه لا يسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده يسمع وبنى أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم بها قضاء على الغائب وان الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم انك لست بوكيل ولنا أنه اثبات للوكالة فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان عليه جماعة فاحضر واحدا منهم فإن الباقيين لا يفتقر إلى حضورهم كذلك ههنا والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع الا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكل 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 وكيله فأنكره 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 وكيله

كتاب الاقرار  
الاقرار الاعتراف والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى  
(وإذ أخذ  
الله ميثاق النبيين إلى قوله قال أقررتم وأخذتم على ذلك إصري؟ قالوا أقررنا) وقال  
تعالى (وآخرون  
اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (ألست بربكم قالوا بلى) في آي كثيرة مثل هذا، وأما  
السنة فما روي أن  
ما عزا أقر بالزنا فرجمه النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك الغامدية وقال (واغديا أنيس  
على امرأة هذا فإن اعترفت  
فارجمها)) وأما الاجماع فإن الأمة أجمعت على صحة الاقرار ولان الاقرار إخبار على  
وجه تنتفي عنه  
التهمة والريبة فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضربها ولهذا كان أكد من الشهادة  
فإن المدعى عليه  
إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر ولو كذب المدعى بينته لم  
تسمع وإن كذب  
المقر ثم صدقه سمع.  
(مسألة) (ويصح الاقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه. أما الطفل المجنون  
فلا يصح  
اقرارهما وكذلك المبرسم والنائم والمغمى عليه)  
لا نعلم في هذا خلافا 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 والمغمى عليه  
في معنى المجنون

والنائم ولأنه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق، فأما الصبي المميز فإن كان محجورا عليه لم يصح إقراره للنص وإن كان مأذونا له في البيع والشراء فبيعه وشراؤه جائز، وإن أقر أنه اقتضى شيئا من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ولأنه غير بالغ أشبه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته أشبه الطفل ولنا أنه عامل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والاثم.

(مسألة) (وكذلك العبد المأذون له في التجارة) لما ذكرنا في الصبي بل صحة إقرار العبد أولى لأنه مكلف

(مسألة) (فإن أقر مراهق غير مأذون له ثم اختلف هو المقر له في بلوغه فالقول قول المقر)

الا أن تقوم بينة بلوغه لأن الأصل الصغر ولا يحلف لأننا حكمنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً

(مسألة) (ولا يصح إقرار السكران وتخرج صحته بناء على طلاقه)

أما من زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالمجنون لا يصح إقراره بغير خلاف وإن كان



خلاف وإن كان بمعصية كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامدا لغير حاجة لم يصح اقراره ويتخرج  
أن يصح كطلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي ولنا أنه غير عاقل فلم يصح اقراره كالمجنون 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.  
\* (مسألة) \* (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 صلى الله عليه وسلم  
(رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع  
فاما 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 بعق عبد صح لأنه أقر بما لم يكره  
عليه فصح كما لو أقر به ابتداء  
\* (مسألة) \* (وان أكره على وزن ثمن فباع داره في ذلك صح بيعه)  
نص عليه احمد لأنه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرها لم يقبل قوله إلا

بينة سواء أقر عنه سلطان أو عند غيره لأن الأصل عدم الاكراه، الا أن يكون هناك دلالة على  
الاقرار كالقيد والحبس والتوكل به فيكون القول قوله مع يمينه لأن الحال تدل على  
الاكراه، ولو ادعى  
أنه كان زائل العقل حال اقراره لم يقبل قوله الا بينة لأن الأصل السلامة حتى يعلم  
غيرها، ولو شهد  
الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة إلى أن يقولوا طوعا في صحة عقله لأن الظاهر  
السلامة وصحة  
الشهادة وقد ذكرنا اقرار السفیه والمفلس فيما مضى  
\* (مسألة) \* (وأما المريض مرض الموت المخوف فيصح اقراره بغير المال) لأنه لا  
تهمة عليه في  
ذلك وإنما تلحقه التهمة في المال  
(مسألة) (وان أقر بمال لمن لا يرثه صح في أصح الروايتين)  
لأنه غير متهم في حقه وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ  
عنه من أهل  
العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أنه لا  
يقبل لأنه إقرار  
في مرض الموت أشبه الاقرار للوارث وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بزيادة على الثلث  
ذكرها أبو  
الخطاب لأنه ممنوع من عطية الوارث فلم يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف  
الثلث فما دون  
ولنا أنه اقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة يحققه أن حالة المرض أقرب إلى  
الاحتياط  
لنفسه وأبرأ لذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول وفارق الاقرار للوارث فإنه متهم  
فيه

(مسألة) (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 لهما تساويا 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 المفلس  
على أنه إذا أقر وعليه دين ببينة يبدأ بالدين الذي بالبينة، وبهذا قال النخعي والثوري  
وأصحاب الرأي  
لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه ببينة كغريم  
المفلس الذي  
أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع والاقرار لو ارث  
ولأنه محجور  
عليه ولهذا لا تنفذ هباته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه ببينة كالذي  
أقر له المفلس  
وظاهر كلام الخرقى انهما يتحاصان وهو قول أبي الحسن التميمي وبه قال مالك  
والشافعي وأبو عبيد  
وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة فإن أقر لهما في المرض جميعا  
تساويا  
(مسألة) (وان أقر لو ارث لم يقبل الا ببينة)  
وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الأنصاري وأبو حنيفة وأصحابه  
وروي ذلك عن القاسم  
وسالم وقال عطاء والحسن وإسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الاقرار له في الصحة  
صح في المرض  
كالأجنبي وللشافعي قولان كالمذهبين وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبتل إذا اتهم  
كمن له بنت وابن

عم فافر لابنته لم يقبل وان أقر لابن عمه قبل لأنه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلة منع الاقرار التهمة فاختص المنع بموضعها ولنا أنه إيصال لماله إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضا بقية ورثته كهفته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح الاقرار له كالصبي في حق جميع الناس، وفارق الأجنبي فإن هبته تصح وما ذكره مالك لا يصح فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فاجيز اعتبارها بمظنتها وهو الإرث ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما (مسألة) (إلا أن يقر لزوجه بمهر مثلها فما دونه فيصح) في قول الجميع لا نعلم فيه مخالفا الا أن الشعبي قال لا يجوز اقراره لها لأنه اقرار لو ارث ولنا أنه اقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبهه ما لو كان عليه دين بيينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئا فافر له بثمن مثله لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل (فصل) فإن أقر لها ثم أبانها ثم تزوجها ومات من مرضه لم يقبل اقراره لها وقال محمد ابن الحسن يقبل لأنها صارت إلى حال لا يتهم فيها فأشبهه ما لو أقر لمريض ثم برئ، ولنا أنه أقر لو ارث في مرض الموت

(مسألة) (وان أقر الوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الأجنبي) وفيه وجه آخر  
أنه لا يصح كما لو شهد بشهادة يجر إلى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل كما لو شهد لابنه وأجنبي  
وقال أبو حنيفة ان أقر لهما بدين من الشركة فاعترف الأجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وان  
جحدها صح له دون الوارث.  
ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للأجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين أو كما لو جحد  
الأجنبي الشركة ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة، ولو أقر بشئ له  
فيه نفع كالاقرار بنسب وارث موسر قبل، ولو أقر بشئ 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  
(مسألة) (وان أقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح وان أقر لغير وارث صح وان  
صار وارثا نص عليه وقال إن الاعتبار بحال الموت فيصح في الأولى ولا يصح في الثانية كالوصية)  
وجملة ذلك أنه إذا أقر لوارث فصار غير وارث أقر لأخيه 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 إذا  
أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز اقراره لأنه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل

له ابنان فاقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابنا والأب حي ثم مات بعد ذلك جاز قراره فقال أحمد 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 بحالة الموت كالوصية ولنا انه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولأنه إذا أقر لغير وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خاليا عن تهمة فثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط وإذا أقر لوارث وقع باطلا لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولأنه إذا أقر لوارث فلا يصح كما لو استمر الميراث وان أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الإرث اما الوضعية فإنها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت يخالف مسئلتنا (مسألة) (وان أقر لامرأته بدين ثم أبانها ثم تزوجها لم يصح اقراره لها) إذا مات من مرضه لأنه اقرار لوارث في مرض الموت أشبه ما لو لم بينها (مسألة) (وان أقر المريض بوارث صحيح صح وعنه لا يصح) يصح اقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه أقر لوارث فأشبهه الاقرار له بمال والأول أصح لأنه عند الاقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثا ويمكن بناء هذه المسألة على ما إذا أقر لغير وارث فصار وارثا فمن صحح الاقرار ثم صححه هاهنا ومن ابطله ابطله

(مسألة) (وان أقر بطلاق امرأته في صحته لم يسقط ميراثها) إذا كان الاقرار في مرضه لأنه متهم بقصد حرمانها الميراث فلم يبطل كما لو طلقها في مرضه (فصل) ويصح اقرار المريض باحبال الأمة لأنه ملك ذلك فملك الاقرار به وكذلك كل ما ملكه ملك الاقرار به فإذا أقر بذلك ثم مات فإن بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الأصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المال وان قال من نكاح أو وطئ شبهة عتق الولد ولم تصر الأمة أم ولد فإن كان من نكاح فعليه الولاء لأنه مسه رق وإن كان من وطئ شبهة لم تصر الأمة أم ولد وان لم يتبين السبب فالأمة مملوكة لأن الأصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لأن الظاهر استيلادها في ملكه من قبل أنها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لأن الأصل 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 عبد العتق وقال أبو الخطاب يؤخذ به في الحال) وجملة ذلك أن العبد يصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لأن الحق له دون مولاه ولا يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص لأن المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره بجناية الخطأ وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب الكافي وأما اقراره بما يوجب

القصاص في النفس فالمنصوص عن أحمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر  
والمزني وداود وابن  
جرير الطبري لأنه يسقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولأنه يتهم في أنه  
يقر لرجل  
ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره  
وهو قول  
أبي حنيفة ومالك والشافعي ولأنه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس،  
وبهذا الأصل  
ينتقض دليل الأول وينبغي على هذا القول إن لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا  
باختيار سيده لثلا  
يفضي إلى إيجاب المال على سيده باقرار غيره ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا  
شبه العمد ولا  
بجناية عمد موجبها المال كالجائفة والمأمومة لأنه إيجاب حق في رقبته وذلك بتعلق  
بالمولى  
(مسألة) (وان أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل في الحال ويتبع به بعد العتق) لأنه  
تصرف  
فيما هو حق للسيد فعلي هذا يتبع به بعد العتق عملا باقراره على نفسه وعنه يتعلق برقبته  
كجنايته  
(مسألة) (وان أقر السيد عليه بمال أو ما يوجب كجناية الخطأ قبل) لأنه إيجاب حق في  
ماله  
(مسألة) (وان أقر العبد بسرقة مال في يده وكذبه السيد قبل اقراره في القطع دون  
المال)  
وجملة ذلك أن العبد إذا أقر بسرقة موجبها 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 أحمد



في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك والسيد يكذبه  
فالدراهم لسيد  
ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة  
وجهان، ويحتمل ان  
لا يجب القطع لأن ذلك شبهة فيدرأ بها القطع لكونه حدا يدرأ بالشبهات وهذا قول  
أبي حنيفة وذلك  
لأن العين التي أقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها  
(فصل) وإن أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره لأن اقراره بالرق اقرار  
بالمملك  
والعبد لا يقبل اقراره بمال لأننا لو قبلنا اقراره أضر بالسيد ولأنه إذا شاء أقر لغير سيده  
فأبطل ملكه فإن  
أقر السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لأنه في يد السيد لا في يد نفسه  
ولأنه لو قبل  
اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحد وجناية العمد  
(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق فإذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير  
القذف  
صح الاقرار له صدقه المولى أو كذبه لأن الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والعفو  
عنه وليس  
لسيده مطالبته به ولا عفو وإن كذبه العبد لم يقبل اقراره، وان أقر له بمال صح ويكون  
لسيده  
لأن 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  
(مسألة) (وان أقر السد لعبد بمال لم يصح) لأن العبد لسيد فلا يصح اقراره لنفسه وان  
أقر

العبد لسيدته لم يصح لأنه أقر له بماله فلم يفده الاقرار شيئاً  
(مسألة) (وان أقر انه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت ويكون كالكتابة وان  
أنكر  
عتق ولم يلزمه الألف) لأن أقر لعبده بسبب العتق فعتق وتبقى دعواه عليه لا تلزمه كما  
لم تلزم غيره  
(مسألة) (وان أقر لعبده بمال صح وكان لمالكه) لأن مال العبد لسيدته  
(مسألة) (وان أقر لبهيمه لم يصح) لأنها لا تملك ولا لها أهلية الملك، وان قال علي  
بسبب هذه  
البهيمه لم يكن اقرارا لاحد لأنه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر  
له فإن قال لمالكها  
ولزيد علي بسببها الف صح الاقرار، وان قال بسبب حمل هذه البهيمه لم يصح إذ لا  
يمكن إيجاب شيء  
بسبب الحمل وقيل يصح ويكون لمالكها كالاقرار للعبد  
(مسألة) (وان تزوج مجهولة النسب فأقرت بالرق لم يقبل اقرارها)  
لأنها تقر على حق الزوج وعنه تقبل في نفسها لأنها عاقلة مكلفة فيقبل اقرارها على  
نفسها كما لو  
أقرت بمال، ولا يقبل اقرارها بفسخ النكاح ورق الأولاد لأن ذلك حق الزوج وان  
أولدها بعد  
الاقرار ولدا كان رقيقا لأنه حدث بعد ثبوت رقتها وان أقر 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  
لاحتمال أنها أنت  
به في ملك غيره (والثاني) تصير أم ولد له لأنه أقر بولدها وهي في ملكه فالظاهر أنه  
استولدها في ملكه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا أقر الرجل نسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه

ابنه ثبت نسبه به)

وجملة ذلك أن للاقرار بالنسب شروطا وهو على ضربين: (أحدهما) أن يقر على نفسه خاصة (والثاني) أن يقر عليه وعلى غيره فإن أقر على نفسه خاصة مثل

أن يقر بنسب ولد فيعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب، فإن كان

معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه

أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن إلحاقه

بأحدهما 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 فإن كان غير المكلف لم يعتبر تصديقه فإن كبر وعقل فأنكر

لم يسمع انكاره لأن نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك

ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لأن الأب لو عاد بجحد النسب

لم يقبل منه ويحتمل أن يبطل نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لأنه يثبت باتفاقهما فزال برجوعهما

كالمال والأول أصح لأنه نسب ثبت بالاقرار فأشبهه نسب الصغير والمجنون، وفارق المال لأن النسب يحتاط

لاثباته وان اعترف انسان ان هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه (الضرب الثاني) أن يقر عليه وعلى غيره  
كأقراره بأخ فسندكره إن شاء الله تعالى  
\* (مسألة) \* (فإن كان الصغير المقر بنسبه ميتا ورثه لأنه ثبت نسبه وبهذا قال الشافعي  
ويحتمل أن  
يثبت نسبه دون ميراثه لأنه 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  
ذكروه يبطل بما إذا كان المقر به حيا موسرا والمقر فقيرا فإنه يثبت نسبه ويملك المقر  
التصرف في ماله  
وانفاقه على نفسه، وإن كان المقر به كبيرا عاقلا فكذلك في قول القاضي وظاهر  
مذهب الشافعي أنه  
لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا بيت الا  
بتصديقه ولم يوجد  
ويجاب عن هذا بأنه غير مكلف فإن ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى  
مات المقر ثم صدقه  
ثبت نسبه لأنه وجد الاقرار والتصديق  
(فصل) فإن أقرت امرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت ذات  
زوج  
فهل يقبل اقرارها؟ على روايتين (إحدهما) لا يقبل لأن فيه حملا لنسب الولد على  
زوجها ولم يقر به أو  
الحاقا للعار به بولادة امرأته من غيره (والثاني) يقبل لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن  
يكون منه فقبل  
كالرجل وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فإن كان لها اخوة أو  
نسب معروف  
فلا بدان يثبت انه ابنها وان لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لأنها إذا  
كانت ذات أهل

فالظاهر أنه لا يخفى عليهم ولادتها فمتى ادعت ولدا لا يعرفونه فالظاهر كذبها،  
ويحتمل ان تقبل  
دعواها مطلقا لأن النسب يحتاط 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 لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت هي دار الاسلام فوطئها والنسب  
يحتاط لا ثباته  
ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشر سنين أو أكثر من غيبته لحقه وان  
لم يعرف له  
قدوم إليها ولا عرف لها خروج من بلدها  
(مسألة) (ومن ثبت نسبه فجاءت أمه بعد موت المقر فادعت الزوجية لم يثبت بذلك)  
لأنها مجرد دعوى فلم تثبت بها زوجية كما لو كان حيا ولأنه يحتمل أن يكون من  
وطئ  
شبهة أو نكاح فاسد.  
(فصل) وان أقر رجل بنسب صغير لم يكن مقرا بزوجية أمه، وبهذا قال الشافعي وقال  
أبو حنيفة  
إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقرا بزوجيتها لأن انساب المسلمين وأحوالهم يجب  
حملها على الصحة  
وهو أن يكون ولدته منه في نكاح صحيح  
ولنا ان الزوجة ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقرا بها كما لو لم تكن  
معروفة بالحرية  
وما ذكروه لا يصح فإن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطئ والنكاح الفاسد  
والشبهة فلا يلزم  
بحكم إقراره ما لم يوجه لفظ ولا يتضمنه

(فصل) إذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد ولا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء  
ولدي  
فاقراره صحيح ويطلب بالبيان فإن عين أحدهم ثبت نسبه وحرية، ثم يسئل عن كيفية  
الاستيلاء فإن  
قال بنكاح فعلى الولد الولاء والام والآخرا من أولادها رقيق، فإن قال استولدتها في  
ملكي فالمقر  
به حر الأصل لا ولاء عليه والأمة أم ولد ثم إن كان المقر به الأكبر فأخواه ابنا أم ولد  
حكهما  
حكما في العتق بموت سيدها وإن كان الأوسط فالأكبر قن والأصغر له حكم أمه وإن  
عين الأصغر فأخواه  
رقيق قن لأنها ولدتهما قبل الحكم بكونها أم ولد، وإن قال هي من وطئ شبهة فالولد  
حر الأصل  
وأخواه مملوك وإن مات قبل أن يبين اخذ ورثته بالبيان ويقوم بيانهم مقام بيانه فإن  
بينوا النسب  
ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للام ولا لو لديها حكم  
الاستيلاء لأنه يحتمل  
أن يكون من نكاح أو وطئ شبهة، وإن لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا  
الاستيلاء فانا  
نريه القافة فإن ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فإن لم  
يكن قافة أقرع  
بينهم فمن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي لأنه لا يورثه بالقرعة. ولنا  
أنه حر استندت  
حرية إلى اقرار أبيه فورث كما لو عينه في اقراره  
(فصل) إذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي نظرت  
فإن كان لكل  
واحدة منهما زوج يمكن الحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين وإن  
كان لإحدهما زوج دون  
الأخرى انصرف الاقرار إلى ولد الأخرى لأنه الذي يمكن إلحاقه به وإن لم يكن لكل  
واحدة منهما زوج

ولكن أقر السيد بوطئهما صارتا فراشا ولحق ولداهما به إذا أمكن ان يولدا بعد وطئه  
وان أمكن في إحداهما  
دون الأخرى انصرف الاقرار إلى من أمكن لأنه ولده حكما، وان لم يكن أقر بوطئ  
واحدة منها  
صح إقراره وثبتت حرية المقر به لأنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لا  
منازع له فيه  
فلحقه نسبه ثم يكلف البيان كما لو طلق إحدى نسائه فإذا بين قبل بيانه لأن المرجع في  
ذلك إليه ثم  
يطالب ببيان كيفية الولادة فإن قال استولدها في ملكي فالولد حرا لأصل لا ولاء عليه  
وأمه أم ولد وان  
قال في نكاح فعلى الولد الولاء لأنه مسه رق والأمة قن لأنها علفت بمملوك، وان قال  
بوطئ شبهة  
فالولد حر الأصل والأمة قن لأنها علفت به في غير ملك، وان ادعت الأخرى انها التي  
استولدها  
فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الاستيلاء فأشبهه ما لو ادعت ذلك من غير إقرار  
بشيء فإذا  
حلف رقت له ورق ولدها فإذا مات ورثه ولده المقر به وان كانت أمه قد صارت أم  
ولد عتقت، وان لم  
تصر أم ولد عتقت على ولدها إن كان هو الوارث وحده وإن كان معه غيره عتق منها  
بقدر ما ملك وان  
عادت قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لأنه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره  
فإذا بين كان كما لو  
بين الموروث، وان يعلم الوارث كيفية الاستيلاء ففي الأمة وجهان (أحدهما) يكون  
رقيقا لأن الرق الأصل فلا  
يزول بالاحتمال (والثاني) يعتق لأن الظاهر أنها ولدتها في ملكه لأنه أقر لولدها وهي في  
ملكه وهذا منصوص  
الشافعي، فإن لم يكن وارث أو كان وارث لم يعين عرض على القافة فإن ألحقته  
بأحدهما ثبت نسبه وكان حكمه

كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة  
لأن 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 لأنا  
تيقنا ابنا وارثا 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 أن يجعل الميراث بينهما نصفين  
ويدفعانه في سعائتهما والكلام في قسمة الحرية والسعاية ذكره في باب العتق (مسألة) (وان أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه وحده لم يقبل وإن كان بعد موتهما وهو  
الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب وإن كان معه غيره لم يثبت النسب وللمقر له من الميراث  
ما فضل في يد المقر)  
إنما لم يقبل اقراره في حياتهما لأنه على غيره فلا يقبل فاما إن كان بعد الموت وهو  
الوارث وحده  
قبل اقراره وثبت النسب سواء كان المقر واحدا أو جماعة ذكرا أو أنثى وبهذا قال  
الشافعي وأبو  
يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام المورث في ديونه والديون التي  
عليه وفي دعاويه  
كذلك في النسب إلا أن يكون الميت قد نفاه فلا يثبت لأنه يحمل على غيره نسبا  
حكم بنفيه فإن كان  
وارثا ومعه شريك في الميراث لم يثبت النسب لأنه لا يثبت في حق شريكه فوجب أن  
لا يثبت في حقه



وقد دل على ثبوت النسب باقرار الواحد إذا كان وارثا حديث عائشة رضي الله عنها أن  
سعد بن أبي  
وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني أخي عتبة إذا  
قدمت ان انظر  
إلى ابن أمة زمعة واقبضه فإنه ابنه فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على  
فراشه فقال رسول  
الله صلى الله عليه وسلم (هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر) ففضى  
به لعبد بن زمعة وقال (احتجبي  
منه يا سودة) والمشهور عن أبي 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 ولأنه قول لا يعتبر فيه العدالة فلم  
يعتبر  
فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة  
ويبطل بالاقرار  
بالدين وللمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر وقد ذكرنا ذلك فيما مضى  
(مسألة) (وان أقر من عليه الولاء بنسب وارث لم يقبل اقراره الا ان يصدقه مولاه  
لأن الحق لمولاه فلا يقبل اقراره بما يسقطه ويتخرج ان يقبل بدون ذكره في المحرر  
(مسألة) (وان أقرت امرأة بنكاح على نفسها فهل يقبل؟ على روايتين)  
(إحداهما) يقبل لأنه حق عليها فيقبل كما لو أقرت بمال (والأخرى) لا يقبل لأنها  
تدعي النفقة  
والكسوة والسكنى فلا يقبل

(مسألة) (فإن أقر المولى عليها به قبل ان كانت مجبرة)  
لأن 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 لأنه إقرار على الغير فلم يلزمها  
كما لو  
أقر عليها بمال  
(مسألة) (وان أقر أن فلانة امرأته أو أقرت ان فلانا زوجها فلم يصدق المقر له المقر  
إلا بعد موت المقر صح)  
وورثه كما لو صدقه في حياته وقد ذكرنا فيما إذا أقر بنسب كبير عاقل بعد موته هل  
يرثه؟ على وجهين  
بناء على ثبوت نسبه فيخرج ههنا مثله وإن كان قد كذبه في حياته ففيه وجهان  
(مسألة) (وان أقر الورثة على موروثهم بدين لزمهم قضاؤه من التركة فإن أقر بعضهم  
لزمه  
بقدر ميراثه فإن لم تكن تركة لم يلزمهم شيء)  
إذا أقر الوارث بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف نعلمه ويتعلق ذلك بتركة الميت  
كما لو  
أقربه الميت في حياته فإن لم يخلف تركة لم يلزم الوارث شيء لأنه لا يلزمه أداء دينه إذا  
كان حيا  
مفلسا فكذلك إذا كان ميتا، وان خلف تركة تعلق الدين بها وان أحب الوارث تسليمها  
في الدين فله  
ذلك وان أحب استخلاصها ووفى الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها  
أو قدر الدين

بمنزلة الجاني فإن كان الوارث واحدا فحكمه ما ذكرنا وان كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين باقرار الميت أو بيينة أو اقرار جميع الورثة فكذلك وإذا اختار الورثة اخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة إليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحكم والحسن وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهو أحد قولي الشافعي رجع إليه بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه المنكر اخذه بغير استحقاق فكان غاصبا فيتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه أجنبي ولنا انه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولأنه اقرر يتعلق بحصته أو حصة أخيه فلا يجب عليه الا ما يخصه كالاقرار بالوصية واقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولأنه حق لو ثبت بيينة أو قول الميت 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 لأنه يجربها إلى نفسه نفعا فإن كان عليه دين بيينة أو اقرار الميت قدم على ما أقر به الورثة من المحرر

(فصل) قال رضي الله عنه (وان أقر بحمل امرأة صح فإن ألقته ميتا أو لم يكن حملا بطل وإن ولدت حيا وميتا فهو للحي وإن ولدتهما حين فهو بينهما سواء الذكر والاثني ذكره ابن حامد)  
إذا أقر لحمل امرأة بمال وعزاه إلى 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 أنثى كان بينهما نصفين وان عزاه إلى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقها لذلك وان ولدت حيا وميتا فالكل للحي لأنه لا يخلو اما أن يكون الاقرار له عن ارث أو وصية وكلاهما لا يصح للميت، وقال أبو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا أن يعزوه إلى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لأنه لا يملك بغيرهما، فإن وضعت الولد ميتا كان قد عزا الاقرار إلى ارث أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل وان اطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فإن تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد باقراره، وان عزا الاقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل على الف أقرضتها أو وديعة 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 يلزمني، وان قال له علي الف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الاقرار لحمل الا إذا تيقن أنه كان موجودا حال الاقرار على ما بين في الوصية له، وان أقر لمسجد

أو مصنع أو طريق وعزاه إلى السبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق  
خرج على الوجهين  
وان لم يكن ثم حمل بطل الاقرار لأنه أقر لغير شيء  
(مسألة) (وان أقر لكبير عاقل فلم يصدقه بطل اقراره في أحد الوجهين)  
لأنه اقرار بحق أشبه النسب فعلى هذا يقر المال في يد المقر لأنه كان في يده فإذا بطل  
إقراره بقي  
كأنه لم يقر به والوجه الثاني يؤخذ المال إلى بيت المال فيحفظه حتى ظهر مالكة لأنه  
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 الأول ان عاد  
المقر فادعاه لنفسه أو لثالث  
قبل منه ولم يقبل بعدها عود المقر له أولاً إلى دعواه، ولو كان عدوه إلى دعواه قبل  
ذلك ففيه وجهان  
ولو كان المقر به عبداً أو نفس المقر بأن أقر برقها للغير فهو كغيره من الأموال على  
الأول وعلى  
الثاني يحكم بحريتهما.  
باب ما يحصل به الاقرار  
إذا ادعى عليه ألفا فقال نعم أو أجل أو صدقت أو انا مقر بها أو بدعواك كان مقرا  
ومثله أنا مقر  
بما ادعيت لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم  
حقاً؟ قالوا نعم) وان

قال أليس لي عندك الف؟ قال بلى كان اقرارا صحيحا لأن بلى جواب للسؤال بحرف  
النفى قال الله تعالى

(ألست بربكم؟ قالوا بلى)

(مسألة) (وان قال أنا أقر أولا أنكر أو يجوز أن يكون محققا وعسى أو لعل أو أحسب  
أو أظن

أو أقدر أو أخذ أو اتزن أو افتح كمك لم يكن مقرا

إذا قال أنا مقر لم يكن اقرارا لأنه وعد بالاقرار في المستقبل وكذلك ان قال لا أنكر  
لأنه لا

يلزم من عدم الانكار الاقرار فإن بينهما قسما آخر وهو السكوت عنهما، وان قال يجوز  
أن يكون محققا

لم يكن اقرارا كذلك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقرا لأنهما للترجي، وان قال أظن  
أو أحسب أو أقدر

لم يكن مقرا لأن هذه الألفاظ تستعمل للشك، وكذلك ان قال خذ أو اتزن أو افتح  
كمك لأنه يحتمل خذ

الجواب أو اتزن أو افتح كمك لشيء آخر

(مسألة) (وان قال انا مقر أو خذها أو أتزنها أو اقبضها أو احرزها أو هي صاح فهل  
يكون مقرا؟ يحتمل وجهين)

إذا قال أنا مقر ولم يزد احتمال أن يكون مقرا لأن ذلك عقيب الدعوى فينصرف إليها  
وكذلك

ان قال أقررت قال الله تعالى (قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري؟ قالوا أقررنا) ولم  
يقولوا أقررنا

بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقرارا ويحتمل ان لا يكون مقرا لأنه يحتمل ان يريد  
غير ذلك مثل

ان يريد انا مقر بالشهادة أو بطلان دعواك، وان قال خذها أو أترنها أو اقبضها أو  
احرزها لي أو هي صحاح  
فهل يكون مقرا؟ يحتمل وجهين ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لأن الصفة ترجع  
إلى المدعى ولم  
يقر بوجوبه ولا يجوز ان يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره باخذها  
أولى أن لا يلزم منه  
الوجوب (والثاني) يكون اقرارا لأن الضمير يعود إلى ما تقدم  
(مسألة) (وان قال له علي الف إن شاء الله أو في علمي أو فيما أعلم أو قال اقضني  
ديني عليك ألفا  
أو سلم إلي ثوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقربها)  
إذا قال لك علي الف إن شاء الله كان مقرا نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي  
ليس باقرار  
لأنه علق اقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولان ما علق على  
مشيئة الله لا سبيل إلى معرفته  
ولنا أنه وصل اقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل  
ما وصله به كما لو قال له علي الف الا ألفا ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكما آخر  
ولا يقتضي  
رفع الحكم أشبه ما لو قال له علي الف ان شئت وان شاء في مشيئة الله وان قال له  
علي ألف  
الا أن يشاء الله صح الاقرار لأنه 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 لأنه عقبه ما  
يرفعه فصح  
الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال إن شاء الله

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال له علي ألف ان شهد به فلان وذلك لأن

الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فإن

مشيئة الله تذكّر في الكلام تبركا وصلة وتفويضا إلى الله تعالى كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين) وقد علم الله سبحانه أنهم سيدخلونه بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله مع

يقين صلاتهم بخلاف مشيئة الآدمي والثاني ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الأمر فلا يمكن

وقوف الأمر على وجودها ومشية الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطا بتوقف الأمر على وجودها

والماضي لا يمكن وقفه فتعين حمل الأمر ههنا على المستقبل فيكون لا اقرارا وعدا (فصل) ولو قال بعثك إن شاء الله أو زوجتك إن شاء الله فقال أبو إسحاق بن شاقلا لا أعلم

خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح فقال نعم إن شاء الله ان النكاح واقع وبه قال أبو

حنيفة ولو قال بعثك الف ان شئت فقال قد شئت وقبل صح لأن هذا الشرط من موجب العقد

ومقتضاه فإن الايجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره (مسألة) (وان قال له علي الف في علمي أو فيما أعلم كان مقرا به) لأن ما في علمه لا

يحتمل إلا

الوجوب ولو قال أقضيتني الألف الذي لي عليك؟ قال نعم كان مقرا به لأنه تصديق لما ادعاه وان

قال سلم إلي ثوبي وهذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها لما ذكرنا وان قال اشتر عبدي هذا أو قال

أعطني عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا لما ذكرنا



(مسألة) (وان قال إن قدم فلان فله علي ألف درهم لم يكن مقرا) لأنه ليس بمقر في الحال وما لا يلزمه في الحال لا يصير واجبا عند وجود الشرط، وان قال له علي ألف ان قدم فلان فعلى وجهين (أحدهما) لا يكون اقرارا كالمسألة قبلها (والثاني) يكون مقرا لأنه قدم الاقرار فثبت حكمه وبطل الشرط لأنه لا يصلح أن يكون أجلا (مسألة) (وان قال له علي الف إذا جاء رأس الشهر كان اقرارا وان قال إذا جاء رأس الشهر فله علي الف فعلى وجهين) قال أصحابنا في المسألة الأولى هو اقرار وفي الثانية ليس باقرار وهو منصوص الشافعي لأنه في الأول بدأ بالاقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لأن قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بأمر محتمل وفي الثانية بدأ بالشرط فعلق عليه لفظا يصح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقرارا مع الاحتمال ويحتمل انه لا فرق بينهما لأن تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما جميعا وجهان (مسألة) (وان قال له علي الف ان شهد به فلان أو إن شهد به فلان صدقته لم يكن مقرا) لأنه يجوز أن يصدق الكاذب (مسألة) (وان قال إن شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين) (أحدهما) لا يكون اقرارا لأنه

علقه على شرط فهي كالتى قبلها (والثاني) يكون إقرارا في الحال لأنه لا يتصور صدقه إلا أن يكون ثابتا في الحال وقد أقر بصدقه (مسألة) (وان أقر العربي بالعجمية أو العجمي بالعربية وقال لم أرد ما قلت فالقول قوله مع يمينه لأنه يحتمل أن يكون صادقا فلا يكون مقرا (باب الحكم فيما إذا 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 تكلفت به علي أنى بالخيار لزمته الألف ولا يقبل قوله ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي إذا قال له علي الف زيوف وفسره برصاص أو نحاس لم يقبل لأنه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لأنه عزا اقراره إلى سببه فقبل كما لو عراه إلى 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 الكل وتناقض كلامه غير خاف فإن ثبوت الف عليه في هذه المواضع لا يتصور واقاره اخبار بثبوتة فتناويا وان سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلنا

(مسألة) (وان قال له علي الف الا ألفا لم يصح) لأنه استثنى الكل ولا يصح بغير خلاف لأنه

رجوع عن الاقرار وان قال إلا ستمائة لم يصح وسنذكره إن شاء الله تعالى  
(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا ما كان حدا لله تعالى يدرأ بالشبهات  
ويحتاط لا سقاطه

فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا  
يقبل رجوعه

عنها ولا نعلم في هذا خلافا

(مسألة) (وان قال كان له عندي الف وقضيته أو قضيت منه خمسمائة درهم فقال  
الخرقي ليس

باقرار والقول قوله مع يمينه) وحكى ابن أبي موسى في هذه المسألة روايتين (أحدهما)  
ان هذا ليس

باقرار اختاره القاضي وقال لم أجد عن أحمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق  
مدع لقضائه

فعليه البينة بالقضاء وإلا حلف غريمه واخذه اختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة  
لأنه أقر بالدين

وادعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي  
قولان

كالمذهبين، ووجه قول الخرقي أنه قول متصل تمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان  
لا يقبل كاستثناء

البعض، وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عنه فلا يمكن رفعه بعد  
استقراره ولذلك لا

يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا  
تقبل الا بينة

وأما استثناء الكل فمتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء  
(فصل) فإن قال كان له علي الف وقضيته منه خمسمائة فالكلام فيه كالكلام فيما إذا  
قال  
وقضيته وان قال له انسان عليك مائة لي فقال قد قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا  
يكون مقرا بشيء  
لأن الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي  
المائة لم يذكرها  
وقوله منها يحتمل انه يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام  
محتمل ويحتمل علي قول  
من قال بالرواية الأخرى انه يلزمه الخمسون التي ادعى قضاءها لأن في ضمن دعوى  
القضاء اقرارا  
بأنها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة  
(فصل) فإن قال كان له علي الف وسكت لزمه الألف في ظاهر قول أصحابنا وهو قول  
أبي  
حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لأنه لم يذكر  
عليه شيئا في الحال إنما أخبر بذلك في زمن ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو  
شهدت البينة لم يثبت  
ولنا أنه أقر بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقي علي ما كان عليه، ولهذا لو تنازعا دارا  
فأقر أحدهما للآخر أنها  
كانت ملكه حكم بها له الا انه ههنا ان عاد فادعى القضاء أو الابراء سمعت دعواه لأنه  
لا تنافي بين  
الاقرار وبين ما يدعيه وهذا علي إحدى الروايتين  
(فصل) وان قال له علي الف قضية إياه لزمه الألف ولم تقبل دعوى القضاء وقال  
القاضي تقبل

لأنه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلا فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيته له وقال ابن أبي موسى إن قال قضيت جميعه لم يقبل الا بينة ولزمه الألف الذي أقربه وله اليمين على المقر له وأما لو قال قضيت بعضه قبل منه في إحدى الروايتين لأنه رفع بعض ما أقربه بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناه بخلاف ما إذا قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل ولنا ان هذا قول متناقض إذا لا يمكن أن يكون عليه الف قد قضاها فإن كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاءه بمقتضى براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به وهذا ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال له كان علي وقضيته فإنه أخبر بهما في زمانين ويمكن ان يرفع ما كان ثابتا ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء الف عليه قد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما) عبارة عن تسعمائة وخمسين عاما اما القضاء فإنما يرفع جزءا كان ثابتا فإذا ارتفع 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 فإن ذلك كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما) وقال النبي

صلى الله عليه وسلم (يكفر عنه خطاياها كلها الا الدين) وذلك في كلام العرب كثير  
فإذا أقر بشئ واستثنى منه  
كان مقرا بالباقي بعد الاستثناء فإذا قال له علي مائة إلا عشرة كان مقرا بتسعين لأن  
الاستثناء  
يمنع ان يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فإنه لو دخل ما أمكن اخراجه ولو أقر 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 أن التخصيص يبين ان المخصوص  
غير مراد باللفظ  
العام إذا 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  
بالجميع ويحكى 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 فبعزتك لأغوينهم  
أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من  
اتبعتك من الغاوين) وأيهما  
كان الأكثر فقد دل على استثناء الأكثر وأنشدوا  
أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكما بالحق قواما  
فاستثنى تسعين من مائة ولأنه في معنى الاستثناء ومثبه به ولأنه استثنى البعض فجاز  
كاستثناء الأقل

ولأنه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز كالتخصيص والبدل.  
ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء الا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال  
أبو إسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء الا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة  
وتسعين لم يكن متكلماً بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنة، وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا  
يوماً ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوماً ويقال لقيت القوم جميعهم الا واحداً أو اثنين ولا يجوز ان  
يقال لقيت 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 التزيل فإنه في الآية الأولى استثنى المخلصين من بني  
آدم وهم الافل كما قال (الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) وفي الآية الأخرى استثنى  
الغاوين من العباد وهم الأقل فإن 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 فإنهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الأخرى لاتباعه (وما كان  
لي عليكم من سلطان الا ان دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت  
فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا ليس باستثناء فإن الاستثناء له  
كلمات مخصوصة

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 استحسنته 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 الخرقى لأنه ليس  
بالأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لأنه لم يرد في كلامهم إلا في  
القليل من الكثير

والنصف ليس بقليل وهو أولى  
(مسألة) فإذا قال له علي هؤلاء العبيد العشرة الا واحدا لزمه تسليم تسعة) فإن عينه  
فقال إلا

هذا صح وكان مقرا بمن سواه وان قال إلا واحدا ولم يعينه صح لأن الاقرار يصح  
مجهولا فكذلك  
الاستثناء منه ويرجع في تعيين المسمى إليه لأن الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بممراده به  
وان عين من

عدا المستثنى صح وكان الباقي له.  
(مسألة) (فإن ماتوا إلا وحدا 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 لأنه يرفع به الاقرار كله، والصحيح الأول لأنه يقبل  
تفسيره به في

حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعا للاقرار وإنما  
تعذر تسليم المقر



به لتلفه لا لمعنى يرجع إلى التفسير فأشبه ما لو عينه في حياته فتلف بعد تعيينه فإن قتل الجميع إلا واحدا قبل تفسيره بالباقي وجها واحدا لأنه غير متهم لأن المقر له يحصل له قيمة المقتولين بخلاف الموت فإنه لا يحصل للمقر له شيء، وان قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير إليه، وان قال غصبتك هؤلاء العبيد إلا واحدا قبل تفسيره به وجها واحدا لأن المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يفضي التفسير بالباقي إلى سقوط الاقرار بخلاف ما إذا ما توا (فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بإلا فإذا قال له علي عشرة سوى درهم أوليس درهما أو خلا درهما أو عدا درهما أولا يكون درهما أو غير درهم بفتح الراء كان مقرا بدرهم وان قال غير درهم بضم الراء وهو من أهل العربية كان مفسرا بعشرة لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا تكون استثناء فإنها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لأن الظاهر أنه يريد الاستثناء وإنما ضمها جهلا منه بالعربية لا قصدا للصفة (فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلا بالكلام فإن سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجنبي لم يصح لأنه إذا سكت وعدل عن اقراره إلى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فإنه لا يثبت حكمه أو ينظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والبدل ونحوه

(مسألة) (وان قال له هذه الدار إلا هذا البيت لي قبل منه لأن الأول 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

(مسألة) (وإن قال له علي درهمان وثلاثة إلا درهمين فهل يصح على وجهين؟) (أحدهما) يصح لأن الاستثناء يعود إلى الجملتين وهو أقل من النصف (والثاني) لا يصح لأنه يعود إلى أقرب المذكورين فيكون استثناء أكثر من النصف

(مسألة) (وان قال له علي درهم ودرهم إلا درهما أو ثلاثة ودرهمان إلا درهمين أو ثلاثة ونصف إلا نصفاً أو إلا درهما أو خمسة وتسعون إلا 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 لأن الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجمله الواحدة وعندنا ان الاستثناء إذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد إلى جميعها كقولنا في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد إلى الجملتين فإذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم (لا يؤمن الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته

الا باذنه) قال شيخنا والأول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين  
والاستثناء  
برفع إحداهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولأن صحة الاستثناء تجعل إحدى  
الجملتين مع الاستثناء  
لغوا لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير  
معطوفة على غيرها  
فأما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين إنما أخرج من الجملتين معا من  
اتصف  
بصفة فنظيره قوله للبواب من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهما الا فلانا ونظير مسألنا  
ما لو قال  
أكرم زيدا وعمرا الا عمرا  
(مسألة) وان قال له علي خمسة الا درهمين ودرهما لزمته الخمسة في أحد الوجهين  
لأنه استثنى أكثر من النصف وفي الآخر يلزمه ثلاثة ويبطل الاستثناء الثاني  
(مسألة) (ويصح الاستثناء من الاستثناء)  
فإذا استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الأول كان مضافا إليه فإذا قال له  
علي عشرة  
الا ثلاثة والا درهمين كان مستثنيا الخمسة مقرا بخمسة فإن كان الثاني غير معطوف  
على الأول  
كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة قال الله تعالى (انا أرسلنا إلى قوم مجرمين  
الا آل لوط  
انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين) فإذا كان صدر الكلام اثباتا  
كان الاستثناء  
الأول نفيا والثاني اثباتا فإن استثنى استثناء ثالثا كان نفيا يعود كل استثناء إلى ما يليه من  
الكلام فإذا

قال له سبعة الا ثلاثة إلا درهما لزمته خمسة لأنه أثبت سبعة ثم نفى منها ثلاثة ثم أثبت درهما وبقي  
من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من السبعة فيكون مقرا بخمسة  
(مسألة) (وإن قال له علي عشرة الا خمسة الا ثلاثة إلا درهمين إلا درهما لزمه عشرة)  
على قول أبي بكر لأنه منع استثناء النصف وفي الوجه الآخر يلزمه ستة لأن الاستثناء إذا  
رفع  
الكل أو الا أكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه فاستعملنا  
الاستثناء الأول لوصله  
بالثاني لأن الاستثناء مع المستثنى عبارة عما بقي فإن عشرة إلا درهما عبارة عن تسعة  
فإذا قال له علي  
عشرة الا خمسة الا ثلاثة صح استثناء الخمسة لأنه وصلها باستثناء آخر وكذلك صح  
استثناء الثلاثة والدرهمين  
لأنه 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 لأنه مسكوت عليه ويحتمل أن يكون وجه الستة ان يصح  
استثناء النصف  
ويبطل الزائد فيصح استثناء الخمسة والدرهم ولا يصح استثناء ثلاثة والاثنين (والوجه  
الثالث) يلزمه سبعة  
إذا صححنا الاستثناءات كلها فإذا قال عشرة الا خمسة بقي خمسة فإذا قال الا ثلاثة  
عادت ثمانية لأنها  
اثبات فإذا قال الا درهمين كانت نفياً فبقي ستة فإذا استثنى درهما كان مثبتاً فصارت  
سبعة (والوجه الرابع)  
يلزمه ثمانية لأنه يلغى الاستثناء الأول لكونه النصف فإذا قال الا ثلاثة كانت مثبتة وهي  
مستثناة

من الخمسة وقد بطلت فتبطل الثلاثة أيضا لبطلان الخمسة ويبقى الاثنان لأنهما نفي والنفي يكون من اثبات، وقد بطل الاثبات الذي قبلها فتكون منفية من العشرة تبقى ثمانية ولا يصح استثناء الواحد من الاثنين لأنه نصف (فصل) فإن قال له على ثلاثة الا ثلاثة الا درهمين بطل الاستثناء كله لأن الاستثناء لدرهمين من الثلاثة استثناء الأكثر وهو موقوف عليه فبطل فإذا بطل الثاني بطل الأول لأنه استثنى الكل ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لأن الأول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني من الاقرار لأنه فرعه (الثاني) يصح ويلزمه درهم لأن الاستثناء الأول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لأنه وليه لبطلان ما بينهما ويصح (الثالث) ويكون مقرا بدرهمين لأنه استثناء لأكثر واستثناء الأكثر عندهم يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة الا درهمين بطل الاستثناء كله، ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما قلنا في التي قبلها (مسألة) (ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه) وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة ان استثنى مكيلا أو موزونا جاز وان استثنى عبدا أو ثوبا من غير مكيلا أو موزون لم يجز، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقا لأنه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا

إبليس كان من الجن) وقال سبحانه (لا يسمعون فيها لغوا إلا سلاما) وقال الشاعر:  
وبلدة ليس بها أنيس \* إلا اليعافير وإلا العيس  
وقال آخر: أعيت جوابا وما بالربع من أحد \* ألا أوارى لأيا ما أينها  
ولنا ان الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل اخرج بعض  
ما تناوله  
المستثنى منه مشتق من قواه ثبت فلانا عن رأيه إذا صرفته عن رأي كان عازما عليه  
وثبت عنان دابتي  
إذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل  
في الكلام  
فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثناء  
وإنما سمي استثناء  
تجوزا وإنما هو في الحقيقة استدراك وإلا ههنا بمعنى لكن هكذا قال أهل العربية منهم  
ابن قتيبة وحكاه  
عن سيبويه والاستدراك لا يأتي الا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب  
العزیز من غير  
الجنس الا بعد النفي ولا يأتي بعد الاثبات إلا أن يوجد بعد جملة. إذا تقرر هذا فلا  
مدخل للاستدراك  
في الاقرار لأنه اثبات للمقر به فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلا وان ذكر بعده جملة  
كأنه قال له  
عندي مائة درهم الا ثوبا لي عليه فيكون مقرا لشيء مدعيا لشيء سواه فيقبل اقراره  
وتبطل دعواه

كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء، واما قوله تعالى (فسجدوا الا إبليس) فإن إبليس كان من الملائكة بدليل ان الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأمورا بالسجود ولا عاصيا بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك أن لا تسجد إذا أمرتك) وإذا لم يكن مأمورا فلم أبلسه الله وأهبطه ودحره ولا يأمر الله بالسجود الا الملائكة، فان قالوا بل قد تناول الامر الملائكة ومن كان معهم فدخل إبليس في الامر لكونه معهم قلنا فقد سقط استدلالكم فإنه متى كان إبليس داخلا في المستثنى منه مأمورا بالسجود فاستثناؤه من الجنس وهو ظاهر لمن أنصف إن شاء الله تعالى. فعلى هذا متى قال له علي مائة درهم الا ثوبا لزمته المائة لأن الاستثناء باطل على ما بينا (مسألة) (الا ان يستثنى عينا من ورق أو ورقا من عين فيصح) ذكره الخرقى وقال أبو بكر لا يصح (فإذا قال له علي مائة درهم الا دينارا فهل يصح؟ على وجهين) اختلف أصحابنا في صحة استثناء أحد النقدين من الآخر فذهب أبو بكر إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الخرقى صحته لأن قدر أحدهما معلوم الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فإن قوما يسمون تسعة دراهم دينارا وآخرون يسمون ثمانية دينارا فإذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فإذا 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

على وجه صحيح لم يجز الغاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فرجب تصحيحه وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما فيلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما إذا انتفى ذلك والله أعلم (فصل) ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من غير ذلك الجنس مثل ان يقول له علي عشرة أصع تمرا برنيا الا ثلاثة تمرا معقيا لم يجز لما ذكرنا في الفصل الأول ويخالف العين والورق لأن قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الخرقى جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والأول أصح لأن العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك (فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (إذا قال له علي ألف درهم ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفا أو صغارا أو إلى 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 فإنها تلزمه كذلك فإذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام آخر غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك



فإن عاد فقال زيوفا أو صغار أو هي الدراهم الناقصة وهي دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لأنه رجوع عن بعض ما أقربه ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالأستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي، ولا فرق بين الاقرار بها دينا أو ودیعة أو غصبا، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والودیعة لأنه اقرار بفعل في عين وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبهه ما لو أقر بغصب عبد ثم جاء به معييا ولنا ان اطلاق الاسم يقتضي الوازنة الجياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فإن العيب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه (مسألة) (الا أن يكون في بلد أوزانهم ناقصة أو مغشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها؟ على وجهين (أولهما) أنه يلزمه من دراهم البلد لأن مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والصداق وغير ذلك (والثاني) يلزمه الوازنة الخالصة من الغش لأن اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف إليها بدليل ان بها تقدر نصب الزكوات ومقادير الديات فكذلك اطلاق الشخص، وفارق البيع فإنه ايجاب في الحال فاخص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاقرار اخبار عن حق سابق فانصرف إلى درهم الاسلام

(فصل) فإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لأنه اطلاقه  
ينصرف  
إليه وان فسر بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ  
وكذلك ان كانت  
مثلها لأنه لا يتهم في ذلك وان كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن  
احتمل ان لا يقبل  
لأن اطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولأنها  
ناقصة القيمة  
أشبهت الناقصة في الوزن ويحتمل ان يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل ما فسره  
به وفارق الناقصة  
فإن في الشرع الدراهم لا تناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذا مقدار النصاب في  
الزكاة وغيره وفارق  
الثمن فإنه ايجاب في الحال وهذا اخبار عن حق سابق  
(مسألة) (وان قال له علي الف إلى شهر لزمه مؤجلا ويحتمل ان يلزمه حالا) إذا أقر بها  
مؤجلة  
بكلام متصل قبل منه وكذلك ان سكت للتنفس أو اعترضه سلعة ونحو ذلك ويحتمل  
ان تلزمه حالة  
ذكرها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق  
في الحال  
فلم يقبل كما لو قال له علي دراهم قبضته إياها  
(مسألة) (وان قال له علي الف زيوف وفسره بمالا فضة فيه لم يقبل وان فسره  
بمغشوشة قبل  
وكذلك ان فسرها بمعيبة عيبا ينقصها قبل لأنه صادق وان فسرها برصاص أو نحاس أو  
مالا

قيمة له لم يقبل لأن تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره بها رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل  
(مسألة) (وان قال له علي دراهم ناقصة لزمته ناقصة) وقال أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره  
بالناقصة وقال القاضي إذا قال له علي دراهم ناقصة قبل قوله وان قال صغار وللناس دراهم صغار قبل قوله وان لم يكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال دراهم فإنه يلزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي  
ولنا انه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فإذا وصفها بذلك تقيدت به كما لو وصف الثمن به فقال بعثك بعشرة دراهم مؤجلة أو ناقصة وثبوتها 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، يحققه ان الدراهم ثبتت في الذمة على هذه الصفات فإذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها وعلى ما ذكره لا سبيل إلى الاقرار بها إلا على وجه يؤخذ بغير ما هو الواجب عليه فينسد باب الاقرار وقول من قال إن قوله صغار ينصرف إلى

مقدارها لا يصح لأن مساحة الدرهم لا تعتبر في الشرع ولا يثبت في الذمة بمساحة  
مقدرة وإنما يعتبر  
الصغر والكبر في الوزن فيرجع إلى تفسير المقر  
(فصل) وان قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لأنه كبير في العرف  
وإن قال  
له علي درهم فهو كما لو قال درهم لأن الصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره  
عنده وتحقيره وقد  
يكون لمحبه كما قال الشاعر  
بذيالك الوادي أهيم ولم أقل \* بذيالك الوادي وذياك من زهد  
ولكن إذا ما حب شئ تولعت \* به أحرف التصغير من شدة الوجد  
وان قال له على عشرة دراهم عددا لزمته عشرة معدودة وازنة لأن اطلاق الدرهم  
يقتضي  
الوازن وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فإن كان في بلد أوزانهم ناقصة أو  
دراهمهم  
مغشوشة فهو على ما فصل فيه.  
(مسألة) (وان قال له عندي رهن وقال المالك بل وديعة فالقول قول المالك) لأن العين  
ثبتت  
بالاقرار له وان ادعى المقر دينا لا يعترف به المقر له فالقول قول المنكر ولأنه أقر بمال  
لغيره وادعى  
أن له به تعلقا فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل ولذلك ولو أقر له بدار وقال  
استأجرتها أو أقر له

بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه باجر يلزم المقر له لم يقبل لأنه مدع على غيره حقا 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 بالألف وادعى عليه مبيعا فأشبهه المسألة 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)  
لا نعلم فيه بين أهل العلم اختلافا سواء فسر به بكلام متصل أو منفصل لأنه فسر لفظه بما يقتضيه  
فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيه أحكام الوديعة بحيث لو ادعى  
تلفها بعد ذلك أو ردها قبل قوله وان فسر به بدين عليه قبل أيضا لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وان  
قال له عندي وديعة وردتها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله، وبهذا قال الشافعي لما فيه من  
مناقضة الاقرار والرجوع عما أقربه فإن الألف المردود والتالف ليسا عنده أصلا ولا هي وديعة  
وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله يجب أن يكون مردودا، وقال القاضي يقبل قوله الا ان أحمد قال  
في رواية ابن منصور إذا قال لك عندي وديعة دفعتها إليك صدق لأنه ادعى تلف الوديعة أو ردها

فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل فإن قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم  
عرفت أنها كانت قد  
هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها  
(مسألة) (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 انها ودیعة و إذا ادعى بعد  
هذا تلفها  
قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضا لأن الودیعة عليه حفظها وردها فإذا قال له  
علي الف  
وفسرها بذلك احتمال صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال له علي الف ودیعة  
لأن حروف  
الصفات يخلف بعضها بعضا فيجوز ان تستعمل علي بمعنى عندي كما قال تعالى  
اخبارا عن موسى عليه السلام  
أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي  
ولنا ان علي للايجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته ولذلك لو قال ما على فلان علي  
كان ضامنا له  
والوديعة ليست في ذمته ولاهي عليه إنما هي عنده وما ذكروه مجاز طريقه حذف  
المضاف وإقامة المضاف  
إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل انه لو قال له  
علي دراهم  
لزمته ثلاثة وان جاز التعبير عن اثنين وعن واحد بلفظ الجمع كقوله تعالى (فإن كان له  
اخوة فلأمه السدس)  
ومواضع كثيرة في القرآن ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم فأقمت  
المضاف إليه مقامه لم يقبل  
منه ولو قال لك من مالي الف قال صدقت ثم قال أردت ان عليك من مالي ألفا أقمت  
اللام مقام علي كقوله  
تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل  
تفسير الدراهم

بالناقصة والزائفة وللمؤجلة، وأما إذا قال لك علي الف ثم قال كانت وديعة فتلف لم يقبل قوله فإنه متناقض وقد سبق نحو هذا (فصل) فإن قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي أقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي أقررت بها غيرها وهي دين عليك فالقول قول المقر له علي مقتضى قول الخرقى وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجهين وتعليقهما ما تقدم، فإن كان قال في إقراره لك علي مائة في ذمتي فقد وافق القاضي ههنا في أنه لا يقبل قول المقر لأن الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لأنه يحتمل في ذمتي أداؤها ولأنه يجوز أن تكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولا صحاب الشافعي في هذه وجهان فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لأنه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له ودرهم ناقصة وان قال له علي مائة وديعة دينا أو مضاربة دينا صح ولزمه ضمانها لأنه قد يتعدى فيها فيكون دينا وان قال أردت أنه شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لأن الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة وان قال علي أو عندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكمنا بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لأن ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد وان قال أودعني مائة فلم

اقبضها أو اقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلا ولم يقبل منفصلا وهكذا إذا قال  
نقدني مائة فلم  
اقبضها وهذا قول الشافعي  
(فصل) وان قال له في هذا العبد الف أوله من هذا العبد الف طولب بالبيان فإن قال نقد  
عني  
ألفا في ثمنه كان قرضا وان قال نقد في ثمنه ألفا قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان  
الشراء فإن قال بايجاب  
واحد وزن ألفا ووزنت ألفا كان مقرا بنصف العبد وان قال وزنت أنا الفين كان مقرا  
بثله والقول  
قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لأنه قد يغبن وقد يغبن وان قال  
اشتريناه بايجابين  
قيل له فكم اشترى منه؟ فإن قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق  
القيمة أو خالفها  
وان قال وصي له بألف من ثمنه بيع وصرف إليه من ثمنه الف فإن أراد ان يعطيه ألفا من  
ماله من غير  
ثمن العبد لم يلزمه قبوله لأن الموصى له يتعين حقه في ثمنه وان فسر ذلك بجناية  
جناها العبد فتعلقت برقبته  
قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الألف من ثمنه، وان قال أردت انه رهن عنده بألف فعلى  
وجهين (أحدهما)  
لا يقبل لأن حق المرتهن في الذمة (والثاني) يقبل لأن الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره  
به كالجناية  
ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما ذكرنا  
(مسألة) (وان قال له في هذا المال الف لزمه تسليمه إليه) لأنه أقر له بالملك



(مسألة) وان قال له من مالي أو في مالي أو في ميراثي من أبي الف أو نصف داري هذه وفسره  
بالهبة وقال بدالي من تقبضه 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 بألف فقبل كما لو قال له في مالي ويجوز ان يضيف إليه مال بعضه لغيره  
ويجوز أن  
يضيف مال غيره إليه لاختصاص له به بأن يكون عليه يد أو ولاية قال الله تعالى (ولا  
تؤتوا السفهاء  
أموالكم التي يجعل الله لكم قياما ورازقوهم فيها واكسوهم) وقال سبحانه في النساء  
(ولا تخرجوهن من  
بيوتهن) وقال لأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل  
اقراره مع احتمال صحته فإن  
قال أردت هبة قبل منه لأنه محتمل، وان امتنع من تقبضها لم يجبر عليه لأن الهبة فيها  
لا تلزم 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 فاققراره جائز  
فظاهر  
هذا صحة الاقرار فإن قال له في هذا المال نصفه فاققراره جائز وان قال له في هذا المال  
نصفه أو له

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 لأنه إذا أضاف الميراث إلى أبيه فمقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقر به فيه وإذا أضاف الميراث إلى نفسه فمعناه ما ورثته وانتقل إلي فلا تحمل الا على الوجوب وإذا أضاف إليه جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا في ماله (مسألة) (وان قال له في ميراث أبي الف فهو دين على التركة) لأن لفظه يقتضي ذلك (مسألة) (وان قال نصف هذه الدار فهو مقر بنصفها) لما ذكرنا (مسألة) (وان قال له هذه أدار عارية ثبت لها حكم العارية) لا قراره بذلك (مسألة) (وان أقر انه وهب أو رهن أو قبض أو أقر بقبض ثمن أو غيره ثم أنكر وقال ما قبضت ولا أقبضت وسأل اخلاف خصمه فهل تلزمه اليمين؟ على وجهين) وذكر شيخنا في كتاب المغني روايتين (إحداهما) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لأن دعواه تكذيب لا قراره فلا تسمع كما لو أقر المضارب أنه ربح ألفا ثم قال غلظت 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 لأن العادة جارية في الاقرار بالقبض قبله فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال ويفارق الاقرار البينة من وجهين

(أحدهما) ان العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبلها لأنها تكون شهادة زور (والثاني) انكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرّد غير هذا الوجه، وكذلك ان أقر أنه اقترض منه ألفا وقبضها أو قال له علي الف ثم قال ما كنت قبضتها وانها أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز الا على اليقين (مسألة) (وان باع شيئا ثم أقر ان المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري) لأنه يقر على غيره ولا يفسخ البيع لذلك وتلزمه غرامته للمقر له لأنه ق فوته عليه بالبيع وكذلك ان وهبه أو أعتقه ثم أقر به. (مسألة) (وان قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله) لأن الأصل ان الانسان إنما يتصرف فيما له التصرف فيه الا ان يقيم بينة فيقبل ذلك فإن كان قد أقر أنه ملكه أو قال قبضت ثمن ملكي أو نحوه لم تسمع بينته أيضا لأنها تشهد بخلاف ما أقر به (فصل) إذا قال له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كان اقرارا بما أبدل به كلامه ولم يكن إقرارا بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها وذكر القاضي في هذا وجهها أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء إنما هو بدل الاشتمال وهو ان يبدل من الشيء

بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله تعالى (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فإنه  
أبدل القتال  
من الشهر المشتمل عليه، وقال تعالى اخباراً من فتى موسى عليه السلام أنه قال (وما  
أنسانيه الا  
الشیطان ان أذكره) أي أنساني ذكره وان قال له هذه الدار ثلثها أو ربعها 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 لولاه  
ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وانه يجوز ابدال الشيء من غيره إذا  
كان مشتملاً  
عليه ألا ترى ان الله تعالى ابدل 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  
إياها وان يعود فيما أعاره والله أعلم  
(فصل) إذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتنيها فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما  
قبل نقده  
الثلث أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو  
مقربها لمدعي  
الزوجية لأنه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكرانها ملكه ويدعي حلها بالزوجية فيثبت الحل  
لاتفاقهما عليه  
ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما أنه لا يستحق أخذها وإن كان قبل قبض الثمن وبعد  
الاستيلاء فالبائع يقر أنها  
صارت أم ولد ولدها حر وأنه لا مهر لها ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله  
فيحكم بحرية الولد لاقرار من ينسب

إليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الأصل، ولا ترد الأمة إلى البائع لاعترافه  
بأنها أم  
ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري انه ما اشتراها ويسقط عنه الثمن الا قدر  
المهر فإنه يجب  
لاتفاقهما 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 يجعل على البائع يمينا لأنه لا يرى  
اليمين في انكار  
النكاح، ونفقة الولد على أبيه لأنه حر ونفقة الأمة على زوجها لأنه اما زوج واما سيد  
وكلاهما سبب  
لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فإن كان فيه فضل فهي موقوفة لأننا أزلنا  
عنها ملك السيد  
واثبتنا لها حكم الاستيلاء فإن ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لأنه إما أن يكون  
صادقا فهو يستحق  
على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما  
يدعيه وإن كان كاذبا  
فهي ملكه وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة، وان ماتت بعد  
الوطى فقد ماتت  
حرة وميراثها لولدها وورثتها فإن لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لأن أحدا لا يدعيه  
وليس للسيد  
أن يأخذ منه قدر الثمن لأنه يدعي الثمن على الواطى وميراثها ليس له لأنه قد مات قبلها  
وإن كان اختلافهما قبل  
الاستيلاء فقال شيخنا عندي أنها تقبر في يد الزوج لاتفاقهما على حلها له واستحقاقه  
امساکها وإنما  
اختلفا في السبب ولا ترد إلى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه وللبائع أقل الأمرين  
من الثمن أو المهر  
لاتفاقهما على استحقاقه لذلك والامر في الباطن على ذلك فإن السيد إن كان صادقا  
فالأمة حلال

لزوجها بالبيع وإن كان كاذبا فهي حلال له بالزوجة والقدر الذي اتفقا عليه إن كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنا وإن كان كاذبا فهو يستحقه مهرا وقال القاضي يحلف الزوج أنه ما اشتراها لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفي الزوجة لأنه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتحالفان معا ويسقط الثمن عن الزوج لأن البيع ما ثبت ولا يجب المهر لأن السيد لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع إليه فيملكها ظاهرا وباطنا كما يرجع البائع في السلعة عند فلس المشتري بالثمن لأن الثمن ههنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود إليه ملكا (والثاني) يرجع إليه في الظاهر دون الباطن لأن المشتري امتنع من أداء الثمن مع امكانه فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فإن كان وفق حقه أو دونه أخذه وان زاد فالزيادة لا يدعيها أحد، ولأن المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الأول فهل تقر في يد المشتري أو ترجع إلى بيت المال؟ يحتمل وجهين، وان رجع البائع فقال صدق خصمي ما بعته إياها بل زوجته لم يقبل في اسقاط حرية 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 صحيحا بالنسبة إلى البائع لأنه

محكوم له برقه وفي حق المشتري استنقاذا فإذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره  
السابق ويصير كما  
لو شهد رجلان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثا فرد الحاكم شهادتهما فدفعا إلى الزوج  
عوضا ليخلعها  
صح وكان في حقه خلعا صحيحا وفي حقهما استخلاصا، ويكون ولاؤه موقوفا لأن  
أحدا لا يدعيه فإن  
البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقه الا البائع وأنا استخلصته فإن مات  
وخلف ما لا فرجع  
أحدهما عن قوله فالمال له لأن أحدا لا يدعيه سواه لأن الراجع إن كان البائع فقال  
فقال المشتري  
كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لاقراره ببطلان البيع وإن كان  
الراجع المشتري  
قبل في المال لأن أحدا لا يدعيه سواه ولا يقبل قوله في نفي الحرية لأنها حق لغيره وان  
رجعا معا  
فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لأنه لأحدهما ولا نعرف عينه ويحتمل أن من هو  
في يده يأخذه  
ويحلف لأنه منكر وان لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو  
في يده فإن لم  
يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحدا لا يدعيه ويحتمل أن 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 انه ليس له عنده عبد سواه فإن  
رجع 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 نفي الآخر

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا قال غصبت هذا العبد من زيد لابل من عمرو أو غصبت من زيد وملكه لعمرو لزمه دفعه إلى زيد ويغرم قيمته لعمرو  
إذا قال غصبت هذا العبد من زيد لابل من عمر وحكم به لزيد ولزمه تسليمه إليه ويغرم لعمرو  
وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال في الآخر لا يضمن لعمرو شيئاً ولنا أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد إلى المغضوب منه ثم لم يرد ما أقر بعضه 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 للأول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق بين أن يكون  
اقراره بكلام متصل أو منفصل.  
(مسألة) (وان قال ملكه لعمرو وغصبت من زيد فهي كالمسألة التي قبلها)  
ولا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل وقيل يلزمه دفعه إلى عمرو يغرمه لزيد لأنه  
لما أقربه لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد قال شيخنا وهذا وجه حسن ولأصحاب الشافعي  
وجهان كهذين، ولو قال هذا الألف دفعه إلي زيد وهي لعمرو أو قال هو لعمرو ودفعه إلي زيد  
فكذلك على ما مضى من القول فيه  
(مسألة) (وان قال غصبت من أحدهما أو هو لأحدهما صح الاقرار)



لأنه يصح بالمجهول فصح للمجهول ثم يطالب بالبيان فإن عين أحدهما دفع إليه  
ويحلف للآخران  
ادعاه ولا يغرم له شيئاً لأنه 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 فإن كان لأحدهما بينة  
حكم له بها وان  
لم تكن بينة أقرعنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه، وان بين الغاصب بعد  
ذلك مالها قبل  
منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه إذا ادعى كل واحد أنه المغصوب منه توجهت عليه  
اليمين لكل واحد  
منهما انه لم يغصبه فإن حلف لأحدهما لزمه دفعها إلى الآخر لأن ذلك يجري مجرى  
تعيينه وان نكل  
عن اليمين لهما جميعاً فسلمت إلى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر لأنه  
نكل عن يمين توجهت  
عليه فقضي عليه كما لو ادعاه وحده  
(فصل) وإن كان في يده عبدان فقال أحد هذين لزيد طوّل بالبيان فإذا عين أحدهما  
فصدقه زيد  
اخذه وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في الذي ينكره وان قال زيد إنما لي  
العبد الآخر  
فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع إلى زيد العبد الذي يقر به له  
ولكن يقر  
في يد المقر لأنه لم يصح اقراره به في أحد الوجهين، وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه  
انه لا  
تملكه ويكون في بيت المال لأنه لا مالك له معروف فأشبهه ميراث من لا يعلم وارثه،  
فإن أبي التعيين فعينه  
المقر له وقال هذا عبدي طوّل بالجواب وان أنكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر  
وان نكل عن اليمين

قضي عليه وان أقر له فهو كتعيينه  
(فصل) إذا قال هذه الدار لزيد لابل لعمره أو ادعى زيد علي ميت شيئاً معيناً من تركته  
فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمره، وسنذكر  
ذلك

فيما بعد أن شاء الله تعالى  
(مسألة) (وان أقر بألف في وقتين لزمه الف واحد)  
وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه الفان كما لو قال له علي الف والف لا فربق  
بين أن يكون

في وقت واحد أو أوقات أو مجلس واحد أو مجالس  
ولنا أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله الخبر عن رساله نوحا  
وهودا وصالحا

وشعيبا وإبراهيم وموسى وعيسى عليهم السلام ولم يكن المذكور في قصة غير  
المذكور في الأخرى كذا  
ههنا لأنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصف أطلقه في حال ووصفه في حال وان  
وصفه بصفة واحدة

في المرتين كان تأكيداً لما ذكرنا  
(مسألة) (وان أقر بألف من ثمن عبد ثم أقر بألف من ثمن فرس أو قرض لزمه الفان)  
وكذلك ان قال ألف درهم سود والف درهم بيض لأن الصفة اختلفت فهما متغايران  
(مسألة) (وان ادعى رجلان دار في يد غيرهما شركة بينهما بالسوية فأقر لأحدهما  
بنصفها

فالمقر به بينهما نصفان.

وجملة ذلك انهما إذا ادعيا أنهما ملكاها بسبب يوجب الاشتراك مثل ان يقولوا ورثناها  
وابتعتها  
معا فأقر المدعى عليه بنصفها فذلك لهما جميعا لأنهما اعترفا أن الدار لهما مشاعة فإذا  
غصب غاصب نصفها  
كان منهما والباقي بينهما و ان لم يكونا ادعيا شيئا يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد  
منهما فأقر  
لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنهما لم يعترفا بالاشتراك،  
فإن أقر لأحدهما  
بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه إليه وكذلك إن كان قد تقدم اقراره  
بالنصف  
وجب تسليمه إليه لأن الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلته فثبت لمن يقر  
له وان لم يكن  
اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فإن قيل فكيف يملك  
جميعها ولم  
يدع الا نصفها؟ قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى أقر بشيء لانسان  
فصدقه  
المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه، ويجوز أن  
يكون اقتصر  
على دعوى النصف لأن له حجة به ولا النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف  
الذي لم  
يعترف له به. فإن لم يصدقه في اقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به الآخر ففيه  
ثلاثة  
أوجه (أحدها) يبطل الاقرار لأنه أقر لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم حتى يثبت  
لمدعيه  
ويؤجره ويحفظ أجرته لملكه (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم التنازع فيه ومذهب  
الشافعي في  
هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

(مسألة) (وان قال في مرض موته هذا الألف لقطعة فتصدقوا به لزم الورثة الصدقة بثلثه) قال أبو الخطاب إذا لم يكن له مال غيره لأنه جميع ماله والامر بالصدقة وصية بجميع المال  
فلا يلزم منه إلا الثلث وحكي عن القاضي أنه يلزمهم الصدقة بجميعه لأن أمره بالصدقة به يدل على  
تعدية فيه على وجه يلزمهم الصدقة بجميعه فيكون ذلك اقرارا منه لغير وارث فيجب  
امثاله  
(فصل) قال الشيخ رحمه الله (إذا مات رجل وخلف مائة فادعاها رجل فادعاها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها  
آخر فأقر له فهي للأول ويغرمها للثاني)  
وجملة ذلك أنه إذا ادعى زيد على ميت شيئا معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو  
فصدقه أو  
قال هذه الدار لزيد لابل لعمرو حكم بها لزيد وعليه غرامتها لعمرو وهذا أحد قولي  
الشافعي وقال في  
الآخر لا يغرم لعمرو شيئا وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما وجب 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  
باعتراف عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقربه  
(مسألة) (وان أقربها لهما معا فهي بينهما) لتساويهما في الدعوى والاقرار لهما

(مسألة) (وان أقر لأحدهما وحده فهي له ويحلف للآخر أنه لا يعلم أنها له وان نكل فقضي عليه بالنكول) لأن النكول كالاقرار ولو أقر لزمه الغرم فكذلك إذا نكل عن اليمين

(مسألة) (وان ادعى رجل على الميت مائة دينا فأقر له ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فإن

كان في مجلس واحد فهي بينهما وإن كان في مجلسين فهي للأول ولا شيء للثاني) وجملة ذلك أن الميت إذا خلف وارثا وتركة فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق الميراث

فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لها فإذا أقر بعد ذلك لآخر وكان في المجلس صحح الاقرار

واشتركا في التركة لأن التركة حالة المجلس كحالة واحدة بدليل صحة القبض بها فيما يعتبر القبض فيه

وامكان الفسخ فيه ولحقوق الزيادة في العقد فكذلك في الاقرار، وإن كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره

لأنه يقر بحق على غيره فإنه يقر بما يقتضي مشاركة الأول في التركة وينقص حقه منها ولا يقبل اقرار

الانسان على غيره وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لأن الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر

الموروث لهما لقبول فكذلك الوارث ولان منعه من الاقرار يفضي إلى إسقاط حق الغرماء لأنه قد لا

يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بتعيينه ولان من قبل اقراره أولا قبل اقراره ثانيا إذا لم

تتغير حاله كالموروث.

ولنا أنه اقرار بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره تعلقا يمنع تصرفه فيه على وجه يضربه فلم يقبل كإقرار الراهن بجناية على الرهن أو الجاني، وأما الموروث فإن أقر في صحته صح لأن 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 الأول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يعلق به ديناً آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعليق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فإنه لا يملك أن يتعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلتزم قضاء الدين (مسألة) (وان خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة ديناً على الميت فصدقه أحد الابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها) لأنه مقر على أبيه بدين ولا يلزمه أكثر من نصف دين أبيه ولأنه يقر على نفسه وأخيه فلا يقبل اقراره على أخيه ويقبل على نفسه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في أواخر كتاب الاقرار (مسألة) (الا أن يكون عدلاً فيحلف الغريم مع شهادته ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين) وإنما لزم المقر نصف المائة لأنه يرث نصف التركة فيلزمه نصف الدين لأنه يقدر ميراثه ولو لزمه جميع الدين لم تقبل شهادته على أحد لكونه يدفع عن نفسه ضرراً ولأنه يرث نصف التركة فلزمه نصف الدين كما لو ثبت بيينة أو باقرار الميت

(مسألة) (وان خلف ابنين وعبدین متساوي القيمة لا يملك غيرهما 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 فإن وقعت على من اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه ان لم يجيزا عتقه  
كاملا وان وقعت على  
الآخر كان حكمه كما لو عين العتق في العبد سواء).  
هذه المسألة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت الخوف أو بالوصية لأنه لو  
أعتقه في صحته  
عتق كله ولم يقف على إجازة الورثة، فإذا اعترفا أنه عتق أحدهما في مرضه لم يخل من  
أربعة أحوال  
(أحدها) أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لأن ذلك ثلث جميع ماله الا أن  
يجيزا عتق جميعه  
فيعتق (الثاني) أن يعين كل منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من كل  
واحد ثلثه لأن كل  
واحد منهما حقه نصف العبدین فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف  
الذي له وذلك  
الثلث ولأنه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منهما وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه  
فله النصف وهو  
السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه  
(الثالث) ان يقول أحدهما أبي أعتق هذا ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من  
منهما فتقوم  
القرعة مقام تعيين الذي لم يعين فإن وقعت على الذي عينه أخوه عتق ثلثاه كما لو عيناه  
بقولهما وإن

وقعت على الآخر كما لو عين كل واحد منهما عبدا يكون لكل واحد منهما سدس  
العبد الذي عينه  
ونصف العبد الذي ينكر عتقه ويصير ثلث كل واحد من العبدین حرا (الرابع) أن يقولوا  
أعتق  
أحدهما ولا ندري من منهما فإنه يقرع بين العبدین فمن وقت له القرعة عتق ثلثاه ان لم  
يجيزا عتق  
جميعه وكان الآخر رقيقا  
(فصل) فإن رجع الابن الذي جهل عين العتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو  
عينه ابتداء  
من غير جهل وإذا كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم وان خالفها عتق من  
الذي عينه ثلثه  
بتعيينه فإن عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وان عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق  
في الذي  
عتق بالقرعة على وجهين  
(باب الاقرار بالمجمل)  
(إذا قال له علي شيء أو كذا قيل له فسر فإن أبي حبس حتى يفسر فإن مات أخذ وارثه  
بمثل  
ذلك أن خلف الميت شيئا يقضى منه وإلا فلا)  
وجملة ذلك أنه إذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره بغير خلاف،  
ويفارق



الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع  
الجهالة دون ماله  
ولان المدعي إذا لم يصح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير  
ولا يمكن رجوعه  
عن اقراره فيضيع حق المقر له فالزمناء إياه مع الجهالة فإن امتنع من تفسيره حبس حتى  
يفسر وقال  
القاضي يجعل ناكلا يؤمر المقر له بالبيان فإن بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وان كذبه  
وامتنع من البيان  
قيل له ان بينت وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك وهذا قول الشافعي إلا أنهم قالوا إن  
بنت وإلا أحلفنا  
المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فإن فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على  
المقر، ووجه الأول  
أنه ممتنع من حق عليه فحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه، ومع ذلك فمتى عينه  
المدعي وادعاه فنكل  
المقر فهو على ما ذكره فإن مات من عليه الحق أخذ وارثه بمثل ذلك لأن الحق ثبت  
على موروثهم فتعلق  
بتركته وقد صارت إلى الورثة فلزمهم ما لزم موروثهم كما لو كان الحق معيناً، وان لم  
يخلف الميت تركة.  
فلا شئ لي الورثة لأنهم ليس عليهم وفاء دين الميت إذا لم يخلف تركة كما لا يلزمهم  
في حياته، وذكر  
صاحب المحرر رواية ان الوارث ان صدق موروثه في اقراره أخذ به وإلا فلا والصحيح  
الأول قال  
وعندي ان أبي الوارث أن يفسر وقال لاعلم لي بذلك حلف ولزمه من التركة ما يقع  
عليه الاسم فيما إذا  
وصى لفلان بشئ ويحتمل أن يكون حكم المقر كذلك إذا حلف أن لا يعلم كالوارث  
(مسألة) (وان فسره بحق شفعة أو مال قبل وان قل وان فسره بمال كقشر جوزة أو مينة  
أو

خمر 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 جنسا آخر أولا يدعي شيئا فيبطل اقراره، وان فسره بما لا يتمول عادة كقشر جوزة أو قشر باذنجانة لم يقبل تفسيره لأن اقراره اعترف 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 لأنه شيء يجب رده وتسليمه إليه فالإيجاب يتناوله (والثاني) لا يقبل لأن الإقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وان فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لأنه هذا لا يتمول عادة على انفراده، وان فسره بحد قذف قبل لأنه حق يجب عليه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لأنه لا يؤول إلى مال والأول أصح لأن ما يثبت في الذمة يصح ان يقال هو علي ويصح تفسيره بحق شفعة لأنه حق واجب ويؤول إلى المال وان فسره برد السلام أو تشميت العاطس ونحوه لم يقبل لأنه يسقط بفواته ولا يثبت في الذمة وهذا الإقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره إذا أراد حقا علي رد سلامه إذا سلم وتشميته إذا عطس لما روي في الخبر (للمسلم على المسلم ثلاثون حقا يرد سلامه ويشمت عطسته ويجب دعوته) (مسألة) (وان قال غصبت منه شيئا ثم فسره بنفسه أو ولده لم يقبل) لأن الغصب لا يثبت عليه

وان أراد أني حبستك وسجنتك قبل ذكره في المحرر وان فسر به بما ليس بمال مما  
ينتفع به قبل لأن الغصب  
يشتمل عليه كالكلب وجلد الميتة لأنه قد يقهره عليه، وان فسر به بما لا نفع فيه أو مالا  
يباح  
الانتفاع به لم يقبل لأن أخذ ذلك ليس بغصب وهذا الذي ذكرناه في هذا الباب أكثره  
مذهب  
الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزن 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) تقبل الشهادة على الاقرار بالمجهول لأن الاقرار به صحيح وما كان صحيحا في  
نفسه  
صححت الشهادة به كالمعلوم  
(مسألة) (وان قال له علي مال عظيم أو خطير أو كثير أو جليل 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 لأن يقطع به السارق ويكون صداقا عنده وعنه لا يقبل أقل من مائتي درهم وبه  
قال صاحباه  
لأنه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال  
يزيد على ذلك  
أقل زيادة منهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعد اثنان وسبعون لأن الله سبحانه  
وتعالى قال

(لقد نصر كم الله في مواطن كثيرة) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولان الحجة لا تسمى مالا عظيما ولا كثيرا 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 إليه ولأنه ما من مال الا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيما لفقر نفسه ودناءتها واما ما ذكره فليس فيه تحديد الكثير وكون ما ذكره كثيرا لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (واذكروا الله كثيرا) فلم ينصرف إلى ذلك وقال تعالى كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة فلم يحمل على ذلك والحكم فيما إذا قال عظيم جدا أو عظيم كما لو لم يقله لما قرناه (فصل) وان أقر بمال قبل تفسيره بالقليل والكثير كالمسألة قبل هذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله سبحانه (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) وقوله (وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) وحكي بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه الأول كقولنا والثاني لا يقبل الا في أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم والثالث ما يقطع به السارق ويصح مهرا لقول الله تعالى (لن تبغوا بأموالكم)

ولنا ان غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفا ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه واما آية الزكاة فقد دخلها التخصيص وقوله تعالى (في أموالهم حق) لم يرد بها الزكاة لأنها نزلت بمكة قبل قرص الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قوله تعالى (ان تبتغوا بأموالكم) والترويح جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب (مسألة) (وان قال له علي دراهم كثيرة قبل تفسيره بثلاثة فصاعدا) أما إذا قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لأنها أقل الجمع، وان قال له دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمته ثلاثة أيضا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنها أقل جمع الكثرة وقال أبو يوسف لا يقبل أقل من مائتين لأن بها يحصل الغنى وتجب الزكاة ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالأوصاف 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 إلى ما دونها أو كبيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال (مسألة) (وان قال له علي كذا درهم أو كذا وكذا درهم أو كذا كذا درهم بالرفع لزمه درهم) لأن تقديره شيء هو درهم وان قال بالخفض لزمه بعض درهم لأن كذا يحتمل أن يكون جزءا

مضافا إلى درهم ويرجع في تفسيره إليه إذا فسره بذلك لأنه محتمل  
(مسألة) (وان قال كذا درهما بالنصب لزمه درهم) ويكون منصوبا على التمييز  
(مسألة) (وان قال كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد والقاضي يلزمه درهم) لأن  
الدرهم  
الواحد يجوز أن يكون تفسيراً لشيئين كل واحد بعض درهم (وقال أبو الحسن التميمي  
يلزمه درهماً) لأنه  
ذكر جملتين فسرها بدرهم فيعود التفسير إلى كل واحدة منهما (كقوله عشرون  
درهماً)  
إذا قال كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف (الثانية) أن  
يكرب بغير عطف  
(الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا: فأما الأولى فإذا قال له علي كذا درهم لم يخل من  
أربعة أحوال  
(أحدها) أن يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل  
الدرهم بدلا من كذا  
(الثاني) أن يقول درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء  
درهم أو يعرض  
درهم ويكون كذا كناية عنه  
(الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوبا على التفسير وهو التمييز  
وقال بعض  
النحويين هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وهذا على قول  
الكوفيين  
(الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضا لأنه يجوز أن يكون أسقط  
حركة

الجر 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 الجر والوقف (المسألة الثانية) إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرير سواء) لا يتغير ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء مشى ولأنه إذا قاله بالجر احتل أن يكون قد أضاف جزءا إلى جزء ثم أضاف الجزء الأخير إلى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا كذا لأنه يحتمل أن يرد ثلث خمس تسع درهم ونحوه (المسألة الثالثة) إذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد) لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما فصار كأنه قال هما درهم، وان قال درهما بالنصب ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضي لأن كذا يحتمل أقل من درهم فإذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاما صحيحا وهذا يحكي قولاً للشافعي (الثاني) يلزمه درهما وهو اختيار أبي الحسن التميمي لأنه ذكر جملتين فإذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى كل واحد كقوله عشرون درهما يعود التفسير إلى العشرين كذا ههنا وهذا يحكي قولاً ثابتاً للشافعي (الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير للجمله التي تليه فيلزمه بها درهم والأولى باقية على ابهامها فيرجع في تفسيرها إليه وهذا يشبه قول التميمي، وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لأنه أقل

عددا يفسر بالواحد المنصوب، وان قال كذا كذا درهمما لزمه أحد عشر درهما لأنه أقل عدد مركب  
يفسر بالواحد المنصوب، وان قال كذا وكذا رهما لزمه أحد وعشرون درهما لأنه أقل عدد عطف  
بعضه على بعض يفسر بذلك وان قال كذا درهم بالجر 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 وبالمركب أحد عشر ولا نعرف لفظا مفردا متناولا لعدد  
صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره  
(مسألة) (وان قال له علي الف رجوع في تفسيره إليه فإن فسره بأجناس قبل منه) لأنه يحتمل ذلك  
(مسألة) (وان قال له علي الف ودرهم أو الف ودينار أو الف وثوب أو فرس أو درهم وألف أو دينار والف فقال ابن حامد والقاضي الألف من جنس ما عطف عليه) وبه قال أبو ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير الألف إليه لأن الشيء يعطف  
على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولان الألف مبهم فيرجع



في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليه، وقال أبو حنيفة ان عطف على المبهم  
مكيلا أو موزونا كان  
تفسيرا له، وان عطف مذروعا أو معدودا لم يكن تفسيرا لأن علي للايجاب في الذمة  
فإذا عطف عليه  
ما يثبت في ذمته بنفسه كان تفسيرا له كقوله مائة وخمسون درهما  
ولنا أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الأخرى قال الله تعالى (ولبثوا في  
كهفهم  
ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا) وقال تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولأنه ذكر  
مبهما مع تفسير لم  
يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة  
 وخمسون درهما أو ثلاثمائة  
وثلاثة عشر رجلا، يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة  
المقارنة له يصلح أن يفسره  
يوجب حمل الامر على ذلك، وأما قوله أربعة أشهر وعشرا فإنه امتنع أن تكون العشر  
أشهر الوجهين  
(أحدهما) أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغير هاء  
(والثاني) أنها  
لو كانت أشهرا لقال أربعة عشر شهرا 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 درهما أو مائة  
ودرهم عند أبي حنيفة  
فإن قيل إذا قال مائة وخمسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يراد به العدد  
فصلح تفسير الجميع  
ما قبله بخلاف قوله مائة ودرهم فإنه ذكر الدرهم للايجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به  
العدد قلنا هو  
صالح للايجاب والتفسير معا والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الامر على ذلك  
صيانة لكلام  
المقر عن الالباس والابهام وصرفا له إلى البيان والافهام، وقول أبي حنيفة إن علي  
للايجاب قلنا فمتى  
عطف ما يجب بها على ما لا يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسرا وأمكن تفسيره  
به وجب أن يكون  
المبهم من جنس المفسر، فاما ان لم يكن من جنس المفسر مثل أن يعطف عدد المذكور

(३३०)

على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم  
على ابهامه كما لو  
قال له أربعة دراهم وعشر  
(مسألة) (وان قال له علي الف وخمسون درهما أو خمسون والف درهم فالجميع  
دراهم)  
ويحتمل على قول التميمي ان يرجع في تفسير الألف إليه وهو قول بعض أصحاب  
الشافعي وكذلك  
ان قال الف وثلاثة دراهم أو مائة والف درهم والصحيح الأول فإن الدرهم المفسر  
يكون تفسيرا  
لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبرا 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 \* سودا كخافية العراب الأسحم  
ولان الدرهم ذكر تفسيرا ولهذا لا يجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيرا  
لجميع ما قبله ولأنها  
تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب جملة على ذلك وهذا المعنى موجود في  
قوله الف وثلاثة  
دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل المجمل من جنس المفسر لو  
قال بعثك هذا بمائة  
وخمسين درهما أو بخمسة وعشرين درهما لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول  
عليه وان قال له علي ألف درهم  
الا خمسين فالمستثنى دراهم لأن العرب لا تستثنى في الاثبات إلا من الجنس  
(مسألة) (وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون  
الألف مبهما  
يرجع في تفسيره إليه وهو قول مالك والشافعي)  
لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الألف مبهم والدرهم لم  
يذكر  
تفسيرا له فبقي على ابهامه.

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فمتى علم أحد الطرفين علم أن الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه علتة تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول أبي الحسن التميمي وأبي الخطاب يسئل عن المستثنى فإن فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر يبطل في الأصح (فصل) وان قال له تسعة وتسعون درهما فالجميع دراهم ولا أعلم فيه خلافا وكذلك ان قال مائة وخمسون درهما وخرج بعض أصحابنا وجها أنه لا يكون تفسيراً الا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي (مسألة) وان قال له في هذا العبد شركة أو هو شريكي فيه أو هو شركة بينهما رجع إلى تفسير نصيب الشريك إليه) وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاقتضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا. ولنا ان 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 ثبتت التسوية فيها بدليل آخر، وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا وان قال له فيه سهم فكذلك وقال القاضي يحمل على السدس كالوصية (مسألة) وان قال له علي أكثر من مال فلان قيل له فسر فإن فسره بأكثر منه قدر اقبل وان قال أردت أكثر بقاء نفعا لأن الحلال أنفع من الحرام قبل قوله مع يمينه) سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أولم يذكره أما إذا فسره بأكثر منه قدراً فإنه يقبل تفسيره ويلزمه أكثر منه وتفسر الزيادة بما يريد من قليل أو كثير ولو حبة حنطة، ولو قال ما علمت لفلان أكثر من كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه

(३६५)

أكثر مما اعترف به لأن مبلغ المال حقيقة لا تعرف في الأكثر وقد يكون ظاهرا وباطنا يملك ما يعرفه المقر فكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه أكثر منه وان فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل، وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالكثير والقليل وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولا لأنه لا يحتمل انه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لأنه في الذمة، قال القاضي ولو قال لي عليك ألف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها لأن لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوسا أو حبة حنطة أو شعير أو دخن فيرجع في تفسيرها إليه وهذا بعيد فإن لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وينصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا أكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا أكثر منك مالا وقالوا نحن أكثر أموالا وأولادا) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال، ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمع جيادا صحاحا وازنة حالة ولو قال له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع إلى مطل الاحتمال سقط الاقرار واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا (مسألة) (ولو ادعى عليه دينا فقال لفلان علي أكثر ممالك، وقال أردت التهزئ لهما لزمه ويرجع في تفسيره إليه في أحد الوجهين) وفي الآخر لا يلزمه شيء لأنه أقر لفلان بحق موصوف بالزيادة على مال المدعي فيجب عليه ما أقربه لفلان ويجب للمدعي حق لأن لفظه يقتضي أن يكون له شيء، وفي الآخر لا يلزمه شيء لأنه يجوز أن يكون أراد حقك علي أكثر من حقه والحق لا يختص بالمال



(٣٤٨)

(فصل) إذا قال له علي الف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لأن الشيء يحتمل الكثير والقليل لكن لا يجوز استثناء الأكثر فيتعين حمله على ما دون النصف، وكذلك ان قال إلا قليلاً لأنه مبهم فأشبهه قوله إلا شيئاً وان قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة ان ادعت عليه (فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لأن ذلك ما بينهما وان قال من درهم إلى عشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لأن من لا ابتداء الغاية وأول الغاية منها وإلى لانتها الغاية فلا تدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام إلى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لأن الأول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ويلزمه ما بينهما كالتالي قبلها. (والثالث) تلزمه عشرة لأن العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالأول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله إلى آخره، وان قال أردت بقولي من واحد إلى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنتان كذلك إلى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار 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 فوقه أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم أو درهم ودرهم أو درهم بل درهمان أو درهمان بل درهم لزمه درهمان) إذا قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو معه درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لأنه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم، وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال، وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لأن هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر لايه وقد ذكر ذلك



في سياق الاقرار

(٣٤٩)

فالظاهر أنه اقرار، ولأن قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فإنه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لأن فوق يقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم لأن 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 واحدا سواء ذكره بما يقتضي زيادة أو نقصا، وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان فإن قال قبله درهم وبعده درهم ثلاثة لأن قبل وبعده تستعمل للتقديم والتأخير

(مسألة) وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجهها فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل الصفة ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو وثم ولأنه عطف شيئا على شيء بالفاء

فاقتضى ثبوتهما كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي، وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صغار أو مؤجلة، وان قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا انه إذا قال

أردت بالثالث تأكيد الثاني وبيانه انه يقبل وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الثالث في لفظ الثاني وظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لأن الواو للعطف وهو يقتضي المغايرة فوجب أن يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الأول والاقرار لا يقتضي تأكيدا فوجب حمله على العدد، وكذلك الحكم



(३००)

إذا قال علي درهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم فإن قال له علي درهم ودرهم ثم درهم أو درهم فدرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهها واحدا لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين فلم يحتمل التأكيد (مسألة) (فإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاضراب فلما أقر بدرهم واضرب عنه لزمه لأنه لا يقبل رجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقربهما ولنا انه إنما نفى الاقتصار على واحد وأثبت الزيادة عليه فأشبهه ما لو قال له علي درهم بل أكثر فإنه لا يلزم أكثر من اثنين. (مسألة) (وان قال له علي درهمان بل درهم أو درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم أو درهمان؟

علي وجهين) ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يلزمه درهم واحد لأن احمد قال فيمن قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق انها لا تطلق إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي لأنه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كما لو أقر بدرهم ثم أنكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل إلا أن 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 لأن ما بعد الاضراب يغير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقربه بعده فيجب الاثبات كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعا كما لو قال له علي درهم ودرهم ولأنا لو لم نوجب عليه إلا درهما جعلنا كلامه لغوا واضرابه غير مفيد والأصل في كلام العاقل أن يكون مفيدا.

(३०१)

(مسألة) (ولو قال له علي هذا الدرهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة) لا نعلم في ذلك خلافاً لأنه

متى كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو قفيز حنطة بل قفيز شعير لزمه الجميع لأن الأول لا يمكن أن يكون الثاني ولا بعضه فكان مقرا بهما

ولا يقبل رجوعه معن شيء منهما وكذلك كل جملتين أقر بإحدهما ثم رجع إلى الأخرى لزمه

(مسألة) (وان قال درهم في دينار لزمه درهم وان قال له علي درهم في عشرة لزمه درهم

إلا أن يريد الحساب فيلزمه عشرة، أما إذا قال له عندي درهم في دينار فإنه يسئل عن مراده فإن قال

أردت العطف أو معنى مع لزمه الدرهم والدينار وان قال أسلمته في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره

لأن سلم أحد النقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لأن 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 إلى سنة فصدقه بطل اقراره لأنه إن كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وإن كان

قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وان كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهم

وأما إذا قال درهم في عشرة وقال أردت في عشرة لي لزمه درهم لأنه يحتمل ما يقول وان قال أردت

الحساب لزمه عشرة وان قال أردت مع عشرة لزمه أحد عشر لأن كثيرا من العوام يريدون بهذا

اللفظ هذا المعنى فإن كان من أهل الحساب احتمل أن لا يقبل لأن الظاهر من الحساب استعمال ألفاظه

في معانيها في اصطلاحهم ويحتمل أن يقبل فإنه لا يمتنع ان يستعمل اصطلاح العامة (مسألة) (وان قال هل عندي تمر في جراب أو سكين في قراب أو ثوب في منديل أو

عبد عليه

عمامة أو دابة عليها سرج فهل يكون مقرا بالمظروف دون الظرف؟ وجهان)

(أحدهما) يكون مقرا بالمظروف دون الظرف وهذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك

والشافعي  
لأن اقراره يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه (والثاني) يلزمه  
الجميع  
لأنه ذكر ذلك في سياق الاقرار فلزمه كما لو قال له علي خاتم فيه فص وكذلك ان قال  
غصبت منه ثوبا  
في منديل أو زيتا في زق، واختار شيخنا فيما إذا قال عبد عليه عمامة أن يكون مقرا  
بهما وهو قول أصحاب  
الشافعي وقال أبو حنيفة في الغصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لأن المنديل يكون  
ظرفا للثوب فالظاهر أنه  
ظرف له في حال الغصب فصار كأنه قال غصبت ثوبا ومنديلا

ولنا أنه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول غصبت ثوبا في منديل ولو  
قال هذا لم يكن مقرا بغصبه فإذا أطلق كان محتملا له فلم يكن مقرا بغصبه كما لو قال  
غصبت دابة في اصطبلها  
(مسألة) (وان قال له عندي خاتم فيه فص فهو مقر بهما)  
لأن الفص جزء من الخاتم فأشبهه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ويحتمل أن يخرج  
على الوجهين  
فيكون مقرا بالخاتم وحده، وان قال فص في بالخاتم احتمل وجهين، فإن قال له عندي  
خاتم وأطلق لزمه  
الخاتم بفصه لأن اسم الخاتم بفصه لأن اسم الخاتم يجمعهما وكذلك ان قال له علي  
ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه لما ذكرنا.  
(فصل) وان قال له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة ففيه أيضا  
وجهان  
ذكرناهما وقال أصحاب الشافعي تلمزه عمامة العبد دون السرج لأن العبد يده علي  
عمامته ويده كيد  
سيده ولا يد للدابة والدار.  
ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجا علي دابة  
أحدهما كان لصاحبها  
فهو كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها  
كمان مقرا بهما بغير  
خلاف لأن الباء تعلق الثاني بالأول  
(مسألة) (وان قال له علي درهم أو دينار لزمه أحدهما يرجع في تفسيره إليه) لأن أو  
وإما في الخبر  
الشك وتقتضي أحد المذكورين لا هما فإن قال له علي إما درهم وإما درهمان كان  
مقرا بدرهم والثاني  
مشكوك فيه فلا يلزم بالشك



كتاب العارية  
وهي مشتقة من عار الشيء إذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطل عيار لتردده في بطالته،  
والعرب تقول  
أعاره وعاره مثل أطاعه وطاعة، وهي إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال، والأصل فيها  
الكتاب والسنة  
والاجماع، أما الكتاب فقولته تعالى ويمنعون الماعون روي عن ابن عباس وابن مسعود  
قالا العوراي  
وفسرها ابن مسعود قال القدر والميزان والدلو. واما السنة فروي عن النبي صلى الله  
عليه وسلم أنه قال  
في خطبته في حجة الوداع (العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقتضي والزعيم  
غارم) قال الترمذي  
حديث حسن غريب وروى صفوان بن أمية ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه  
أدراعا يوم حنين  
فقال أغصبا يا محمد؟ قال (بل عارية مضمونة) رواه أبو داود  
واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ولأنه لما جازت هبة الأعيان جازت  
هبة المنافع ولذلك  
صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعا، وهي مندوب إليها غير واجبة في قول أكثر  
أهل العلم وقيل هي  
واجبة للآية ولما روى أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (مامن صاحب إبل  
لا يؤدي حقها)  
الحديث قيل يا رسول الله وما حقها؟ قال (إعارة دلوها واطراق فحلها ومنحة لبنها يوم  
ورودها) فذم الله تعالى

مانع العارية وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكره في خبره  
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك) رواه  
ابن المنذر وروي  
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (ليس في المال حق سوى الزكاة) وفي حديث  
الاعرابي الذي سأل  
النبي صلى الله عليه وسلم ما ذا فرض الله على من الصدقة؟ أو قال الزكاة، قال هل على  
غيرها؟ قال (لا، إلا  
أن تتطوع شيئاً) أو كما قال والآية فسرهما ابن عمر والحسن بالزكاة وكذلك زيد بن  
أسلم وقال عكرمة  
إذا جمع ثلاثتها فله الويل إذا سها من الصلاة وراعى ومنع الماعون.  
(فصل) ولا تجوز إلا من جائز التصرف لأنه تصرف في المال أشبه البيع وتنعقد بكل  
لفظ أو  
فعل يدل عليها كقوله أعرتك هذا، أو يدفع إليه شيئاً ويقول أبحتك الانتفاع به أو خذ  
هذا فانتفع به  
أو يقول أعزني هذا أو اعطنيه أركبه أو أحمل عليه فيسلمه إليه وأشباه هذا لأنه إباحة  
للتصرف فصح  
بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف.  
(مسألة) (وهي هبة منفعه تجوز في كل المنافع الا منافع البضع)  
تجوز إعاره كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعبيد  
والجوارى والدواب  
والثياب والحلي للبس والفحل للضراب والكلب للصيد وغير ذلك لأن النبي صلى الله  
عليه وسلم استعار ادراعا  
وذكر إعاره دلوها وفحلها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فثبت الحكم في هذه  
الأشياء

وما عداها يقاس عليها إذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاءه من المنافع ملك اباحته

إذا لم يمنع منه مانع كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير للوزن فإن استعارها لينفقها فهو قرض

وهذا قول أصحاب الرأي، وقيل لا يجوز ذلك ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئاً

ولنا ان هذا معنى القرض فانعقد القرض به كما لو صرح به فأما منافع البضع فلا تستباح بالبذل ولا بالإباحة

اجماعاً وإنما يباح بأحد شيئين الزوجية وملك اليمين قال الله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون \* إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين \* فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان منافع البضع

لو أبيحت بالبذل والعارية لم يحرم الزنا لأن الزانية تبذل نفعها له والزاني مثلها (مسألة) (ولا تجوز إعاره العبد المسلم لكافر) لأنه لا يجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز عاريتة لذلك

ولا تجوز إعاره الصيد لمحرم لأنه لا يجوز له امساكه (مسألة) (ويكره إعاره الأمة للشابة لرجل غير محرّمها)

إن كان يخلو بها وينظر إليها لأنه لا يؤمن عليها فإن كانت شوهاء أو كبيرة فلا بأس لأنها لا يشتهد مثلها وتجوز

اعارتها لامرأة ولذي محرّمها لعدم ذلك، ولا تجوز إعاره العين لنفع محرّم كإعاره الدر لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه

أو يعصي الله تعالى فيها أو لا إعاره عبد للزمر أو لسقيه الخمر أو يحملها إليه أو يعصرها ونحو ذلك لأنه إعانة على المحرم

(مسألة) (واستعارة والديه للخدمة) لأنه يكره استخدامهما فكر استعارتهما لذلك

(مسألة) وللمعير الرجوع فيها متى شاء ما لم يأذن في شغلها بشئ يستضر المستعير  
 برجوعه) تجوز العارية مطلقه ومؤقتة لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام وللمعير الرجوع  
 فيها متى شاء سواء كانت  
 مطلقه أو مؤقتة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك ان كانت مؤقتة فليس له  
 الرجوع قبل الوقت  
 وان 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 ولان  
 المنافع إنما تستوفى شيئاً فشيئاً فكلما استوفى منفعة فقد قبضها والذي لم يستوفه لم  
 يقبضه فجاز الرجوع فيه  
 كالهبة قبل القبض، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصى الرجوع ولم يملك الورثة  
 الرجوع لأن التبرع  
 من غيرهم وأما المستأجر فهو مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز  
 للمستعير الرد متى شاء  
 بغير خلاف نعلمه لأنه إباحة فكان لمن أبيع له تركه كإباحة الطعام  
 (مسألة) (فإن أذن له في شغله بشئ يستضر المستعير برجوعه فيه لم يجوز له الرجوع)  
 لما فيه من اضرار بالمستعير مثل ان يعيره سفينة لحمل متاعه أو لوحاً يرقع به سفينة  
 فرقعها به ولحج في البحر  
 لم يجوز الرجوع ما دامت في لجة البحر لذلك وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد  
 الخروج منه لعدم الضرر  
 (مسألة) (وان أعاره أرضاً للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت)

وله الرجوع فيها قبل الدفن وليس له الرجوع بعد الدفن حتى يصير الميت رميا قاله ابن  
البناء  
(مسألة) (وان اعاره حائط ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه) إذا أعاره  
حائطا ليضع عليه  
أطراف خشبه جاز كما تجوز إعارة الأرض للغراس والبناء وله الرجوع قل الوضع  
وبعده ما لم بين عليه لأنه  
لا ضرر عليه فيه فإن بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وإن قال أنا  
أدفع إليك ما ينقص بالقطع لم يلزم  
المستعير ذلك لأنه إذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع  
شئ من ملكه بضمان القيمة  
(مسألة) (وان سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده)  
سواء بنى الحائط بآلة أو بغيرها لأن العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما  
فيه من الضرر  
بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك بانهدامه وسواء زال الخشب عنه  
بذلك أو أزاله المستعير  
باختياره وكذلك لو زال الخشب والحائط بحاله  
(مسألة) (وان أعاره أرضا للزرع لم يرجع إلى الحصاد الا أن يكون مما يحصد قصلا  
فيحصده)  
إذا أعاره أرضا للزرع فله الرجوع ما لم يزرع فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن  
ينتهي الزرع  
فإن بذل المعير له قيمة الزرع ليملكه فلم يكن له ذلك نص عليه احمد لأن له وقتا  
ينتهي إليه فإن كان مما يحصد  
قصيلا فله الرجوع في وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه

(مسألة) وإن أعارها للغراس والبناء شرط عليه القطع 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 لأن المستعير دخل في العارية راضيا بالتزام الضرر الداخلك عليه بالقطع  
وليس على صاحب الأرض  
ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافا فاما تسوية الحفر فإن كانت مشروطة عليه لزمه  
لما ذكرنا والا لم يلزمه لأنه  
رضي بضرر القطع من الحفر ونحوه بشرط القلع  
(مسألة) وإن لم يشترط لم يلزمه الا أن يضمن له المعير النقص)  
فإذا لم يشترط المعير القلع لم يلزم المستعير القلع لما فيه من الضرر عليه فإن ضمن له  
النقص لزمه لأنه رجوع في  
العارية من غير اضرار فإن قلع فعليه تسوية الأرض وكذلك ان اختار أخذ بنائه وغراسه  
فإنه يملكه فملك نقله  
لأن القلع باختياره لو امتنع منه لم يجبر عليه قلعه لاستخلاص ملكه من ملك غيره  
فلزمته التسوية كالشفيع إذا أخذ  
غرسه وقال القاضي لا يلزمه ذلك لأن المعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بان له  
قلع غرسه الذي لا يمكن الا بالحفر  
(مسألة) (فإن أبا القلع في الحال التي لا يجبر عليه فيها فبذل له المعير قيمة الغراس  
والبناء ليملكه  
أجبر المستعير عليه)  
كالشفيع مع المشتري والمؤجر مع المستأجر فإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض  
لتصير لي  
لم يلزم المعير لأن الغراس والبناء تابع والأرض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء في  
البيع ولا تتبعهما وبهذا كله  
قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان الا أن يكون  
أعاره مدة معلومة فرجع

قبل انقضائها لأن المعير لم يغره فكان عليه القطع كما لو شرط عليه  
ولنا أنه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القطع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما  
لو طالبه قبل  
انقضاء الوقت وقولهم لم يغره ممنوع فإن الغراس والبناء يراد للتبعية وتقدير المدة  
ينصرف إلى ابتدائه كأنه  
قال لا تغرس بعد هذه المدة  
(مسألة) (فإن امتنع المعير من دفع القيمة وأرش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع  
الاجر لم يقلع)  
لأن العارية تقتضي الانتفاع بغير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر ازالته رضى  
بالإبقاء  
ولان قول النبي صلى الله عليه وسلم (ليس لعرق ظالم حق) مفهومه أن العرق الذي  
ليس بظالم له حق فبعد ذلك أن  
اتفقا على البيع بيعت الأرض بغراسها وبنائها ودفع مالي كل واحد منهما قدر حقه  
فيقال كم قيمة الأرض  
بلا غراس ولا بناء فإذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مغروسة مبنية فإن قالوا خمسة عشر  
فيكون للمعير ثلثا  
الثلثين وللمستعير ثلثه  
(مسألة) (وان أبا البيع ترك بحاله) وقلنا لهما انصرفا فلا حكم لكما عندنا  
(مسألة) (وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر) وجملته أن للمعير  
التصرف في أرضه  
(مسألة) ودخولها والانتفاع بها كيف شاء بما لا يضر بالغراس والبناء ولا ينتفع بهما،  
وللمستعير الدخول للسقي  
والاصلاح وأخذ الثمرة وليس له الدخول لغير حاجة من التفرج ونحوه لأنه قد رجع  
في الاذن له

ولان الاذن في الغرس اذن فيما يعود بصلاحه ولكل واحد منهما بيع ما يختص به مع الملك  
ومنفردا فيقوم المشتري مقام البائع، وقال بعض الشافعية ليس للمستعير البيع لأن ملكه  
في الشجر  
والبناء غير مستقر لأن للمير اخذه منه متى شاء بقيمته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه  
بدليل الشقص  
المشفوع والصداق قبل الدخول  
(مسألة) (ولم يذكر أصحابنا اجرة من حين الرجوع في هذه المسائل)  
الا فيما إذا استعار أرضا فزرعها ورجع المعير فيها قبل كمال الزرع فعليه اجر مثلها من  
حين الرجوع  
لأن الأصل جواز الرجوع وإنما 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 شئ من المواضع لأن  
حكم العارية باق  
فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والإعارة تقتضي الانتفاع  
(مسألة) (وان غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه)  
العارية تنقسم قسمين مطلقة ومؤقتة تبيح الانتفاع ما لم ينقضي الوقت لأنه استباح ذلك  
بالاذن  
ففيها عدا محل الاذن يبقى على أصل المنع فإن كان المعار أرضا لم يكن له ان يغرس  
ولا يبني ولا يزرع  
بعد الوقت أو الرجوع فإن فعل شيئا من ذلك فهو غاصب يأتي حكمه في باب لغصب



(فصل) يجوز ان يستعير دابة ليركبها إلى موضع معلوم لأن إيجارها جائزة والإعارة  
أوسع  
لجوازها فيما لا تجوز إيجارته كالكلب للصيد، فإن استعارها إلى موضع فجاوزه فقد  
تعدى وعليه أجر المثل  
للزائد خاصة وان اختلفا فقالا لمالك أعرتكها إلى فرسخ وقال المستعير إلى فرسخين  
فالقول  
قول المالك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك إن 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)  
(مسألة) (وان حمل السيل بذرا إلى أرض فنبت فيها فهو لصاحبه)  
ولا يجبر على فعله وقال أصحاب الشافعي يجبر عليه في أحد الوجهين إذا طالبه رب  
الأرض لأن  
ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه فأشبهه ما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك  
غيره  
ولنا ان قلعه اتلاف للمال عنى مالكة ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر  
على ذلك  
كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها  
فإنه لا يجبر على  
قتلها، ويفارق أغصان الشجرة فنه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل في الهواء  
فيؤدي أجره  
إذا ثبت هذا فإنه يقر في الأرض إلى حين حصاده بأجر مثله وقال القاضي لا أجر عليه  
لأنه حصل في  
أرض غيره بغير تفريطه أشبهه ما إذا باتت دابته في أرض إنسان بغير تفريطه والأول أولى  
لأن الزامه

تبقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع اضرار به وشغل لملكه بغير اختياره فلم يجز  
كما لو أراد ابقاء البهيمة في دار غيره عاماً، ويفارق مبيتها لأن ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من إخراجها فإذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ويكون الزرع لملك البذر لأنه عين ماله ويحتمل ان لصاحب الأرض اخذه بقيمته كزرع الغاصب على ما ذكره والأول أولى لأنه بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الاجر إليه، وان أحب مالكة قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه (مسألة) (وإن حمل السيل نوى غرس رجل فنبت في أرض غيره كالزيتون ونحوه فهو لملك النوى) لأنه من نماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لأن ضرره يدوم فهو كأغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غيره، وهل يكون كغرس الشفع أو كغرس الغاصب؟ على وجهين (أحدهما) يكون كغرس الغاصب لأنه حصل في ملك غيره بغير اذنه (الثاني) كغرس الشفع لأنه حصل في ملك غيره بغير تفريط منه ولا عدوان. (فصل) وان حمل السيل أرضاً بشجرها فنبتت في أرض آخر كما كانت فهي لملكها يجبر على ازالتها كما ذكرنا وفي كل ذلك إذا ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل إليها لم يلزمه نقله ولا اجره ولا غيره لأنه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكانت الخيرة

إلى صاحب الأرض المشغولة به ان شاء أخذه لنفسه وان شاء قلعه.  
(فصل) قال رضي الله عنه (وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر)  
لأنه ملك التصرف بقول المالك واذنه فأشبهه المستأجر لأنه ملكه باذنه فوجب ان يملك  
ما يقتضيه  
الاذن كالمستأجر، فعلى هذا ان اعاره للغراس والبناء فله ان يزرع ما شاء وان استعارها  
للزراع لم  
يغرس ولم يبن وان استعارها للغرس أو البناء ملك المأذون له فيه منها دون الآخر لأن  
ضررها مختلف،  
وكذلك إن استعارها لزراع الحنطة فله زرع الشعير وقد ذكرنا ذلك مفصلا في الإجارة  
وكذلك إن  
أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فانقلعت  
لم يملك  
غرس أخرى لأن الاذن اختص بشئ لم يجاوزه.  
(فصل) ومن استعار شيئا فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لأن وكيله نائب عنه ويده  
كيده،  
وليس له أن يؤجره إلا أن يأذن فيه لأنه لم يملك المنافع فلم يكن له أن يملكها ولا نعلم  
في هذا  
خلافًا ولا خلاف بينهم ان المستعير لا يملك العين وأجمعوا على أن للمستعير استعمال  
المعار فيما أذن له فيه  
(فصل) وليس له أن يرهنه بغير اذن مالكة، وله ذلك باذنه بشروط ذكرناها في باب  
الرهن  
ولا يصير المعير ضامنا للدين وقال الشافعي يصير ضامنا في رقبة عبده في أحد قوليهِ  
لأن العارية ما يستحق به  
منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضمان

ولنا انه اعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامنا كسائر العواري وإنما يستحق بالعارية  
النفع المأذون  
فيه وما عداه من النفع فهو لمالك العين.  
(مسألة) (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وان شرط نفي ضمانها سواء تعدى  
المستعير فيها أولم يتعد)  
روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وهو قول الشافعي وإسحاق، وقال الحسن  
والنخعي  
والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والأوزاعي وابن شبرمة: هي  
أمانة  
لا يجب ضمانها إلا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى  
الله عليه وسلم قال:  
(ليس على المستعير غير المغل ضمان) ولأنه قبضها باذن مالکها فكانت أمانة  
كالوديعة، قالوا وقول النبي  
صلى الله عليه وسلم (العارية مؤداة) يدل على أنه أمانة لقول الله تعالى (إن الله يأمركم  
أن  
تؤدوا الأمانات إلى أهلها).  
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان بل عارية مضمونة، 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 منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا  
إذن في  
الاتلاف فكان مضمونا كالمغصوب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن  
عبد الجبار عن  
عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدار قطعي ويحتمل أنه  
أراد ضمان المنافع  
والاجر وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم.

(فصل) وان شرط نفي الضمان لم يسقط وبه قال الشافعي وقال أبو حفص العكبري يسقط قال  
أبو الخطاب أو ما إليه احمد وبه قال قتادة والعنبري لأنه لو أذن في اتلافها لم يجب  
ضمانها فكذلك إذا  
أسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعنبري 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 ببيع صحيح أو فاسد وما  
اقتضى الأمانة  
فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم اخبار  
بصفة العارية وحكمها، وفارق  
ما إذا أذن في الاتلاف فإن الاتلاف فعل يصح فيه الاذن ويسقط حكمه إذ لا ينعقد  
موجبا للضمان  
مع الاذن فيه واسقاط الضمان ههنا 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  
بالانتفاع  
المأذون فيه فإنه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وان  
كانت أقل ضمنها  
بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعا ويضمنها بمثلها ان كانت مثلية  
(مسألة) (وكل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه لأن مقتضى العقد كونه أمانة فإذا  
شرط  
ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو اشترط ضمان  
الوديعة أو ضمان مال في يد

مالكه وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه لأن مقتضى العقد الضمان فإذا 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 والأول ظاهر المذهب لما ذكرناه (مسألة) (وان تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين) وجملة ذلك أن المستعير إذا انتفع بالعارية ثم ردها على صفتها فلا شيء عليه لأن المنافع مأذون في إتلافها فلا يجب عوضها وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ضمنه لأن ما تضمن جملة تضمن أجزاؤه كالمغصوب فأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة ففيه وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لأنه أجزاء عين مضمونة فوجب ضمانها كالمغصوب ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كالأجزاء التي لا تتلف بالاستعمال (والثاني) لا يضمنها وبه قال الشافعي لأن الأذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في إتلافها صريحا وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إنما أذن في إتلافها على وجه الانتفاع فإذا تلفت قبل ذلك فقد فاتت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فإنه يضمن منافعها فإن قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال قومت حال التلف لأن الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذونا في إتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وان قلنا تضمن الأجزاء قومت العين قبل

تلف أجزائها فإن تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه كمن استعار ثوبا ليلبسه فحمل فيه ترابا  
فإنه يضمن نقصه ومنافعه لأنه تلف بتعديه وان تلفت بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها بمرور الزمان  
الطويل عليها ووقوع نار فيها ضمن ما تلف بالنار ونحوها لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه  
فهو كتلفها بفعل لم يأذن فيه وما تلف بطول الزمان كالذي تلف بالاستعمال لأنه تلف بالامسك المأذون  
فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه  
(فصل) ولا يجب ضمان ولد العارية في أحد الوجهين لأنه لم يدخل في الإعارة فلم يدخل في  
الضمان ولا فائدة للمستعير فيه أشبه الوديعة ويضمن في الآخر لأنه ولد عين مضمونة أشبه ولد المغصوبة  
والأول أصح فإن ولد المغصوبة لا يضمن إذا لم يكن مغصوبا وكذلك العارية إذا لم يؤخذ مع أمه  
(مسألة) (وليس للمستعير أن يعير) وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وفي الآخر له ذلك  
وهو قول أبي حنيفة لأنه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كإجارة المستأجر ويحتمل أن يكون مذهب لأحمد  
في العارية المؤقتة بناء على كونه إذا أعاره أرضه سنة ليني فيها لم يحل الرجوع قبل السنة لأنه قد  
ملك المنفعة فجازت له اعارتها كالمستأجر بعقد لازم وحكاه صاحب المجرد قولاً لأحمد، وقال أصحاب  
الرأي إذا استعار ثوبا ليلبسه فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه وقال مالك  
إذا لم يعمل بها إلا الذي أعيرها فلا ضمان عليه  
ولنا ان العارية إباحة المنفعة فلا يجوز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام وفارق الإجارة فإنه ملك

الانتفاع على كل وجه فملك ان يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها  
على وجه ما أذن فيه  
فأشبهه من أبيع له أكل الطعام. فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله ان  
يطالب من شاء  
منهما لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه والثاني استوفاه بغير إذنه فإن  
ضمن الأول  
رجع على الثاني لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عله وان ضمن الثاني لم يرجع  
على الأول  
إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الأول لأنه غر  
الثاني ودفع  
إليه العين على أنه يستوفي منافعها بغير عوض  
(مسألة) (وان تلفت عند الثاني فللمالك تضمين أيهما شاء)  
لما ذكرنا ويستقر الضمان على الثاني بكل حال لأنه قبضها على أنها مضمونة عليه فإن  
ضمن الأول  
رجع الأول على الثاني ولا يرجع الثاني ان ضمنه على أحد  
(مسألة) (وعلى المستعير مؤنة رد العارية)  
لقول النبي صلى الله عليه وسلم (العارية مؤداة) وقوله (على اليد ما أخذت حتى ترده)  
قال الترمذي هذا حديث  
حسن، ويجب ردها إلى المعير أو الوكيل في قبضها ويبرأ 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  
فإن رد العواري في العادة يكون إلى املاك أربابها فيكون مأذونا فيه عادة



ولنا انه لم يردّها إلى مالکها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي وما ذكره يبطل

بالسارق إذا رد المسروق إلى الحرز ولا نسلم ان العادة ما ذكر (مسألة) وان رد الدابة إلى اصطلب المالك أو غلامه لم يبرأ الا بردها إلى من جرت عادته

بجريان ذلك على يده كالسائس ونحوه)

قد ذكرنا في المسألة قبلها إلا ردها إلى المكان الذي أخذها منه، وان ردها إلى زوجته المتصرفه

في ماله أو رد الدابة إلى سائسها فقال القاضي يبرأ في قياس المذهب لأن احمد قال في الوديعة إذا

سلمها إلى امرأته لم يضمها لأنه مأذون في ذلك أشبه ما لو أذن فيه نطقا

(فصل) ومن استعار شيئا فانتفع به ثم ظهر مستحقا فلما لكنه أجر مثله يطالب به من شاء منهما

فإن ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم لأنه غره بذلك وغرمه لأنه دخل عن انه لا أجره عليه

وان ضمن المعير لم يرجع على أحد لأن الضمان استقر عليه قال احمد في قصار دفع ثوبا إلى غير صاحبه

فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وسنذكره في الغصب إن شاء الله تعالى.

(فصل) وان اختلفا فقال أجرتك قال بل أعرتني عقيب العقد والبهيمة قائمة بالقول قول الراكب

إذا اختلف رب الدابة والراكب فقال الراكب هي عارية وقال المالك أكرتکها

وكانت الدابة باقية لم تنقص وكان الاختلاف عقيب العقد فالقول قول الراكب مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته منها لأن الأصل عدم عقد الإجارة ويرد الدابة إلى مالِكها وكذلك إذا ادعى المالك انها عارية وقال الراكب قد أ فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا (مسألة) (وإن كان بعد مضي مدة لها أجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون ما بقي منها) حكى ذلك عن مالك وقال أصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوب الشافعي لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضا لها والأصل عدم وجوبه وبرائة ذمة الراكب منه. ولنا أنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى ملك الراكب فكان القول قول المالك كما لو اختلفا في عين فقال المالك بعتكها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري مجرى الأعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الأعيان كان القول قول المالك كذا ههنا وما ذكره يبطل بهذه المسألة ولأنهما اتفقا على أن المنافع لا تنتقل إلى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قول في كيفية الانتقال كالأعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر (مسألة) (وهل يستحق أجر المثل أو المدعى إذا زاد عليها؟ على وجهين) (أحدهما) أجر المثل لأنهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لأنه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كأصل والأول أصح لأن الإجارة لا تثبت بدعوى المالك بغير بينة وإنما يستحق بدل النفعة وهو أجر المثل وقيل يلزمه أقل الأمرين لأنه إن كان المسمى أقل فقد رضي به وإن كان أكثر فليس له الا أجر المثل لأن الإجارة لم تثبت وإنما يكون القول قول المالك إذا اختلفا في أثناء المدة فيما مضى منها واما فيما بقي فالقول قول المستعير لأن ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا

عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة أنها عارية وادعى الآخر بأجرة فهو يدعي استحقاق المنافع ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته (مسألة) وان اختلفا بعد تلف الدابة فقال المالك أعرتك وقال الراكب بل أجرتنى فالقول قول المالك إذا كان قبل مضي مدة لها اجرة) سواء ادعى الإجارة أو العارية لأنه ان ادعى الإجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه، وان ادعى الإجارة فهو يدعي قيمتها والقول قوله لأنهما اختلفا في صفة القبض والأصل فيما يقبضه الأنساب من مال غيره الضمان لقول النبي صلى الله وسلم (على اليد ما أخذت حتى ترده) حديث حسن وإذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لأنه منكر للزيادة المختلف فيها والأصل عدما، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لها أجرة والبهيمة تالفة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الإجارة أو الإعارة إذا لا فائدة في اليمين على شئ يعرف له به خصمه ويحتمل أن لا يأخذه الا بيمين لأنه يدعي شيئا لا يصدق فيه ويعترف له خصمه بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه وإن كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الدابة

أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاخر ادعى  
الراكب  
انها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء  
وادعى الراكب  
أنها عارية فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فإذا حلف استحق ما حلف عليه  
ومذهب  
الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا  
(مسألة) (وان قال أجررتني أو أعرتني قال بل غصبتني فالقول قول المالك وقبل قول  
الغاصب)  
إذا كان الاختلاف عقيب العقد والداية قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف ويأخذ  
المالك دابته وكذلك  
ان كانت الدابة تالفة وادعى الراكب العارية لأن القيمة تجب على المستعير كوجوبها  
على الغاصب، وإن كان  
الاختلاف بعد مضي مدة لها أجرة فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك وهذا  
ظاهر قول  
الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب وذكره بعض أصحابنا لأن المالك  
يدعي عليه عوضا  
الأصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها لحق فكان القول قول صاحبها  
ولنا ما قدمنا في المسألة التي قبلها بل هذا أولى لأنهما ثم اتفقا على أن المنافع ملك  
الراكب وههنا  
لم يتفقا على ذلك فإن المالك ينكر انتقال الملك فيها إلى الراكب والراكب يدعيه  
والقول قول المنكر  
لأن الأصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر، فإن قال المالك غصبتها وقال الراكب  
أجررتنيها  
فالاختلاف ههنا في وجوب القيمة لأن الاجر يجب في الموضوعين الا أن يختلف  
المسمى وأجر المثل  
فالقول قول المالك مع يمينه في وجوب القيمة فإن كانت الدابة تالفة عقيب أخذها  
حلف وأخذ قيمتها  
وان كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما  
على استحقاقه  
وكذلك إن كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وإن كان زائدا عن  
المسمى لم يستحقه  
الا باليمين وجها واحدا والله أعلم



(۳۷۳)

كتاب الغصب وهو الاستيلاء على مال الغير قهرا بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب  
فقول 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  
فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون) وأما السنة فروى جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم  
قال في خطبته يوم النحر (ان دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا) رواه  
مسلم وغيره، وعن سعيد ابن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من أخذ شبرا من الأرض  
ظلما طوقه من سبع أرضين) متفق عليه، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي 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  
(مسألة) (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 الغير  
فأشبهت الحر ولنا أنها تضمن بالقيمة فضمنت بالغصب كالقن ولأنها مملوكة أشبهت المدبرة  
وفارقت الحره فإنها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

(مسألة) (ويضمن العقار بالغصب ويتصور غصب الأراضي والدور ويجب ضمانه على عاصبه)  
هذا ظاهر مذهب أحمد وهو المنصوص عند أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضا فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض وإن 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 فإن أتلّفها ضمنها بالاتلاف لأنه لم يوجد فيها النقول والتحويل فلم يضمنها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولأن الغصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجهه ول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار ولنا قوله عليه السلام (من ظلم شبراً من الأرض طوقه يوم القيمة من سبع أرضين) متفق على معناه وفي لفظ (من غصب شبراً من الأرض) فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولأن 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 واستولى على ماله فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولي على داره، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها أو كشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغراسه أو بنائه فيضمنه بغير خلاف بين العلماء لأن 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 أولم يكن وقال أصحاب الشافعي إن دخلها بغير

(२१०)



اذنه ولم صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له في دخولها لأن يد الداخل تثبت عليها بذلك فيصير غاصبا فإن الغصب اثبات اليد العادية وهذا قد تثبت يده بدليل أنهما لو تنازعا في الدار ولا بينة حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها باذنه 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 اذن.

(مسألة) (وان غصب كلبا فيه نفع أو خمر ذمي لزمه ردهما) إذا غصب كلبا يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبهه المال، وان أتلفه لم يغرمه 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 فإن أتلفها لم يلزمه قيمتها سواء أتلفه مسلم أو ذمي وسواء كان المسلم أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكرا لمسلم أو لذمي فلا ضمان عليه وكذلك الخنزير وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمان الخمر والخنزير إذا أتلفهما على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلما بالقيمة وإن كان ذميا بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عينا قومها كنفس الذمي وقد عصم خمر الذمي بديل ان المسلم يمنع من اتلافها فيجب أن يقومها ولأنها مال لهم يتمولونها لما روي عن عمر رضي الله عنه ان عامله كتب إليه: ان أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمر فكتب إليه عمر ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها فإذا كانت مالا لهم وجب ضمانها كسائر أموالهم

ولنا ما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (ألا ان الله ورسوله حرم بيع الخمر  
والميتة  
والخنزير والأصنام) متفق عليه وما حرم بيعه لا لحرمة لم تجب قيمته كالميتة ولان ما  
لم يكن مضمونا  
في حق المسلم لا يكون مضمونا في حق الذمي كالمرتد، ولأنها غير متقومة فلا تضمن  
كالميتة، ودليل أنها  
غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فإن تحريمها ثبت  
في حقهما وخطاب النواهي يتوجه  
إليها فما ثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر ولا نسلم أنها معصومة بل متى  
أظهرت حلت إراقته  
ثم لو عصمها ما لزم تقومها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين  
وقولهم إنها مال عندهم  
ينتقض بالعبد المرتد فإنه مال عندهم، فاما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك  
التعرض لهم وإنما أمر  
بأخذ عشر أثمانها لأنهم إذا تبايعوا وتقاوضوا حكمنا بالمالك ولم تنقضه وتسميتها  
أثمانا مجاز كما سمي  
الله تعالى ثمن يوسف ثمنا فقال (وشروه بثمن جنس)  
(فصل) فإن غصب من مسلم خمرًا حرم ردها ووجبت إراقته لأن أبا طلحة سأل  
رسول الله  
صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرًا فأمره بإراقته، وان أتلفها أو تلفت عنده لم  
يجب ضمانها لما  
روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (ان الله إذا حرم شيئًا حرم ثمنه)  
ولان ما  
حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فإن أمسكها حتى صارت خلا لزمه  
ردها لأنها صارت خلا على  
حكم ملكه فلزمه ردها فإن تلفت ضمنها له لأنها مال المغصوب منه تلف في يد  
الغاصب، فإن أراقها

فجمعها أسنان فتخلت عنده رد الخل لأنه أخذها بعد اتلافها وزوال اليد عنها  
(مسألة) (وان غضب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين) بناء على طهارته بالدباغ  
فمن قال  
بطهارته أوجب رده لأنه يمكن اصلاحه فهو كالثوب النجس ومن قال لا يطهر لم  
يجب رده لأنه  
لا سبيل إلى اصلاحه وان أتلفه أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمن لأنه لا قيمة له بدليل انه  
لا يحل بيعه  
(مسألة) (وان دبغه وقلنا بطهارته يلزمه رده كالخمر إذا تخللت ويحتمل أن لا يجب  
رده)  
لأنه صار مالا بفعله بخلاف الخمر وان قلنا لا يظهر لم يجب رده لأنه لا يباح الانتفاع  
به ويحتمل أن يجب  
رده إذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لأنه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب  
وكذلك قبل الدباغ  
(مسألة) (وان استولى على حر لم يضمنه بذلك)  
لا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحر فإنه لا يضمن بالغصب إنما يضمن بالاتلاف  
فإن حبس حرا فمات  
عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال إلا أن يكون صغيرا ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمنه  
لأنه حر أشبه الكبير  
وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يضمنه لأنه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة منه  
أشبه العبد الصغير، فإن قلنا  
لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليته؟ على وجهين (أحدهما) لا يضمنه لأنه تبع له وهو  
تحت يده أشبه ثياب  
الكبير (والثاني) يضمنه لأنه استولى عليه أشبه ما لو كان منفردا  
(مسألة) (وان استعمل الحر كرما فعليه أجرته (لأنه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه  
ضمانها

كمنافع العبد، وان حبسه مدة لمثلها أجرة ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجرتك المدة  
 لأنه فوت منفعته  
 وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد (والثاني) لا يلزمه  
 أجرتك 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 وجهاً واحداً لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم  
 يضمن منافعه فالحر أولى  
 ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في  
 الغصب وهذا كله مذهب الشافعي  
 (فصل) ويلزمه رد المغصوب ان قدر على رده وان غرم عليه اضعاف قيمته إذا كان باقياً  
 لقول  
 رسول الله صلى الله عليه وسلم (على أيد ما أخذت حتى ترده) رواه أبو داود وابن  
 ماجة والترمذي وقال  
 حديث حسن وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه  
 وسلم قال (لا يأخذ  
 أحدكم متاع صاحبه لاعبا جادا ومن أخذ عصا أخيه فليردها) رواه أبو داود يعني أنه  
 يقصد المزح  
 مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الغم والغيبض عليه ولأنه أزال يد المالك عن  
 ملكه بغير حق  
 فلزمته إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب إذا كان بحاله لم يتغير ولم  
 يشتغل بغيره  
 (فصل) فإن غصب شيئاً فبعد لزم رده وان عرم عليه اضعاف قيمته لأنه جنى بتبعيده  
 فكان ضرر  
 ذلك عليه فإن قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من  
 قيمته ولا يسترده  
 لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وان قال المالك دعه  
 لي في مكانه الذي نقلته

إليه لم يملك الغاصب رده لأنه أسقط عنه حقا فسقط وان لم يقبله كما لو أبرأه من دينه  
وان قال رده

لي إلى بعض الطريق لزمه لأنه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه  
ما أسقطه كما لو

أسقط عنه بعض دينه وان طلب منه حملة إلى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم  
الغاصب ذلك سواء

كان أقرب إلى المكان الذي يلزم رده إليه أولا لأنه معاوضة، وان قال دعه في مكانه  
وأعطني أجر

رده لم يلزمه ذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما  
(مسألة) (وان خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه ورده) مثل أن يخلط حنطة بشعير أو  
سمسم أو

صغار الحب بكباره أو زيبيا أسود بأحمر لما ذكرنا وأجر المميز عليه كاجر رده إذا  
بعده وان أمكن

تمييز بعضه وجب تمييز ما أمكن منه وان لم يمكن تمييز شيء منه فسنذكره إن شاء الله  
تعالى

(مسألة) (وان بنى عليه لزمه رده الا أن يكون قد بلي) إذا غصب شيئا فشغله بملكه  
كحجر نبي

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 هالكا فوجب قيمته كما لو تلف، وإن كان باقيا  
بحاله لزمه رده وان

انتقض البناء وتفصل الثوب وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجب أداء  
الخشبة والحجر

لأنه صار تابعا لملكه يستضر بقلعه فلم يجب رده كما لو غصب خيطا فخاط به جرح  
عبده

ولنا أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فيجوز كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي  
يخاف على العبد من قلعه

لأنه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته إلى ذلك تبيح أخذه  
ابتداء بخلاف البناء

(مسألة) (وان سمر بالمسامير بابا لزمه قلعها وردها) لما ذكرنا من الحديث  
(فصل) وان غصب فصيلا فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها دار  
ثم  
بنى الباب ضيقا لا يخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض  
البناء لرد الساجة  
فإن كان حصوله في الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقص الباب وضمائه على  
صاحب الفصيل لأنه  
لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار، وأما الخشبة فإن كان كسرها أكثر  
ضررا من نقض  
الباب فهي كالفصيل وإن كان أقل كسرت ويحتمل في الفصيل مثل هذا متى كان  
ذبحه أقل ضررا ذبح  
وأخرج لحما لأنه في معنى الخشبة، وإن كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه  
كرجل غصب دارا  
وأدخلها فصيلا أو خشبة أو تعدى على انسان فأدخل داره فرسا ونحوها كسرت  
الخشبة وذبح  
الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيكون عينه، ولو  
باع دارا فيها  
خوابي لا تخرج الا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضررا من  
بقاء ذلك  
في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان إصلاحه على البائع لأنه لتخليص ماله،  
وإن كان  
أكثر ضررا لم ينقض لأنه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بان يشتريه مشتري  
الدار أو غير ذلك  
(فصل) وان غصب جوهرة فابتلعها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الخيط الذي  
خاط به جرحها  
على ما نذكره، قال شيخنا ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان ذبح  
وردت إلى مالكها  
وضمن الحيوان على الغاصب الا أن يكون الحيوان آدميا ويفارق الخيط فإنه في الغالب  
أقل قيمة من

الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين إليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يكن اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله فإن كان التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شئ على صاحب الجوهرة لأن التفريط من غيره فكان الضرر على المفرط.

(فصل) وان أدخلت رأسها في قمقم ولم يمكن اخراجه الا بذبحها أو كسر القمقم وكان ضرر ذبحها أقل ذبحت وإن كان كسر القمقم أقل كسر، فإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وإن كان من صاحب القمقم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه وان لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة، وان كسر القمقم لأنه كسر لتخليص شاته وإذا ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم لأنه لتخليص ماله فإن قال من عليه الضمان منهما أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لأن اتلاف مال الآخر إنما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فإذا رضي بتلفه لم يجز إتلاف غيره، وان قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمقم لا يجبر على شئ لأنه لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له اما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما أن تغرم القمقم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضرراً لأن ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزم كعلفها، فإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن

يكون حمه حكم المأكول فيما ذكرنا، واحتمل ان يكسر القمقم وهو قول أصحابنا  
لأنه لانفع  
في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير  
مأكلة، ويحتمل  
أن يكون كالمأكول في أنه متى كان قتله أقل ضررا أو كانت الجناية من صاحبه قتل  
لأن حرمة  
معارضة بحرمة مال الأدمي الذي يتلف والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن إضاعة  
المال، وفي كسر القمقم  
مع كثرة قيمته إضاعة المال.  
(فصل) وان غصب دينارا فوق في محبرته أو اخذ دينار غيره فسهي فوق في محبرته  
كسرت ورد  
الدينار كما ينقض البناء لرد الخشبة وكذلك إن كان درهما أو أقل وان وقع من غير فعله  
كسرت لرد  
الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لتخليص ماله، وان غصب دينارا فوق في محبرة  
آخر بفعل الغاصب  
أو بغير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب في كسرها وإن  
كان كسرها أكثر ضررا  
من تبقيته الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم يكسر، وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره  
عدوانا فأبى صاحب  
المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى برميها فيها فلم يجبر صاحبها على  
اتلاف ماله لإزالة ضرر  
عدوانه عن نفسه وعلى الغصب 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 الأرض بغير  
اذن المالك لاخذ غرسه  
يضمن نقصها بالحفر يضمن نقصها بالحفر وعلى الوجهين لو كسرها الغاصب قهرا لم  
يلزمه أكثر من قيمتها  
(مسألة) (وان زرع الأرض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها)



إذا غصب أرضاً فزرعها وردّها بعد حصاد الزرع فهو للغاصب لا نعلم فيه خلافاً لأنه  
نماء ماله وعليه  
أجر المثل إلى وقت التسليم وضمن النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة  
كأراضي البصرة أو نقصت  
لغير ذلك ضمن نقصها لما نذكره فيما إذا غرسها أو بنى فيها  
(مسألة) (وان أدركها ربها وازرع 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 الغاصب وقدر على أخذها منه متى  
أدركها ربها والزرع  
قائم لم يملك اجبار الغاصب على قلع الزرع وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض  
إلى الحصاد ويأخذ  
من الغاصب أجرة الأرض وأرش نقصها وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون له الزرع وهذا  
قول أبي  
عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الغاصب على قلعه لقوله عليه الصلاة والسلام  
(ليس لعرق ظالم  
حق) لأنه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه الغرس  
ولنا ما روى رافع بن خديج قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من زرع في  
أرض قوم  
بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته) رواه أبو داود والترمذي وقال حديث  
حسن صحيح  
فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على القلع لأنه ملك للمغصوب منه ولأنه أمكن رد  
المغصوب إلى مالكه  
من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز اتلافه كما لو غصب سفينة  
فحمل فيها ماله وادخلها  
البحر أو غصب لوحاً فرقع به سفينة فإنه لا يجبر على رد المغصوب في اللجة ينتظر  
حتى ترمي صيانة للمال عن

التلف كذا هذا، وفارق الشجر لأن مدته تتناول ولا يعلم متى ينقطع من الأرض  
فانتظاره يؤدي إلى  
ترك رد الأصل بالكلية، وحديثهم ورد في الغرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين  
الحديثين ويعمل بكل  
واحد منهما في موضعه وهو أولى من ابطال أحدهما. إذا ثبت هذا فمتى رضي المالك  
بترك الزرع للغاصب  
ويأخذ منه أجر الأرض فله ذلك لأنه شغل المغصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره  
كما لو ترك في الدار  
طعاما يحتاج في نقله إلى مدة وان أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ  
شجر المشتري  
بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان:  
إحدهما) قيمة الزرع لأنه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولان الزرع  
للغاصب إلى حين  
انتزاعه منه بدليل أنه لو اخذه قبل انتزاع المالك كان ملكا له يأخذه فيكون أخذ المالك  
له تملكا له  
الا ان يعوضه فيجب أن يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع، فعلى هذا يجب  
على الغاصب أجر الأرض  
إلى حين تسليم الزرع لأن الزرع كان محكوما له به وقد شغل به أرض غيره  
(والرواية الثانية) يرد على الغاصب ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع في الحرث والسقي  
وغيره  
وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخراقي وظاهر الحديث لقوله (عليه نفقته)  
وقيمة الشيء لا  
تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسألة فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم  
استحسانا على خلاف  
القياس فإن القياس ان الزرع لصاحب البذر لأنه نماء ماله فأشبهه ما لو غصب دجاجة  
فحضنت بيضا له  
كان الماء له وقد صرح به أحمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع إليه  
نفقته للأثر  
ولذلك جعلناه للغاصب إذا أخذت منه الأرض بعد أخذه الزرع وإذا كان العمل  
بالحديث فيجب أن  
يتبع مدلوله ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب وعليه الأجرة كما إذا رجع المستعير

(३७९)

(فصل) فإن كان مما تبقى أصوله في الأرض ويجز مرة بعد أخرى كالرطوبة احتمال أن يكون حكمه  
ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لأنه ليس له فرع قوي أشبه الحنطة والشعير واحتمل  
ان حكمه  
حكم الغرس لبقاء أصله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي أن يثبت لكل زرع مثل حكم  
الغرس وإنما  
ترك فيما تقل مدته للأثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس  
(فصل) فإن غصب أرضا فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد اخذ الغاصب ثمرتها في له  
فإن أدركها  
والثمرة فيها فكذلك لأنها ثمرة شجرة فكانت له كما لو كانت في أرضه ولأنها نماء  
أصل محكوم به للغاصب  
فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة ونسلها، وقال القاضي هي لمالك الأرض ان  
أدركها في الغراس  
لأن احمد قال في رواية عي بن سعيد إذا غصب أرضا فغرسها فالنماء لمالك الأرض  
قال القاضي وعليه  
من النفقة ما أنفقه الغارس من مؤنة الثمرة لأن الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب  
الأرض إذا أدركه  
قائما فيها كالزرع قال شيخنا والأول أصح لأن احمد قد صرح بان اخذ رب الأرض  
الزرع شئ لا  
يوافق القياس وإنما صار إليه للأثر فيختص الحكم به ولا يتعدى إلى غيره، ولان الثمرة  
تفارق الزرع  
من وجهين (أحدهما) ان الزرع نماء الأرض فكان لصاحبها والثمرة نماء الشجر  
فكانت لصاحبه  
الثاني انه يرد عوض الزرع إذا اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما أنفق عليه ولا  
يمكنه  
مثل ذلك في الثمرة.  
(فصل) وان غصب شجرا فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه لأنه نماء  
ملكه ولان  
الشجر عين ملكه نمى وزاد فأشبهه ما لو طالت أغصانه، ويرد الثمر إن كان باقيا وبدله  
ان تلف وإن كان  
رطبا فصار تمرا أو عنبا فصار زيبيا فعليه رده وأرش نقصه ان نقص ولا شئ له بعلمه فيه  
ولا

(۳۸۶)

اجرة عليه للشجر لأن اجرتها لا تجوز في العقود فكذلك في الغصب ولان نفع الشجر  
تربية الثمر  
واخراجة وقد عادت هذه المنافع إلى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها ان  
ولدت عنده وضمان  
لبنها مثله لأنه من ذوات الأمثال ويضمن أوبارها واشعارها بمثله كالقطن، وفي ضمان  
زوائد الغصب  
المنفصلة اختلاف نذكره فيما يأتي  
(مسألة) (وان غرس أو بنى اخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الأرض وأرش نقصها  
واجرتها)  
متى غرس في ارض غيره بغير اذنه أو بنى فيها وطلب صاحب الأرض 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 روى أبو داود وأبو عبيد في  
الحديث أنه قال  
فلقد اخبرني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلا غرس في أرض رجل من الأنصار من  
بني  
بياضة فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بأرضه وقضى للآخر أن  
ينزع نخله قال  
فلقد رأيتها يضرب في أصولها بالفؤس وانها لنخل عم ولأنه شغل ملك غيره بملكه  
الذي لا حرمة له  
في نفسه بغير اذنه فلزمه تفريره كما لو جعل فيه قماشاً، وإذا قلعتها لزمه تسوية الحفر  
ورد الأرض إلى  
ما كانت عليه لأنه ضرر حصل في ملك غيره بفعله فلزمته إزالته

(فصل) فإن أراد صاحب الأرض أخذ الشجرة والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لأنه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أثاثا أو حيوانا، وان طلب أخذه بقيمته وأبى مالكة إلا القلع فله ذلك لأنها ملكه فملك نقله ولا يجبر على أخذ القيمة لأنه معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفقا على تعويضه عنه جاز لأنه الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه، وان وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الأرض ليتخلص من قلعه فقبله المالك جاز وان أبى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله وان لم يكن فيه غرض صحيح احتمل ان يجبر على قبوله لأن فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت ويحتمل ان لا يجبر لأن فيه اجبارا على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب أرضا وغراسا من رجل واحد فغرسه فيها فالكل لمالك الأرض فإن طالبه المالك بقلعه وله في فعله غرض أجبر على قلعه لأنه فوت عليه غرضا مقصودا بالأرض فأخذ بإعادتها إلى ما كانت وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الغراس لأنه نقص حصل في يد الغصب أشبه ما لو غصب طعاما فتلف بعضه وان لم يكن في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قلعه لأنه سفه فلا يجبر عليه وقيل يجبر لأن المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فإن أراد الغاصب قلعه ومنعه المالك لم يملك قلعه لأن الجميع ملك للمغصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه.

(فصل) والحكم فيما إذا بنى في الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها في هذا التفصيل  
جميعه الا  
انه يتخرج انه إذا بذل مالك الأرض القيمة لصاحب البناء أجبر على قبولها إذا لم يكن  
في النقض  
غرض صحيح لأن النقض سفه والأول أصح لما روى الخلال باسناده عن الزهري عن  
عروة عن عائشة  
قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من بنى في رباع قوم باذنهم فله القيمة ومن  
بنى بغير اذنهم  
فله النقض) ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها وإذا كانت الآلة من تراب الأرض  
وأحجارها فليس  
للغاصب النقض على ما ذكرنا في الغرس  
(فصل) وان غصب أرضا فكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طالبه المالك  
وكان فيه  
غرض وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه يحتمل وجهين وان منعه المالك  
فرشه وأورده وطلب  
الغاصب ذلك وكان في رده غرض من إزالة ضرر أو ضمان فله فرشه وورده وعليه أجر  
مثلها مدة  
شغلها وأجر نقصها، وان أخذ تراب أرض فضربه لبنا رده ولا شئ له الا ان يجعل فيه  
تبنا له  
فله ان يحله ويأخذ تبنه، فإن كان لا يحصل منه شئ ففيه وجهان بناء على كشط  
التزويق إذا لم يكن له  
قيمة وسنذكره، وان طالبه المالك بحله لزمه ذلك إذا كان فيه غرض فإن لم يكن فيه  
غرض فعلى وجهين  
فإن جعله آجرا أو فخارا لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك اجباره  
عليه لأنه سفه  
واتلاف للمال وإضاعة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال



(فصل) وعليه ضمان نقص الأرض ان نقصت بالغرس والبناء وهكذا كل عين مغصوبة  
على الغاصب  
ضمان نقصها إذا كان نقصا مستقرا كإتاء تكسر وطعام سوس وبه قال الشافعي، وقال  
أبو حنيفة إذا  
شق لرجل ثوبا شقا قليلا أخذ أرشه وان كثر فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته  
وبين امساكه  
مع الأرش وروي عن أحمد كلام يحتمل هذا فإنه قال في رواية موسى بن سعيد إن  
شاء شق الثوب وان  
شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ أرش الشق ووجهه ان الجناية أتلفت معظم نفعه  
فكانت له  
المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له، وحكى أصحاب مالك عنه إذا جنى على عين فأتلف  
غرض صاحبها  
فيها كان المجني عليه بالخيار إن شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها،  
ولعل ما يحكى عنه من  
قطع ذنب حمار القاضي يبنني على ذلك لأنه أتلف غرضه به فإنه لا يركبه في العادة  
وحجتهم أنه أتلف المنفعة  
المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أتلفها  
ولنا أنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو أن  
الشق يسيرا  
ولأنها جناية نقص بها القيمة أشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة أتلف  
جميعها لأن الاعتبار  
بالمجني عليه لا بغرض صاحبه لأنه ان لم يصلح لصاحبه صلح لغيره. وعليه أجر الأرض  
منذ غصبها إلى  
وقت تسليمه وهكذا كل ماله أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو  
تلفت تحت يده لأنها

تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وفيه اختلاف نذكره فيما يأتي إن شاء الله تعالى  
وان غصب أرضا فبناها دارا فإن كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الأرض دون بنائها  
لأنه إنما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه أجر ماله وان بناها بتراب منها وآلات المغضوب منه فعليه  
أجرها مبنية لأن الدار كلها ملك للمغضوب منه وإنما للغاصب فيها أثر الفعل فلا يكون في مقابلته  
أجر لأنه وقع عدوانا.  
(فصل) وان غصب درار فنقضها ولم بينها فعليه أجر دار إلى حين نقضها وأجرها مهذومة من  
حين نقضها إلى حين ردها لأن البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفه، وان نقضها ثم بناها بألة من  
عنده فالحكم كذلك، وان بناها بآلتها أو آلة من ترابها أو ملك المغضوب منه فعليه اجرها عرصة منذ  
نقضها إلى أن بناها وأجرها دارا فيما قبل ذلك وبعده لأن البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها  
الذي بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها، وإن كان الغاصب باعها فبناها المشتري أو نقضها ثم  
بناها لم يختلف الحكم وللمالك مطالبة من شاء منهما والرجوع عليه فإن رجع عليه الغاصب رجع  
الغاصب على المشتري بقيمة ما أتلف من الأعيان لأن المشتري دخل على أنه مضمون عليه بالعوض  
فاستقر الضمان عليه، وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب في نقص التالف ولم  
يرجع بقيمة ما تلف وهل يرجع كل واحد منها على صاحبه بالاجر؟ على روايتين وليس له مطالبة

المشتري من الاجر إلا بأجرة مدة مقامها في يديه لأن يده إنما تثبت حينئذ  
(مسألة) (وان غصب لوحا فرقع به سفينة لم يقلع حتى ترسي إذا كانت السفينة بخاف  
غرقها  
بقلع اللوح لم يقطع حتى تخرج إلى الساحل، وإن كان في أعلاها لا تغرق بقلعه لزمه  
قلعه ولصاحب  
اللوح طلب قيمته فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبدا فأبق  
وقال أبو الخطاب  
إن كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وإن كان فيها مال  
للغاصب أولا  
مال فيها فكذلك أحد الوجهين والثاني يقلع في الحال لأنه أمكن رد المغصوب فلزمه  
وان أفضى إلى  
تلف مال الغاصب كرد الساجة المبني عليها ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين  
ولنا أنه أمكن رد المغصوب من غير اتلاف فلم يجز مع الاتلاف كما لو كان فيها مال  
غيره وفارق  
الساجة في البناء لأنه لا يمكن ردها من غير اتلاف  
(مسألة) (وان غصب خيطا فخاط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته الا  
أن يكون  
الحيوان مأكولا للغاصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان؟ على وجهين) هذه المسألة لا  
تخلو من  
ثلاثة أقسام (أحدها) ان يخيط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب  
والعقور فيجب  
رده لأنه يتضمن تفويت ذي حرمة أشبه ما لو خاط به ثوبا (الثاني) أن يخيط به جرح  
حيوان محترم  
لا يحل اكله كالآدمي فإن خيف من نزع الهلاك أو أبطأ برؤه فلا يجب لأن الحيوان  
أكد حرمة

من غير المال ولهذا جاز له اخذ مال غيره لحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك  
الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعغل والحمار الأهلي (الثالث) ان يخيط به جرح حيوان  
مأكول فإن  
كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقطع لأن فيه اضرارا بصاحبه ولا يزال  
الضرر بالضرر  
ولا يجب اتلاف مال من لم يجن صيانة لمال آخر وإن كان للغاصب فقال القاضي  
يجب رده لأنه يمكن  
ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس  
ذلك بمانع من  
وجوب رد المغصوب كنقض البناء وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما هذا  
(والثاني) لا يجب قلعه  
لأن للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير  
مأكلة ولأصحاب  
الشافعي وجهان كهذين قال شيخنا ويحتمل ان يفرق بين ما يعد للاكل من الحيوان  
كبهيمة الانعام  
والدجاج وبين مالا يعدله كالخيل وما يقصد صوته ومن الطير فيجب ذبح الأول إذا  
توقف رد الخيط  
عليه ولا يجب ذبح الثاني لأنه اتلاف له فجرى مجرى مالا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد  
الخيط من غير  
تلف الحيوان أو بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده  
(مسألة) (فإن مات الحيوان لزمه رده إلا أن يكون آدميا معصوما لأن غير الآدمي لا  
حرمة  
له بعد الموت وحرمة الآدمي باقية ولهذا قال عليه الصلاة والسلام كسر عظم الميت  
ككسره وهو  
حي) فعلى هذا يرد قيمته.

(مسألة) (وان غصب جارحا فصاد أو شبكة أو شركا فامسك شيئا غاو فرسا فصاد عليه أو غنم فهو لمالكه) كما لو غصب عبدا فصاد فإن الصيد لسيد العبد ويحتمل انه للغاصب لأن الصائد والجارحة آلة ولهذا اكتفى بتسميته عند ارسال الجارح وفيما إذا غصب فرسا أو سهما أو شبكة فصاد به وجه آخر انه للغاصب لأن الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبه ما لو ذبح بسكين غيره فإن قلنا هو للغاصب فعليه اجرة ذلك كله مدة مقامه في يده إن كان له اجر وان قلنا هو للمالك لم يكن له اجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لأن منفعه في هذه المدة عادة إلى المالك فلم يستحق عوضها على غيره كما لو زرع أرض انسان فاخذ المالك الزرع بنفقته والثاني عليه أجر المثل لأنه استوفى منفعه أشبه ما لو لم يصد، ولو غصب عبدا فصاد أو كسب فالكسب للسيد وفي وجوب اجرة العبد على الغاصب في مدة كسبه وصيده الوجهان وإن غصب منجلا فقطع به خشبا أو حشيشا فهو للغاصب لأن هذه آلة فهو كالحبل يربط به.

(مسألة) (وان غصب ثوبا فقصره أو غزلا فنسجه أو فضة أو حديدا فضربه أو خشبا فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك بزيادته وأرش نقصه) ولا شئ له هذا ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل ينقطع حق صاحبها عنها الا ان الغاصب لا يجوز له التصرف فيها الا بالصدقة الا أن يدفع قيمته فيملكها ويتصرف

فيها كيف شاء وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها  
بالقيمة إلا أنه قول  
قديم رجع عنه فإن محمدا مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة واحتجوا بما  
روي أن النبي صلى  
الله عليه وسلم زار قوما من الأنصار في دارهم فقدموا إليه شاة مشوية فتناول منها لقمة  
فجعل يلوكها  
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  
(أطعموها الاسرى) رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع  
عنها  
لولا ذلك لأمر يردّها عليهم  
ولنا أن عين مال المغصوب منه قائمة فلزم ردّها إليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولأنه  
لو فعله بملكه  
لم يزل عنه فكذلك إذا فعله يملك غيره كذبح الشاة وضرب النقرة دراهم ولأنه لا يزيل  
الملك إذا  
كان بغير فعل آدمي فلم يزل إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه وأما الخبر فليس بمعروف  
كما رووه 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 شريكا بالزيادة ذكرها أبو الخطاب لأنها حصلت بمنافعه  
والمنافع أجريت  
مجرى الأعيان أشبه ما لو غصب ثوبا فصبغه والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضي  
لأن الغاصب عمل

في ملك غيره بغير اذنه فلم يستحق لذلك عوضا كما لو أغلى زيتا فزادت قيمته أو بنى حائطا لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه فأما صبغ الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلان لا يزول ملك غيره بعلمه فيه أولى فإن احتج بان من زرع في أرض غيره ترد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للغاصب لأنه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فإذا أخذه مالك الأرض احتسب بما أنفق على ملكه وفي مسألتنا عمله في ملك المغصوب منه بغير اذنه فكان لاغيا على اننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين وقال أبو بكر يملكه وعليه قيمته لما روى محمد بن الحكم ووجهه كما ذكرنا والصحيح الأول (فصل) فإن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وان نقصت العين القيمة ضمنهما معا كالزيت إذا أغلاه وهكذا القول في كل ما تصرف فيه كنقرة ضربها دراهم أو حليا أو طينا جعله لبنا أو عزلا نسجه أو ثوبا قصره لأنه نقص بفعل غير مأذون فيه أشبه ما لو أتلف بعضه وان جعل فيه شيئا من عين ماله مثل ان سمر الدفوف بمساميره فله قلعها ويضمن ما نقصت الدفوف، وان كانت المسامير من الخشبة المغصوبة أو مال المغصوب منه فلا شئ للغاصب وليس له قلعها الا ان يأمره

المالك فيلزمه، وان كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك لم يجبر على قبولها في أقوى الوجهين  
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 منهما فإن غرم الغاصب لم يرجع على أحد إذا لم يعلم الأجير الحال وان ضمن الأجير رجوع على الغاصب لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه عالما بالحال،  
وإن ضمن الغاصب رجوع على الأجير لأن النقص حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن استعان بمن فعل ذلك فهو كالأجير.  
(مسألة) وان غصب أرضا فحفر فيها بئرا ووضع ترابها في أرض مالكها لم يملك طمها إذا أبرأه  
المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين)  
إذا طمه المالك بطمها لزمه لأنه يضر بالأرض ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب  
الأرض وكذلك لو حفر فيها نهرا أو حفر بئرا في ملك رجل بغير إذنه، وان أراد الغاصب طمها فمنعه  
المالك نظرنا فإن كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها إلى ملكه أو ملك غيره أو طريق يحتاج إلى تفريغه فله ذلك لما فيه من الغرض وبه قال الشافعي وان لم يكن له غرض مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب وأبرأه من ضمان ما يتلف بها لم يكن له طمها في أحد الوجهين لأنه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطمها دراهم ثم



أراد ردها نقرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني  
لنا لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لكونه أبرأ مما لم يجب بعد وهو أيضا إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها  
ولنا أن الضمان إنما يلزمه لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان  
وليس هذا إبراء مما يجب إنما هو إسقاط التعدي برضاه به وهكذا ينبغي أن يكون الحكم إذا لم يتلفظ  
بالإبراء لكن منعه من طمها لأنه يتضمن رضاه بذلك  
(مسألة) (وان غصب حبا فزرعه أو نوى فصار غرسا أو بيضا فصار فراخا رده ولا شيء للغاصب  
لأنه عين مال المغصوب منه ويتخرج أن يملكه الغاصب كما إذا قصر الثوب أو ضرب الفضة لكونه  
غيره بفعله فالتغيير في البيضة أعظم فإنه استحال بزوال اسمه، فعلى هذا يتخرج أيضا أن يكون شريكا  
بالزيادة كالمسألة الأولى  
(فصل) (وان غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضا فصار فراخا فهما لمالكها ولا شيء  
للوغاصب في علفها. قال أحمد في طيرة جاءت إلى دراه قوم فأفرخت عندهم يردوها وفراخها إلى أصحاب  
الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل وان غصب شاة فانزا عليها فحله فالولد لصاحب الشاة لأنه من نمائها  
وان غصب فحلا فأنزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لأنه يتبع الإمام ولا أجره له لأن النبي صلى الله عليه وسلم  
نهى عن عسب الفحل، وان نقصه الضراب ضمنه وان نقص المغصوب لزمه ضمان نقصه بقيمته رقيقا

كان أو غيره وبه قال الشافعي وعن أحمد في العبد رواية أخرى أنه يضمن بما يضمن به في الاتلاف  
فيجب في يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنه  
ضمان لابعاض العبد فكان مقدرًا من قيمته كأرش الجناية ولنا أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالبهيمة وكنقص الثوب  
يحققه أن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولأنه لو  
فات الجميع لو جبت قيمته فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان وضمن الجناية على أطراف العبد  
معدول به عن القياس للالحاق بالجناية على الحر والواجب ههنا ضمان اليد وهي لا تثبت على الحر  
فوجب البقاء فيه على موجب الأصل والحاقه بسائر الأموال المغصوبة على أن في الجناية على العبد رواية أنه  
يضمن بما نقص فتنفض الروايتان والتفريع على الأول، ويتخرج أن يضمنه بأكثر الأمرين منهما  
لأن سبب كل واحد منهما قد وجد، فأما إن كان النقص في الرقيق مما لا مقدر فيه كنقصه لكبر  
أو مرض أو شجة دون الموضحة فعليه ما نقص مع الرد لا غير لا نعلم فيه خلافاً فإن كان العبد أمرد  
فنبتت لحيته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لأن  
الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً أشبه الصناعة المحرمة، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفه فيضمنه كبقية  
الصور

(مسألة) (وان غصبه وجني عليه ضمنه بأكثر الامرين)  
وجملة ذلك أنه إذا غصب عبدا وجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان الغصب  
ضمان الجناية  
يكون الواجب أرش الجناية كما لو جني عليه من غير غصب ونقصته الجناية أقل من  
ذلك أو أكثر  
وان قلنا ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الامرين من أرش  
النقص أو دية  
ذلك العضو لأن سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فإن  
الجناية واليد وجدا  
جميعا فلو غصب وقيمته الف فزادت قيمته إلى الفين ثم قطع يده فنقص ألفا لزمه الف  
ورد العبد  
لأن زيادة السوق إذا تلفت العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكان يقطع يده فوت نصفه  
وان نقص ألفا وخمسمائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخمسمائة ويرد العبد وان  
قلنا ضمان  
الجناية فعليه الف ويرد العبد حسب وإن نقص خمسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه الف  
أو  
خمسمائة؟ على وجهين.

(مسألة) (وان جنى عليه غير الغاصب فله تضمين الغاصب أكثر الامرين ويرجع الغاصب  
على  
الجاني بأرش الجناية وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمين الغاصب ما بقي من  
النقص)  
إذا غصب عبدا فقطع آخر يده فللمالك تضمين من شاء منهما لأن الجاني قطع يده  
والغاصب حصل النقص

في يده فإن ضمن الجاني ضمنه نصف القيمة لا غير ولم يرجع على أحد لأنه لم يضمه أكثر مما وجب عليه ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة ان نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد وان قلنا ضمان الغصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضم الغاصب ههنا شيئاً وان اختار تضمين الغاصب وقلنا إن ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجاني لأن التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه، وان قلنا إن ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الامرين لأن ما وجد في يده فهو في حكمه الموجود منه ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة لأنها أرش جنائته فلا يجب عليه أكثر منها (مسألة) (وان غصب عبدا فخصاه لزمه رده ورد قيمته) إذا غصب عبدا فقطع خصييه أو يديه أو ذكره أو لسانه أو ما تجب فيه الدية من الحر لزمه رده ورد قيمته كلها نص عليه وبه قال مالك والشافعي، وقال الثوري وأبو حنيفة يخير المالك بين ان يصبر ولا شئ له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لأنه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه كسائر الأموال ولنا ان المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع ذكر المدبر ولان المضمون التالف فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسع أصابع، وبهذا ينفصل عما ذكره فإن الضمان في مقابلة

التالف لا في مقابلة الجملة، فإن ذهبت هذه الأعضاء بغير جناية فهل يضمناها ضمان  
الاتلاف أو ما نقص؟  
على روايتين مضى ذكرهما، وعن أحمد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن ربع قيمتها  
من الخيل والبغال  
والحمير فإنه قال في رواية أبي الحارث في رجل فقاً عين دابة عليه ربع قيمتها قيل له  
فقاً العينين؟ قال  
إذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فما سمعت فيهما شيئاً قيل له فإن  
كان بغيراً أو بقرة  
أو شاة؟ فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ينظر ما نقصها، وهذا يدل على أن احمد  
إنما أو جب  
مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الغرس والبغل والحمار خاصة للأثر الوارد فيه  
وما عدا هذا  
يرجع إلى 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 إلى شريح لما  
كتب إليه يسأله  
عن عين الدابة: انا كنا ننزلها منزلة الآدمي الا أنه أجمع رأينا ان قيمتها ربع الثمن. وهذا  
اجماع يقدم  
على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رؤوس المسائل، وقال أبو حنيفة إذا قلع عيني  
بهيمة ينتفع بها  
من وجهين كالدابة والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول  
عمر أجمع رأينا  
على أن قيمتها ربع الثمن، والمذهب ان قدر الأرش ما نقص من القيمة كسائر الأعيان  
فاما حديث زيد بن ثابت  
فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج احمد وغيره بحديث عمر وتركوه واما قول  
عمر فمحمول على أن  
ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً

(مسألة) وإن نقصت قيمة العين لتغير الأسعار لم يضمن نص عليه) وهو قول جمهور العلماء وحكي عن أبي ثور انه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فلزمه إذا ردها كالسمن وذكره ابن أبي موسي رواية عن أحمد ولنا انه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفه فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم انه يضمنها مع تلف العين وان سلمنا فلانه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما إذا ردها فإن القيمة لا تجب ويخالف السمن فإنه من عين المغصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وههنا لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في العين وهي باقية كما كانت ولان الغاصب يضمن ما غصبه والقيمة لا تدخل في الغصب بخلاف زيادة العين فإنها مغصوبة وقد ذهبت

(مسألة) وان نقصت القيمة لمرض أو غيره ثم عادت ببرئه لم يلزمه شيء إلا رده) إذا مرض المغصوب ثم برئ أو ابيضت عينه ثم زال بياضها أو غصب جارية حسناء فسمنت سمننا نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا شيء عليه لأنه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه، وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فإن رد المغصوب ناقصاً بمرض أو عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه أرش نقصه فإن زال عيبه في يد مالكة لم يلزمه رد ما أخذ لأنه استقر ضمانه برد المغصوب وكذلك أن اخذ المغصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك

(مسألة) وإن زادت القيمة لسمن أو غيره ثم نقصت ضمن الزيادة) إذا زادت قيمة المغصوب في يد

الغاصب لسمن أو تعلم صنعة مثل ما إذا غصب عبدا أو أمة وقيمته مائة فزاد بتعليمه أو في بدنه حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نيسان ما علم حتى صارت قيمته مائة لزمه رده ويأخذ من الغاصب مائة وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة الا ان يطالب بردها زائدة فلا يردھا لأنه رد العين كما أخذھا فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرھا، وذكر ابن أبي موسى في الارشاد رواية ان المغصوب إذا زادت قيمته بسمن أو تعلم صنعة ثم نقصت بزوال ذلك فلا ضمان عليه إذا رده بعينه ولنا انها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولأنها زادت على ملك المغصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب، وفارق زيادة السعر لأنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة وإن لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طولب برد العين وهي موجودة فلم يردھا، أجريناها هي والتعليم مجرى السمن الذي هو عين لأنها صفة تتبع العين، وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال الغصب لأنها زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له لأنها تابعة للعين، فاما ان غصب العين سمينة أو ذات صناعة فهزلت أو نسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها لا نعلم فيه خلافا لأنها نقصت عن حال غصبها نقصا اثر في قيمتها فوجب ضمانها كما لو ذهب بعض أعضائها (فصل) إذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها ألفا ثم تعلمت صناعة فبلغت الفين ثم هزلت ونسيت

فعادت إلى مائة ردها ورد ألفا وثمانمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان  
تسعمائة وإن سمت  
فبلغت ألفا ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم تعلمت فعادت إلى الف ردها وتسعمائة لأن  
زوال الزيادة الأولى  
أو جب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا  
ينجبر ملك الانسان بملكه  
(مسألة) (فإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها مثل ان كانت قيمتها مائة فسمت  
فبلغت ألفا ثم  
هزلت فعادت إلى مائة صم سمت فعادت إلى الف ففيه وجهان) (أحدهما) يردها  
زائدة ويضمن  
نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين لأن الزيادة الثانية غير الأولى، فعلى هذا ان  
هزلت مرة  
ثانية فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والثاني) إذا ردها سميئة فلا شيء  
عليه لأن ما ذهب  
عاد فهي كما لو مرضت فنقصت ثم برئت فعادت القيمة أو نسيت 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 هنا لو سمت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتهما إلى ما بلغت بالسمن الأول أو زادت  
عليه ضمن أكثر  
الزيادتين وتدخل فيها الأخرى وعلى الوجه الأول يضمهما جميعا، فأما ان زادت  
بالتعليم أو الصناعة  
ثم نسبت ثم تعلمت ما نسيته فعادت القيمة الأولى لم يضمم النقص الأول لأن العلم  
الثاني هو الأول فقد



عاد ما ذهب، وان تعلمت علما آخر أو صناعة أخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الأولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعلم والأول أولى (مسألة) (وان كانت من غير جنس الأولى لم يسقط ضمانها) قد ذكرناه في المسألة قبلها

(مسألة) (وان غصب عبدا مفرطا في السمن فهزل فزادت قيمته أو لم ينقص رده ولا شئ عليه) لأن الشرع إنما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شئ

(فصل) فإن نقصت عين المغصوب دون قيمته لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب مقدر البدل كعبد خصاه وزيت أغلاه ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها فإنه يجب ضمان النقص فيضمن العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقي منهما لأن الناقص من العين له بدل مقدر فلزم ما يقدر به كما لو اذهب الكل (الثاني) أن لا يكون مقدرًا كهزال العبد إذا لم تنقص قيمته وقد ذكرناه (الثالث) أن يكون النقص مقدر البدل لكن الذاهب منه اجزاء غير مقصودة كعصير اغلاه فذهبت مائيته وانعدت اجزؤه فنقصت عينه دون قيمته فلا شئ فيه في أحد الوجهين سوى رده لأن النار إنما أذهبت مائيته التي يقصد اذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته فهو كسمن العبد الذي لا تنقص به قيمته إذا ذهب (والثاني) يجب ضمانه لأنه مقدر البدل فأشبه الزيت إذا أغلاه، ان نقصت العين والقيمة جميعا ووجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعا لأن كل واحد منهما مضمونا منفردا فكذلك إذا اجتمعا

وذلك مثل رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه وصار قيمة الباقي درهم فعليه ثلث رطل  
وسدس درهم وإن كان قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لأن قيمة الباقي لم تنقص  
وإن خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصييه لأن ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينه  
(مسألة) (وإن نقص المغصوب نقصا غير مستقر كخطة ابتلت وعفنت وخشي فسادها فعليه  
ضمان نقصه) وقال القاضي عليه بدله لأن لا يعلم قدر نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه  
يضمن نقصه وكلما نقص شيء ضمنه لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في  
يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش  
نقصه وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح، وقال أبو حنيفة يتخير بين أخذه ولا شيء له  
أو تسليمه إلى الغاصب ويأخذ قيمته لأنه لو ضمن النقص مع أخذه لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا  
لا يجوز كما لو باع قفيزا جيدا بقفيز رديء ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو كان عبدا  
فمرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن وقال بضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد فيه  
لأنه ليس من فعله وهذا الفرق لا يصح لأن البلل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون العفن بسبب منه  
ثم إن ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق، وقول أبي حنيفة لا يصح

لأن الطعام عين ماله وليس ببدل عنه وقال شيخنا: وقول أبي الخطاب لا بأس به والله أعلم

(مسألة) (وان جنى المغصوب فعليه أرش جنايته سواء جنى على سيده أو غيره)  
إذا جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونة على الغاصب لأنه نقص في العبد الجاني  
لكون الجناية تتعلق  
برقبته فكان مضمونا على الغاصب 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 جناياته  
فكان مضمونا  
كالجناية على الا جني  
(فصل) ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده، وان جنى على  
ما دون  
النفس مثل أن قطع يدا فقطعت يده قصاصا فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون  
أرش اليد لأن  
اليد ذهبت بسبب غيره مضمون فأشبهه ما لو سقطت، وان عفي عنه على مال تتعلق أرش  
اليد برقبته  
وعلى الغاصب أقل الأمرين من قيمته أو أرش اليد، فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم  
مات  
فعلى الغاصب يدفعها إلى سيده فإذا أخذها تتعلق أرش الجناية بها لأنها كانت متعلقة  
بالعبد فتعلقت  
ببدله كما أن الرهن إذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الرهن بها، فإذا اخذ ولي الجناية  
القيمة من  
المالك رجع المالك على الغاصب بقيمته مرة أخرى لأن القيمة التي أخذها استحقت  
بسبب كان في يد  
الغاصب فكان من ضمانه، ولو كان العبد وديعة فجني جناية استغرقت قيمته ثم إن  
المودع قتله بعدها

فعليه قيمته وتعلق بها أرش الجناية فإذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لأنه جنبي وهو غير مضمون عليه ولو جنى العبد في يد سيده جناية تستغرق قيمته بيع في الجنائتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منهما 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 الجنائي لا يزاحم فيه، وإن مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسيم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة لأنه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرنا (مسألة) (وجنائته على الغاصب وعلى ماله هدر) لأنه إذا جنى على أجنبي وجب أرشه على الغاصب فلو وجب له شيء لوجب على نفسه فكان هدرًا (مسألة) (ويضمن زوائد الغصب كالولد والثمرة إذا تلفت أو نقصت كالأصل سواء كان منفرداً أو مع أصله مثل ثمرة الشجر وولد الحيوان) وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الغصب إلا أن يطالب بها فيمنع من أدائها لأنها غير مغصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم الغصب أنه فعل محرم، بثبوت يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الام محذور لا يصح لأنه بامسك الام تسبب إلى إثبات يده

(مسألة) (فإن خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل أن خلط حنطة أو زيتا بمثله لزمه  
مثله منه في أحد الوجهين وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء)  
إذا خلط المغصوب بماله بحيث لا يتميز منه كزيت بزيت أو دقيق بمثله أو دراهم أو دنانير بمثلها  
فقال ابن حامد يلزمه مثل المغصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لأنه لا نص على أن يكون شريكا له إذا خلطه  
بغير جنسه فيكون تنبيها على ما إذا خلطه بجنسه وهو قول بعض الشافعية إلا في الدقيق فإنه  
تجب قيمته لأنه عندهم ليس بمثلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله من حيث شاء الغاصب لأنه  
تعذر عليه رد عين ماله بالخلط أشبه ما لو تلف لأنه لا يتميز له شيء من ماله ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في الجميع كما لو غصب صاعا فتلف بعضه وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره  
(مسألة) (وان خلطه بدونه أو خير منه أو بغير جنسه فله مثله في قياس التي قبلها)  
وظاهر كلام أحمد أنهما شريكان بقدر ملكيتهما فإنه 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 أننا إذا فعلنا ذلك أو صلنا إلى كل واحد منهما يدل عين ماله، وان نقص المغصوب عن قيمته منفردا فعلى الغاصب

ضمان النقص لأنه حصل بفعله، وقال القاضي قياس المذهب أن يلزم الغاصب مثله لأنه صار بالخلط  
مستهلكا ولذلك لو اشترى زيتا فخلطه بزيتة ثم أفلس صار البائع كبعض الغرماء لأنه  
تعذر عليه  
الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفا ويحتمل أن يحمل كلام أحمد  
على ما إذا اختلطا  
من غير غصب. أما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك أخذ حقه من  
المثليات متميزا  
فلزمه مله كما لو أتلفه.  
(فصل) إلا انه إذا خلطه يخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه  
بعض  
حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي، وان خلطه بأدنى منه فرضي المالك بأخذ قدر  
حقه منه لزم  
الغاصب بذله لأنه أمكنه رد بعض المغصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم  
الغاصب ذلك  
لأن حقه انتقل إلى الذمة فلم يجبر على عين ماله، وان بذله للمغصوب منه فأباه لم يجبر  
على قبوله لأنه إن كان  
دون حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لأنه ربا لكونه يأخذ الزيادة في  
القدر عوضا عن  
الجودة وإن كان بالعكس فرضي بأخذ دون حقه من الرديء أو سمح الغاصب بدفع  
أكثر من حقه من  
الجيد جاز لأنه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد، وان خلطه بغير جنسه فتراضيا  
على أن يأخذا أكثر  
من قدر حقه أو أقل جاز لأنه بماله من غير جنس فلا تحرم الزيادة بينهما  
(فصل) وان حاله بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فإن أمكن تخليصه  
خاصه ورده

ورد نقصه وان لم يكن تخليصه أو كان ذلك يفسده لزمه مثله لأنه صار كالهالك وإن كان يفسده رده ورد  
نقصه وان احتج في تخليصه إلى غرامة لزم الغصب ذلك لأنه سببه ولأصحاب الشافعي في هذه  
الفصول نحو ما ذكرنا.  
(مسألة) (وان غصب ثوبا فصبغه أو سويقا فلتته بزيت وكان الصبغ والزيت من مال الغاصب فإن  
نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن لغاصب النقص)  
لأنه بتعديه الا أن ينقص لتغير الأسعار فلا يضمن لما ذكرنا من قبل  
(مسألة) (وان لم تنقص ولم تزد مثل أن كانت قيمة كل منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرة فهما شريكان)  
لأن الصبغ والزيت عين مال له قيمة فإن تراضيا بتركه لهما جاز وان باعه فثمنه بينهما نصفين  
(مسألة) (وإن زادت قيمتهما مثل ان كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرين  
فإن كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبغ فهي لصاحب  
الصبغ وان كانت لزيادتهما معا فهي بينهما على قدر زيادة كل واحد منهما) فإن تساويا في الزيادة في السوق  
تساوا صاحبها فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك، وان زاد أبا لعمل فالزيادة بينهما لأن  
عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبغ وما علمه في المغصوب للمغصوب منه إذا كان أثرا وزيادة مال الغاصب له

(مسألة) (وان أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه ويحتمل ان يجبر إذا ضمن له الغاصب النقص)  
إذا أراد الغاصب قطع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن  
نقص الثوب ان نقص وبهذا قال الشافعي لأنه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره، ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين مالا يهلك قال شيخنا وينبغي ان ما يهلك بالقلع لا يملك  
قلعه لأنه سفه وظاهر كلام الخراقي أنه لا يملك قلعه إذا تضرر به الثوب لأنه قال في المشتري إذا بنى أو غرس في الأرض المشفوعة فله أخذه إذا لم يكن في أخذه ضرر، وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لأن فيه اضراراً بالثوب المغصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الغرس لأن الضرر قليل ويحصل به نفع قلع العروق من الأرض وان اختار المغصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان (أحدهما) يملك اجبار الغاصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لأنه شغل ملكه بملكه على وجه  
أمكن تخليصه فلزمه تخليصه وان استضر الغاصب كقطع الشجر وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق إلى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلع كقطع الزرع من الأرض، وفارق الشجر فإنه لا يتلف بالقلع فقال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول



أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لأن له غاية ينتهي إليها ولصاحب الأرض أخذه  
بنفقته فلا يمتنع  
عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصبغ فإنه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه  
بالشجرة في الأرض  
ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فإنه يجبر على قلع ما يتلف وما لا  
يتلف ولأصحاب  
الشافعي وجهان كهذين.  
(فصل) وان بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه لم يجبر على قبوله لأنه اجبار  
على بيع  
ماله فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الغراس ويحتمل أن يجبر على ذلك إذا لم يقلعه  
قياسا على الشجر  
والبناء في الأرض المشفوعة والعارية وفي الأرض المغصوبة إذا لم يقله الغاصب ولأنه  
أمر يرتفع به النزاع  
ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فاجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الغصب  
قيمة الثوب لصاحبه  
ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض لمالكها في هذه  
المواضع  
(مسألة) (وان وهب الغاصب الصبغ للمالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها فهل يلزمه  
قبوله؟  
على وجهين) (أحدهما) يلزمه لأن الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في  
المسلم فيه وهذا ظاهر  
كلام الخرقى لأنه قال في الصداق إذا كان ثوبا فصبغته فبذلت له نصفه مصبوغا لزمه  
قبوله (والثاني)  
لا يجبر لأنها أعيان متميزة فأشبهت الغراس، وان أراد المالك بيع الثوب وأبي الغاصب  
فله بيعه لأنه  
ملكه فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه وان أراد الغاصب بيعه لم يجبر  
المالك

على بيعه لأنه منه فلم يستحق إزالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه.

(مسألة) وان غصب صبغا فصبغ به ثوبا أو زيتا فلت به سويقا احتمل أن يكون كذلك كما

إذا غصب ثوبا فصبغه حكمه كحكمه إذا كان الثوب والسويق للغاصب لأنه خلط المغصوب بماله

ويحتمل ان يلزمه قيمته أو مثله إن كان مثليا لأن المغصوب الصبغ وقد تفرق في الثوب وتلف بخلاف المسألة المتقدمة.

(مسألة) وان غصب ثوبا وصبغا فصبغه به رده وأرش نقصه ولا شئ في زيادته) إذا غصب ثوبا وصبغا من واحد فصبغه به فلم تزد قيمتهما ولم تنقص أو زادت القيمة ردهما ولا

شئ عليه وليس للغاصب شئ في الزيادة لأنه إنما له في الصبغ أثر لا عين وان نقص لزمه ضمان النقص لأنه بتعديه إلا أن ينقص لتغير الأسعار

(فصل) وان غصب ثوب رجل وصبغ آخر فصبغه به فإن كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان بقدر

ماليهما وان زادت فالزيادة لهما وان نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب

الصبغ لأنه تبدد في الثوب ويرجع بها على الغاصب، وان نقص لنقص سعر الثياب أو الصبغ أو لنقص

سعرهما لم يضمه الغاصب وكان نقص كل واحد منهما من صاحبه، وان أراد صاحب الصبغ قلمه أو أراد

ذلك صاحب الثوب فالحكم فيه كما لو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه  
والحكم فيما إذا  
غصب سويقاً فلتته بزيت أو عسلاً ونشاً فعقده حلواء حكم ما لو غصب ثوباً فصبغه  
على ما ذكر فيه  
(فصل) (وان وطئ الجارية فعليه الحد والمهر وأرش البكارة) إذا غصب جارية فوطئها  
فهو زان  
لأنها ليست زوجته ولا مك يمين وعليه حد الزنا إن كان عالماً بالتحريم وعليه مهر  
مثلها  
مكرهة كانت أو مطاوعة وقال الشافعي لامهر للمطاوعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم  
نهى  
عن مهر البغي:  
ولنا ان المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولأنه حق  
للسيد يجب  
مع الاكراه فيجب مع المطاوعة كأجر منافعها والخبر محمول على الحرّة، ويجب أرش  
بكارتها لأنها بدل  
جزء منها ويحتمل أن لا يجب لأنه يدخل في مهر الكبر ولهذا يزيد على مهر الثيب  
عادة لأجل ما  
يتضمنه من تفويت البكارة ووجه الأول ان كل واحد منهما يضمن منفرداً بدليل أنه لو  
وطئها ثيباً  
وجب مهرها وإذا أفضاها بإصبعه وجب أرش بكارتها فكذلك وجب ان يضمنهما إذا  
اجتمعا وعنه لا  
يلزمه مهر الثيب لأنه لم ينقصها ولم يؤلمها أشبه ما لو قبلها والأول أولى  
(مسألة) (وان ولدت فالولد رقيق للسيد لأنه من نمائها وأجزائها ولا يلحق نسبه  
بالواطئ  
لأنه من زنا وان وضعته حياً وجب رده معها كزوائد الغصب وان أسقطته ميتاً لم يضمن  
لأننا لا نعلم

حياته قبل هذا هذا، قول القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين  
يجب ضمانه بقيمته لو كان حيا نص عليه الشافعي لأنه يضمنه لو سقط بضربة وما  
يضمن بالاتلاف يضمنه  
الغاصب إذا تلف في يده كأجرة الأرض، قال شيخنا والأولى إن شاء الله انه يضمنه  
بعشر قيمة أمه  
لأنه الذي يضمنه به في الجناية وان وضعته حيا ثم مات ضمنه بقيمته  
(مسألة) (ويضمن نقص الولادة ولا يجبر بزيادتها بالولد) وهذا مذهب الشافعي وقال  
أبو  
حنيفة يجبر نقصها بولدها.  
ولنا ان ولدها ملك للمغصوب منه فلا يجبر به نقص حصل بجنابة الغاصب كالنقص  
الحاصل بغير  
الولادة وان ضرب الغاصب بطنها فألقت الجنين ميتا فعليه عشر قيمة أمه وان فعله  
أجنبي ففيه مثل  
ذلك وللمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الضارب لأن الاتلاف وجد منه،  
وان ماتت الجارية  
فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرش بكارتها ونقص ولادتها ولا يدخل فيه  
ضمان ولدها  
ولا مهر مثلها، ولا فرق في هذه الأحوال بين المكرهة والمطوعة لأنها حقوق لسيدها  
ولا تسقط  
بمطاوعتها وقد ذكرنا الخلاف في مهر المطوعة، فاما حقوقا لله تعالى من الحد  
والتعزير فإن كانت مطوعة  
عالمة بالتحريم فعليها الحد إذا كانت من أهله وإلا فلا  
(فصل) فإن كان الغاصب جاهلا بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئا بيادية  
بعيدة يخفى

عليه مثل هذا أو اعتقدها أمته فاخذها ثم بان انها غيرها فلا حد عليه لأن الحدود تدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة وان حملت فالولد حر لا اعتقاده أنها ملكه ويحلقة النسب لمكان الشبهة وان وضعته

ميتا لم يضمه لأنه لم يعلم حياته ولأنه لم يحل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لا جل الحيلولة وان وضعته

حيا فعليه قيمته يوم انفصاله لأنه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملا فقوم عليه عند انفصاله

لأنه أول حال امكان تقويمه ولأنه وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت

جنبنا ميتا فعليه غرة قيمتها خمس من الإبل موروثه عنه لا يرث الضارب منها شيئا لأنه أتلف جنبنا

حرا وعليه للسيد عشر قيمة أمه لأن الاسقاط لما يعقب الضرب ينسب إليه لأن الظاهر حصوله به وضمانه

للسيد ضمان المماليك ولهذا لو وضعته حيا قومناه مملوكا، وان ضربه أجبني فعليه غرة دية الجنين الحر

لأنه محكوم بحريته وتكون مورثة عنه وعلى الغاصب عشر قيمة أمه لأنه يضمه ضمان المماليك وقد

فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه، والحكم في المهر والأرش والاجر ونقص الولادة وقيمتها

ان تلفت على ما ذكرنا ان كانا عالمين لأن هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

(مسألة) وان باعها أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين أيهما شاء نقصها ومهرها وأجرتها

وقيمة ولدها ان تلف فإن ضمن الغاصب رجع على الآخر ولا يرجع الآخر عليه)

تصرف الغاصب في العين المضمونة فاسد لأنه تصرف في مال الغير بغير اذنه وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى، فإذا باع الجارية المغصوبة أو وهبها لعالم بالنصب فوطئها فللمالك تضمين الغاصب لأنه السبب في ايصالها إلى المشتري وله تضمين المشتري والتمتهب لأنه المتلف ويستقر الضمان على المشتري لأن كل واحد منهما غاصب لأن الغصب الاستيلاء على مال الغير قهرا بغير حق وقد وجد منهما ولان كل واحد منهما يلزم ردها إذا كانت في يده لأن يده عليها بغير حق وقد قال عليه الصلاة والسلام (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) ويلزم المشتري كل ما يلزم الغاصب من النقص والمهر وغيره لأنه غاصب وقد ذكرنا دليله في المسألة قبلها إلا أن المالك ان ضمن الغاصب رجع على المشتري والتمتهب ولا يرجع الآخر على الغاصب بما ضمنه لأنه المتلف فاستقر الضمان عليه (مسألة) وإن لم يعلم بالغصب فضمنهما رجعا على الغاصب) إذا باع الغاصب الجارية فبيعه فاسد لما ذكرنا وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على إجازة المالك وفيه رواية ثالثة أن البيع يصح لما نذكره والتفريع على الرواية الأولى، والحكم في وطئ المشتري كالحكم في وطئ الغاصب إلا أن المشتري إذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فإنه لا يقبل منه إلا بالشرط الذي ذكرناه ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لأن الغاصب أخذها بغير حق والمشتري أخذ مال غيره بغير حق

أيضا فيدخل في عموم قوله عليه السلام (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ويلزم المشتري المهر لأنه وطئ جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة كالغاصب ويلزم ذلك مع الجهل لأن الاتلاف لا يعذر فيه بالجهل والنسيان (مسألة) (وإن ولدت منه فالولد حر) لأنه اعتقد أنه يطاء مملوكته فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقا ويلحقه النسب وعليه فداؤهم لأنه فوت رقهم على السيد باعتقاده حل الوطئ هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب، وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لأنهم كانوا في حال العلق أحرارا ولم تكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولاً لأبي عبد الله أول والذي أذهب إليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضا وجعفر به محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم ببذلهم يوم الوضع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لأن ولد المغصوب لا يضمه عنده إلا بالمنع وقيل المطالبة لم يحصل منع فلم تجب وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا عليه وقوم يوم وضعه لأنه أول حال أمكن تقويمه (مسألة) (ويفديه بمثله في صفاته تقريبا) هذا ظاهر قول الخرقى لأنهم أحرار والحر لا يضمن بقيمته وقال أبو بكر يفديهم بمثلهم في القيمة وعن أحمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيمتهم حكاها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهي أصح إن شاء الله تعالى لأن الحيوان ليس بمثلي فيضمن بقيمته كسائر

المتقومات ولأنه لو أتلفه ضمنه بقيمته كذلك هذا  
(مسألة) (ويرجع بذلك على الغاصب) يعنى بالمهر وما فدى به الأولاد لأن المشتري  
دخل على أن يسلم  
له الأولاد وان يتمكن من الوطئ بغير عوض فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فيرجع  
به عليه وان كانت  
الجارية باقية ردها إلى سيدها ولا يرجع ببدلها لأنها ملك المغصوب منه رجعت عليه  
لكنه يرجع على  
الغاصب بالثمن الذي أخذه منه لقوله عليه السلام (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)  
(مسألة) (وان تلفت فعليه قيمتها لمالكها كما يلزمه نقصها ولا يرجع بها على الغاصب  
إن كان مشتريا)  
لأن المشتري دخل مع الغاصب على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فإذا ضمنه القيمة لم  
يرجع بها لكنه  
يرجع بالثمن لأن البيع باطل فلم يدخل الثمن في ملك الغاصب كما لو وجد العين باقية  
فاخذها المالك فإنه  
يرجع بالثمن، فأما المتهب فيرجع بالقيمة على الغاصب لأنه دخل مع الغاصب على أن  
يسلم له العين فينبغي  
ان يرجع بما غرم من قيمتها على الغاصب كقيمة الأولاد  
(مسألة) (وعنه أن ما حصلت له منفعة كالأجرة والمهر وأرش البكارة لا يرجع به)  
وجملة ذلك أن  
المالك إذا رجع على المشتري فأراد المشتري الرجوع على الغاصب فهو على ثلاثة  
اضرب: ضرب لا يرجع  
به وهو قيمتها ان تلفت في يده وأرش بكارتها، وفيه رواية أخرى انه يرجع به كالمهر  
وبدل جزء من  
اجزائها لأنه دخل مع الغاصب على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فإذا ضمنه لم يرجع  
به، وضرب يرجع



به وهو بدل الولد إذا ولدت منه لأنه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضمونا ولم يحصل من جهته  
اتلاف وإنما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة، وضرب  
اختلف فيه وهو مهر مثلها  
واجر نفعها وفيه روايتان (إحداهما) يرجع به وهو قول الخرقى لأنه دخل العقد على أن  
يتلفه بغير  
عوض فإذا غرمه رجع به كبذل الولد ونقص الولادة (والثانية) لا يرجع به وهو اختيار  
أبي بكر وقول أبي  
حنيفة لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة الجارية وبدل اجزائها وللشافعي قولان  
كالروايتين  
(مسألة) (فإن ضمن الغاصب رجوع على المشتري بما لا يرجع به عليه كما لو رجع به  
على المشتري  
لا يرجع به المشتري على الغاصب) إذا رجع به المالك على الغاصب رجع الغاصب به  
على المشتري وكل ما لو  
رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به  
على المشتري لأنه  
الضمان استقر على الغاصب فإن ردها حاملا فماتت من الوضع فهي مضمونة على  
الواطئ لأن التلف بسبب من جهته  
(مسألة) (فإن ولدت من زوج فمات الولد ضمنه بقيمته) إذا اشترى الجارية المغصوبة  
من لا يعلم  
بذلك فزوجها لغير عالم بالغصب فولدت من الزوج فهو مملوك لأنه من زوائدها  
ونمائها فيكون مضمونا  
على من هو في يده بقيمته إذا تلف لأنه مال وليس بمثلي، وهل يرجع بها على  
الغاصب؟ على روايتين على  
ما ذكرنا فيما إذا ضمن المشتري ما حصل به نفع ووجه الروايتين ما سبق  
(فصل) إذا وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه ولا يرجع به على أحد  
لأنه غاصب

ولم يغرّه أحد وان لم يعلم فلصاحبه تضمين أيهما شاء ويرجع المتهب على الواهب بقيمة العين والاجر  
لأنه غيره وقال أبو حنيفة أيهما ضمن لم يرجع على الآخر  
ولنا ان المتهب دخل على أن يسلم له العين فيجب ان يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الأولاد  
فإنه وافقنا على الرجوع بها فأما الاجر والمهر وأرش البكارة ففيه وجهان مبنيان على الروايتين في المشتري  
(مسألة) (وإن أعارها فتلفت عند المستعير استقر ضمان قيمتها عليه وضمن الاجر على الغاصب)  
فإن ضمن المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحد وان ضمن الغاصب رجع على المستعير وان  
لم يكن علم بالغصب فضمنه لم يرجع بقيمة العين لأنه قبضها على أنها مضمونة عليه، وفي الرجوع بالاجر  
وجهان (أحدهما) يرجع لأنه دخل على أن المنافع غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع به لأنه انتفع بها فقد  
استوفى بدل ما غرم وكذلك الحكم فيما تلف من الاجزاء بالاستعمال إذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من  
يوم التلف فضمن الأكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لأنه دخل على أنه لم يضمنه ولم يستوف  
بدله فإن ردها المستعير على الغاصب لم يسقط عنه الضمان لأنه فوت الملك على مالكة بتسليمه إلى غير  
مستحقه ويستقر الضمان على الغاصب ان حصل التلف في يده وكذلك الحكم في المودع  
(مسألة) (وان اشترى أرضا فغرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقة وقلع غرسه وبناءه رجع المشتري  
على البائع بما غرمه) ذكره القاضي في القسمة لأنه بيعه إياها غره وأوهمه أنها ملكه وكان ذلك سببا

في بنائه و غرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها  
(مسألة) (وان أطعم المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه) لكونه أتلف مال  
غيره بغير اذنه  
عالمًا من غير تعيير وللمالك تضمين الغاصب لأنه حال بينه وبين ماله والاكل لأنه أتلف  
مال غيره  
بغير إذنه وقبضه من يد ضامنه بغير إذن مالكة فإن ضمن الغاصب رجع على الآكل وان  
ضمن  
الآكل لم يرجع على أحد  
(مسألة) (وإن لم يعلم وقال له الغاصب كله فإنه طعامي استقر الضمان على الغاصب)  
لاعتراف، بان  
الضمان باق عليه وان لم يلزم الآكل شيء ولأنه غر الآكل  
(مسألة) (وإن لم يقل ففي أيهما يستقر عليه الضمان؟ وجهان) أحدهما يستقر الضمان  
على الآكل  
وهو قول أبي حنيفة والشافعي في الجديد لأنه ضمن فلم يرجع به على أحد والثاني  
يستقر على الغاصب  
لأنه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمه وهذا ظاهر كلام الخراقي وأيهما استقر عليه  
الضمان فغرم لم  
يرجع على أحد وإن غرم صاحبه رجع عليه  
(مسألة) (إن أطعمه لمالكة ولم يعلم لم يبرأ نص عليه) إذا أطعم المغصوب لمالكة  
فأكله عالمًا أنه  
طعامه برئ الغاصب وإن لم يعلم وقال له كله فإنه طعامي استقر الضمان على الغاصب  
لما ذكرنا وإن كانت  
له بينة بأنه طعام المغصوب منه، وإن لم يقبل ذلك بل قدمه إليه وقال كله فظاهر كلام  
أحمد أنه لا يبرأ

لأنه قال في رواية الأثرم في رجل له قبل رجل تبعه فأوصلها إليه 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 فيأكل المالك طعامه بطريق الأولى لأنه ثم رد إليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم إليه لم يعد إليه اليد والسلطان فإنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ به الغاصب كما لو علفه لدوابه ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي فإنه يستقر الضمان على الأكل في إحدى الروايتين فكذلك ههنا وهذا مذهب أبي حنيفة (فصل) وإن وهب المغصوب لمالكه أو اهداه إليه برئ في الصحيح لأنه سلمه إليه تسليمًا تامًا وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الأثرم محمول على ما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهبة فاخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومسئلتنا فيما إذا رد عليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها وان باعه إياه وسلمه إليه برئ من الضمان لأنه قبضه بالابتياح وهو موجب للضمان وكذلك إن أقرضه إياه لما ذكرنا (مسألة) (وان رهنه عند مالكه أو أودعه إياه أو أجره أو استأجره على قصارته أو خياطته ولم يعلم لم يبرأ من الضمان) لأنه لم يعد إليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة، وقال بعض أصحابنا يبرأ رده إلى يده

وسلطانه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والأول أولى فإنه لو أباحه أكله فأكله  
لم  
ييراً فهنا أولى.  
(مسألة) (وان أعاره إياه برئ علم أو لم يعلم)  
لأن 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  
(مسألة) (وان اشترى عبدا 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 ادعاه بطل البيع والعتق ويرجع المشتري على البائع بالثمن وان  
صدقه  
البائع أو المشتري لم يقبل قول أحدهما على الآخر لأنه لا يقبل اقراره في حق غيره وان  
صدقاه  
جميعا لم يبطل العتق وكان العبد حرا لأنه قد تعلق به حق لغيرهما فإن وافقهما العبد  
فقال القاضي لا  
يقبل أيضا لأن 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 إلى المدعي لأنه مجهول النسب  
أقر بالرق لمن

يدعيه فصيح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكمتنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه فإن ضمن البائع رجوع على المشتري لأنه أتلفه وان ضمن المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه وان مات العبد فخالف مالا فهو للمدعي لاتفاقهم على أنه له وإنما لم يرد العبد إليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخلف وارثا فيأخذه وليس عليه ولاء لأن أحدا لا يدعيه وان صدق المشتري البائع وحده رجوع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقيمة الأقسام على ما نذكر في الفصل بعده (فصل) وإن 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 فإن كان المقر البائع لزمته القيمة للمدعي لأنه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لأنه ملكه في الظاهر وللبيع احلافه إن كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري لأنه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين من الثمن أو قيمة العبد لأنه 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 الف من قرض وإن كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لأنه لا يدعيه ومتى عاد العبد إلى البائع بفسخ أو غيره لزمه رده إلى مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه

وإن كان اقرار البائع في مدة الخيار انفسخ البيع لأنه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه وإن كان المقر المشتري وحده لزمه رد العيب ولم يقبل اقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن إن كان قبضه وعليه دفعه إليه ان لم يكن قبضه فإن أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن وإن كان البائع المقر فأقام بينة فإن كان في حال البيع قال بعثك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بينته لأنه تكذبها وان لم يكن قال ذلك قبلت لأنه يبيع ملكه وغيره، وان أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لأنه يجربها إلى نفسه نفعاً وان أنكره جميعاً فله احلافهما قال احمد في رجل يجد سرقة عند إنسان بعينها قال هو ملكه يأخذه اذهب إلى حديث سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم (من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه) رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة (فصل) قال رضي الله عنه (وان أتلّف المغصوب ضمنه بمثله إن كان مكيلاً أو موزوناً متى تلّف المغصوب في يد الغاصب لزمه رد بدله لقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأنه لما تعذر رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها فإن كان المتلف مثلياً كالمكيل والموزون مكيلاً أو موزوناً وجب المثل قال ابن عبد البر كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته ولان المثل أقرب إليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة

كالنص والمعنى والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فقدم ما طريقه المشاهدة  
كالنص لما كان طريقه  
الادراك بالسمع كان أولى من القياس لأن طريقه الظن والاجتهاد  
(مسألة) (وان أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه)  
وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البديل لأنه الواجب المثل إلى حين قبض البديل بدليل  
أنه لو  
وجد المثل بعد إعوازه لكان الواجب هو دون القيمة، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر  
أصحاب الشافعي  
تجب قيمته يوم المحاكمة لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم  
ولنا ان القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ لتلف المتقوم  
ودليل وجوبها  
حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أدائها ولا ينفى وجوب  
المثل لأنه معجوز عنه  
والتكليف يستدعي الوسع ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاء ولا يجب على  
الآخر أدائه فلم يكن واجبا  
كحالة المحاكمة، وأما إذا قدر على المثل بعد فقده فإنه يعود وجوبه لأنه الأصل قدر  
عليه قبل أداء البديل  
فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء  
استحق المالك طلبه وأخذه  
وعنه تلزمه قيمته يوم تلفه لأن القيمة نما ثبتت في الذمة حين التلف لأنه قبل التلف  
يجب رده فإذا تلف  
وجبت قيمته يوم تلفه كغير المثلي  
(مسألة) (وان لم يكن مثليا ضمنه قول باقي الجماعة)



وحكي عن العنبري أنه يجب في كل شيء مثله لما روت جصرة بنت دجاجة عز عائشة  
 رضي الله عنها  
 قالت ما رأيت صناعا مثل حفصة صنعت طعاما فبعثت به إلى رسول الله صلى الله عليه  
 وسلم فأخذني الأفكل فكسرت  
 الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت فقال (إنما مثل الاناء وطعام مثل الطعام)  
 رواه أبو داود  
 وعن أنس ان أحد نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الأخرى فدفع النبي  
 صلى الله عليه وسلم 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 صلى الله عليه وسلم قال (من أعتق شركا 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 تلفه لما ذكرنا ويكون في  
 بلده 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 قوته عليه بغصبه فكان عليه قيمة ما فوت  
 عليه حين فوته وقد روي  
 عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا  
 يوم محاسبته  
 ولذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الاخذ وهذا يدل على أن القيمة تعتبر  
 يوم الغصب  
 والأولى أولى. قال شيخنا ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه  
 ههنا بإذن مالكة

ملكه وحل له التصرف فيه فثبتت قيمته يوم ملكه ولم يعتبر ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لأنه  
ملكه والمغصوب ملك المغصوب منه والواجب رده لا قيمته، وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما إن كان المغصوب باقيا وتعذر رده فأوجبنا رد قيمته فإنه يطالبه بها يوم قبضها لأن القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر إلى وقت إمكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعي في رده وإنما يأخذ القيمة لأجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه لأن ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره (فصل) وقد قال الخرقى فيمن غصب جارية حاملا فولدت في يديه ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته، فحمل القاضي قول الخرقى على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الأسعار وهو مذهب الشافعي، فعلى هذا إذا تلف المغصوب لزم الغاصب قيمته أكثر ما كانت من يوم الغصب إلى يوم التلف لأن أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه فإذا تعذر ردها ضمنه كقيمته يوم التلف، إنما سقطت القيمة مع رد العين، والمذهب أن زيادة القيمة بتغير الأسعار غير مضمونة على الغاصب وقد ذكرنا ذلك، وعلى هذا فكلام الخرقى محمول على ما إذا اختلفت القيمة لمعنى في المغصوب من كبر وصغر وسمن وهزال ونسيان ونحو ذلك فالواجب القيمة أكثر ما كانت لأنهما مغصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب على ما قدرناه بدليل أنه لورد العين ناقصة لزمه أرش نقصها

وهو بدل الزيادة فإذا ضمن الزيادة مع بقائها ضمنها عند تلفها بخلاف زيادة القيمة لتغير الأسعار فإنها لا تضمن مع ردها فكذلك مع تلفها، وقولهم انها إنما سقطت مع رد العين لا يصح لأنها لو وجبت ما سقطت بالرد كزيادة السمن قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الأسعار فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف وقد روي عن أحمد أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب إلا أن الخلال قال جبن أحمد عنه كأنه رجع إلى القول الأول وقد ذكرناه (مسألة) (فإن كان مصوغاً أو تبراً تخالف قيمته وزنه قومه بغير جنسه) متى كان المصاغ تزيد قيمته على وزنه أو تنقص والصناعة مباحة كحلي السناء وجب ضمانه بقيمته لكن يقومه بغير جنسه فيقوم الذهب بالفضة والفضة بالذهب لئلا يفضي ذلك إلى الربا، وقال القاضي يجوز تقويمه بجنسه لأن ذلك قيمته والصناعة لها قيمة بدليل أنه لو استأجره لعملها جاز، ولو كسر الحلي وجب عليه أرش ذلك ويخالف البيع لأن الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها في الاتلاف؟ قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الأول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لأن القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة ربا كالبيع وكالتقص، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور إذا كسر الحلي يصلحه أحب إلي قال القاضي هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لا على طريق الوجوب، فإن كانت الصناعة محرمة كالأواني وحلي الرجال المحرم

لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجهاد واحدا لأن الصناعة لا قيمة لها شرعا  
(مسألة) (فإن كان محلي بالنقدين معا قومه بما شاء منهما)  
للحاجة وأعطاه بقيمته عوضا لثلا يفضي إلى الربا ولا يمكن تقويمه إلا بأحدهما لأنهما  
قيم الأموال  
فدعت الحاجة إلى تقويمهما بأحدهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فكانت الخيرة  
إليه في تقويمه  
بما شاه منهما، والدليل على أنه لا يمكن تقويمه إلا بأحد النقدين انه لا يمكن تقويمه  
بكل واحد منهما  
منفردا لعدم معرفة ما فيه منه ولأن 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 عوضا له لأن الحلية صارت فصة له وزينة فيه فكانت القيمة فيه موصوفا بهذا الصفة  
كقيمته  
في بيعه والله أعلم.  
(فصل) وقد ذكرنا ان ما تتماثل أجزاءه وتتقارب كالأثمان والحبوب والادهان يضمن  
بمثله  
وهذا لا خلاف فيه، فأما سائر المكييل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمنه بمثله  
أيضا فإنه 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 كمعمول الحديد والنحاس والرصاص والصوف  
والشعر المغزول فإنه  
يضمن بقيمته لأن الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبهه غير  
المكييل والموزون

وذكر القاضي ان النقرة والسبيكة من الأثمان والعنب والرطب والكمثرى إنما يضمن بقيمته، وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل ان تضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثله إلا بكسر النقود المضروبة وسبكها وفيه اتلاف (مسألة) (وان تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقية كزوجي خف تلف أحدهما فعليه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص وقيل لا يلزم أرش النقص) إذا غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف أو مصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرش نقصهما فإذا 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 لأصحاب الشافعي لأنه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالنقص لتغير الأسعار. ولنا أنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوبا فشقه ثم تلف أحد الشقين فإنه يلزمه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص ان نقص بخلاف نقص السعر فإنه لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو امكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه كما لو فوت بصره أو سمعه أو علقه أو فك تركيب باب ونحوه

(فصل) وإن غصب ثوبا فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت قيمته كما كانت  
مثل ان غصب ثوبا قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده  
وأرشفه لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته، في الذمة فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه  
وكذلك لو رخصت الثياب فارت 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 لأنها تثبت في الذمة عشرة  
فلا تزداد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها  
(فصل) فإن غصب ثوبا أو زليا فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة فعليه أرشفه،  
وان أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمته أجرته سواء استعمله أو تركه، ولو اجتمعا مثل ان أقام عنده مدة وذهب  
بعض أجزائه فعليه ضمانهما معا الأجرة وأرشفه بالنقص سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال  
كثوب ينقصه النسر نقص بنشره وبقي عنده مدة ضمن الأجر والنقص، وإن كان النقص بالاستعمال  
كثوب لبسه فأبلاه فكذلك يضمنهما معا في أحد الوجهين والثاني يجب أكثر الأمرين من الأجر  
أو أرشفه بالنقص لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء  
ويتخرج لنا مثل ذلك.  
ولنا أن كل واحد منهما ينفرد بالإيجاب عن صاحبه فإذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم

تلف والأجرة تجب في مقابلة من المنافع لا في مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تفت  
الاجزاء، وان لم يكن للمغصوب أجرة كثوب غير مخيط فليس على الغاصب إلا ضمان  
نقصه  
(فصل) وإن نقص المغصوب عندا لغاصب ثم باعه فتلف عند المشتري فله تضمين من  
شاء منهما  
إذا لم يكن النقص لتغير الأسعار وقد ذكرناه، فإن ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما  
كانت من حين  
الغصب إلى حين التلف لأنه في ضمانه من حين غصبه إلى يوم تلفه وان ضمن المشتري  
ضمنه قيمته أكثر  
ما كانت من حين قبضه إلى يوم تلفه لأن ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان  
كانت له أجرة فله الرجوع  
على الغاصب بجميعها وعلى المشتري بأجر مقامه في يده وبالباقي على الغاصب وقد  
مر الكلام في رجوع  
كل واحد منهما على صاحبه  
(مسألة) (وان غصب عبدا فابق أو فرسا فشرد أو شيئا تعذر رده مع بقاءه ضمن قيمته  
فإن قدر  
عليه بعد رده وأخذ القيمة)  
وجملته أن من غصب شيئا فعجز عن رده مع بقاءه كعبد أبق فللمغصوب منه المطالبة  
ببدله فإذا  
أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليه لزمه رده ويسترد بدلها  
الذي أداه  
وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يتخير المالك بين الصبر إلى امكان ردها  
فيستردها وبين تضمينه  
إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكا للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها  
فهو له مع

يمينه لأن المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولأنه تضمنين فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيته بزيتته.

ولنا ان المغصوب لا يصح ملكه بالبيع ههنا فلا يصح بالتضمنين كالتالف ولأنه ضمن ما تعذر عليه رده بخر وجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبرا وليس هذا جميعا بين البدل والمبدل لأنه ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا إذا رد المغصوب إليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لأنه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده. إذا ثبت ذلك فإنه إذا قدر على المغصوب رده ونماءه المنفصل والمتصل وأجر مثله إلى حين دفع بدله، ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه إلى الغاصب لأنه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها إن كان باقيا 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 بعيب، وإن كان البدل تالفا فعليه مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الأمثال.

(مسألة) (وان غصب عصيرا فتخمر فعليه مثله)

لأنه تلف في يده فإن صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع البدل لأن العصير تلف بتخميره فوجب ضمانه فإن



عاد خلا كان كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سمنها فإنه يردها وأرش نقصها  
ولنا ان الخل عن العصير تغير صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كما لو  
غصبه فغصبه

منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشا، وأما السمن الأول فلنا فيه  
منع وان سلمنا فالثاني

غير الأول بخلاف مسئلتنا

(فصل) إذا غصب أثمانا فطالبه مالكها بها في بلد آخر وجب ردها إليه لأن الأثمان قيم  
الأموال

فلا يضر اختلاف قيمتها، وإن كان المغصوب من المتقومات لزم دفع قيمته في بلد  
الغصب وإن كان من

المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو هي أقل في البلد الذي لقيه فيه فله مطالبته بمثله  
لأنه لا ضرر على

الغاصب فيه، وان كانت أكثر فليس له المثل لأننا لا نكلفه النقل إلى غير البلد الذي  
غصب فيه وله

المطالبة بقيمته في بلد الغصب، وفي جميع ذلك متى قدر على المغصوب أو المثل في  
بلد الغصب رده وأخذ

القيمة كما لو غصب عبدا فأبق.

(فصل) قال رضي الله عنه (فإن كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة  
مقامه في يده

سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب) هذا المعروف في المذهب نص عليه أحمد في  
رواية الأثرم وبه

قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك وقد  
روى محمد بن الحكم

عن أحمد فيمن غصب دارا فسكنها عشرين سنة لا أجتري أن أقول عليه سكنى ما  
سكن وهذا يدل على

توقفه عن إيجاب الاجر الا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لأن محمد بن الحكم مات  
قبل أبي عبد الله  
بعشرين سنة. واحتج من لم يوجب الاجر بقول النبي صلى الله عليه وسلم (الخراج  
بالضمان) وضمائها على الغاصب ولأنه  
استوفى منفعته بغير عقد ولا شبهة ملك أشبه ما لو زنا بامرأة مطاوعة  
ولنا ان كل ما ضمنه بالاتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الاتلاف  
كالأعيان ولأنه أتلف  
متقوما فوجب ضمانه كالأعيان أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين  
وأما الخبر فوارد في  
البيع ولا يدخل فيه الغاصب لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالاجماع ولا يشبه  
الزنا لأنها رضيت  
باتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره دارا، ولو  
أكرهها عليه لزمه  
مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الإجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها  
فاما الغنم والشجر  
والطير ونحوها فلا شئ فيها لأنها لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية  
ولم يطأها ومضى عليها  
زمن يمكن الوطئ فيه لم يضمن مهرها لأن منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء بخلاف  
غيرها ولأنها لا  
تقدر بزمن فيتلفها مضي الزمن بخلاف المنفعة، ولو أطرق الفحل لم يضمن منفعته لأنه  
لا عوض له  
لكن عليه ضمان نقصه  
(مسألة) (وان تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه) لأنه بعد التلف لم تبقن له  
منفعة لم  
يجب ضمانها كما لو أتلفه من غير غصب

(مسألة) (وان غصب شيئاً فعجز عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة) لأن منافعه إلى وقت أداء القيمة مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها وهل يلزم أجره من حين دفع بدله إلى رده؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لأن استحق الانتفاع ببذله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه والثاني له الاجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له (فصل) وتصرفات الغاصب الحكمية كالحج وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة في إحدى الروايتين والأخرى صحيحة) تصرفات الغاصب كتصرف الفضولي وفيه روايتان أظهرهما بطلانها والثانية صحتها ووقفها على إجازة المالك وذكر شيخنا في الكتاب المشروح رواية أنها تقع صحيحة وذكره أبو الخطاب وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والعقود كالبيع والإجارة والنكاح وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يطله المال، فاما ما اختار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض نمائه وزيادته له الحكم ببطلانها يمنع ذلك (مسألة) (وان أاجر بالدراهم فالربح لمالكها) إذا غصب أثماناً فاتجر بها أو عروضاً فباعها واتجر بثمرتها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع

المشترأة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك لأنه نماء  
ملكه قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق وبه لو قوع الخلاف فيه  
(مسألة) (وان اشترى في ذمته ثم نقدها احتمال أن يكون الربح للغاصب)  
وكذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأنه اشترى لنفسه  
في ذمته  
فكان الشراء له والربح له، وعليه بدل المغصوب وهذا قياس قول الخرقي وذكر ذلك  
عن أحمد  
واحتمل أن يكون للمالك لأنه نماء ملكه أشبه ما لو اشترى بعين المال وهذا المشهور  
في المذهب وقال  
صاحب المحرر إذا اشترى في ذمته بنية نقدها لئلا يتخذ ذلك طريقا إلى غصب مال  
الغير والتجارة  
به وان خسر فهو على الغاصب لأنه نقص حصل في المغصوب، وادفع المال إلى من  
يضارب به فالحكم  
في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لأنه لم يأذن له في  
العمل في ماله وإن كان  
المضارب عالما بالغاصب فلا أجر له لأنه متعد بالعمل ولم يغره أحد وان لم يعلم فعلى  
الغاصب أجر  
مثله لأنه استعمله عملا بعوض لم يحصل له فله أجره كالعقد الفاسد  
(فصل) وان أجر الغاصب المغصوب بالإجارة باطلة في إحدى الروايات كالبيع  
وللمالك تضمين  
أيهما شاء أجر المثل فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لأنه دخل في العقد على أنه  
يضمن المنفعة

ويستقط عنه في العقد وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به وإن تلفت العين في يد المستأجر فلمالكها  
تضمن من شاء منهما 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 بالغصب 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 بالغصب 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 (مسألة) (وان اختلفا في قيمة المغصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الغاصب) إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ولا بينة فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه حجة كما لو ادعى عليه ديناً فأقر ببعضه وكذلك ان اختلفا في قدره فقال غصبتني مائة قال بل خمسين لما ذكرنا وكذلك ان قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله لذلك فإن شهدت البينة بالصفة ثبتت (مسألة) (وان اختلفا في رده أو عيب فيه فالقول قول المالك) لأن الأصل عدم الرد وبقاؤه في يد الغاصب وان قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبغ زائدة أو عيب

وأنكر المالك فالقول قوله لأن الأصل عدم ذلك، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقت الزيادة فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب بعد تلفه فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته وان شاهدنا العبد معيبا فقال الغاصب كان معيبا قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الغاصب لأنه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، ويتخرج أن القول قول المالك كما إذا اختلف البائع والمشتري في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري؟ فإن فيه رواية أن القول قول البائع كذلك هذا، وان غصبه خمرا فقال المالك تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لأن الأصل عدم تغييره وبراءة ذمة الغاصب، وان اختلفا في تلفه فالقول قول الغاصب إذا ادعى التلف لأنه أعلم بذلك ويتعذر إقامة البينة عليه فإذا حلف فللمالك المطالبة ببده لأنه تعذر رد العين فلزم بدلها كما لو غصب عبدا فابق وقيل ليس له المطالبة بالبدل لأنه لا يدعيه، وان قال غصبت مني حديثا قال بل عتيقا فالقول قول الغاصب لأن الأصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لأنه دون حقه، وان اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للغاصب لأنها في يده فكان القول قوله فيها ولم يثبت أنها كانت لمالك العبد (مسألة) وان بقيت في يده غصوب لا يعلم أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطة) لأنه عاجز عن ردها على أصحابها فإذا تصدق بها عنهم كان ثوبها لا ربابها فيسقط ذلك اثم غصبها ولان قضاء الحقوق في الآخرة بالحسنات وحمل السيئات فإذا طلب منه عوض الغصب أحالهم بثواب الصدقة

وعنه في اللقطة لا تجوز الصدقة بها فيخرج هنا له دفعه فلي هذا له دفعه إلى نائب الإمام كالضوال  
(فصل) قال رضي الله عنه (ومن أتلف مالا محترما لغيره ضمنه إذا كان بغير اذنه لا نعلم في ذلك خلافا)  
لأنه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده  
(مسألة) (وان فتح قفصا عن طائر فطار أو حل قيد عبده أو رباط فرسه فذهبت ضمنه) وبه قال ملك وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا أن يكون أهماجهما حتى ذهب  
وقال أصحاب الشافعي ان وقفا عبد الحل والفتح ثم ذهبا لم يضمهما وان ذهبا عقيب ذلك ففيه قولان واحتجا بأن  
لهما اختبارا وقد وجدت منهما المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجئ فإذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب  
كما لو حفر بئرا فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة إنما  
حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة وأشلى كلبا على صبي فقتله  
أو أطلق نارا في متاع انسان فإن للنار فعلا لكن لما لم يكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه  
ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وإنما يبقى بالمانع فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه  
على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوق فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير  
فأفلس لأنه تلف بسبب فعله فأما ان فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنفرهما فذهبا

فالضمان على منفريهما لأن سببه أخص فاخص الضمان به كالدافع مع الحافر، وان وقع طائر انسان على جدار فنفره انسان فطار لم يضمه لأن تنفيره لم يكن سبب فواته فإنه كان ممتنعا قبل ذلك، وان رماه فقلته ضمنه وإن كان في داره لأنه كان يمكنه تنفيره بغيره قتله وكذلك لو مر طائر في هواء داره فرماه فقلته ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء الدار فهو كما لو رماه في هواء دار غيره (مسألة) (وان حل وكاء زق مائع أو جامد فاذا بته الشمس أو بقي بعد حله فألقتة الريح فاندفق ضمنه) إذا حل وكاء زق مائع فاندفق أو كان جامدا فذاب بشمس أو سقط بريح أو زلزلة ضمنه سواء خرج في الحال أو قليلة أو خرج منه شيء بل أسلفه فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط لأنه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيها 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 انسان ولنا ان فعله سبب تلفه ولم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلا قليلا وكما لو جرح انسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فإنه يضمن وأما إذا دفعه إنسان فإن المتخلل بينهما مباشرة من يمكن الإحالة عليه بخلاف مسئلتنا (مسألة) (وان ربط دابة في طريق فأتلقت أو اقتنى كلبا عقورا فعقر أو حرق ثوبا ضمن) إذا أوقف الدابة في طريق ضيق ضمن ما جنت بيد أو رجل أو فم لأنه متعد بوقفها فيه وإن كان الطريق واسعا ضمن في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لأن انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة ولذلك لو ترك في الطريق طينا فرلق به إنسان ضمنه والثانية لا يضمن لأنه غير متعد بوقفها في الطريق





الواسع فلم يضمن كما لو وقفها في موات وفارق الطين فإنه متعدد بتركه في الطريق  
وأما الكلب فيلزمه ضمان  
ما أتلّف لأنه تعدى بذلك فلزمه الضمان كما لو بنى في الطريق دكانا  
(مسألة) (الا أن يكون دخل منزله بغير إذنه لأنه متعدد بالدخول فقد تسبب إلى اتلاف  
نفسه  
بجنايته، وان دخل بإذن المالك فعليه ضمانه لأنه تسبب إلى اتلافه فإن أتلّف الكلب  
بغير العقور مثل  
ان ولغ في إناء إنسان أو بال لم يضمنه لأن هذا لا يختص الكلب العقور قال القاضي  
وان اقتنى سنورا  
يأكل أفراخ الناس ضمن ما أتلّفه كالكلب العقور، ولا فرق بين الليل والنهار فإن لم تكن  
له عادة بذلك  
لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب الذي ليس بعقور ولو أن الكلب العقور أو السنور  
حصل عند إنسان  
من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمنه لأنه لم يحصل الاتلاف بتسببه فإن اقتنى  
حماما أو غيره من  
الطير فأرسله نهارا فلقط حبا لم يضمنه لأن العادة ارساله  
(مسألة) (وقيل في الكلب روايتان في الجملة (إحداهما) يضمن سواء كان في منزل  
صاحبه أو  
خارجا وسواء دخل باذن صاحب المنزل أو بغير إذنه لأن اقتناء الكلب العقور سبب  
للعقر وأذى  
الناس فضمن صاحبه كمن ربط دابة في طريق ضيق (والثانية) لا يضمن لقوله عليه  
الصلاة والسلام (جرح  
العجماء جبار) ولأنه أتلّف من غير أن تكون يد صاحبه عليه أشبه سائر البهائم  
(مسألة) (وان أجاج نارا في ملكه أو سقى أرضه فتعدى إلى ملك غيره فاتلفه ضمن إذا  
كان  
قد أسرف فيه أو فرط والا فلا)  
وجملته أنه إذا فعل ذلك لم يضمن إذا كان ما جرت به العادة من غير تفريط لأن غير  
متعد ولأنها  
سراية فعل مباح فلا يضمن كسراية القود، وفارق من حل وكاء زق فاندفق لأنه متعدد  
بحله ولان الغالب  
خروج المائع من الزق المفتوح بخلاف هذا، فإن كان بتفريط منه أو اسراف بان أجاج  
نارا تسري



في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيرا يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره  
أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى إلى غير الدار التي أوقد فيها والأرض التي فتح الماء  
فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به ولذلك إن ييست النار أغصان شجرة غيره  
يضمن لأن ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمن لأن دخولها  
إليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل.  
(فصل) وان أقت الریح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت تحت يده أشبهت  
اللقطه فإن لم يعرف صاحبه فهو لقطه يثبت فيها أحكامها وان عرف صاحبه لزمه إعلامه فإن لم يفعل  
ضمنه لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه من غيرت عريف فهو كالغاصب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه  
حفظه ولا إعلام صاحبه لأنه محفوظ بنفسه إلا أن يكون غير ممتنع فهو كالثوب وان دخل برجه فأغلق عليه  
الباب ناويا إمساكه لنفسه ضمنه لأنه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب وإلا فلا ضمان عليه لأنه  
يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمنا لتصرفه الذي لم يتعد فيه (مسألة) وان حفر في فناءه بئرا لنفسه ضمن ما تلف به، والفناء ما كان خارج الدار قريبا منها)  
إذا حفر في الطريق بئرا لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها باذن الإمام أو بغير إذنه وسواء  
كان فيها ضرر أولا وقال أصحاب الشافعي ان حفرها باذن الإمام لم يضمن لأن للإمام أن يأذن في  
الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز ان يأذن في العقود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه ولنا أنه تلف بحفر حفره في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن  
فيه الإمام ولا نسلم أن للإمام الاذن في هذا وإنما جاز الاذن في العقود لأنه لا يدوم ويمكن إزالته في  
الحال أشبه العقود في المسجد ولأن العقود حائز من غير اذن الإمام بخلاف الحفر



( ٤٤٧ )

(مسألة) (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 لأنه  
محسن بفعله غير متعدد  
أشبهه باسط الحصير في المسجد، وقال بعض أصحابنا لا يضمن إذا كان باذن الإمام  
وإن كان بغير اذنه لم  
يضمن في إحدى الروايتين فإن أحمد قال في رواية إسحاق بن إبراهيم إذا أحدث بئر  
لماء المطر فيه نفع  
للمسلمين أرجو أن لا يضمن والثانية يضمن أو ما إليه أحمد لأنه اقتات على الإمام ولم  
يذكر القاضي  
سوى هذه الرواية، والصحيح الأول لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق استئذان الإمام  
فيه وتعم  
البلوى به ففي وجوب الاستئذان فيه تفويت لهذه المصلحة العامة لأنه لا يكاد يوجد من  
يتحمل كلفة  
الاستئذان والحفر معا فتضيع هذه المصلحة فوجب سقوط الاستئذان كما في سائر  
المصالح العامة من  
بسط حصير في المسجد أو وضع سراج أو رم شعث وأشباه ذلك وحكم البناء في  
الطريق حكم الحفر  
فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بنى يضر لكونه في طريق  
ضيق أو واسع  
إلا أنه يضر بالمارة أو بناه لنفسه ضمن ما تلف به وساء في ذلك كله اذن الإمام وعدم  
الإذن قال  
شيخنا ويحتمل ان يعتبر اذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لأن الحفر تدعو  
الحاجة إليه  
لنفع الطريق واصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فجرى حفرها مجرى  
تبقيتها وحفر هدفة  
منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى في حفرة فيها ليسهلها، ويملكها بإزالة  
الطين ونحوه منها تسقيف  
ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليها فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف  
به لا نعلم  
فيه خلافا وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ويحتمل أن يعتبر اذن الإمام فيها لأن  
مصلحته لا تعم  
بخلاف غيره قال بعض أصحابنا في حفر البئر ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان إذا حفرها  
في مكان مائل

عن القارعة وجعل عليه حاجزا يعلم به ليتوقى  
(فصل) وان حفر العبد بسرا في ملك إنسان بغير إذنه أو في طريق يتضرر به ثم أعتق ثم  
تلف  
بها شئ ضمنه العبد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على السيد لأن الجنابة  
بالحفر

في حال رقه فكان ضمان جنايته حينئذ على سيده ولا يزال ذلك بعثقه كما لو جرح في حال رقه

ثم سرى جرحه بعد عتقه

ولنا ان التلف الموجب للضمان وجد بعد العتق فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه

ثم قتل به بعد عتقه وفارق ما قاسوا عليه لأن الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وههنا حصل

بعد عتقه وكذلك القول في نصيب حجر أو غيره من الأسباب التي يجب بها الضمان (مسألة) (وان بسط في مسجد حصيراً أو علق فيه قنديلاً أو سقفه أو نصب عليه باباً أو جعل فيه

رقاً لينتفع به الناس فتلف به شيء فلا ضمان عليه) وقال أصحاب الشافعي ان فعل شيئاً من ذلك بغير اذن

الإمام ضمن في أحد الوجهين وقال أبو حنيفة يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران ولنا أن هذا فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ما تلف به كما لو أذن فيه الإمام والجيران ولأنه فعل

ما ينتفع به المسلمون غالباً فلم يضمن كمن مهد الطريق ولان هذا مأذون فيه عرفاً لأن العادة جارية

بالتبرع به من غير استئذان فلم يضمن فاعله كالمأذون فيه نطقاً

(مسألة) (وان جلس في مسجد أو طريق واسع فعثر به حيوان فتلف لم يضمن في أحد الوجهين)

لأنه جلس في مكان له الجلوس فيه من غير تعد على أحد، وفي الآخر يضمن لأن الطريق إنما جعلت للمرور

فيها لا الجلوس، والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى والأول أولى لأنه فعل فلا مباحاً، وقولهم ان الطريق

إنما جعلت للمرور ممنوع فإن الطريق الواسع يجلس فيه عادة وكذلك المسجد جعل للصلاة وانتظارها

والاعتكاف فيه في جميع الأوقات وبعضها لا تباح الصلاة فيه ولان انتظار الصلاة والاعتكاف قرابة

فلم يتعلق به الضمان كالصلاة والله أعلم

(مسألة) (وان أخرج جناحاً أو ميزاباً إلى الطريق فسقط على شيء فأتلفه ضمن) وجملة ذلك أنه إذا أخرج إلى الطريق النافذ جناحاً أو ساباطاً فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه ضمنه المخرج وقال





أصحاب الشافعي ان وقعت خشبة ليست مركبة على حائط وجب نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فيقسم الضمان عليهما. ولنا أنه تلف بما أخرجه إلى هوا الطريق فكما لو بنى حائطه مائلا إلى الطريق أو كما لو لم تكن الخشبة الساقطة موضوعة على الحائط ولأنه اخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا ولأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض لأنه لو كان مباحا لم يضمن به كسائر المباحات، ولأن هذه خشبة لو سقط الخارج منها حسب فأتلف شيئا ضمنه فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولأننا لم نعلم موضعا يجب الضمان كله ببعض الخشبة ونصفه بجميعها، وإن كان اخراج الجناح إلى درب غير نافذ بغير اذن أهله ضمن ما تلف به وإن كان باذنهم فلا ضمان عليه لأنه غير متعدد فيه (فصل) وان أخرج ميزابا إلى الطريق النافذ فسقط على انسان أو شئ فأتلفه ضمن وبهذا قال أبو حنيفة وحكي عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لأنه غير متعدد باخراجه فلم يضمن ما تلف به كما لو أخرجه إلى ملكه وقال الشافعي ان سقط كله فعليه نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان انقص الميزاب فسقط منه الخارج حسب ضمن الجميع لأنه كله في غير ملكه ولنا ما سبق في الجناح ولا نسلم أن اخراجه مباح بل هو محرم لأنه أخرج إلى هواء ملك غيره شيئا يضربه أشبه ما أخرجه إلى ملك آدمي معين بغير اذنه، فأما ان أخرجه إلى ملك آدمي معين بغير اذنه فهو متعدد ويضمن ما تلف به لا نعلم في ذلك خلافا (مسألة) (وان مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئا لم يضمنه نص عليه وأوما في موضع انه ان تقدم إليه لنقضه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن) إذا كان في ملكه حائط مستو أو مائل إلى ملكه أو بناء كذلك فسقط من غير استهدام ولا ميل

فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لأنه لم يتعد بنائه ولا حصل منه تفريط بأبقائه وان  
مال قبل وقوعه إلى  
ملكه ولم يتجاوزة فلا ضمان عليه أيضا لأنه بمنزلة بنائه مائلا في ملكه وإن مال قبل  
وقوعه إلى هواء  
الطريق أو إلى ملك انسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره وكان بحيث لا يمكنه نقضه  
فلا ضمان عليه لأنه  
لم يتعد بنائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه أشبه ما لو سقط من غير ميل، فإن  
أمكنه نقضه ولم

ينقضه ولم يطالب بذلك لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو الظاهر عن الشافعي ونحوه قول الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لأنه بناه في ملكه والميل حادث بغير فعله أشبه ما لو وقع ميله، وذكر بعض أصحابنا فيه وجها آخر ان عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لأنه متعدد بتركه مائلا

فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف به ولو لم يكن موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا إلى ملكه، وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أوما إليه أحمد وهو مذهب مالك ونحو قال الحسن والنخعي والثوري، وقال أبو حنيفة الاستحسان ان يضمن لأن حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فكان لهم المطالبة بإزالته فإذا لم يزله ضمن كما لو وضع شيئا على حائط نفسه فسقط في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عشر به انسان، وفيه وجه آخر لا ضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لأنه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالب بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه، ولأنه لو وجب الضمان به لم تشترط المطالبة به كما لو بناه مائلا إلى غير ملكه فإن قلنا عليه الضمان إذا طولب فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب المضمان إذا كان ميله إلى الطريق لأن لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط إلى ملك جماعة فإن لكل واحد منهم المطالبة وإذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله الإمام لم يسقط عنه الضمان لأن الحق لجميع المسلمين فلا يملك الواحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة لمستأجر الدار ومرتهنيها ومستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لأنهم لا يملكون القبض و ليس الحائط ملكها لهم وان طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان

أمكنه استرجاعها  
كالمعير و المودع والراهن إذا أمكنه فكك الرهن فم يفعل ضمن لأنه أمكنه النقض،  
وإن كان

المالك محجورا عليه لسفه أو صغر أو جنون فطوب هو لم يلزمه الضمان لأنه ليس أهلا للمطالبة وان طوب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لأن سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون التصرف كالوكيل مع الموكل وإن كان الملك مشتركا بين جماعة فطوب أحدهم بنقضه احتمال وجهين أحدهما لا يلزمه شيء لأنه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز والثاني يلزمه بحصته لأنه يتمكن من النقض بمطالبته شركاءه والزامهم النقض فصار بذلك مفرطا فإن كان ميل الحائط إلى ملك آدمي معين اما واحد أو جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا أن المطالبة تكون للمالك أو ساكن الملك الذي مال إليه دون غيره، وإن كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته كما لو طالب واحد بنقض المائل إلى الطريق إلا أنه متى طوب إلا أنه متى طوب ثم اجله صاحب الملك أو أبراه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال إليها جاز لأن الحق له وهو يملك اسقاطه، وان مال إلى درب غير نافذ فالحق لأهل الدرب والمطالبة لهم لأن الملك لهم يلزم النقض بمطالبة أحدهم ولا يبرأ ببراءه وتأجيله الا ان يرضى بذلك جميعهم لأن الحق للجميع.

(فصل) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فإن لم يخش سقوطه لكون سقوطه بالطول لم يجب نقضه وحكمه حكم الصحيح قياسا عليه وان خيف وقوعه لكونه مشقوقا بالعرض فحكمه حكم المائل لأنه يخاف منه التلف أشبه المائل

(فصل) ولو بنى في ملكه حائط مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء أو سقط على شيء أتلفه ضمن لتعديده فإنه ليس له البناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولأنه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه أشبه ما لو نصب فيه منجلا يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا

(فصل) إذا تقدم إلى صاحب الحائط المائل بنقضه فباعه مائلا فسقط على شيء فتلف به

فلا

(٤٥٢)

ضمان على بائعه لأنه ليس بملكه ولا على المشتري لأنه لم يطالب بنقضه وكذلك ان  
وهبه واقبضه وان  
قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد، وإذا وجب الضمان عنه وكان التلف به  
آدميا فالدية على عاقلته  
فإن أنكرت العاقلة كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك بينة لأن الأصل  
عدم الوجوب  
عليهم فلا يجب بالشك وان اعترف صاحب الحائط فالضمان عليه دونهم لأن العاقلة لا  
تحمل الاعتراف  
وكذلك ان أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ما ذكرنا وإن كان الحائط في يد  
صاحبهم وهو ساكن في  
الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر  
والظاهر لا تثبت به  
الحقوق وإنما ترجح به الدعوى  
(مسألة) (وما أتلفت البهية فلا ضمان على صاحبها الا أن تكون في يد إنسان كالراكب  
والسائق  
والقائد قد يضمن ما جنت يدها أو فمها دون ما جنت رجلها) إذا أتلفت البهيمة شيئا  
فلا ضمان على  
صاحبها إذا لم تكن يد أحد عليه القول النبي صلى الله عليه وسلم (العجماء جرحها  
جبار) يعني هدرا فاما ان كانت يد  
صاحبها عليها كالراكب والسائق القائد فإنه يضمن وهذا قول شريح وأبي حنيفة  
والشافعي وقال مالك  
لا ضمان عليه لما ذكرنا من الحديث ولأنه جناية بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن  
يدها عليها  
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (والرجل جبار) رواه سعيد باسناده عن الهزيل بن  
شرحبيل عن النبي صلى الله عليه وسلم  
وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وتخصيص الرجل بكونه جبارا دليل على  
وجوب الضمان في جناية  
غيرها ولأنه يمكنه حفظها من الجناية إذا كان راكبها أو يده عليها بخلاف من لا يده  
عليه وحديثه  
محمول على من لا يده عليها  
(فصل) ولا يضمن ما جنت برجلها وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى أنه  
يضمنها وهو  
قول شريح والشافعي لأنه من جناية بهيمة يدها عليها فضمنه كجناية يدها





(٤٥٣)

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (الرجل جبار) ولأنه لا يملك حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها  
كما لو لم يكن يده، عليها فاما ان كانت جنايتها بفعله مثل أن كبحها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك  
فإنه يضمن جناية رجلها لأنه السبب في جنايتها فكان عليه ضمانها ولو كان السبب غيره  
مثل أن نخسها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لأنه السبب في جنايتها  
(فصل) فإن كان على الدابة راكبان فالضمان على الأول منهما لأنه المتصرف فيها القادر على  
كفها الا أن يكون الأول منهما صغيرا أو مريضا ونحوهما ويكون الثاني هو المتولي لتدبيرها فيكون  
الضمان عليه فإن كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لأن كل واحد منهما لو انفرد ضمن  
فإذا اجتمعا ضمنا، وإن كان معهما أو مع أحدهما راكب فالضمان عليهم جميعا في أحد الوجهين لذلك  
والثاني الضمان على الراكب لأنه أقوى يدا وتصرفا، ويحتمل أن يكون على القائد لأنه لاحكم للراكب معه  
(فصل) والجمل المقطور على الجمل الذي عليه راكب يضمن جنايته لأنه في حكم القائد فاما الجمل  
المقطور على الجمل الثاني فينبغي أن لا يضمن جنايته إلا أن يكون له سائق لأن الراكب الأول لا  
يمكنه حفظه عن الجناية، ولو كان مع الدابة ولدها لم يضمن جنايته لأنه لا يمكنه حفظه وذكر ابن  
أبي موسى في الارشاد أنه يضمن قال لأنه يمكنه ضبطه بالشد  
(مسألة) (ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلا ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهارا)  
يعني إذا لم تكن يد أحد عليها وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز وقال الليث يضمن  
مالكها ما أفسدته ليلا ونهارا بأقل الامرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته كالعبد إذا جنبي،  
وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول النبي صلى الله عليه وسلم (العجماء جرحها جبار)  
يعني هدرا ولأنها 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 الأموال حفظها بالنهار وما  
أفسدت بالليل فهو  
مضمون عليهم. قال ابن عبد البر إن كان هذا مرسلا فهو مشهور حدث به الأئمة الثقة  
وتلقاه فقهاء  
الحجاز بالقبول ولان العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي وحفظها ليلا  
وعادة أهل الحوائط  
حفظها نهارا دون الليل فإذا ذهب ليلا كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت  
عادة الحفظ

وان تلفت نهارا 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 أصحابنا إنما يضمن مالکها ما أتلفته ليلا إذا فرط بارسالها ليلا أ نهارا أولم يضمها بالليل أو ضمها بحيث يمكنها الخروج أما إذا ضمها فأخرجها غيره بغير إذنه أو فتح عليها بابها  
فالضمان على مخرجها أو فاتح بابها لأنه المتلف قال القاضي هذه المسألة عندي محمولة على موضع فيه  
مزارع ومراعي اما القرى العامرة التي لا مرعى على فيها إلا بين قراحين (١) كساقية وطريق وطرف  
زرع فليس لصاحبها ارسالها بغير حافظ عن الزرع فإن فعل فعليه الضمان لتفريطه وهذا قول  
بعض أصحاب الشافعي.

(فصل) فإن أتلفت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالکها ما أتلفته ليلا كان أو نهارا ما  
لم تكن يده عليها، وحكي عن شريح انه قضى في شاة وقعت في غزل حائك ليلا بالضمان على صاحبها  
وقرأ (إذ نفشت فيه غنم القوم) قال والنفش لا يكون الا بالليل وعن الثوري يضمن وإن كان نهارا  
لتفريطه بارسالها. ولنا قول النبي صلى الله عليه (العجماء جرحها جبار) متفق عليه اي هدر واما الآية  
فالنفش هو الرعي بالليل وكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم بالرعي طبعا وتدعوها نفسها إلى  
اكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غير عليه  
(فصل) إذا استعار بهيمة فأتلفت شيئا وهي في يد المستعير فضمانه عليه سواء كان المتلف لمالکها  
أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد واليد للمستعير، وإن كانت البهيمة في يد الراعي فأتلفت زرعاً أو شجراً فالضمان  
على الراعي دون المالك لأن اتلاف ذلك في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فضمن  
كالمستعير، وإن كان الزرع للمالك وكان ليلا ضمن أيضا لأن ضمان اليد أقوى بدليل انه يضمن في الليل والنهار جميعا

(مسألة) (ومن صال عليه آدمي أو غيره فقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه لأنه قتله بالدفع الجائر فلم يجب ضمانه فإن كان الصائل بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها اجماعا ولا يضمنها إذا كانت لغيره وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق وقال أبو حنيفة يضمنها لأنه أتلف مال غيره لا حياء نفسه فضمنه كالمضطر إذا اكل طعام غيره وكذلك الخلاف في غير المكلف من الآدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لأنه لا يملك إباحة نفسه ولذلك لو ارتد لم يقتل ولنا انه قتله بالدفع الجائر فلم يضمنه كالعبد ولأنه حيوان جاز اتلافه فلم يضمنه كالآدمي المكلف ولأنه

-----  
(١) كذا في الأصل

قتله لدفع شره فأشبهه وذلك أنه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه فأشبهه ما لو نصب  
حربة في طريقه فقتل نفسه عليها فمات بها وفارق المضطر فإن الطعام لم يلجئه إلى اتلافه ولم يصدر منه  
ما يزيل عصمته ولهذا لو قتله لصياله لم يضمه ولو قتله ليأكله في المخمصة وجب عليه الضمان وغير المكلف  
كالمكلف في هذا وقولهم لا يملك إباحة نفسه قلنا: والمكلف لا يملك إباحة نفسه ولو قال أبحت دمي لم  
يبح مع أنه إذا صال فقد أبيح دمه بفعله فلم يضمه كالمكلف (مسألة) (وان اصطدمت سفينتان فغرقنا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها)  
إذا اصطدمت سفينتان متساويتان كالتين في بحر أو ماء واقف فإن كان القيما مفرطين ضمن كل  
واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كالفارسين إذا تصادما وان لم يكونا مفرطين فلا  
ضمان عليهما، وقال الشافعي: يضم في أحد الوجهين لأنهما في أيديهما فضمنا كما لو اصطدما  
فارسان لغلبة الفرسين لهما ولنا أن الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا  
الاحتراز من ذلك فأشبه الصاعقة إذا نزلت فأحرقت سفينة ويخالف الفرسين فإنه يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما  
وإن كان أحدهما مفرطا وحده ضمن وحده، وان اختلفا في تفريط القيم ولا بينه فالقول قوله مع يمينه  
لأن الأصل 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 إن شاء الله تعالى  
والتفريط أن يكون قادرا على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يعد لها إلى ناحية أخرى  
فلم يفعل أو لم يكمل آلتها من الرجال والحيال وغيرهما (مسألة) (وان كانت إحداها منحدره فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن يكون عليه  
ريح فلم يقدر على ضبطها)

متى كان قيم المنحدرة مفرطاً فعليه ضمان المصعدة لأنها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها فتزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصعدة منزلة الواقف إذا اصطدما، وإن غرقتا جميعاً فلا شيء على المصعد وعلى المنحدر قيمة المصعدة أو أرش ما تقصت ان لم تتلف كلها إلا أن 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 هاجت ريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لأنه لا يدخل في وسعه (ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها) فإن كانت إحدى السفينتين واقفة

والأخرى سائرة فلا شئ على الواقفة وعلى السائرة ضمان الواقفة إن كان القيم مفرطا،  
فلا ضمان عليه

إذا لم يفرط على ما ذكرنا.

(فصل) فإن خيف على السفينة الغرق فالقي بعض الركبان متاعه لتخف وتسلم من  
الغرق لم يضمه

أحد لأنه أتلف متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاحه غيره، وان القي متاع غيره بغير  
إذنه ضمنه وحده

وان قال لغيره الق متاعك فقبل منه لم يضمه لأنه لم يلتزم ضمانه، وان قال القه وأنا  
ضامن له أو علي

قيمته لزم ضمانه لأنه أتلف ماله بعوض لمصلحة فوجب له العوض على من التزمه كما  
لو قال أعتق عبدك

وعلي ثمنه. وان قال القه وعلي وعلى ركاب السفينة ضمانه فألقاه ففيه وجهان  
(أحدهما) يلزمه ضمانه وحده

ذكره أبو بكر وهو نص الشافعي لأنه التزم ضمان جميعه فلزمه ما التزمه، وقال القاضي  
إن كان ضمان

اشترك مثل أن يقول نحن نضمن لك أو قال على كل واحد منا ضمان قسطه أو ربع  
متاعك لم يلزمه

الا ما يخصه من الضمان وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه لم يضمن إلا حصته  
وإنما أخبر عن

الباقيين بالضمان فسكتوا وسكوتهم ليس بضمن، وان التزم ضمان الجميع وأخبر عن  
كل واحد منهم بمثل

ذلك لزمه ضمان الكل لأنه ضمن الكل، وان قال القه على أن أضمنه لكل أنا وركبان  
السفينة فقد أذنوا

لي في ذلك فأنكروا الاذن فهو ضامن للجميع وان قال القي متاعي وتضمنه؟ فقال نعم  
ضمنه له وان قال

الق متاعك وعلي ضمان نصفه وعلي أخي ضمان ما بقي فألقاه فعليه ضمان النصف  
وحده ولا شئ على الآخر

لأنه لم يضمن والله أعلم.

(فصل) إذا حرق سفينة فغرقت بما فيها وكان عمدا وهو مما يغرقها غالبا ويهلك من  
فيها لكونهم

في اللجة أو لعدم معرفتهم بالسياحة فعليه القصاص ان قتل من يجب القصاص بقتله  
وعليه ضمان السفينة

بما فيها من مال ونفس وإن كان خطأ فعليه ضمان العبيد ودية الأحرار على عاقلته وإن



كان عمد خطأ  
مثل ان اخذ السفينة ليصلح موضعاً فقلع لوحاً أو يصلح مسماراً فنقب موضعاً فهو عمداً  
لخطأ ذكره القاضي  
وهو مذهب الشافعي، والصحيح ان هذا خطأ محض لأنه قصد فعلاً مباحاً فأفضى إلى  
التلف لما لم يرده  
فأشبهه ما لو رمى صيداً فأصاب آدمياً فقتله ولكن ان قصد قلع اللوح في موضع الغالب  
أنه لا يتلفها  
فاتلفها فهو عمد الخطأ فيه ما فيه  
(مسألة) (وان كسر مزمارة أو طنبورا أو صليبا لم يضمنه)  
وقال الشافعي إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لزمه ما بين  
قيمته  
مفصلاً ومكسوراً لأنه أتلف بالكسر ماله قيمه، وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم  
يضمن،  
وقال أبو حنيفة يضمن.

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 والأصنام) متفق عليه، وقال عليه الصلاة والسلام (بعثت بمحق القينات والمعازف)  
(مسألة) (وان كسر آنية ذهب أو فضة لم يضمها)  
وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد انه يضمن فإن منها نقل عنه فيمن هشم على غيره  
إبريق فضه عليه قيمته يصوغه كما كان، فقيل له أليس قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اتخاذها  
فسكت، والصحيح أنه لا يضمن نص عليه في رواية المروزي فيمن كسر إبريق فضة لا ضمان  
عليه لأنه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمه كالميتة، ورواية منها تدل على أنه رجع عن قوله ذلك  
لكونه سكت حين ذكر السائل النهي عن وليس في رواية منها أنه قال يصوغه ولا تحل صناعته فكيف تجب؟  
(مسألة) (وان كسر اناء خمر لم يضمه في أصح الروايتين)  
لما روي عن ابن عمر قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آنية بمدية وهي الشفرة فأتيتها بها فأرسل بها  
فأرهفت ثم أعطانيها وقال (اغد علي بها) ففعلت فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد  
جلبت من الشام فاخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه الذين  
كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني وأمرني ان آتي الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته  
رواه أحمد، وروي عن انس قال كنت أسقي أبا طلحة وأبي بن كعب وأبا عبيدة شرابا من فضيخ فأتانا  
آت فقال إن الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة قم يا أنس إلى هذه الدنان فاكسرها وهذا يدل على سقوط  
حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمها كسائر المباحات (والثانية) يضمها إذا كان ينتفع بها في غيره لأنها مال  
يمكن الانتفاع به ويحل بيعه فيضمها كما لو لم يكن فيها خمر ولأن جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها

كالبيت الذي جعل مخزنا للخمر  
(فصل) إذا غصب أرضا فحكمها في جواز دخول غيره إليها حكمها قبل الغصب فإن  
كانت  
محوطة كالدار والبستان المحوط عليه لم يجوز دخولها لغير مالكتها الا باذنه لأن ملك  
مالكتها لم يزل  
عنها فلم يجوز دخولها بغير اذنه كما لو كانت في يده. قال احمد: في الضيعة تصير  
غيضة فيها سمك  
لا يصيد فيها أحد إلا باذنهم، وان كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها.  
قال احمد:  
لا بأس برعي الكأ في الأرض المغصوبة وذلك لأن الكأ لا يملك بملك الأرض  
ويتخرج في كل  
واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى قياسا لها عليها ونقل عنه المروزي في دار  
طوايقها غصب  
لا يدخل على والديه لأن دخوله عليهما تصرف في الطوايق المغصوبة ونقل عنه الفضل  
بن عبد الصمد

في رجل له إخوة في أرض غصب يزورهم ويرادهم على الخروج فإن أجابوه وإلا لم  
يقم معهم ولا يدع  
زيارتهم يعني يزورهم يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا  
يدخل إليهم  
ونقل المروزي عنه أكره المشي على العبارة التي يجري فيها الماء وذلك لأن العبارة  
وضعت لعبور  
الماء لا للمشي عليها، قال أحمد لا يدفن في الأرض المغصوبة لما في ذلك من  
التصرف في أرضهم بغير إذنهم وقال  
أحمد فيمن ابتاع طعاما من موضع غصب ثم علم رجع إلى الموضع الذي أخذه منه  
فرده وروي عنه  
أنه قال يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لأن قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع  
فيه محرما  
ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على العقود والبيع فيه وترك الشراء  
منهم يمنعهم القعود  
فقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق الا أن لا يجد غيره كان بمنزلة المضطر،  
وقال في السلطان إذا بني  
دارا وجمع الناس إليها أكره الشراء منها. قال شيخنا وهذا على سبيل الورع إن شاء الله  
تعالى لما فيه  
من الإعانة على فعل المحرم والظاهر صحة البيع لأنه إذا صحت الصلاة في الدار  
المغصوبة في رواية وهي  
عبادة فما ليس بعبادة أولى وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب وأراد الثاني  
ردها جمع بينهما يعني  
بين مالكها والغاصب الأول وان مات بعضهم جمع ورثته إنما قال هذا احتياطا خوف  
التبعة من الغاصب  
الأول لأنه ربما طالب ربها فادعاهها ملكا باليد والا فالواجب ردها على مالكها وقد  
صرح بهذا في رواية  
عبد الله في رجل استودع رجلا ألفا فجاء رجل إلى المستودع فقال إن فلانا غصبني  
الألف الذي أستودعك  
وصح ذلك عند المستودع فإن لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه إليه  
باب الشفعة  
وهي استحقاق الانسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها وهي ثابتة بالسنة والاجماع  
أما السنة فما روى  
جابر قال قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت

الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة متفق  
عليه ولمسلم قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم  
ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع  
حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وان شاء ترك فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به  
وللبخاري: إنما جعل  
رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت  
الطرق فلا شفعة، وأما الاجماع

فقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه. قال شيخنا ولا نعلم أحدا خالف هذا الا الأصم فإنه قال لا تثبت الشفعة فإن في ذلك اضرازا بأرباب الاملاك فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا اشتراه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا الذي ذكره ليس بشئ لمخالفته الأحاديث الصحيحة والاجماع المنعقد قبله، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فتسقط الشفعة، واشتقاقها من الشفع وهو الزوج فإن الشفع كان نصيبه منفردا في ملكه فبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لأن الشفع يزيد المبيع في ملكه (مسألة) ولا يحل الاحتيال على اسقاطها فإن فعل لم يسقط نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شئ من الحيل في ذلك ولا في ابطال حق مسلم

وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني، وقال عبد الله بن عمر من يخدع الله يخدعه، ومعنى الحيلة أن يظهرها في البيع شيئا لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون في الباطن على خلافه  
مثل أن يشتري شيئا يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم أو يشتري البائع من المشتري عبدا قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالألف أو يشتري شقصا بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة أو يشتري جزءا من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشباه هذا فإن وقع ذلك من غير تحيل سقطت الشفعة، وإن تحيلا به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الأولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهبا وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الإبراء وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لأنه إنما وهبه بقية الشقص عوضا عن الثمن الذي اشترى به جزءا من الشقص وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو قيمته إن لم يكن مثليا إذا كان الثمن موجودا فإن لم يوجد دفع إليه قيمة الشقص لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجز كما لو يكن حيلة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (من أدخل فرسا بين فرسين ولا يأمن ان يسبق فليس بقمار وإن  
امن ان يسبق فهو قمار) رواه أبو داود وغيره فجعل ادخال الفرس المحل قمارا في  
الموضع الذي يقصد  
به إباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جعلاً مع عدم معنى المحال فيه وهو كونه  
بحال يحتمل ان يأخذ  
سبقهما وهذا يل على ابطال 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 (لعن الله اليهود ان الله لما  
حرم عليهم شحومها  
جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه) متفق عليه ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله  
(يخادعون الله والذين  
آمنوا وما يخدعون الا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة وقد مسخ الله تعالى الذين  
اعتدوا في السبت  
قردة بحيلهم فإنه روي عنهم انهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر  
جبابا ويرسل الماء  
إليها يوم الجمعة فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعوها  
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 ليتعظ  
بذلك أمة محمد صلى الله  
عليه وسلم فيجتنبوا مثل فعل المعتدين ولان الحية خديعة وقد قال النبي صلى الله عليه  
وسلم لا تحل الخديعة لمسلم ولان  
الشفعة وجعت لدفع للضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر فلم تسقط كما لو  
اسقطها المشتري عنه بالوقف



والبيع، وفارق ما لم يقصد به التحيل لأنه لا خداع فيه ولا قصد به ابطال حق والأعمال بالنيات، فإن  
اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أو لا فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه أعلم بنيته وحاله، إذا ثبت  
هذا فإن الغرر في الصورتين الأوليين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بمائة وما يساوي مائة  
درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه ألفا فربما طالبه بها فلزمه في ظاهر الحكم، وفي الثالثة الغرر  
على البائع لأنه اشترى عبدا يساوي مائة بألف، وفي الرابعة الغرر على المشتري لأنه اشترى شقصا قيمته  
مائة بألف وكذلك في الخامسة لأنه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه، وفي السادسة على البادئ منهما  
بالهبة لأنه قد لا يهب له الآخر شيئا فإن خالف أحدهما ما تواطأ عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه  
في ظاهر الحكم لأنه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختارا فاما ما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه  
الاخذ بخلاف ما تواطأ عليه لأن صاحبه إنما رضي بالعقد للتواطؤ فمع فواته لا يتحقق الرضى به  
(مسألة) (ولا تثبت إلا بشروط خمسة أحدها أن يكون مبيعا فلا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال)  
كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث فلا شفعة فيه في قول الأكثرين منهم مالك والشافعي  
وأبو حنيفة وأصحاب الرأي إلا أنه حكى عن مالك رواية أخرى ان الشفعة تجب في المنتقل بهبة أو  
صدقة ويأخذه الشفيع بقيمته وحكى عن ابن أبي ليلى لأن الشفعة تثبت لإزالة ضرر الشركة وهو  
موجود في الشركة كيفما كان ولان الضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشتري لأن اقدم المشتري على

شراء الشقص وبذل ماله دليل حاجته إليه فانتزاعه منه أعظم ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولان محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه ومن المشتري بمثل السبب الذي انتقل إليه به ولا يمكن هذا في غيره ولان الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا (مسألة) (ولا تجب فيما عوضه غير المال كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمدة في أحد الوجهين) والمستقل بعوض على ضربين أحدهما ما عوضه المال كالبيع ففيه الشفعة بغير خلاف وكذلك كل ما جرى مجراه كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنابة الموجبة للمال والهبة والمشروط 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 تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا 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 العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فإنه ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (الضرب الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن

يجعل الشقص مهرا أو عوضا في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فلا شفعة فيه في ظاهر كلام الخرقى لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع اختاره أبو بكر وبه قال الحسن الشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي لأنه عقار مملوك بعقد معاوضة أشبه البيع. ووجه الأول أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة ويمتنع أخذه بالقيمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الاخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه، وفارق البيع فإنه أمكن الاخذ بعوضه، فإن قلنا يؤخذ بالشفعة فطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لأنه موجود في يدها بصفته وان طلق بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لأن ملكها زال عنه فهو كما لو باعته وان طلق قبل علم الشفيع ثم علم ففيه وجهان (أحدهما) يقدم حق الشفيع لأنه ثبت بالنكاح السابق على الطلاق فهو أسبق (والثاني) حق الزوج مقدم لأنه 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 لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص إلى العاقد كرده بعيب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أورده لغبن

وقد ذكرنا في الإقالة رواية أخرى أنها بيع فثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء، وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الاخذ بها (فصل) فإذا جنى جنايتين عمدا وخطأ 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 موجبة أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع، وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لأن الاخذ بها تبعيز للشفقة على المشتري ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما يجب فيه وما لا يجب فوجبت فيما يجب دون الآخر كما لو اشترى شقصا وسيفا، وبهذا الأصل يبطل ما ذكره قال شيخنا وقول أبي حنيفة أقيس لأن في الشفعة تبعيز الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا مالا نفع فيه فأشبهه ما لو أراد أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف وأما إذا قلنا إن الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضا عن مال. (مسألة) (الثاني أن يكون شقصا مشاعا من عقار فيقسم فاما المقسوم المحدود فلا شفعة لمجاوره فيه)

وبه قال وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وربيعة ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلي وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجواز، قال أبو حنيفة يقدم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشتركا كالدرب 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 وبالشركة في الطريق واحتجوا بما روى أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الجار أحق بصقبه) رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (جاز الدار أحق بالدار) رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروى الترمذي في حديث جابر (الجار أحق بشفעתه بداره ينتظر به إذا كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا) وقال حديث حسن ولأنه إيصال ملك يدوم ويتأبد فثبتت الشفعة به كالشركة. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) رواه البخاري وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلعة أو أو عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إذا قسمت الأرض وحدثت فلا شفعة فيها) رواه أبو داود ولان 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 يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحدائه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم، فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة

فإن الصقب القرب يقال بالسين والصاد قال الشاعر  
\* كوفيه نازح محلتها \* لا أمم دارها ولا صقب \*  
فيحتمل أنه أراد باحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك، وخبرنا صحيح صريح فيقدم وبقية

الأحاديث في أسانيدھا مقال فحديث سمرة يرويه عن الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة قاله أصحاب

الحديث قال ابن المنذر الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث جابر الذي رويناه وما عداه من الأحاديث

فيها مقال، على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضا وتسمى الضرتان جارتين لا شراكهما

في الزوج، قال حمل بن مالك: كنت بين جارتين لي فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلها وجنينها،

وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضا. 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 وقعت الحدود فلا شفعة. وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومثنى

فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم إلى الحاكم فأنكر لم يحلف إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه،

قال القاضي إنما قال هذا لأن يمين المنكر ههنا على اقطع والبت ومسائل الاجتهاد  
مظنونة فلا يقطع  
ببطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام احمد ههنا على الورع لاعلى التحريم  
لأنه لم يحكم ببطلان  
مذهب المخالف ويجوز المشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبنى الله تعالى  
(فصل) ولا تثبت الشفعة فيما لا تجب قسمته كالحمام الصغير والبئر والطرق الضيقة  
والرحى الصغيرة  
والعضادة والعراض الضيقة في إحدى الروايتين عن أحمد وبه قال يحيى الأنصاري  
وسعيد وربيعة  
والشافعي. والثانية فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن شريح، وعن مالك  
كالروايتين  
لقوله صلى الله عليه وسلم (الشفعة فيما لم يقسم) وسائر النصوص العامة ولأن الشفعة  
تثبت لإزالة ضرر  
المشاركة، والضرر في هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره والأول 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 رؤوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بئر ولا فحل،  
ولأن إثبات  
الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه  
بالقسمة وقد يمتنع  
المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى  
نفيها ويمكن أن  
يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من  
احداث المرافق الخاصة  
ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، قولهم ان الضرر ههنا أكثر لتأبده قلنا إلا أن الضرر في  
محل الوفاق من

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 اللاحاق، فاما ما أمكن  
قسمته مما ذكرنا  
كالحمام الكبير الواسع بحيث إذا قسم لا يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حماما  
فإن الشفعة تجب فيه  
وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان كالبئر يقسم بئرين  
يرتقى الماء منهما  
وجبت الشفعة أيضا لأنه يمكن القسمة وهكذا الحري إن كان لها حصن يمكن قسمته  
بحيث يحصل  
الحجران في أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل واحد  
منهما بحجرين  
وجبت الشفعة وإن لم يكن إلا أن يحصل لكل واحد منهما مالا يتمكن به من ابقائها  
رحى لم تجب  
الشفعة فاما الطريق فإن الدار إذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في  
الدار ولا  
الطريق لأنه لا شركة لاحد في ذلك وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق،  
للكل سوي  
ذلك الطريق فلا شفعة أيضا لأن اثبات ذلك يضر بالمشتري لأن الدار تبقى بلا طريق،  
وإن كان للدرب  
باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى الطريق النافذ نظرنا في  
الطريق  
المبيع مع الدار فإن كان ممرا لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه وإن كان يمكن قسمته  
وجبت الشفعة فيه لأنه  
أرض مشتركة تحتمل القسمة فوجب فيما 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  
تفريق صفقته  
وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق  
شريكا في الدار فأراد  
أخذ الطريق وحدها، والقول في دهليز الدار وصحنه كالقول في الطريق المملوك، وإن  
كان نصيب  
المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي ان الشفعة تجب في الزائد بكل  
حال لوجود  
المقتضي وعدم المانع، والصحيح انه لا شفعة فيه لأن في ثبوتها تبعض صفقة المشتري  
ولا يخلو من الضرر  
(مسألة) (ولا تجب فيما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في إحدى  
الروايتين الا أن  
الغراس والبناء يؤخذ تبعاً للأرض ولا يؤخذ الزرع والثمرة تبعاً في أحد 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 فإنه يؤخذ  
بالشفعة  
تبعاً بغير خلاف في المذهب ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً، وقد دل عليه  
قول النبي صلى  
الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط وهذا يدخل فيه  
البناء والأشجار  
(القسم الثاني) مالا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة ويباع  
مع الأرض  
فلا يؤخذ بالشفعة مع الأصل وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة  
مع  
أصوله، وقد ذكر أصحابنا وجهاً مثل قولهما لأنه متصل بما فيه الشفعة فثبتت فيه  
الشفعة تبعاً كالبناء والغراس

ولنا انه لا يدخل في البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس،  
يحقق ذلك أن  
الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الاخذ بغير رضى المشتري، فإن  
بيع الشجر  
وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لأنها تبع في البيع فأشبهت  
الغراس في الأرض  
فإن بيع ذلك مفردا فلا شفعة فيه سواء كان ممن ينقل كالحيوان والثياب والسفن  
والحجارة والزرع  
والثمار أولا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفردا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي  
وروي عن  
الحسن والثوري والأوزاعي والعنبري وقتادة وربيعة وإسحاق لا شفعة في المنقولات،  
واختلف فيه عن  
عطاء ومالك فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شئ حتى في الثوب، قال ابن  
أبي موسى وقد  
روي عن أبي عبد الله رواية أخرى ان الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجر والسيف  
والحيوان وما في  
معنى ذلك قال أبو الخطاب وعن أحمد ان الشفعة تجب في البناء والغراس وان بيع  
منفردا وهو قول  
مالك لعموم قوله عليه السلام (الشفعة فيما لم يقسم) ولان 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 شئ)  
ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم (الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود  
وصرفت الطرق فلا  
شفعة) لا يتناول الا ما ذكرناه وإنما أراد مالا ينقسم من الأرض لقوله (فإذا وقعت  
الحدود وصرفت الطرق)

ولان هذا مما لا ينافي ضرره على الدوام فلم تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام وحديث  
ابن أبي مليكة مرسل  
ولم يرو في الكتب الموثوق بها والحكم في الغراف والدولاب والناعورة كالحكم في  
البناء، فأما ان بيعت  
الشجرة مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من الأرض فحكمها حكم مالا ينقسم  
من العقار فيه من  
الخلاف ما ذكرناه لأنه مما لا ينقسم ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن القرار  
تابع لها فإذا لم تجب الشفعة  
فيها مفردة لم تجب في تبعها وان بيعت حصة من علو دار مشترك وكان السقف الذي  
تحتة لصاحب السفلى فلا شفعة في  
العلو لأنه بناء مفرد وإن كان لصاحب العلو فكذلك لأنه بناء مفرد لأنه لا أرض له فهو  
كما لو لم يكن السقف له  
ويحتمل ثبوت الشفعة فيه لأن له قرارا أشبه السفلى  
(فصل) الشرط الثالث المطالبة بها على الفور ساعة يعلم نص عليه، وقال القاضي له  
طلبها في المجلس  
وان طال فإن أحر الطلب سقطت شفعتها)  
ظاهر المذهب ان حق الشفعة على الفور ان طالب بها ساعة يعلم بالبيع وإلا بطلت نص  
عليه  
أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالموثبة ساعة يعلم وهو قول ابن شبرمة والبتي  
والأوزاعي  
وأبي 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 مالكا قال  
تنقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه  
فلم يسقط بالتأخير  
كحق القصاص، وبيان عدم الضرر ان النفع للمشتري باستغلال المبيع فإن أحدث فيه  
عمارة من بناء أو غراس

فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري ان الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي لأن الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار ولنا ما روى ابن السلماني عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الشفعة كحل العقل) رواه ابن ماجه وفي لفظ (الشفعة كمنشطة العقل قيدت ثبت وان تركت فاللوم على من تركها) وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ((الشفعة لمن واثبها) رواه الفقهاء في كتبهم ولأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب لأن اثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قبله وبدنه فيها، والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه، والأصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد العيب. إذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول القاضي وبه قال أبو حنيفة فمتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وان طال لأن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد، وظاهر كلام أحمد انه لا يتقدر بالمجلس بل متى طالب عقيب عمله والا بطلت شفيعته وهو ظاهر كلام الخرقى وقول الشافعي في الجديد لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وما ذكره يبطل بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أحر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفيعته وان أحرها لعذر مثل أن أن لا يعلم أو يعلم ليلاً فيؤخر إلى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب أو أحرها لطهارة أو اغلاق

باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعتها لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة الا أن يكون المشتري حاضرا عنده في هذه الأحوال فيمكنه مطالبتة من غير اشتغاله عن اشتغاله فإن شفعتها تبطل بتركه المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه فاما مع غيبته فلا فإن العادة تقديم هذه الأشياء فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه ويحرك دابته فلم يفعل ومضى على حب عادته لم تسقط شفעתه لأنه طلب بحكم العادة، وإذا فرغ من حوائجه من مضى على حسب عادته إلى المشتري فإذا لقيه بدأه بالسلام لأن ذلك الشنة لأن في الحديث (من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه ثم يطالب فإن قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفעתه لأن ذلك يتصل بالسلام فهو من جملته والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لأن الشقص يرجع إليه فلان يكون ذلك رضا فإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفעתه لما قدمنا (مسألة) (الا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب ثم إن اخر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه أو ترك الاشهاد أو لم يشهد لكن سار في طلبها فعلى وجهين) متى عليم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد على المطالبة فلم يفعل بطلت شفעתه سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام هذا ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب وهو ظاهر قول الحرقى وهو وجه

للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج إلى الاشهاد لأنه إذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه  
ولنا انه قد يترك الطلب للعذر وقد يتركه لغير وقد يسير لطلب الشفعة ويسير لغيره وقد قدر على أن يبين ذلك  
بالاشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفעתه كتارك الطلب مع الحضور وقال القاضي ان سار عقيب علمه إلى البلد الذي  
فيه المشتري من غيره اشهاد احتمال ان لا تبطل شفעתه لأن ظاهر سيره انه للطلب وهو قل أصحاب الرأي  
والعبري وقول للشافعي وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فإن مضى الاجل قبل أن يطلب  
أو يبعث بطلت شفעתه وقال العبري له مسافة الطريق ذاهبا وجائيا لأن عذره في ترك الطلب ظاهر لم يحتج  
معه إلى الشهادة وقد ذكرنا وجه القول الأول  
(فصل) فإن أحر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه فظاهر كلام الخرقى ان الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل.  
إذا قدر على المسير وأخره وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضا لأنه تارك  
للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي، الا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل  
فلم يفعل وجهين (أحدهما) لا تبطل شفעתه لأن 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 لالتزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها  
وتضيع بغيته

والتوكيل إن كان بجعل لزمه غرم وإن كان بغير جعل ففيه منة ويخاف الضرر من جهته  
فاكتفي بالاشهاد فاما  
ان ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفيعته وجها واحدا لأنه معذور  
كمن لم يعلم  
(فصل) تجب الشفعة للغائب في قول الأكثرين منهم مالك والثوري والأوزاعي  
والشافعي وأصحاب الرأي  
وروي عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث العكلي والبتي الا للغائب القريب  
لأن اثباتها يضر بالمشتري  
ويمنع استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه فلم يثبت كما لا يثبت  
للحاضر على التراخي  
ولنا عموم قوله عليه السلام (الشفعة فيما لم يقسم) وسائر الأحاديث ولان الشفعة حق  
مالي وجد سببه  
بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالإرث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فثبت له الشفعة عند  
علمه كالحاضر إذا كتم  
عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يندفع بايجاب الثمن له كما في الصور  
المذكورة. إذا ثبت  
هذا ولم يعلم بالبيع إلا عند قدومه فله المطالبة وان طالت غيبته لأنه خيار ثبت لإزالة  
والضرر عن المال  
فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب ومتى علم فحكمه في المطالبة  
حكم الحاضر في أنه ان طالب على  
الفور استحق وإلا بطلت شفيعته، وحكم المريض والمحجوس ومن لم يعلم بالبيع حكم  
الغائب لما ذكرنا  
(مسألة) (فإن ترك الطلب والاشهاد لعجزه عنهما كالمريض والمحجوس ومن لا يجد من  
يشهده لم تبطل شفيعته)  
أما إذا كان مرضه لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والألم القليل فهو كالصحيح، وإن  
كان المرض

يمنع المطالبة كالحمي وأشباهها فهو كالعائب في الاشهاد والتوكيل، وأما المحبوس  
فإن كان حبس ظلماً أو  
بدين لا يمكنه أداءه فهو كالمريض وإن كان محبوساً بحق يلزمه أداءه وهو قادر عليه  
فهو كالمطلق إن لم  
يبادر إلى المطالبة ولم يوكل بطلت شفيعته  
(فصل) فإن عجز عن الاشهاد في سفره لم تبطل شفيعته بغير خلاف لأنه معذور في  
تركه فأشبهه ما  
لو ترك الطلب لعذر أو لعدم العلم، ومتى قدر على الاشهاد فأخره كان كتأخير الطلب  
بالشفعة إن كان  
لعذر لم تسقط الشفعة وإن كان لعذر سقطت لأن الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب  
عنه فيعتبر له  
ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر الاعلى اشهاد من لا تقبل شهادته كالمراة والفاسق فترك  
الاشهاد لم تسقط  
شفيعته بتركه لأن قولهم غير مقبول فلم تزم شهادتهم كالاطفال والمجانين، وان لم  
يجد من يشهده الا من  
لا يقدم معه إلى موضع المطالبة قلم يشهد فالأولى أن شفيعته لا تبطل لأن اشهاده لا  
يفيد فأشبهه اشهاد  
من لا تقبل شهادته، وان لم يجد إلا مستوري الحال فلم يشهدهما احتمال ان تبطل لأن  
شهادتهما  
يمكن اثباتها بالتزكية فاشبهها العدلين، ويحتمل أن لا تبطل لأنه يحتاج في اثبات  
شهادتهما إلى كلفة  
كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما فإن أشهدهما لم تبطل شفيعته سواء  
قبلت شهادتهما  
أو لم تقبل لأنه لا يمكنه أكثر من ذلك فأشبهه العاجز عن الاشهاد وكذلك ان لم يقدر  
إلا على  
اشهاد واحد فاشهده أو ترك اشهاده



(مسألة) (أو لآظهارهم زيادة في الثمن أو نقصا في المبيع أو ان المشتري غيره أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه أو قال للمشتري بعني ما اشتريت أو صالحني سقطت شفيعته) إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع عليه العقد فترك الشفيع الشفيعا لم تبطل بذلك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك الا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفيعا الا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفيعا له لأنه سلم ورضي ولنا أنه تركها للعدر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد يعجز عن الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم وكذلك ان ظهر أن المبيع سهام قليلة فبانث كثيرة لأنه قد يرغب في الكثير دون القليل وكذلك إن كان بالعكس لأنه قد يقدر على ثمن القليل دون الكثير أو انهما تبايعا بدنانير فبانث بدراهم أو بالعكس وبه قال الشافعي وزفر، وقال أبو حنيفة وصاحباها إن كان قيمتهما سواء سقطت الشفيعا لأنهما كالجنس الواحد ولنا أنهما جنسان أشبها الثياب والحيوان ولأنه قد يملك النقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه له وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس أو بنوع من العروض فبان أنه بغيره أو أظهر أنه اشتراه له فبان أن اشتراه لغيره أو بالعكس أو انه اشتراه لانسان فبان أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى بشركة إنسان دون غيره وقد يحابي أنسانا أو يخافه

فيترك لذلك وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمان فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه  
بثمان فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو  
وغيره وأو بالعكس  
لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيتترك  
لذلك فلم تسقط  
شفعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثمان فبان أقل منه. فأما ان أظهر أنه اشتراه بثمان فبان أنه  
اشتراه  
بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمان فبان أنه اشترى به بعضه سقطت شفعته لأن الضرر فيما  
أبطنه أكثر  
فإذا لم يرض بالثمان القليل مع قلة ضرره فبالكثير أولى  
(فصل) فإن أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفعته سواء كان  
المخبر ممن يقبل  
خبره أولاً لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه وان قال  
لم أصدقه وكان  
المخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفعته لأن قولهم حجة تثبت بها  
الحقوق، وإن كان ممن  
لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لأنه خبر  
يعمل به في الشرع  
في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت كخبر العدل  
ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع أشبه قول الطفل والمجنون، وان أخبره رجل عدل أو  
مستور الحال سقطت  
شفعته، ويحتمل ان لا تسقط يروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لأن الواحد لا تقوم به  
البينة.

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الأخبار الدينية،  
وفارق  
الشهادة فإنه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وإنكاره ولأن الشهادة  
يعارضها  
إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر، والمرأة كالرجل في ذلك والعبد  
كالحر وقال القاضي  
هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لأن قولهما 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 عداهما فأشبهه  
الحر  
(مسألة) (وان قال الشفيع للمشتري بعني ما اشترت أو قاسمني بطلت شفيعته)  
لأنه يدل على رضاه بشرائه وتركه الشفيع وان قال صالحني على مال سقطت أيضا وهو  
قول أبي الخطاب  
وقال القاضي لا تسقط لأنه لم يرض باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة ولم تثبت  
المعاوضة فبقيت الشفيع  
ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضها فثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو  
قال بعني فلم  
يبيعه ولأن ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولا صحاب  
الشافعي وجهان كهذين  
فإن صالحه عنه بعوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لأنه  
عوض عن إزالة  
ملك فجاز كأخذ العوض عن تملك المرأة أمرها

ولنا أنه خيار لا يسقط إلى فلم يجر أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يبطل ما قاله  
وأما  
الخلع فهو عما ملكه بعوض وههنا بخلافه  
(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه قال إنما تركت المطالبة لا طالبه في  
البلد الذي  
فيه البيع أو المبيع أو لا أخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفيعته لأن ذلك ليس  
بعذر في ترك  
المطالبة فإنها لا تقف على تسليم الشقص ولا حضور البلد الذي هو فيه، وان قال  
نسيت فلم أذكر  
المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفيعته لأنه خيار على الفور فإذا أخره نسيانا بطل كالرد  
بالعيب وكما لو  
أمكنك المعتقدة زوجها من وطئها نسيانا ويحتمل ان لا تسقط المطالبة لأنه تركها لعذر  
فأشبهه ما لو تركها  
لعدم علمه بها وإن تركها جهلا لاستحقاقه لها إذا كان مثله يجهل ذلك بطلت كالرد  
بالعيب ويحتمل ان  
لا تبطل كما إذا ادعت المعتقدة الجهل بملك الفسخ  
(مسألة) (وان دل في البيع لم تبطل شفيعته) لأن ذلك لا يدل على الرضى باسقاطها بل  
لعله أراد البيع ليأخذ بالشفعة  
(مسألة) (وان توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفيعته 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 لأنه تحلقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف  
المشتري وقال

أصحاب الرأي لا شفعة لو كيل المشتري بناء على أصلهم ان الملك ينتقل إلى الوكيل  
فلا يستحق على نفسه  
ولنا انه و كيل فلا تسقط شفعته كالأجر ولا نسلم ان الملك ينتقل إلى الوكيل بل ينتقل  
إلى الموكل ثم لو انتقل إلى  
الوكيل لما ثبت في ملكه إنما ينتقل في الحال إلى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه  
ولا الاستحقاق عليها وأم التهمة  
فلا تؤثر لأن الموكل وكله من علمه بثبوت شفعه راضيا بتصرفه فلم يؤثر كما لو وكله  
في الشراء من نفسه، وفعلى  
هذا لو قال لشريكه بع نصف نصبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد  
منهما في المبيع من  
نصيب صاحبه وعند القاضي تثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل  
(مسألة) (وان جعل له الخيار فاختر امضاء البيع فهو على شفعته)  
إذا شرط للشفيع الخيار فاختر امضاء العقد أو ضمن العهدة للمشتري فالشفعة بحالها  
وبه قال الشافعي  
وقال أصحاب الرأي تسقط لأن العقد تم به فأشبهه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه  
ولنا ان هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالأذن في البيع والعفو عن  
الشفعة قبل  
تمام البيع وما ذكروه لا يصح فإن البيع لا يقف على الضمان ويبتل بما إذا كان  
المشتري شريكا فإن البيع  
تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه  
(مسألة) (وان أسقط شفعته قبل البيع لم تسقط ويحتمل أن تسقط)  
اذا عفا الشفيع عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما  
أشبه ذلك

لم تسقط وله المطالبة بها في ظاهر المذهب وبه قال مالك والشافعي والبتي وأصحاب الرأي، وعن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فإن إسماعيل بن سعيد قال قلت لأحمد 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 إلا أن يعرضها عليه إذا كانت الشفعة ثابتة) فقال ما هو بعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له شفعة وهذا قول الحكم والثوري وأبي خيثمة 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 فإن شاء أخذ وان شاء ترك) ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم (وان شاء ترك) فلا يكون لتركه معنى ولان مفهوم قوله (فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به) انه إذا باعه باذنه لاحق له ولان الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري بغير رضاه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بادخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان إليه في عوضه عليه وهذا المعنى معدوم ههنا فإنه قد عرضه عليه، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه فإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع. ووجه الأول انه اسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أبرأه مما يجب له أو لو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج، وأما الخبر فيحتمل انه أراد العرض عليه لبيتاع ذلك أن أراد فتخف عليه المؤنة

ويكتفي أخذ المشتري الشقص لا إسقاط حقه من شفيعته  
(مسألة) وان ترك الولي شفيعاً للصبي فيها حظ له لم تسقط وله الأخذ بها إذا كبر وان  
تركها لعدم  
الخط فيها سقطت ذكره ابن حامد وقال القاضي يحتمل أن لا تسقط)  
إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبت له الشفيعه في قول عامة الفقهاء منهم الحسن  
وعطاء ومالك  
والأوزاعي والشافعي وسوار والعنبري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفيعه له  
وروي ذلك عن  
النخعي والحارث العكلي لأن الصبي لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما  
فيه من الأضرار  
بالمشتري، وليس للولي الأخذ لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ كالأجنبي  
ولنا عموم الأحاديث ولأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فثبت في حق الصبي  
كخيار الرد  
بالعيب، قولهم لا يمكن الأخذ ممنوع فإن الولي يأخذ بها كما يرد بالعيب، قولهم لا  
يمكنه العفو يبطل بالوكيل  
فيها وبالرد بالعيب فإن ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولأن في الأخذ تحصيلاً  
للملك للصبي ونظراً  
له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع  
ولأن العفو  
إسقاط لحقه والأخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولى عليه ملك  
إسقاطه بدليل  
سائر حقوقه وديونه، فإن لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب، وبه  
يبطل ما ذكره  
من الضرر في الانتظار. إذا ثبت هذا فإن الصغير إذا كبر فله الأخذ بها في ظاهر قول  
الخرقي سواء عفا

عنها الولي أولم يعف وسواء كان الخط في الاخذ بها أو في تركها وهو ظاهر كلام  
أحمد في رواية ابن منصور  
وهذا قول الأوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لأن  
المستحق  
للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له الحظ فيها أولم يمكن فلم تسقط بترك غيره  
كالغائب إذا ترك وكيله  
الاخذ بها، وقال ابن حامدا تركها المولى لحظ الصبي أو لأنه ليس للصبي ما يأخذها به  
سقطت  
وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن الولي فعل ماله فعله فلم يحز للصبي نقضه كالرد العيب  
ولأنه فعل ما  
للصبي فيه حظ فصح كالاخذ مع الحظ، وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو  
حنيفة تسقط بعفو الولي  
عنها في الحالين لأن من ملك الاخذ بها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في  
هذا لأنه أسقط حقا  
للمولي عليه ولا حظ له في اسقاطه فلم يصح كالأبراء وخيار الرد بالعيب، ولا يصح  
قياس الولي على  
المالك لأن للمالك التبرع والابراء وما لاحظ له فيه بخلاف الولي  
(فصل) فاما الولي فإن كان للصبي حظ في الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصا أو  
بثمن المثل  
وللصبي ما يشتري به العقار لزم وليه الاخذ بالشفعة لأن عليه الاحتياط له والاخذ بما  
فيه الحظ فإذا  
أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول مالك والشافعي  
وأصحاب الرأي، وقال  
الأوزاعي ليس للولي الاخذ بها لأنه لا يملك العفو عنها ولا يملك الاخذ بها كالأجنبي  
وإنما يأخذ بها  
الصبي إذا كبر، وهذا لا يصح لأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فملكه الولي  
كالرد بالعيب



وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فإن تركها الولي مع الحظ للصبي الاخذ بها إذا كبر  
ولا  
يلزم الولي غرم لذلك لأنه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه  
فأشبه ما لو ترك  
شراء العقار له مع الخط في شرائه وإن كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد  
غبن أو كان  
في الاخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ويرهن مال الصبي له الاخذ لأنه لا يملك فعل  
مالاً حظ  
للصبي فيه، فإن أخذ لم يصح في إحدى الروايتين ويكون باقياً على ملك المشتري لأنه  
اشترى له ما لا  
يملك شراءه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيباً يعلم  
عيبه، ولا يملك الولي  
المبيع لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم  
يصح فأشبهه  
ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فإنه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما كذا ههنا وهذا مذهب  
الشافعي  
(والثانية) يصح الاخذ للصبي لأنه اشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى  
معيباً لا يعلم عيبه  
والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة  
ملكه والشقص  
الذي يشتره بزوال الشركة أو لأن الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار  
الحظ بنفسه لخفائه  
ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع  
(فصل) وإذا باع وصي الأيتام فباع لأحدهم نصيباً في شركة الآخر فله الاخذ للآخر  
بالشفعة لأنه

كالشراء له، وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه فليس له الأخذ للتهمة في البيع ولأنه بمنزلة من يشتري نفسه من مال يتيمة، ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ لليتيم بالشفعة مع الحظ لليتيم لأن التهمة منتفية فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافق ولأن الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به، فإن رفع الأمر إلى الحاكم فباع عليه فللوصي الأخذ حينئذ لعدم التهمة، فإن كان مكان الوصي أب فباع شقص ولده فله الأخذ بالشفعة لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة، وإن بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ له بالشفعة لأنه لا يمكن تملكه بغير الوصية فإذا ولد الحمل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر (فصل) وإذا عفا ولي الصبي عن شفيعته التي له فيها حظ ثم أراد الأخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لأنها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الأخذ بها إذا كبر ولو سقطت لم يملك الأخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها لأن ذلك يؤدي إلى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها إذا كبر لأن الحق يتحدد له عند كبره فلا يملك تأخيره حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها إذا أقدم، فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الأخذ بها والأمر بحاله لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداءً، وإن صار فيها حظ أو كان معسراً عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فإن قلنا لا تسقط وللصبي الأخذ بها إذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وإن قلنا تسقط فليس له الأخذ بها بحال لأنها قد سقطت مطلقاً فهو كما لو عفا الكبير عن شفيعته

(فصل) والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لأنه محجور عليه لحظه وكذلك السفية  
فاما المغمى عليه فحكمه الغائب لأن لا ولاية عليه وكذلك المحبوس، فعلى هذا ننتظر  
افاقته  
وأما مفلس فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الاخذ بها لأنها معاوضة فلا  
يجبر عليها كسائر المعاوضات  
وليس لهم اجباره على العفو لأنه اسقاط حق فلا يجبر، وسواء كان له حظ في الاخذ  
بها أو لم يكن لأنه يأخذ  
في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق  
حقوقهم بماله فأشبهه ما لو اشترى  
في ذمته شقصا غير هذا، ومتي ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به  
سواء أخذه برضاهم أو  
بغيره لأنه مال له فأشبهه ما لو اكتسبه. وأما المكاتب فله الاخذ والترك وليس لسيدة  
الاعتراض عليه لأن التصرف  
يقع له دون سيده، وكذلك المأذون له في التجارة من العبيد له الاخذ بالشفعة لأنه  
مأذون له في الشراء  
وان عفا عنها لم ينفذ عفوه لأن الملك للسيد ولم يأذن في ابطال حقوقه، فإن أسقطها  
السيد سقطت ولم يكن  
للعبد أن يأخذ لأن للسيد الحجر عليه ولان الحق قد أسقطه مستحقه فسقط باسقاطه  
(فصل) (الشرط الرابع) أن يأخذ جميع المبيع فإن طلب أخذ البعض سقطت شفيعته وبه  
قال محمد بن  
الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لأن طلبه لبعضها طلب  
لجميعها لكونه لا يتبعض  
ولا يجوز أخذ بعضها

ولنا انه تارك لطلب بعضها فتسقط ويسقط باقيها لأنها لا تتبعض، ولا يصح ما ذكره  
فإن طلب بعضها  
ليس بطلب جميعها ومالا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالنكاح  
بخلاف السقوط فإن الجميع يسقط  
بوجود السبب في بعضه كالطلاق  
(فصل) فإن أخذ الشقص بثمن مغصوب ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفيعته لأنه  
بالعقد استحق الشقص  
بمثل ثمنه في الذمة فإذا عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقي الاستحقاق في الذمة أشبه  
ما لو أخرج الثمن أو  
ما لو اشترى شيئاً آخر ونقد فيه ثمننا مغصوباً (والثاني) يسقط لأن أخذه للشقص بمالا  
يصح أخذه به ترك له  
واعراض عنه فسقطت الشفعة كما لو ترك الطلب بها  
(مسألة) (وان كانا شفيعين فالشفعة بينهما على قدر ملكهما وعنه على عدد الرؤوس)  
ظاهر المذهب ان الشقص المشفوع إذا اخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم  
اختاره أبو بكر وروي  
ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والعنبري وإسحاق وأبو عبيد  
وهو أحد قولي  
الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية انه يقسم بينهم على عدد الرؤوس اختارها ابن عقيل  
وروي ذلك عن النخعي  
والشعبي وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لأن كل واحد  
منهم لو انفرد لا يستحق  
الجميع فإذا اجتمعوا تساوا كالبنين في الميراث و كالمعتقين في سراية العتق  
ولنا انه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالغلة ودليلهم ينتقض بالابن  
والأب أو

الجد وبالفرسان والرجالة في الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وأما الاعتاق فلنا فيه منع وان سلم فلانه اتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع، وأما البنون فإنهم تساوا في السبب وهو النبوة فتساوا في الإرث بها فنظيره في مسئلتنا تساوي الشفعاء في سهامهم، فإذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع أحدهم فعلى هذا ينظر مخرج سهام الشركاء كلهم فيأخذ منهم سهام الشفعاء فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد ففي هذه المسألة مخرج سهام الشركاء ستة فإذا باع صاحب النصف فسهم الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقر بينهم أثلاثا لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه وان باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعها وللآخر ربعها وان باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أحماسا لصاحب النصف ثلاثة أحماسه 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 الثلثان وللآخر الثلث وان باع صاحب السدس فلصاحب النصف ثلث وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس

(مسألة) (فإن ترك أحدهما شفعتة لم يكن للآخر الا أن يأخذ الكل أو يترك) وجملة ذلك أنه إذا كان الشقص 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 لأن في أخذ البعض اضراراً بالمشتري بتبعض الصفقة عليه ولا يزال الضرر بالضرر، ولأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفا من سوء المشاركة ومؤنة القسمة

فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو لغيره لم يصح لأن ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص

(فصل) فإن كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فإذا قدم أحدهم فليس له الا أن يأخذ الكل أو يترك لأننا لا نعلم اليوم مطالبا سواه ولأن في أخذ البعض تبعضا لصفقة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره، ولا يجوز تأخير حقه إلى أن يقدم شركاؤه لأن في التأخير ضررا بالمشتري

فإذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفا فيبقى للأول لأن المطالبة إنما وجدت منهما فإن قاسمه ثم حضر الثالث قاسمهما ان أحب أو عفا فيبقى للأولين، فإن نما الشقص في يد الأول نماء منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لأنه انفصل في ملكه أشبه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة

وكذلك إذا أخذ الثاني فما في يده منفصلا لم يشاركه الثالث فيه، فإن خرج الشقص مستحقا فالعهدة  
على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فإن الاخذ وإن كان من  
الأول  
فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع إليهما والنائب عنهما في دفع الثمن إليه لأن  
الشفعة مستحقة  
عليه لهم هذا ظاهر مذهب الشافعي، وإن امتنع الأول من المطالبة حتى يحضر صاحبه  
أو قال آخذ قدر  
حقي ففيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لأنه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبهه المفرد  
(والثاني) لا  
تبطل لأنه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينزعه منه والترك لعذر لا يسقط الشفعة  
بدليل ما لو  
أظهر المشتري ثمنا كثيرا فترك لذلك فبان خلافه، وإن ترك الأول شفيعته توفرت الشفعة  
على صاحبه وإذا  
قدم الأول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الأول، فإن أخذ الأول بها ثم رد ما  
أخذه بعيب فكذلك  
وبهذا قال الشافعي وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ  
نصيب الأول لأنه لم  
يعف وإنما رد نصيبه بالعيب فأشبه ما لو رجع إلى المشتري ببيع أو هبة  
ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الأول فكان لشريكه أخذه كما  
لو عفا  
ويفارق عوده بسبب آخر لأنه عاد غير الملك الأول الذي تعلق به الشفعة  
(فصل) وإذا حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ نصف الشقص منه واقتسما ثم قدم  
الثالث وطالب  
بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة فهو كأنه مشارك  
حال القسمة لثبوت

حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع، فإن قيل وكيف تصح  
القسمة وشريكهما  
الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل عمله به أو يكون  
الشريكان رفعا  
ذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما وبقي الغائب على شفيعته، فإن  
قيل وكيف تصح  
مقاسمتها للشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف لأنه  
لا يصح بيعه وهبته  
وغيرهما ويملك الشفيع ابطاله 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 حكم له القاضي على  
الغائب أخذ ثلث  
ما في يده أيضا وإن لم يقض انتظر الغائب حتى يقدم لأن موضع عذر  
(فصل) إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا أخذ منك نصفه بل  
اقتصر على  
قدر نصيبه وهو الثلث فله ذلك لأنه اقتصر على بعض حقه وليس فيه ببعض الصفقة  
على المشتري  
فجاز كترك الكل، فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما  
في يد الأول  
ويقسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما لأن الثالث أخذ حقه من  
الثاني ثلث الثلث  
ومخرجه تسعة فيضمه إلى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا  
تنقسم فاضرب اثنين  
في تسعة يكن ثمانية عشر للثاني أربعة ولكل واحد من شريكه سبعة، وإنما كان  
كذلك لأن الثاني  
ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو السبع فيوفر ذلك على شريكه في  
الشفعة، فلأول والثالث  
أن يقولوا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئا من حقه فنجمع ما معنا  
فنقسمه فيكون  
على ما ذكرنا، وإن قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها، فإذا قدم  
الثالث أخذ منه





نصف سدس وهو ثلث في يده فضمنه إلى ثلاثة الأرباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقسمانها لكل واحد منهما خمسة وللثاني سهمان وتصح من اثني عشر (مسألة) (وإن كان المشتري شريكا فالشفعة بينه وبين الآخر) وللآخر الاخذ بقدر نصيبه وبه قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبتي لا شفعة للآخر لأنها 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 لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع من غير نظر إلى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضا لا نالا نقول أنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه ثم لا يمتنع أن يستحق الانسان على نفسه لأجل تعلق حق الغير به ألا ترى ان العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيدته ثبت للسيد على عبده أرش الجناية لأجل تعلق حق المرتهن ولو لم يكن رهنا ما تعلق به، إذا ثبت هذا فإن لشريك المشتري أخذ بقدر نصيبه لا غير أو العفو (مسألة) (وان ترك المشتري شفעתه ليجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك) إذا قال المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري

لأن ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجرى الشفيعين إذا أخذوا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ولذلك لو حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص 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 للشفقة على المشتري قلنا هذا تبويض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضي منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقصا وسيفا (مسألة) وإذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين ثم علم الشريك فله أن يأخذ بالبيعين وله أن يأخذ بأحدهما، فإن أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفעתه في أحد الوجهين وإن أخذ بالأول لم يشاركه وإن أخذ بهما جميعا لم يشاركه في شفعة الأول، وهل يشاركه في شفعة الثاني؟ على وجهين) وجملة ذلك أن الشريك إذا باع بعض الشقص لأجنبي ثم باعه باقيه في صفقة أخرى ثم على الشفيع فله أخذ المبيع الأول والثاني وله أخذ أحدهما، فإن أخذ الأول لم يشاركه في شفעתه أحد، وإن أخذ بالثاني فهل يشاركه المشتري في شفעתه بنصيبه الأول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه شريك في وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا (والثاني) لا يشاركه لأن ملكه على الأول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن

الأول شاركه في الثاني وان أخذ بهما جميعا لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لأنه إذا عفا عنه استقر ملكه بخلاف ما إذا أخذ، فإن قلنا يشاركه في الشفعة ففي قدر ما يستحق وجهان أحدهما ثلثه والثاني نصفه بناء على الروايتين في قسم الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرؤوس فإذا قلنا يشاركه فعفا له عن الأول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه وان لم يعف عن الأول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه، وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم ما لو باعه لثلاثة أنفس على ما نذكره ويستحق ما يستحقون وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم (فصل) وان كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد فلشريكهما الشفعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأن المالك اثنان فيما بيعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو توليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لأن الصفقة واحدة وفي أخذ أحدهما 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 ولمو كله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما لأنهما مشتريان أشبه ما لو وليا العقد، والفرق بين هذه الصورة

والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي إلى تبعض الصفقة على المشتري ولأنه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فإن المشتري واحد (مسألة) (وان اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما) وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه وقال في الأخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لأنه قبل القبض يبعض صفقة البائع ولنا أنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض وما ذكره ممنوع على أن المشتري الاخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعضا فإن باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها (فصل) وإذا باع شقصا لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ بمن أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لأن كل عقد منها منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الاخر كما لو كانت متفرقة وإذا أخذ نصيب أحدهم لم يكن للآخرين مشاركته في الشفعة لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة الا بملك سابق، فأما ان باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم على الشفيع فله أيضا أن يأخذ الثلاثة وله ان يأخذ ما شاء منها فإن أخذ نصيب الأول لم يكن للآخرين مشاركته في شفيعته لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه وان أخذ

نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الأول في شفيعته لأن ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك في استحقاقها حال شرائه ويحتمل ان لا يشاركه لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها، وان اخذ من الثالث وعفا عن الأولين ففي مشاركتها له وجهان، وان اخذ من الثلاثة ففيه وجهان (أحدهما) لا يشاركه واحد منهم لأن املاكهم قد استحقاقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه كان مالكا ملكا صحيحا شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته إذا عفا عن شفيعته فكذلك إذا لم يعف لا إنما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه ولذلك قلنا في الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه ان له اخذ نصيب المشتري الأول وللمشتري الأول اخذ نصيب المشتري الثاني، وعلى هذا يشاركه الأول في شفعة الثاني والثالث جميعا. فعلى هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدسا فللشفيع السدس الأول وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث وللمشتري الأول ربع السدس الثاني وخمس الثالث وللمشتري

الثاني خمس الثالث فتصح المسألة من مائة وعشرين سهما للشفيع الأول مائة وسبعة أسهم وللثاني تسعة وللثالث أربعة، وان قلنا إن الشفعة على عدد الرؤوس فللمشتري الأول نصف السدس الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين فللشفيع تسعة وعشرون وللثاني خمسة وللثالث سهمان

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم ببعض فلذي لم يبع الشفعة في الجميع، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الأول؟ على وجهين، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الأول والثاني؟ على وجهين وهل يستحق مشتري الربع الأول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لأنهما مالكان حال البيع (والثاني) لا حق لهما لأن ملكهما مترزل يستحق أحده بالشفعة فلا تثبت به (و الثالث) ان عفا عنهما أخذ وإلا فلا فإذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع لأن له شريكين فصار له الربع مضموما إلى ملكه فكمل له النصف للبائع الثالث والمشتري الأول الثلث لكل واحد منهما سدس لأنه شريك في شفعة مبيعين وللبائع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل واحد منهما نصفه لأنه شريك في شفعة بيع واحد وتصح من اثني عشر (مسألة) وان اشترى واحد حق اثنين أو اشترى شقصين من دارين صفقة واحدة فللشفيع

أخذوا أحدهما على أصح الوجهين)  
إذا اشترى رجل من رجلين شقصا صفقة واحدة فللشفيح أخذ نصيب أحدهما دون  
الآخر  
وبه قال الشافعي وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لئلا  
تتبعض صفقة المشتري  
ولنا أن عقد الاثنين مع واحد عقدان لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد  
فكان للشفيح  
أخذه كما لو أفرد به هذا ويفصل عما ذكره، وأما إذا باع شقصين من أرضين  
صفقة واحدة  
لرجل واحد وكان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلهما أن يأخذا ويقسما  
الثمن على قدر  
القيمتين، وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من  
الثمن، ويتخرج  
أن لا شفعة له لأن فيه تبعيض الصفقة على المشتري وذلك ضرر به وليس له أحدهما  
معا لأن أحدهما  
لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف على ما  
نذكره، وإن كان  
الشريك فيهما واحدا فله أحدهما وتركهما لأنه شريك فيهما وله أخذ أحدهما دون  
الآخر وهو منصوص  
الشافعي، وفيه وجه آخر أنه لا يملك ذلك، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لأنه  
أمكنه أخذ المبيع كله  
فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصا واحدا ذكره أبو الخطاب وبعض الشافعية  
ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين ولأنه لو  
جرى مجرى



الشقص الواحد لوجب إذا كانا شريكين فترك أحدهما شفעתه أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه  
(مسألة) (وان باع شقصا وسيفا فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن ويحتمل أن لا يجوز)  
إذا باع شقصا مشفوعا 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  
بأخذ به الشفيع وبه قال أبو حنيفة والشافعي، ويحتمل أن لا يجب لثلا تتبع شفعة المشتري وفي  
ذلك اضرار به أشبه ما لو أراد أخذ بعض الشقص وقال مالك ثبت الشفعة فيهما لذلك ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده والضرر  
اللاحق بالمشتري هو ألحقه بنفسه لجمعه في العقد بين ما ثبت فيه الشفعة وما لا تثبت ولان في الاخذ  
بالكل اضرارا بالمشتري أيضا لأنه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له ففي أخذه منه اضرار به  
من غير سبب يقتضيه  
(مسألة) (وان تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن وقال ابن حامد إن كان تلفه  
بفعل الله تعالى فليس له أخذه الا بجميع الثمن)  
إذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لأنه ملكه تلف في يده، فإن أراد

الشفيع الاخذ إذا تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي وسواء تلف باختيار المشتري كنقضه البناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم، ثم إن كانت الأبعاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العوض وما بقي من البناء، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهو قول الثوري والعنبري وأبي يوسف وقول للشافعي، وقال ابن حامد إن كان التلف بعفل آدمي كما ذكرنا وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك وهو قول أبي حنيفة وقول للشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء فيكون الاخذ منه اضراراً به والضرر لا يزال بالضرر. ولنا أنه تعذر علي الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة كما لو تلف بفعل سواء وكما لو كان له شفيع آخر، أو نقول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف، وأما الضرر فإنما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه وإنما قلنا يأخذ الأبعاض وإن كانت منفصلة لأن استحقاقه 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 إذا أبرت فإن مآلها إلى الانفصال والظهور فإذا ظهر فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم

البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له إلا أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان، ولهذا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة.

(فصل) (الشرط الخامس أن يكون للشفيع ملك سابق) لأن الشفعة إنما تثبت للشريك لدفع الضرر عنه وإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة

(مسألة) (فإن اشترى اثنان دارا صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه) لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه لتساويهما.

(مسألة) (فإن ادعى كل واحد منهما السبق فتحالفا أو تعارضت بينتاهما فلا شفعة لهما)

إذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة سئلا متى ملكتماها؟ فإن قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأن الشفعة إنما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده وان قال كل واحد منهما ملكي سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضي له وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم اسبقهما تاريخا فإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا، وان لم يكن لواحد منهما بينة سمعنا دعوى السابق وسألنا خصمه فإن أنكر فالقول

قوله مع يمينه فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم نسمع دعوى الثاني على الأول فإن  
أنكر وحلف سقطت  
دعواهما جميعا وان ادعى الأول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه  
لأن خصمه قد استحق  
ملكه وان حلف الثاني ونكل الأول قضينا عليه  
(مسألة) (ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين)  
ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ  
بالشفعة فلا  
تجب به كالمجاور وما لا ينقسم ولأننا إن قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير  
مالك وان قلنا هو مملوك  
فملكه غير تام لأنه لا يبيح إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكا تاما، وقال أبو  
الخطاب ان قلنا  
هو مملوك وجبت به الشفعة لأنه مملوك بيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة  
كالطلق ولان الضرر  
يندفع عنه بالشفعة فوجبت فيه كوجوبها في الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لأن الاخذ  
بها بيع  
وهو مما لا يجوز بيعه  
(فصل) وان تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة نص  
عليه في  
رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لأن  
الشفعة إنما تثبت في  
المملوك وقد خرج بهذا عن كونه مملوكا قال ابن أبي موسى من اشترى دارا فجعلها  
مسجدا فقد استهلكها

ولا شفعة فيها ولان في الشفعة ههنا إضرارا بالموهوب له والموقوف عليه لأن ملكه يزول عنه بغير عوض  
ويزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فإنه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ  
منه فلا يلحقه ضرر، ولان ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض إلى غير المالك وسلبه عن المالك وفي  
ذلك ضرر فيكون منفيًا، وقال أبو بكر للشفيع فسخ ذلك وأخذه بالثمن الذي وقع به البيع وهذا قول مالك  
والشافعي وأصحاب الرأي لأن الشفيع يملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بهما فلان  
يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى، ولان حق الشفيع أسبق وجنبتة أقوى فلم يملك المشتري تصرفا  
بيطل حقه ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف المريض املاكه وعليه دين فإنه  
إذا مات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم ابطال العتق والوقف أولى، فإذا قلنا  
ثبوت الشفعة أخذ الشفيع الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن إلى المشتري وحكي عن  
مالك أنه يكون للموهوب له لأنه يأخذ ملكه.  
ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول ولو لم يكن وهب كان الثمن له فكذلك  
بعد الهبة المفسوخة  
(مسألة) وان باع فله الاخذ بأي البيعين شاء فإن أخذ بالأول رجع الثاني على الأول  
إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه صح تصرفه لأنه ملكه  
وصح قبضه

له ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يملكه 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 وإن كان الواصب  
ممن له الرجوع فيه مفتى تصرف فيه تصرفاً تجب به الشفعة كالبيع للشفيع الخيار ان شاء فسخ البيع  
الثاني وأخذه بالبيع الأول بثمنه لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه  
وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لأنه شفيع في العقدين فكان له الاخذ بأيهما شاء، وان تباع ذلك  
ثلاثة فله ان يأخذ بالبيع الأول وينسخ العقدان الآخران وله أن يأخذ بالثاني وينسخ الثالث وحده  
وله ان يأخذ بالثالث ولا ينسخ شئ من العقود، فإذا أخذ من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به  
ورجع الثالث عليه بما أعطاه لأنه قد انسخ عقده وأخذ الشقص منه فرجع بثمنه على الثاني لأنه  
أخذه منه وان أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به وانسخ عقد الآخرين  
ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه والثاني على الأول بما أعطاه، فإن كان الأول اشتراه بعشرة ثم  
اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة وأخذ  
الأول من الثاني عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لأن الشقص إنما 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 تجب به الشفعة فهو كالبيع على ما ذكرنا وإن كان  
مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما ذكرنا من الخلاف فيه والله أعلم

(مسألة) (وإن فسخ العقد بعيب أو إقالة أو تحالف فللشفيع أخذه ويأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع)  
إذا رد المشتري الشقص بعيب أو قايل البائع فللشفيع فسخ الإقالة والرد والاختذ بالشفعة لأن  
حقه سابق عليهما ولا يمكنه الاختذ معهما فإن تحالفها على الثمن وفسخا البيع فللشفيع  
أن يأخذ الشقص  
بما حلف على البائع لأن البائع مقر بالبيع الثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع  
باستحقاق  
الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل  
فسخهما  
ويأخذه لأن حقه أسبق  
(فصل) وان اشترى شقصا بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيبا فله رد العبد واسترجاع  
الشقص  
ويقدم على حق الشفيع لأن في تقديم حق الشفيع إضرارا بالبائع باسقاط حقه من  
الفسخ الذي  
استحقه والشفعة تثبت لإزالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل به الضرر فإن الضرر لا  
يزال بالضرر  
وقال أصحاب الشافعي يقدم حق الشفيع في أحد الوجهين لأن حقه أسبق فوجب  
تقديمه كما لو وجد  
المشتري بالشقص عيبا فرده  
ولنا أن في الشفعة ابطال حق البائع وحقه أسبق لأنه استند إلى وجود العيب وهو  
موجود حال  
البيع والشفعة تثبت بالبيع فكان حق البائع سابقا وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت، ويفارق  
ما إذا كان

الشقص معيبا فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن قد تحصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحتمل ذلك مع الاخذ بالشفعة

فافترقا، فإن لم يرد البائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي فإن الشفعة بيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لأنه بمنزلة التالف والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجعان؟

فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجعان لأن الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحا لا عيب فيه بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيبا لأنه إنما أعطى عبدا معيبا فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجعان لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فإذا قلنا يتراجعان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجوع بالفضل على صاحبه، وان لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشئ لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غير معيب وان أدى قيمته معيبا رجوع المشتري عليه بما أدى من أرشه وان عفا عنه ولم يأخذ أرشا لم يرجع الشفيع عليه بشئ لأن البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فأشبهه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وان عاد الشقص إلى المشتري ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس للشفيع أخذه بالبيع الأول لأن ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه إلى



القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فإنه يردده لأن ملك المغصوب منه لم يزل عنه (فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلاً أو موزوناً فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لأنه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الإقالة والرد بالعيب وإن كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسألة التي قبلها لأن لمشتري النقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه فأشبهه ما لو اشتراه منه أجنبي (فصل) فإن اشترى شقصاً بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك إلى المشتري وهو العقد الصحيح فاما الباطل فوجوده كعدمه فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا بينة أو اقراراً من الشفيع والمتبايعين وان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد إلى 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 ويتبارئان، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشئ لأن البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر، ان أقر الشفيع وحده

لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين، فاما ان اشترى الشقص بثمن في  
في الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقا كانت الشفعة واجبة لأن البيع صحيح، فإن تعذر قبض الثمن من  
المشتري لاعسار أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لأن بالأخذ بها يحصل للمشتري ما  
يؤديه ثمنًا فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى  
(فصل) وإذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن إلى المشتري  
فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الإقالة 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) (وان أجره المشتري أخذه الشفيع وله الأجرة من يوم أخذه) لأنه صار ملكه بأخذه.  
(مسألة) (وان استغله المشتري فالغلة له) لأنها نماء ملكه  
(مسألة) (وان أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري مبقاة إلى الحصاد والجذاز)  
إذا زرع المشتري الأرض فللشفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى الحصاد لأن ضرره  
لا يتبقى ولا أجرة عليه لأنه زرعه في ملكه ولان الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع فكان  
له مبقى إلى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشتري  
فهو له مبقى إلى الجذاز كالزرع

(فصل) وإذا نمت المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين أحدهما أن يكون نماء متصلاً كالشجر  
إذا كبر أو ثمرة غير ظاهرة فإن الشفيع يأخذه بزيادته لأنها زيادة غير متميزة فتبعت الأصل كما لو رد  
بعيب أو خيار أو إقالة، فإن قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول؟ قلنا لأن  
الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع في العين وفي مسألتنا إذا لم يرجع في الشقص  
سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائع وإذا أخذ الأصل تبعه  
نمائه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها (الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والأجرة والطلع  
المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري لأنها حدثت في ملكه وتكون مبقاة في رؤوس النخل إلى الجذاذ  
لأن أخذ الشفيع من يشتري شراءً ثانٍ فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه وإن اشتراه وفيه  
طلع غيره مؤبر فأبرأ ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ويأخذ الأرض والنخيل بحصتهما من  
الثلث كما لو كان المبيع شقصاً  
(مسألة) وإن قاسم المشتري وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثلث  
أو نحوه وغرس أو بنى فللشفيع أن يدفع إليه قيمة الغراس والبناء ويملكه أو يقلعه ويضمن النقص  
فإن اختار الشفيع أخذه واختار المشتري قلعه فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر بالقلع  
وجملة ذلك أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها)

أن يظهر المشتري أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو أنه وهب له أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها  
فيتركها ويقاسمه ثم يبيى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائبا فيقاسمه وكيه أو صغيرا فيقاسمه وليه  
أو نحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة، وكذلك إن كان غائبا أو صغيرا فطالب  
المشتري الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم الغائب وبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه  
فإن للمشتري قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لأنه ملكه فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص  
الأرض ذكره القاضي وهو قول الشافعي لأنه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص إنما حدث  
في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن، وظاهر كلام الخرقى أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لأنه اشترط  
في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره لأجل تخليص ملكه فلزمه  
ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لا خراج ديناره منها، قولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فإن  
النقص الحاصل بالقلع إنما حصل في ملك الشفيع فاما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمه  
لما ذكره، فإن لم يختر المشتري القلع فللشفيع الخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس  
والبناء فيملكه مع الأرض وبين قلع الغراس والبناء وبضمن له ما نقص بالقلع. وبهذا قال الشعبي  
والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبتى وسوار وإسحاق، وقال حماد بن أبي سليمان  
والثوري وأصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شئ له لأنه بنى فيما استحق عليه أخذه فأشبهه  
الغاصب ولأنه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبهه ما لو كانت مستحقة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا اضرار) ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك ولأنه بنى في ملكه الذي ملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا، وفارق ما قاسوا عليه فإنه بنى في غير ملكه، ولأنه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق. إذا ثبت هذا فإنه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقا للبقاء في الأرض لأنه لا يستحق ذلك، ولا قيمته مقلوعا لأنه لو وجبت قيمته مقلوعا لوجب قلعه ولم يضمن شيئا ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه، ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الأرض تقوم مغروسة مبنية ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار القلع لأن ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء، ويحتمل أن يقوم والبناء مستحق للترك بالأجرة أو لآخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه، فإن كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وان قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لأنه يضمن النقص فينجبر 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) (إن باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفيعته في أحد الوجهين وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين)

وجملة ذلك أن الشفيع إذا باع ملكه عالما بالحال سقطت شفيعته لأنه لم يبق له ملك يستحق به،  
ولأن الشفعة تثبت لإزالة الضرر الحاصل بالشركة، وقد زال ذلك ببيعه، وان باع بعضه ففيه وجهان  
(أحدهما) تسقط أيضا لأنها استحققت بجميعه، وإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من الشفعة فسقط  
باقيها لأنها لا تتبع فیسقط جميعها بسقوط بعضها كالرق والنكاح وكما لو عفا عن بعضها (والثاني)  
لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد، فكذلك إذا بقي،  
وللمشتري الأول الشفعة على الثاني في المسألة الأولى، وفي الثانية إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الأول  
لأنه شريك في المبيع، وان قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الأول، وهل  
للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لأنه شريك فإن الملك ثابت  
له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق نماء وفوائده، واستحقاق الشفعة به من فوائده  
(والثاني) لا شفعة له لأن ملكه يؤخذ بها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق  
الشفعة به لضعفه، قال شيخنا والأول أقيس فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة  
كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولي. فعلى هذا للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني  
سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الاخذ من المشتري  
الأول في أحد الوجهين، فاما ان باع الشفيع ملكه قبل علمه بالمبيع الأول فقال القاضي تسقط شفيعته

أيضا لما ذكرناه وهو مذهب الشافعي ولأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى معييا لا يعلم عييه حتى زال أو حتى باعه. فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سواء فيما إذا باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفيعته لأنها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والأصل بقاؤها بخلاف ما إذا علم فإن بيعه دليل على رضاه بتركها. فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الأول فإن عفا عنه فللمشتري الأول أخذ الشقص من المشتري الثاني، وان أخذ منه فهل للمشتري الأول الاخذ من الثاني؟ على وجهين (أولاهما ان له الاخذ لأن ملكه كان ثابتا حال البيع ولم يوجد منه ما يمنع ذلك (مسألة) وان مات بطلت شفيعته إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه) وجملة ذلك أن الشفيع إذا مات قبل الاخذ بالشفعة فإن كان قبل الطلب بها سقطت ولا تنقل إلى الورثة، قال احمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء الشفعة والحد إذا مات المقذوف والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار، لم يكن للورثة هذه الثلاثة أيضا إنما هي بالطلب فإذا لم يطلب فليس تجب الا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به، وروي سقوط الشفعة بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وقال مالك والشافعي والعنبري يورث، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

ولنا انه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل  
للتملك أشبه خيار القبول فاما خيار الرد بالعيب فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع  
(فصل) فإن مات بعد طلب الشفعة انتقل حق المطالبة بالشفعة إلى الورثة قولا واحدا  
ذكره  
أبو الخطاب، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط  
بتأخير الحق بعده  
وقبله يسقط، وقال القاضي يصير الشقص ملكا للشفيع بنفس المطالبة والأول أصح فإنه  
لو صار ملكا  
للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الاخذ بها.  
فإذا ثبت هذا فإن الحق  
ينتقل إلى جميع الورثة على قدر إرثهم لأنه حق مالي موروث فينتقل إلى الجميع كسائر  
الحقوق المالية  
وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرؤوس لأن هذا ينتقل إليهم من  
موروثهم فإن ترك  
بعض الورثة حقه توفر الحق على باقي الورثة ولم يكن لهم إلا أن يأخذوا الكل أو  
يتركوا كالشفعاء  
إذا عفا بعضهم عن شفيعته لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص لتشقص المبيع وتبعضت  
الشفقة على المشتري  
وهذا ضرر في حقه  
(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل وللورثة المطالبة بها  
نص عليه احمد لأن الاشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة  
بالموت  
بعده كنفس الطلب



(فصل) وإذا بيع شقص له شفيعان فعفا عنها أحدهما وطالب بها الآخر ثم مات الطالب فورته  
العافي فله أخذ الشقص بها لأنه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الاخذ بها  
كالأجنبي وكذلك لو  
قذف رجل أمهما وهي ميتة فعفا أحدهما وطلب الآخر ثم مات الطالب فورته العافي  
ثبت له استيفاؤه  
بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجود الحد بقذفها  
(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب  
الشافعي،  
و قال أبو حنيفة لا شفعة لهم لأن الحق انتقل إلى الغرماء  
ولنا انه بيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير  
المفلس، ولا نسلم  
أن التركة انتقلت إلى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو نمت أو زاد ثمننا لحسب على  
الغرماء في قضاء  
ديونهم، وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص  
مرهون فباع شريكه فإنه  
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 الورث شريكا للمورث فباع نصيب  
الموروث في دينه  
فلا شفعة أيضا لأنه نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوارث فإذا بيع فقد بيع ملكه فلا  
يستحق  
الشفعة على نفسه  
(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لأن حقه  
أسبق

من حق الموصى له فإذا أخذه دفع الثمن إلى الورثة وبطلت الوصية لأن الموصى به ذهب فبطلت الوصية به كما لو تلف، ولا يستحق الموصى له بدله لأنه لم يوص له الا بالشقص، وقد فات بأخذه، ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في شركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لأن الموصى به لا يصير للموصى له الا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة، ويحتمل أن يكون للموصى له إذا قلنا إن الملك ينقل إليه بمجرد الموت فإذا قبل الوصية استحق المطالبة لأننا تبينا ان الملك كان له فكان المبيع في شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لأننا لا نعلم أن الملك له قبل القبول لأننا لا نعلم أن الملك له قبل القبول وإنما يتبين ذلك بقبوله فإن قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة ولا يستحق الورثة المطالبة أيضا لذلك ويحتمل ان لهم المطالبة لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق لهم، ويفارق الموصى له من وجهين (أحدهما) ان الأصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه ان يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فإنه لا سبيل له إلى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو لغيره فإذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويفتقر إلى الطلب منه لأن الطلب الأول يتبين أنه من غير المستحق، وان قلنا بالرواية الأولى فطالب الورثة بالشفعة فلهم الاخذ بها وإذا قبل الوصي اخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لأن الشقص الموصى به إنما انتقل إليه بعد الاخذ بشفعته فأشبهه ما لو اخذ بها الموصى في حياته، وان لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى له فلا شفعة له لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك له وحصول شركته وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه

(فصل) ولو اشترى رجل شقصا ثم ارتد فقتل أو مات فللشفيع اخذه بالشفعة لأنها  
وجبت  
بالشراء وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الاسلام  
فورثه ورثته أو  
صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال  
(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصا فتصرفه موقوف فإن قتل على رده أو مات عليها تبينا  
ان  
شراءه باطل ولا شفعة فيه وان أسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه، وقال أبو بكر  
تصرفه غير صحيح  
في الحالين لأن ملكه يزول برده فإذا أسلم عاد إليه تمليكا مستأنفا، وقال الشافعي وأبو  
يوسف تصرفه  
صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد  
ويذكر في غير هذا  
الموضع، وان بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافرا فأخذه بالشفعة انبنى  
على ذلك أيضا  
لأن اخذ بالشفعة شراء للشقص من المشتري فأشبهه شراءه لغيره، فإن ارتد الشفيع  
المسلم وقتل بالردة  
أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين، فإن كان طالب بالشفعة انتقلت أيضا إلى  
المسلمين ينظر فيها الإمام  
أو نائبه وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفيعته كما لو مات على اسلامه، ولو مات  
الشفيع المسلم ولم  
يحلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين ان مات بعد الطلب وإلا فلا  
(فصل) قال رحمه الله (ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقد فإن عجز عنه أو عن  
بعضه سقطت شفيعته)  
وجملة ذلك أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لما  
روى في

حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (هو أحق به بالثمن) رواه الجوزجاني  
في كتابه ولان الشفيع إنما استحق  
الشقص بالبيع فكان مستحقا له بالثمن كالمشتري فإن قيل إن الشفيع استحق اخذه بغير  
رضا مالكة  
فينبغي ان يأخذ بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره، قلنا المضطر استحق اخذه بسبب  
حاجة خاصة فكان  
المرجع في بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لا جل البيع ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث  
لم يستحق  
الشفعة وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع. إذا ثبت هذا فإننا  
ننظر 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 اضرارا  
بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر، فإن أحضر رهنا أو ضمينا لم يلزم المشتري قبوله  
لأن عليه ضررا في  
تأخير الثمن فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال، وإن بذل عوضا عن  
الثمن لم يلزمه قبوله  
لأنها معاوضة فلم يجبر عليها، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى  
يقبض الثمن فإن كان  
موجودا سلمه وإن تعذر في الحال فقال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوما أو  
يومين بقدر  
ما يرى الحاكم فإذا كان أكثر فلا وهذا قول مالك، وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي  
ينظر ثلاثا  
لأنها آخر حد القلة فإن أحضر الثمن وإلا فسخ عليه، وقال أبو حنيفة وأصحاب لا يأخذ  
بالشفعة ولا

يقتضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري  
فلا يستحق ذلك  
الا باحضار عوضه كتسليم المبيع  
ولنا انه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع، 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 وإلا فسخ الحاكم الاخذ ورده إلى المشتري، وكذا لو هرب  
لشفيع بعد الاخذ  
قال شيخنا والأولى ان للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولأنه  
تعذر على البائع  
الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه، وكما لو أفلس الشفيع  
والشفعة لا تقف على  
حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد  
بالعيب ولان وقف ذلك  
على الحاكم يفضي إلى الضرر بالمشتري لأنه قد يتعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد  
يصعب عليه حضور مجلس  
الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضي إلى الضرر، ولأنه لو وقف الامر  
على الحاكم لم يملك  
الاخذ الا بعد احضار الثمن لئلا يفضي إلى هذا الضرر، وان أفلس الشفيع خير المشتري  
بين الفسخ  
وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشتري  
(مسألة) (وما يزداد في ثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق به وما بعد ذلك لا يلحق  
به)  
قد ذكرنا ان الشفيع إنما يستحق الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر  
ثم غيراه

في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع لأن حق الشفيع إنما  
يثبت إذا تم العقد  
وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد  
والتعير يلحق  
بالعقد فيه لأنهما على اختيارهما فيه كما لو كانا في حال العقد، فاما إذا انقضى الخيار  
وانبرم العقد فزادا  
أو نقصا لم يلحق بالعقد لأن 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 ملحقان بالعقد لأن الزيادة تضر بالشفيع فلم يملكها بخلاف النقص، وقال  
مالك ان بقي  
ما يكون ثمنا أخذ به وان حظ الأكثر أخذه بجميع الثمن الأول.  
ولنا ان ذلك يعتبر بعد استقرار العبد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع  
استحق الاخذ  
بالثمن الأول قبل التغيير فلم يؤثر التغيير بعد ذلك فيه كالزيادة وما ذكروه من العذر لا  
يصح لأن ذلك  
لو لحق العقد لزم الشفيع وان أضر به كالزيادة في مدة الخيار ولأنه حط بعد لزوم العقد  
فأشبهه حط  
الجميع أو الأكثر عند مالك  
(مسألة) (وإن كان مؤجلا أخذه الشفيع بالأجل إن كان مليئا والا أقام كفيلا مليئا  
وأخذه به)  
وبهذا قال مالك وعبد الملك وإسحاق، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا، وقال  
أبو حنيفة  
لا يأخذ الا بثمان حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ، وعن الشافعي كمنهنا ومذهب  
أبي حنيفة

لأنه لا يمكنه أخذه بالموجل لأنه يقضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تتماثل  
وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا  
بسلة  
بمثل الثمن إلى الاجل لأنه إنما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحدا منهما  
فلم يبق إلا التخيير  
ولنا ان الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في الحلول  
زيادة  
على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكروه من اختلاف الذمم فانا لا  
نوجبها حتى توجد  
الملاءة في الشفيع أو في الضامن بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيها وراء  
ذلك، كما لو  
اشترى الشقص بسلة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما، ومتى أخذه الشفيع بالأجل  
فمات الشفيع  
أو المشتري وقلنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لأن  
سبب حلوله الموت  
فاختص بمن وجد في حقه  
(مسألة) (وإن كان الثمن عرضا أعطاه مثله إن كان ذا مثل والا أعطاه قيمته)  
أما إذا كان من المثليات كالحبوب والادهان فهو كالأثمان قياسا عليها فيعطيه الشفيع  
مثلها مثلها هكذا  
ذكره أصحابنا وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي لأن هذا مثل من طريق  
الصورة والقيمة  
فكان أولى من المماثل في إحداهما ولان الواجب بذل الثمن فكان مثله كبديل العرض  
والمثلف 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 تجب ههنا  
لأنها تجب بمثل  
الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الاخذ فلم يجب كما لو جهل الثمن  
ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي وما ذكروه لا  
يصح لأن الثمن يكون  
من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبذل المتلف  
(فصل) وإن كان الثمن تجب قيمته فإنها تعتبر وقت البيع لأنه وقت الاستحقاق  
والاعتبار بعد ذلك  
بالزايدة والنقص في القيمة، وإن كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار  
واستقرار العقد لأنه حين  
استحقاق الشفعة وبه قال الشافعي، وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة  
وليس بصحيح لأن  
وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يكون  
للمشتري وما نقص فمن  
مال البائع فلا ينقص حق المشتري  
(مسألة) (وان اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري الا أن تكون للشفيع بينة)  
إذ اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفيع بل  
بخمسين  
فأقول قول المشتري لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع عنه  
بالدعوى بغير  
بينة وبهذا قال الشافعي، قان قيل فهلا قلت القول قول الشفيع لأنه غارم ومنكر للزيادة  
فهو كالعاصب



والمتلف والضامن نصيب شريكه إذا أعتق؟ قلنا الشفيع ليس بغارم لأنه لا شئ عليه وإنما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب 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 احتمال تعارضهما لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما، وذكر الشريف أن بينة الشفيع تقدم لأنها خارجة ويقتضيه قول الخرقى لأن بينة الخارج عنده تقدم على بينة الداخل والشفيع خارج وهو قول أبي حنيفة وقال صاحباه تقدم بنية المشتري لأنها ترجح بقول المشتري فإنه 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 بيتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لأنهما يتنازعان في العقد ولا يدلها عليه فصار كالمتنازعين عينا في يد غيرهما (فصل) فإن قال المشتري لا أعلم قدر الثمن فالقول قوله لأن ما يدعيه ممكن يجوز أن يكون اشتراه جزافا أو بثمن نسي قدره ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بدل

ولا يمكن أن يدفع إليه مالا يدعيه فإن ادعى أنك فعلت ذلك تحليلاً على اسقاط الشفعة  
حلف على نفي ذلك  
(فصل) فإن اشترى شقصاً بعرض واختلفا في قيمته فإن كان موجوداً عرضناه على  
المقومين وان  
تعذر احضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدره فإن ادعى جهل قيمته فهو  
على ما ذكرنا فيما  
إذا ادعى جهل ثمنه وان اختلفا في الغراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا أحدثه  
فأنكر فالقول  
قول المشتري لأنه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فكان القول قول المالك  
(مسألة) (وان قال المشتري اشتريته بألف وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه  
بألف  
فإن قال المشتري غلطت فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين)  
وجملة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشتري لأن المشتري مقر له باستحقاقه  
بألف ويدعي  
أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم بألفين أخذه الشفيع  
بهما لأن  
الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به  
ولنا أن المشتري يقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلم 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 اقرار تعلق به حق آدمي غيره فأشبهه ما لو أقر له بدين (والثاني)  
يقبل

قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المرابحة بثمن ثم قال غلظت والثلث أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لأنه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وان لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع، فإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لأن للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك، ولأنه يفضي إلى الزام 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 الفان وكنت غالطا فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة (فصل) ولو اشترى شقفا له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفو عن شفيعته لم تقبل شهادته لأنه يجر إلى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فإذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت للتهمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق إذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه وان كانت الدعوى على

الشفيعين معا فحلفا ثبتت الشفعة وان حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فإن  
صدق شريكه  
في الشفعة في أنه لم يعف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة بينهما لأن الحق له فإن  
الشفعة تتوفر عليه  
إذا سقطت شفعة شريكه وان ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثا  
الشفعة أو كانا  
شريكين، فإن شهد أجنبي بعفو أحد الشفيعين واحتج إلى يمين معه قبل عفو الآخر  
حلف وأخذ الكل  
بالشفعة وإن كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة وان كانوا ثلاثة شفعا فشهد  
اثنان منهم على  
الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت وان شهدا قبله ردت، وان شهدا بعد عفوهما وقبل  
عفو الآخر  
ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي وان شهد البائع بعفو الشفيع عن شفيعته  
بعد قبض الثمن قبلت  
شهادته، وإن كان قبله قبلت شهادة قبلت في أحد الوجهين لأنهما 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 لفلسه فيستحق استرجاع المبيع، وان شهد لمكاتبه بعفو شفيعته أو  
شهد بشراء شيء  
لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لأن المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كمدبره ولان ما  
يحصل للمكاتب ينتفع  
به السيد لأنه ان عجز صار له وان لم يعجز سهل عليه وفاؤه وان شهد على مكاتبه بشيء  
من ذلك قبلت  
شهادته لأنه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده  
(مسألة) (وان ادعى أنك اشتريته بألف قال بل اتهمته أو ورثته فالقول قوله مع يمينه فإن  
نكل

أو قامت للشفيع بينة فله اخذه ويقال للمشتري اما أن تقبل الثمن أو تبرئ منه)  
وجملة ذلك أنه إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه  
بالشفعة

فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص  
والثمن ويدعي  
الشفعة فيه فإذا ادعى سئل المدعى عليه فإن أقر لزمه وان أنكر وقال إنما اتهمته أو ورثته  
فلا شفعة

لك فيه فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فإن 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 فإذا أخذه دفع إليه، وان قال لا أستحقه  
ففيه ثلاثة

أوجه (أحدها) يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع إليه كما لو أقر له بدار  
فأنكرها (والثاني)  
يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه، ومتى ادعاه المشتري دفع إليه (والثالث)  
يقال له اما أن

تقبضه واما ان تبرئ منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الكتابة فادعى أنه  
حرام اختاره

القاضي، وهذا يفارق المكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا  
يلزمه ذلك بمجرد

دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيع بشئ فلا ينبغي ان يكلف الابراء  
مما يدعيه

والوجه الأول أولى إن شاء الله تعالى

(فصل) فإن قال اشتريته لفلان وكان حاضرا استدعاه الحاكم وسأله فإن صدقه كان الشراء له والشفعة عليه، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة إليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذه منه بالشفعة وإن كان المقر له غائبا أخذه الحاكم ودفعه إلى الشفيع وكان الغائب على حجته إذا قدم لأننا لو وقفنا الأمر في الشفعة إلى حضور المقر له كان في ذلك إسقاط الشفعة لأن كل مشتر يدعي أنه لغائب، وان قال اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية لم تثبت الشفعة في أحد الوجهين لأن الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لأنه إيجاب حق في مال صغير باقرار وليه (والثاني) تثبت لأنه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بعب في مبيعه، 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 فيطالبهما بها لأن الملك ثبت لهما باقراره به واققراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء لأن الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعا وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبننا.

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من يده نصيب الغائب أنه اشتراه

منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فللشفيع 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 أنه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه، وهكذا لو ادعى عليه أنك بعت نصيب الغائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار البائع بالبيع فإذا قدم الغائب فأنكر البيع أو الإذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينتزع الشقص ويطلب بأجرته من شاء منهما ويستقر الضمان على الشفيع لأن المنافع تلت تحت يده، فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد وإن ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك فأنكر 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 لأن القضاء ههنا على الحاضر لوجوب الشفعة عليه واستحقاقه انتزاع الشقص من يده فحصل القضاء على الغائب ضمناً، فإن لم تكن بينة وطلب الشفيع بينة ونكل الوكيل عنها احتمل أن يقضى عليه لأنه لو أقر لقضى عليه فكذلك إذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لأنه قضاء على الغائب

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  
إقامة البينة بالشركة وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي، وقال أبو يوسف إذا كان في  
يده استحق  
الشفعة به لأن الظاهر من اليد الملك  
ولنا ان الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت  
ومجرد الظاهر  
لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده فإن ادعى أن المدعى عليه يعلم أنه شريك فعلى  
المشتري اليمين أنه  
لا يعلم ذلك لأنها يمين على نفي فعل الغير فكانت على العلم كاليمين على نفي دين  
الميت فإذا حلف سقطت  
دعواه وان نكل قضي عليه  
(فصل) إذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفعتة فصدقه عمرو  
وأنكر  
الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة أنه كان ملك عمر ولم تثبت الشفعة  
بذلك وقال محمد  
ثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن واما أن ترده إلى البائع فيأخذه الشفيع لأنهما  
شهدا بالملك  
لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع  
ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع وقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لأنه اقرار على غيره  
فلا يقبل  
في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع  
فصار بمنزلة ما لو



حلف اني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكه أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده وأنكر المشتري الشراء لأن الذي في يده الدار مقربها للشفيع ولا منازع له فيها سواه وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لا شئ في يده ولا يقدر على تقسيم الشقص فافترقا (مسألة) (وإن كان عوضا في الخلع 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 لأنه ملك الشقص القابل للشفعة ببديل ليس له مثل فوجب الرجوع إلى قيمته في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بسبعة لا مثل لها ولأننا لو أوجبنا مهر المثل لافضى إلى تقويم البضع على الأجانب واضر بالشفيع لأن المهر يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال غير القاضي يأخذه بالدية ومهر المثل وحكاه الشريف أبو جعفر عن ابن حامد وهو قول العكلي والشافعي لأنه ملك الشقص ببديل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البديل إذا لم يكن نقدا ولا مثليا وعوض الشقص هو البضع وقيمة البضع مهر المثل.

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه ويحتمل ان تجب)  
لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أيهما كان، وقال  
أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فثبتت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه،  
وقال أبو حنيفة إن كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى يتقضي لأن في الاخذ بها اسقاط حق  
البائع من الفسخ وإلزام البيع في حقه بغير رضاه ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك  
إليه وإن كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك إليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع  
واستقرار الملك فلان يملك ذلك قبل لزومه أولى وغاية ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك الا يمنع الاخذ  
بالشفعة كما لو وجد به عيبا وللشافعي قولان كالْمذهبين  
ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الاخذ بالشفعة يلزم المشتري  
بالعقد بغير رضاه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائع فإننا إنما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع  
وتفويت حق الرجوع  
في عين ماله وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب فإنه إنما تثبت لاستدراك الظلّامة  
وذلك يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار عالما ببيع الأول سقطت شفيعته وقد  
ذكرنا ذلك فيما مضى

(فصل) ويبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الأحكام إذا باع  
بشمن المثل  
سواء كان لوارث 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 بيعه 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 ماله لا يمنع التصرف في ذمته، فاما  
بيعه بالمحابة فلا  
يخلو اما أن يكون لوارث أو لغيره فإن كان لوارث بطلت المحابة لأنها في المرض  
بمنزلة محابة الوصية  
في الوصية لوارث لا تجوز ويطل البيع في قدر المحابة من المبيع وهل يصح فيما  
عداه؟ فيه ثلاثة أوجه  
(أحدها) لا يصح لأن المشتري أبرأ الضامن في كل المبيع فلم يصح في بعضه كما لو  
قال بعثك هذا الثوب بعشرة  
فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قبلت نصفه بخمسة ولأنه لا يمكن  
تصحيح البيع على الوجه  
الذي تواجبا عليه فلم يصح لتفريق الصفقة (الثاني) أن يبطل البيع في قدر المحابة  
ويصح فيما يقابل الثمن  
المسمى وللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لأن الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما  
صح فيه البيع  
وإنما قلنا بالصحة لأن البطلان إنما جاء من المحابة فاخص بما قابلها (الثالث) أنه  
يصح في الجميع ويقف  
على إجازة الورثة لأن الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة  
الورثة فكذلك

المحابة له فإن أجازوا المحابة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيح الاخذ به لأنه يأخذ بالثمن، وان ردوا بطل البيع في قدر المحابة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيح الاخذ قبل إجازة الورثة وردهم لأن حقهم متعلق بالبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه فإن اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيح الاخذ بالشفعة قدم الشفيح لأنه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المعيب إذا رضيه الشفيح بعيه (فصل) إذا كان المشتري أجنبيا والشفيح أجنبي فن لم تزد المحابة على الثلث صح البيع وللشفيح الاخذ بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصا فإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحابة في حق الوارث وإن كان الشفيح وارثا ففيه وجهان (أحدهما) له الاخذ بالشفعة لأن المحابة وقعت لغيره فلم يمنع منها الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني) يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلا إلى إثبات حق لوارثه في المحابة، ويفارق الهبة لغريم الوارث لأن استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا. ولأصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين (والثالث) أن البيع باطل من أصله لا فضائه إلى إيصال المحابة إلى الوارث

وهذا فاسد لأن الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الأصل فرعه وعلى الوجه الأول ما حصلت للوارث  
المحابة إنما حصلت لغيره ووصلت إليه بجهة الاخذ من المشتري فأشبه هبة غريم  
الوارث (الوجه الرابع)  
أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحابة بجميع الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحابة لأن  
المحابة بالنصف  
مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لأنه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الأجنبي  
أخذ الكل لأن  
الموهوب لا شفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر المحابة وهو فاسد لأنها  
محابة لأجنبي بما دون  
الثلث فلا يبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا  
(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه وبكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته  
بالثمن  
أو تملكته بالثمن ونحو ذلك إذ كان الشقص والثمن معلومين ولا يفتقر إلى حكم  
حاكم وبهذا قال  
الشافعي، وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لأن البيع السابق سبب فإذا  
انضمت إليه المطالبة  
كان كالإيجاب في البيع إذا نضم إليه القبول، وقال أبو حنيفة لا يحصل إلا بحكم  
حاكم لأنه نقل للملك  
عن مالكه إلى غيره قهرا فافتقر إلى حكم حاكم كأخذ دينه  
ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر إلى حكم حاكم كالرد بالعيب وبهذا  
ينتقض ما ذكروه  
ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولأنه مال يتملكه قهرا فملكه بالأخذ  
كالغنائم  
والمباحات، وملكه باللفظ الدال على الاخذ لأنه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به  
فاستقل  
باللفظ الدال عليه، وقولهم يملك المطالبة بمجرد ما لا يصح لأنه لو ملك بها لما  
سقطت الشفعة بالعفو بعد

المطالبة ولو جب إذا كان له شفيعان فطلبها الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه. إذ ثبت هذا فإنه إذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي ثم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لأن الشقص يؤخذ قهرا والمقهور لا خيار له والآخذ قهرا لا خيار له أيضا كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه أو الثمن لعيب في المبيع وإن كان الثمن مجهولا أو الشقص لم يملكه بذلك لأنه بيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوض كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة 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 بالبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة؟ على وجهين (أحدهما) تجب الشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) لا تجب ونصره الشريف أبو جعفر في مسأله وهو قول مالك وابن شريح لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولان الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري وإذا أنكر البيع لم يمكن الاخذ منه، ووجه الأول أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فإذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه، فعلى 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 العهدة عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل دينا فقال آخر أنا أدفع إليك الدين الذي تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله فهلا قلت ههنا كذلك؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غريمه وههنا بخلافه، ولان البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضا عن هذا البيع فصار كالنائب عن المشتري في دفع الثمن، والبائع كالنائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فلن كان البائع مقرا بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري اما 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 لأحدهما، وإن تداعيا جميعا فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه ما قبض منه شيئا فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولان البائع إذ أنكر القبض لم يكن مدعيا لهذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمننا إنما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفع إليه (مسألة) (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

إذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع  
وان وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ أرشه منه والمشتري يرد على البائع أو  
بأخذ الأرش منه  
سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبه قال الشافعي، وقال ابن أبي ليلى  
وتبقى عهدة الشفيع  
على البائع لأن الحق ثبت له بايجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري، وقال أبو  
حنيفة ان أخذ، من  
المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لأن الشفيع إذا أخذه من البائع  
تعذر قبض  
المشتري فينفسخ البيع بين البائع والمشتري فكأن الشفيع أخذه من البائع مالكا من  
جهته  
فكانت عهده عليه  
ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من  
المشتري إلى الشقص  
بالثمن فكانت العدة عليه كما لو أخذه منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن  
فملك 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 فإن علم المشتري  
بالعيب ولم يعلم  
الشفيع فالشفيع رده على المشتري أو أخذ أرشه منه وليس للمشتري شيء ويحتمل أن لا  
يملك الشفيع



أخذ الأرش لأن الشفيح يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فإذا أخذ الأرش فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري وان علم الشفيح وحده فليس لواحد منهما رد ولا أرش لأن الشفيح أخذه عالماً بعيه فلم يثبت له رد ولا أرش كالمشتري إذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيح ولم يملك الأرش لأنه استدرك ظلّامته ورجع إليه جميع الثمن فأشبهه ما لورده على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الأرش لأنه بدل عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر فعلى هذا ما يأخذه من الأرش يسقط عن الشفيح من الثمن بقدره لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد فأشبهه ما لو أخذ الأرش قبل أخذ الشفيح منه وان علماً جميعاً فليس لواحد منهما رد ولأرش لأن كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ببذل الثمن فيه بهذه الصفة، وان لم يعلما فللشفيح رده على المشتري وللمشتري رده على البائع فإن لم يرد الشفيح فلا رد للمشتري لما ذكرنا أولاً، وان أخذ الشفيح أرشه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع وان لم يأخذ منه فلا شيء للمشتري ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فإذا أخذه فإن كان الشفيح لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لأنه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه، وان أسقطه عن المشتري نوفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره، فأما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح في المذهب أنه لا يبرأ وحكمه حكم ما لو لم يشترط وفيه رواية

أخرى أنه يبرأ الا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة، فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع  
باشترط البراءة فحكمه حكم المشتري لأنه دخل على شرائه فصار كمشتريين اشترطا  
البراءة وان لم يعلم ذلك  
فحكمه حكم ما لو علمه المشتري دون الشفيع  
(مسألة) (وان أبى المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه ثم يأخذه الشفيع منه قاله  
القاضي  
قال وليس له أخذه من البائع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الشفيع يشتري  
الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره، وبنوا ذلك علي أن البيع لا يتم الا بالقبض  
فإذا فات القبض  
بطل العقد وسقطت الشفعة وقال أبو الخطاب قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد  
البائع ويكون  
كأخذه من المشتري وهو قول أبي حنيفة لأن العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه  
ويدخل المبيع في ملك  
المشتري وضمائه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كما لو قبضه المشتري والله  
أعلم  
(مسألة) (ولو ورث اثنان شقصا عن أبيهما فباع أحدهما نعيبه فالشفعة بين أخيه  
وشريك أبيه)  
وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم الأخ أحق بالشفعة وبه قال  
مالك لأن أخاه  
أخص بشركته من شريك أبيه لاشتراكهما في سبب المالك  
ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد  
ولان الشفعة ثبتت  
لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهو موجود في حق الكل وما  
ذكروه لا أصل

له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى اثنان نصفها الآخر أو ورثاه أو اتهباه أو وصل إليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو ورث ثلاثة دارا فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنين وأختين فباعت إحدى البنيتين نصيبها أو إحدى الأختين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وترك ثلاث بنين وأرضا فمات أحدهم عن ابنين فباع أحد العميين نصيبه فالشفعة بنى أخيه وأبي أخيه، ولو خلف ابنين أو وصى بثلثه لاثنين فباع أحد الشريكين الوصيين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم ولمخالفينا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره (مسألة) (ولا شفعة لكافر على مسلم) روي ذلك عن الحسن والشعبي ويقال الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجماعة من أهل العلم تجب له الشفعة لعموم قوله عليه السلام (لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وان باع ولم يؤذنه فهو أحق به) ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب ولنا ما وري الدارقطني في كتاب العلل باسناده عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا شفعة لنصراني) وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولأنه معنى يختص 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

المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى ولان ثبوت الشفعة في محل الاجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم وليس الذمي في معني المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الأدلة ولأنها إذا تثبت للمسلم على المسلم مع عظم حرمة فلان تثبت على الذمي مع دناءته أولى (فصل) وتثبت للذمي على الذمي لعموم الاخبار ولأنهما تساويا في الدين فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلمين ولا نعلم في هذا خلافا فإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه، وان جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب ان تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمننا لهم بالشفعة وقال أبو حنيفة تثبت الشفعة إذا كان الثمن خمرا لأنها مال لهم فأشبهه ما لو تبايعوا بدراهم لكن إن كان الشفيع ذميا أخذه بمثله وإن كان مسلما أخذه بقيمة الخمر ولنا أنه عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين ولأنه عقد بثمان محرم أشبهه البيع بالخنزير والميتة، ولا نسلم أن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كما حرم الخنزير واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير، وإنما لم ينتقض عقد هم إذا تقابضوا لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم ما لم يتحاكموا إلينا قبل تمامه ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه. فاما أهل البدع فتثبت الشفعة لمن حكمننا باسلامه منهم كالفاسق بالافعال لعموم الأدلة التي ذكرناها، وروى حرب عن أحمد انه سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وذكر

له عن ابن إدريس أنه قال ليس للرافضة شفعة فضحك، وقال أراد أن يخرجهم من  
الإسلام فظاهر  
هذا انه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم فأما الغلاة كالمعتقد ان  
جبريل غلط في الرسالة  
فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وإنما أرسل إلى علي ونحوه ومن حكم بكفره من  
الدعاة إلى القول بخلق القرآن  
فلا شفعة له لأن الشفعة إذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى  
(فصل) وثبت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل  
العلم،  
وقال الشعبي والبتي لا شفعة لمن لم يسكن مصر وعموم الأدلة واشتراكها في المعنى  
المقتضي لوجوب  
الشفعة يدل على ثبوتها لهم  
(فصل) قال احمد في رواية حنبل لا نرى في أرض السواد شفعة لأن عمر رضي الله عنه  
وقفها على  
المسلمين فلا يجوز بيعها والشفعة إنما تكون في البيع وكذلك الحكم في سائر الأرض  
التي وقفها عمر وهي  
التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام ومصر وكذلك كل أرض فتحت  
عنوة ولم تقسم بين  
الغانمين الا أن يحكم ببيعها حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه فإن فعل ذلك ثبتت فيه  
الشفعة لأنه فصل  
مختلف فيه ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه  
(مسألة) وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المال ولرب المال على المضارب  
فيما يشتريه من  
مال المضاربة؟ على وجهين)

إذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها، فإن تركها فلرب المال  
الاخذ لأن مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لأن الملك لغيره فلم ينفذ عفوه  
كالمأذون له، فإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصا في شركة رب المال فهل لرب المال فيه  
شفعة؟ على وجهين مبنيين  
على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شفيعه ولا  
ربح في المال فله  
الاخذ بها لأن الملك لغيره، وإن كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك، وإن قلنا  
يملك بالظهور  
ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا، فإن باع  
المضارب شقصا في شركته  
لم يكن له أخذه بالشفعة لأنه متهم فأشبهه شراءه من نفسه  
(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكه بألف فاشترى به  
نصف نصيب  
الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لأن أحد الشريكين رب المال والآخر العامل  
فهما كالشريكين  
في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وإن باع الثالث باقي نصيبه لا جنبي  
كانت الشفعة مستحقة  
بينهم أحماسا لرب المال خمساها وللعامل مثله ولرب المضاربة خمسها بالسدس الذي  
له فيجعل مال المضاربة  
كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما  
(فصل) فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد  
الشريكين  
بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة  
فإن الشفعة بين

الشريكين نصفين سواء اشتراها الأجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وان ترك المطالب بالشفعة حقه  
منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه فلم تسقط شفעתه، وان أخذ نصف المبيع كذلك  
ثم تبين كذب  
المشتري وعفا الشريك عن شفעתه فله أخذ نصيبه من الشفعة لأن اقتصاره على أخذ  
النصف انبنى على  
خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه، وان  
امتنع من أخذ الباقي  
سقطت شفעתه كليهما لأنه لا يملك تبعض صفقة المشتري ويحتمل أن لا يسقط حقه  
من النصف الذي أخذه  
ولا يبطل أخذه له لأن المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن  
اقراره،  
وان أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفעתه وأصر المشتري على الاقرار للشريك  
به  
فللشفيع أخذ اكل لأنه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار  
المشتري  
له باستحقاق ذلك  
(فصل) فإن قال أحد الشريكين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة  
كلها  
للمعترف بالصحة، وكذلك ان قال ما اشتريته إنما اتهمته وصدقه الآخران اشتراه فالشفعة  
لمصدق  
بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع أو لا بيع صحيح، ولو احتال  
المشتري على  
اسقاط الشفعة بحيلة لا نسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على  
الآخر لاعتراف صاحبه  
بسقوطها، ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن  
الشفعة قبل

البيع وقال لا شفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وان اعتقد ان له شفعة وطالب بها  
فارتفعا إلى حاكم  
فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لأنها سقطت بحكم الحاكم فأشبهه ما لو  
سقطت باسقاط المستحق  
(فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث دار فأنكره ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى  
صح  
ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لأن المدعي يزعم أنه محق في دعواه وان ما  
أخذه عوض عن الثلث  
الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة، ولا شفعة على المنكر في الثلث  
المصالح عنه لأنه يزعم أنه  
على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره إلى المدعي اكتفاء لشره 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 لأنه يزعم أنه أخذه  
عوضاً عن ملكه الثابت  
له وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لأنها  
معاوضة من الجانبين  
بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين  
ولنا ان المدعي يزعم أن ما أخذه كان ملكاً له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك  
وإنما استنقذه  
بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به  
(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه  
لأجنبي ثم علم  
شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الاخذ بأحدهما لأنه شريك فيهما فإن أخذ بالعقد  
الثاني أخذ جميع  
ما في يد مشتريه لأنه لا شريك له في شفيعته وان أخذ العقد الأول ولم يأخذ بالثاني  
أخذ نصف المبيع



وهو السدس لأن المشتري شريكه في شفيعته، ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فإذا 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 منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الأول ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسألة من اثني عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع، وان أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني لأنه يأخذ الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لذلك، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الأول بثلثه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول فالحكم على ما ذكرنا لا يختلف، وان كانت الدار بين الثلاثة أرباعا لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربعه ثم باع ربعا مما في يده لا جنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه وان أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو

نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس ويأخذ ثلثيه من المشتري الأول  
وثلثه من الثاني  
ومخرج ذلك من ستة ثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى  
صاحب  
النصف تسعة كانت شفعتها بينة 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 إلى الشريك يصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني  
ثمانية وهي تسعان وفي  
يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أتساع ويدفع الشريك الثمن إلى المشتري  
الأول ويرجع المشتري  
الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لأنه قد أخذ منه تسع مبيعه، وان أخذ بالعقدين  
أخذ من  
من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الأول نصف التسع وهي سهمان من ستة وثلاثين  
فيصير في يده عشرون  
سهما وهي خمسة أتساع ويبقى في يد الأول ستة عشر سهما وهي أربعة أتساع ويدفع  
إليه ثلث الثمن الأول  
ويدفع إلى الثاني ثمانية أتساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بتسع الثمن الثاني  
(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمر وثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر  
من زيد ثلث  
الدار ثم باع عمرا سدسها ولم يعلم عمرو بشرائه للثلث 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 في  
ويأخذه بشفعة البيع الأول ويبقى من بيعه خمسة أتساعه لزيد ثلث شفעתه فتقسم بينهما  
أثلاثا وتصح  
المسألة من مائة واثنين وستين سهما الثلث المبيع أربعة وخمسون لعمر وثلثها بشفعته  
سته وثلاثون  
سهما يأخذ ثلثها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما  
والسدس الذي

(००१)

اشتراه سبعة وعشرون سهما قد أخذ منها اثنا عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له  
ثلثاها عشرة ويأخذ  
منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلثون سهما ولبكر ثلاثون سهما ولعمرو مائة  
سهم وذلك نصف الدار  
وتسعا ونصف تسع تسعها، ويدفع بكر إلى عمر وثلثي الثمن في البيع الأول وعلى زيد  
خمس أوسع  
الثلث الثاني بينهما أثلاثا، فإن عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه  
بينه وبين زيد  
أثلاثا، ويحصل لعمرو أربعة أوسع الدار ولزيد تسعاها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة،  
وان باع بكر  
السدس لأجنبي فهو كبيعه إياه لعمرو الا أن لعمرو العفو عن شفته في السدس بخلاف  
ما إذا كان هو  
المشتري فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها، وان باع بكر الثلث لأجنبي فلعمرو ثلثا  
شفعة المبيع الأول  
وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع  
يبقى في يد  
الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد أثلاثا، وتصح  
أيضا من مائة  
واثنين وستين ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي ثمن مبيعه ويدفع هو وزيد إلى المشتري  
الثاني ثمن خمسة  
أوسع مبيعه بينهما أثلاثا، ويرجع المشتري الثاني على بكر بثلثي تسع أوسع مبيعه،  
وان لم يعلم عمرو  
حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شففته في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو  
لم يبع شيئا (والثاني)  
تبطل شففته كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع وقد ذكرنا توجيهه  
هذه، والوجوه فاما

شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعا للمشتري نصفها ولكل واحد منهم ربعها على قدر املاكهم حين بيعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما زيد تسعة ولبكر خمسة لأن لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أتساعه بالشفعة فيبقى معه خمسة أتساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناها إلى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكر بالسهم المستحقة بالشفعة شيئا لأن الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان عفا لهم عن الشفعة استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئا وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه، بسهامه دون غير المعفو عنه وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان، ولو استقصينا فروع هذه المسألة على سبيل البسط لطلال وخرج إلى الاملال (فصل) إذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه فإن طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك، وان عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين، وتصح من ستة عشر، وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر، وان عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم أثلاثا فيحصل للذي لم يعف

عنه ربع

(٥٥٣)

وثالث ثمن وذلك سدس وثمان والباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين،  
وان عفا الرابع  
عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ ممن لم يعف عنه ثلث الثمن والباقي  
بينهما نصفين ويكون  
الرابع كالعافي في التي قبلها وتصح أيضا من ثمانية وأربعين، وان عفا الرابع وأحدهما  
عن الآخر ولم  
يعف الآخر فلغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منهما  
سدس وثمان وتصح  
من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرناه  
باب المساقاة  
وهي أن يدفع إنسان شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه يجزء معلوم  
له من  
الثمرة، وسميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقي لأن أهل الحجاز أكثر حاجتهم إلى  
السقي لكونهما يسقون  
من الآبار، فسميت بذلك والأصل في جوازها السنة والاجماع أما السنة فما روى عبد  
الله بن عمر قال  
عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع  
متفق عليه، وأما الاجماع  
فقال أبو جعفر علي بن الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آباءه عامل  
رسول الله  
صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشرط ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلهم  
إلى اليوم يعطون الثلث والرابع  
وهذا عمل به الخلفاء الراشدون مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكره منكر فكان  
إجماعا

(مسألة) (تجوز المساقاة في ثمر النخل وفي كل شجر له ثمر مأكول ببعض ثمرته)  
هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك  
والثوري والأوزاعي  
وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور، وقال داود لا تجوز إلا في ثمر النخل لأن  
الخبر إنما ورد بها فيه،  
وقال

الشافعي لا تجوز إلا في النخل والكرم لأن الزكاة تجب في ثمرتهما، وفي سائر الشجر  
قولان (أحدهما)  
لا تجوز فيه لأن الزكاة لا تجب في نمائها فأشبهه مالا ثمرة له، وقال أبو حنيفة، وزفر لا  
تجوز بحال لأنها إجارة  
بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارته بثمرة غير الشجر الذي يسقيه  
ولنا ما ذكرنا من الحديث والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما فإن قيل راوي  
حديث خبير

ابن عمر وقد رجح عنه فقال. كنا نخبر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج ان  
رسول الله صلى الله عليه وسلم  
نهى عن المخابرة ولا ينعقد الاجماع مع مخالفته، ويدل على نسخ حديث ابن عمر  
أيضا رجوعه عن العمل به إلى  
حديث رافع، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن  
عمر لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل  
يعامل أهل خبير حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهى  
النبي صلى الله عليه وسلم عن  
شئ ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل ذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي وهو  
حاضر معهم وعالم  
بفعلهم؟ فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع، على أنه قد  
روى في تفسير خبر



رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري باسناده عنه قال كنا نكري الأرض  
بالناحية منها  
تسمى لسيد الأرض فر بما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك  
فنهينا فاما الذهب  
والورق فلم يكن يومئذ، وروي تفسيره أيضا بشئ غير هذا من أنواع الفساد وهو  
مضطرب جدا، قال  
الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن حديث رافع نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم  
عن المزارعة فقال  
رافع يروى عنه في هذا ضروب وكأنه يريد أن اختلاف الرويات عنه يوهن حديثه، وقال  
طاوس ان  
أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال (لأن  
يمنح أحدكم أخاه  
أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما) 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  
إليه يحتمل  
أنه رجع عن شئ من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه، وأما غير ابن عمر  
فقد أنكر  
على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته، والمعنى يدل على ذلك فإن  
كثيرا  
من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه وكثير  
من  
الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل  
لمصلحة الفئتين

فجاز كالمضاربة بالأثمان، فاما قياسهم فيبطل بالمضاربة فإنه يعمل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد  
جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم إن الشارع قد جوز العقد في الإجارة على المنافع  
المعدومة للحاجة  
فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة؟ مع أن القياس إنما يكون في إلحاق  
المسكوت عنه بالمنصوص عليه  
أو الجمع عليه، فاما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه، 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 أشجار تخلو من  
شجر غير النخل  
وقد جاء في لفظ بعض الأخبار 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 لكثرتة فأشبهه النخل ووجوب الزكاة ليس من العلة  
المجوزة للمساقاة  
ولا أثر فيها وإنما العلة ما ذكرناه  
(فصل) فأما ما لا ثمر له كالصفصاف والجوز أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والأرز  
فلا تجوز  
المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لأنه غير منصوص عليه ولا في  
معنى المنصوص  
ولأن المساقاة إنما تجوز بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له إلا أن يكون مما يقصد ورقه  
أو زهره كالتوت

والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لأنه في معنى الثمر لكونه مما يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له حكمه (مسألة) (وتصح بلفظ المساقاة) لأنه موضوعها حقيقة ولفظ المعاملة لقوله في الحديث عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها، وتصح بكل ما يؤدي معناها من الألفاظ نحو فالحتك واعمل في بستانني هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبهه لأن القصد المعني فإذا أتى بأي لفظ دل عليه صح كالبيع (مسألة) (وتصح بلفظ الإجارة في أحد الوجهين) لأنه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الألفاظ المتفق عليها والثاني لا تصح وهو اختيار أبي الخطاب لأن الإجارة يشترط لها كون العوض معلوما وتكون لازمة والمساقاة بخلافه والأول أقيس لما ذكرنا (مسألة) (وقد نص أحمد في رواية جماعة فيمن قال أجرتك هذه الأرض بثلت ما يخرج منها أنه يصح وهذه مزارعة بلفظ الإجارة ذكره أبو الخطاب) فمعنى قوله أجرتك هذه الأرض بثلت أي زارعتك عليها بثلت عبر عن المزارعة بالإجارة على سبيل المجاز كما يعبر عن الشجاع بالأسد، فعلى هذا يكون نهييه عليه السلام عنها بثلت أو ربع إنما ينصرف إلى الإجارة الحقيقية لا عن المزارعة وقال أكثر أصحابنا هي إجارة لأنها مذكورة بلفظها فتكون إجارة حقيقة وتصح بعض الخارج من الأرض كما تصح بالدرهم قال شيخنا والأول أقيس وأصح لما سبق

(مسألة) (وهل تصح على ثمرة موجودة، على روايتين (إحدهما 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 تزيد به الثمرة كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة فإن بقي مالا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا يجوز 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، ولان هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضا موجودا ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كما لو بدا صلاح الثمرة ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ولان هذا يجعل إجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك، وقولهم إنهما أقل غررا قلنا قلة الغرر ليس من المقتضي للجواز ولا كثرته الموجودة في محل النص مانعة منه فلا تؤثر قلته شيئا، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضا موجودا ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا اثبات عقد ليس في معناه الحاقا به كما لو بدا صلاح الثمرة وكالمضاربة بعدن ظهور الربح، ومن نصر الوجه الأول قال نص النبي صلى الله عليه وسلم على المساقاة على الثمرة المعدومة بجزء منها نبيه على جوازها على الموجودة لما

ذكرنا، ولا يصح القياس على المضاربة إذا ظهر الربح لأنها لا تحتاج إلى عمل وههنا يحتاج إليه فلا يصح القياس، ونظير ذلك المساقاة على الثمرة بعد بدو صلاحها فإنه لا يصح بغير خلاف علمناه لكون العمل لا يزيد في الثمرة بخلاف الرواية الأولى فإن العمل يزيد فيها فافترقا (فصل) وإذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالبا بجزء من الثمرة صح لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر وذلك لا يمنع الصحة كما لو جعل له سهم من الف، وفيه الأقسام التي نذكرها في كبار النخل والشجر فإن قلنا المساقاة عقد جائز لم يحتج إلى ذكر مدة وإن قلنا هو لازم اشترط ذكر المدة وسنذكره (مسألة) (وإن ساقاه على شجر بغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح) والحكم فيه كالحكم فيما إذا ساقاه على صغار الشجر على ما بينته قال أحمد في رواية المروزي فيمن قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجرا أو نخلا فما كان من غلة فلك بعملك كذا وكذا سهما من كذا وكذا فاجازه، واحتج بحديث خبير في الزرع والنخل لكن يشترط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض، فإن كان من العامل خرج على الروائين في المزارعة إذا شرط البذر من العامل، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له نقصها وبين تركها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض ثم جاء الشفيع

فأخذها وان اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذلك بذل له القيمة أو لم يبذلها  
لأنه ملكه فلم يمنع من تحويله  
وان اتفقا على ابقاء الغرس ودفع أجر الأرض جاز  
(فصل) ولو دفع أرضه إلى رجل يغرستها على أن الشجر بينهما لم يجر ويحتمل الجواز  
بناء على  
المزارعة فإن المزارع يبذر الأرض فتكون بينه وبين صاحب الأرض وهذا نظيره، فأما  
ان دفعها على  
أن الأرض والشجر بينهما فذلك فاسد وجها واحدا وبه قال مالك والشافعي وأبو  
يوسف ومحمد ولا  
نعلم فيه مخالفا لأنه يشترط اشتراكهما في الأصل ففسد كما لو دفع إليه الشجر أو  
النخيل ليكون الأصل  
والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما  
(فصل) ومن شرط صحة المساقاة تقدير نصيب العامل بجزء معلوم من الثمرة كالثلث  
والربح لحديث  
ابن عمر في خبير وسواء قل الجزء أو كثر فلو جعل للعامل جزءا من مائة جزء أو جعل  
الجزء لنفسه  
والباقي للعامل جاز إذا لم يفعل ذلك حيلة، فإن عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء  
والنصيب لم يجز لأنه  
إذا لم يكن معلوما لم يمكن القسمة بينهما ولو جعل له أصعا معلومة أو جعل مع الجزء  
المعلوم أصعا لم يجز  
لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو يكثر الحاصل  
فيتضرر العامل وكذلك  
ان شرط له ثمر شجر بعينه لأنه قد لا يحمل وقد لا يحمل غيرها ولهذه العلة نهى النبي  
صلى الله عليه وسلم عن المزارعة  
التي يجعل فيها لرب الأرض مكانا معيناً وللعامل مكانا معيناً قال رافع كنا نكثري  
الأرض على أن لنا

هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه، فمتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال لأنها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (فصل) ولا يحتاج أن يشرط لرب المال لأنه يأخذ بماله لا بالشرط فإذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح والباقي لرب المال، وان قال على أن لي ثلث الثمرة فقال ابن حامد يصح وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة، وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل لأنه إنما يستحق بالشرط كما ذكرنا، فإن اختلفا في قدر المشروط للعامل فقال ابن حامد القول قول رب المال وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبه لأنه أقوى سبباً لتسلمه الحائط والعمل، وقد ذكرنا في المضارب رواية ان القول قول 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 فإن كان مع أحدهما بينة حكم بها وإن كان مع كل واحد منهما بينة انبنى على بينة الداخل والخارج فإن كان الشجر لا ثنين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه مما يدعيه من مال المصدق وان شهد على المنكر قبلت شهادته إذا كان عدلاً لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلاً

كانت شهادته كعدمه ولو كانا عاملين ورب المال واحدا فشهد أحدهما على صاحبه  
قبلت شهادته لما ذكرنا  
(فصل) وإذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم فشرط للعامل  
من كل  
جنس قدرا كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم، أو كان فيه أنواع من جنس  
فشرط من  
كل نوع قدرا وهما يعرفان قدر كل نوع صح لأن ذلك كثلاثة بساتين ساقاه على كل  
بستان بقدر  
مخالف للقدر المشروط من الآخر، وان لم يعلما قدره أو أحدهما لم يجز للجهالة، ولو  
قال ساقيتك على  
هذين البساتين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح لأنها 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 لأنه لا يعلم الذي يستحق نصفه، لو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف  
ونصفه هذا  
بالثلث وهما متميزان صح لأنهما كبستانين  
(فصل) فإن كان البستان لاثنتين فساقيا عاملا واحدا على أن له نصف نصيب أحدهما  
وثلث نصيب  
الآخر والعامل عامل ما لكل واحد منهما جاز لأن عقد الواحد مع الاثنتين عقدان، ولو  
أفرد كل واحد  
منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه وان جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز  
لأنه غرر فإنه قد  
يقبل نصيب من شرط له النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه، فاما ان شرطا قدرا  
واحدا من  
مالهما جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لأنها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فهو  
كا لو قال بعناك



دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لأنه أي نصيب كان فقد علم  
عوضه وعلم جملة  
المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشترط لهما التساوي  
في النصيب وان  
يشترط لأحدهما أكثر من الآخر  
(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الأولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة  
الربع جاز  
لأنه قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدرا  
(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها  
كالبيع  
وإن ساقاه على بستان لم يره ولم يوصف له لم يصح لأنه عقد على مجهول أشبه البيع  
وان ساقاه على  
أحد هذين الحائطين لم يصح لأنها معاوضة يختلف العوض فيها باختلاف الأعيان فلم  
يجز على  
غير معين كالبيع.  
(فصل) وتصح على البعل كما تصح على السقي وبه قال مالك ولا نعلم فيه خلافا عند  
من يجوز  
المساقاة لأن الحاجة تدعوا إلى المعاملة في ذلك كدعائها إلى المعاملة في غيره فيقاس  
عليه  
(مسألة) (والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه)  
وكذلك المزارعة أو ما إليه أحمد في رواية الأثرم قد سئل عن الأكار يخرج من غير أن  
يخرجه  
صاحب الضيعة فلم يمنعه من ذلك ذكره ابن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث،  
وقال بعض أصحابنا

هو لازم وهو قول أكثر الفقهاء لأنه عقد معاوضة فكان لازماً كالإجارة لأنه لو كان جائزاً كان لرب المال فسخه إذا ظهرت الثمرة فيسقط سهم العامل فيتضرر ولنا ما روى مسلم عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقرهم بخيير على أن يعملوها ويكون لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (نقر كم على ذلك ما شئنا) ولو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة اقرارهم، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لو قدر لهم مدة لنقل لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من أرض الحجاز وأخرجهم من خير ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز اخراجهم فيها ولأنه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزاً كالمضاربة، وفارق الإجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الأعيان ولأن عوضها معلوم أشبهت البيع وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الإجارة فقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفضي إلى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا إذا ظهرت الثمرة ظهرت على ملكيهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما إذا فسخ المضارب بعد ظهور الربح، فعلى هذا لا يفتقر إلى ذكر مدة لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يضرب لأهل خير مدة معلومة ولا خلفاؤه حين عاملوهم، ولأنه عقد جائز فلم يفتقر إلى ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد

ظهور الربح وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لأنه رضي باسقاط حقه فهو كعامل المضاربة إذا فسخ  
قبل ظهور الربح وعامل الجعالة إذا فسخ قبل اتمام عمله، فإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر  
المثل للعامل لأنه منعه اتمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل اتمام عمل الجعالة  
وفارق رب المال في المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالباً  
فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة  
فإنه لا يعلم افضاؤها إلى الربح ولان الثمرة إذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب  
ظهورها والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً  
(مسألة) (فإن 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  
ولأنه لما شرط له جزءاً من الثمرة كان ذلك دليلاً على إرادة مدة تحصل فيها الثمرة ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة معلومه كالإجارة ولان المساقاة أشبه بالإجارة لأنها تقتضي العمل  
على العين مع بقائها ولأنها إذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على اطلاقها مع لزومها لأنها تفضي إلى أن العامل  
يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره بالسنة لأنه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة  
فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت وقيل لا يجوز

أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا يصار إليه الا بنص أو اجماع فأما أقل  
المدة فتقدر بمدة  
تكمل فيها الثمرة ولا يجوز على أقل منها لأن المقصود اشتراكهما في الثمرة ولا يوجد  
في أقل من هذه المدة  
(مسألة) (فإن شرطاً مدة لا تكمل فيها لم يصح)  
لذلك فإذا عمل فيها فظهرت الثمرة فيها ولم تكمل فله أجره مثله في أحد الوجهين وفي  
الآخر  
لا شيء له لأنه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع والأول أصح لأن هذا لم يرض  
الا بعوض وهو  
جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود لكن لا يمكن تسليمه إليه فلما تعذر دفع العوض  
الذي اتفقا عليه  
كان له أجر مثله كما في الإجارة الفاسدة بخلاف المتبرع فإنه رضي بغير شيء، وان لم  
تظهر الثمرة فلا  
شيء له في أصح الوجهين لأنه رضي بالعمل بغير عوض  
(فصل) فإن ساقاه إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للعامل  
لأنه عقد  
صحيح لم يظهر فيه النماء أشبه المضاربة إذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكمل  
فله نصيبه منها  
وعليه اتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها  
(مسألة) (وان شرطاً مدة قد تكمل فيها الثمرة وقد لا تكمل ففي صحة المساقاة  
وجهان)  
(أحدهما) تصح لأن الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه  
(والثاني)  
لا يصح لأنه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالسلم في مثل ذلك ولان  
ذلك غرر أمكن

التحرز منه فلم يجز العقد معه كما لو شرط ثمرة نخلة بعينها، وفارق ما إذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة فإن الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه، فإن قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فإن لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لأنه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فاستحق أجر المثل بخلاف ما إذا شرطاً 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 إذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعدها فلا شيء له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا (مسألة) (وان مات العامل تم الوارث فإن لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته) وجملة ذلك انا قد ذكرنا ان ظاهر المذهب أن المساقاة عقد جائز لا يفتقر إلى ذكر مدة لأن ابقاءها إليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما فلم تحتج إلى مدة، فإن قدرها بمدة، جاز لأنه لا ضرر في ذلك وقد بيناه في المضاربة والمساقاة مثلها، فعلى هذا تنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه للسفه كالمضاربة ويكون الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما، فاما ان قلنا بلزومها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لأنه عقد لازم أشبه الإجارة، فإنه كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن فيه ذلك

فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل فإن لم يكن له تركة أو تعذر الاستئجار  
فلرب  
المال الفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل  
قبضه  
(مسألة) (فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما فإن فسخ قبل ظهورها فهل للعامل  
أجرة؟  
على وجهين)  
أما إذا فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما كما إذا انفسخت المضاربة بعد ظهور الربح،  
فعلى هذا يباع من  
نصيب العامل ما يحتاج إليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك وان احتج  
إلى بيع الجميع بيع  
ثم لا يخلو إما أن يكون قد بد اصلاح الثمرة أو لا فإن كان قد بدا صلاحها خير  
المالك بين البيع والشراء فإن اشترى  
نصيب العامل جاز وان اختار بيع نصيبه بآعه وباع الحاكم نصيب العامل وان أبى البيع  
والشراء باع الحاكم  
نصيب العامل وحده وما بقي على العامل يستأجر من يعمله والباقي لورثته، وان كانت  
لم يبد صلاحها خير  
المالك أيضا فإن بيع لأجنبي لم يجز الا بشرط القطع، ولا يجوز بيع نصيب العامل  
وحده لأنه 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 إذا بع نخلا مؤبرا جاز للمشتري أن يتاع الثمرة التي  
للبيع من غير شرط  
القطع وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل إذا قلنا بجوازها وأبى الوارث  
العلم، فأما ان  
فسخ قبل ظهور الثمرة فللعامل الاجر في أحد الوجهين لأنه عمل بعوض لم يصح له  
فكانت له الأجرة

كما لو فسخ بغير عذر (والثاني) لا شئ له لأن الفسخ مستند إلى موته ولا صنع لرب المال فيه أشبه

إذا فسخ العامل قبل ظهور الثمرة

(مسألة) (وكذلك ان هرب العامل ولم يوجد له ما ينفق عليها فهو كما لو مات) إن كان العقد جائزا فلرب الأرض الفسخ وإن قلنا بلزومه فوجد الحاكم له مالا أو أمكنه الاقتراض

عليه من بيت المال أو غيره فعل وان لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة

فعل فإن تعذر ذلك فلرب المال الفسخ لما ذكرنا، وأما الميت فلا يقترض عليه لأنه لا ذمة له والأولى

في هذه الصورة أن لا يكون للعامل أجرة لأنه ترك العمل اختيارا منه فلم يكن له أجرة كما لو ترك

العمل من غير هرب مع القدرة عليه

(مسألة) (فإن عمل فيها رب المال باذن حاكم أو اشهاد رجوع به وإلا فلا)

قد ذكرنا أن لرب المال الفسخ فإن اختار البقاء على المساقاة لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم

في الانفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق فإن عجز عن استئذان الحاكم فأفق بنية الرجوع وأشهد على

الانفاق بشرط الرجوع رجوع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر، وان أمكنه

استئذان الحاكم وأنفق بنية الرجوع ولم يستأذنه فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى

دينه بغير إذنه، فإن تبرع بالانفاق لم يرجع كما لو تبرع بالصدقة والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة

بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء

(فصل) قال رحمه الله (ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرث والزبار والتفليح والتشميس واصلاح طرق الماء وموضع الشمس) وجملة ذلك أنه يلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من حرث الأرض تحت الشجرة والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج إلى قطعه وتسوية الثمرة واصلاح الأجاحين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب وحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وإن كان مما يشمس فعليه تشميسه لأن إطلاق عقد المساقاة يقتضي ذلك فإن موضوعها على أن العمل من العامل (مسألة) وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل من شد الحيطان وأجر الأنهار وحفر البئر والدولاب وما يدبره) وكذلك شراء ما يلحق به إذا أطلقا العقد وان شرطا ذلك كان تأكيدا وقيل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا فلا، قال شيخنا وهذا صحيح الا في شراء ما يلحق به فإنه على رب المال وان تكرر لأن هذا ليس من العمل، فاما البقرة التي تدير الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لأنها ليست من العمل أشبه ما يلحق به، قال شيخنا والأولى أنها على العامل لأنها تراد للعمل أشبهت بقر الحرث ولان



استقاء الماء على العامل إذا لم يحتج إلى بهيمة فكان عليه وان احتاج إليها كغيره من الأعمال وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بالأصول والثمره معا ككسح النهر هو على من شرط عليه منهما وان أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة وقد ذكرنا ما يدل على أنه من العامل، فاما تسميد الأرض بالزبل إذا احتاجت إليه فتحصيله على رب المال لأنه ليس من العمل أشبه ما يلحق به وتفريقه في الأرض على العامل كالتلقيح.

(فصل) فإن شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال، وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما فإن شرطه على العامل جاز لأنه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في البيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد منهما من العمل معلوماً لئلا يفضي إلى التنازع فيختل العمل، وان لا يكون على رب المال أكثر العمل ولا نصفه لأن العامل إنما يستحق بعمله فإذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً (فصل) فإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كعمل رب المال فإن يد الغلام كيد مولاه وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما كما ذكرنا والثاني يجوز لأن غلمانه ماله فجاز أن يجعل تبعاً لماله كثور

الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعا وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن، فإذا شرط غلمانا يعملون معه فنفتهم على ما يشترطان عليه فإن أطلقا فهي على رب المال وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساقى ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال لأن العمل على المساقى فمؤنة من يعمله عليه كمؤنة غلمانه ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو اجره فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط لأنه اشترط عليه مالا يلزمه فوجب أن يكون معلوما 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 تحصل بها معرفتهم كما في عقد الإجارة (فصل) فإن شرط العامل ان أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الأجرة لم يصح لأن العمل عليه فإذا شرط أجرة من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وكذلك ان لم يقدره لذلك لأنه مجهول، ويفارق هذا ما إذا شرط المضارب أجر من يحتاج إليهم من الحمالين ونحوهم لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح (مسألة) (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وفيما يرد)

لأن رب المال ائتمنه فأشبهه المضارب فإن اتهم حلف وان ثبتت خيانتة ضم إليه من  
أشياء 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  
ما لو فسق بغير الخيانة  
ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم  
امكان استيفاء المنافع  
منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة وإنما  
نقول لما لم يمكن  
حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت في  
حقك فلا يلزم رب  
المال ائتمانك وفارق فسقه بغير الخيانة فإنه لا ضرر على رب المال فيها وههنا يفوت  
ماله، فإن عجز عن  
العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا تنزع يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في  
بقاء يده عليه  
وان عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والأجرة عليه في الموضعين لأن عليه تمام العمل  
وهذا من تمامه  
(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو تلفت كلها الا واحدة كانت  
بينهما وهذا أحد  
قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالمضارب  
ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة ومقتضاه كون الثمرة  
بينهما على  
كل حال، واما القراض فنقول إنه يملك الربح بالظهور كمسئلتنا وان سلم فالفرق  
بينهما ان الربح وقاية

لرأس المال فلم يملك حتى سلم 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 نصابا نص عليه أحمد في المزارعة فإن لم تبلغ نصابا الا بجمعهما لم تجب الاعلى قولنا ان الخلطة تؤثر في غير السائمة، فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي فإن بلغت حصة أحدهما نصابا دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصابا الزكاة وحده يخرجها بعد المقاسمة الا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصابا ما يتم به النصاب من موضع آخر فيجب عليهما جميعا، وإن كان أحدهما لا زكاة عليه كالمكاتب والذمي فعلى الآخر زكاة حصته ان بلغت نصابا وبهذا كله قال مالك والشافعي وقال الليث إن كان شريكه نصرانيا 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 روي أبو داود سننه عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخيل حين يطيب قبل أن يؤكل ثم يخبر يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه إليهم بذلك الخرص؟ لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار ويفترق قال جابر خرصها ابن رواحة أربعين الف وسق وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون الف وسق (فصل) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لأنه يجب على الرقبة بدنه أليل

تجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولان الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبه قال الشافعي، وقد نقل أحمد 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 العشر 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 الخرقى في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرناه وهنا (فصل) ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم زائدة على ما شرط له من الثمرة بغير خلاف لأنه ربما يحدث من النماء بقدر تلك الدراهم فيضر برب المال ولذلك معنا من اشتراط أفضرة معلومة فإن جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه لم يجز وكذلك لو شرط عليه في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في السنة فهذا يفسد العقد سواء جعل ذلك كله حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لأنه يخالف موضع المساقاة 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 ثور واجازه مالك إذا جاء برجل أمين

ولنا أنه عامل في المال بجزء من نمائه فلم يجوز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولأنه إنما أذن له في العمل فيه فلم يجوز أن يأذن لغيره كالوكيل، فأما ان استأجر أرضا فإنه يزارع غيره فيها لأن منافعتها صارت مستحقة له فملك المزارعة فيها كالمالك والأجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لأنها كالمستأجرة وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقي على شجره لأنه 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 وبه وثمرته لأنه عين ماله ولاحق للعامل في ثمرته ولأنه عمل فيها بغير اذن مالكها ولا أجرة له لذلك وله على الغاصب أجر مثله لأنه غره واستعمله فأشبهه ما لو غصب نقرة واستأجر من ضربها دراهم، وان شمس الثمرة فلم تنقص أحدهما ربها وان نقصت فله أرش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر الضمان على الغاصب، وان استحققت بعد أن اقتسمها وأكلاها فللمالك تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه وتضمين العامل قدر نصيبه لأن الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشئ لأنه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انسانا

شيئا وقال كله فإنه طعامي ثم تبين أنه مغصوب، وان ضمن العامل احتمال أنه لا يضمه  
الا نصيبه  
خاصة لأنه ما قبض الثمرة كلها وإنما كان مراعيها لها وحافظا فلا يلزمه ضمانها ما لم  
يقبضها ويحتمل أن  
يضمه الكل لأنه يده تثبت على الكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه الكل رجوع على  
الغاصب ببدل  
نصيبه منها وأجر مثله، وان ضمن كل واحد منهما ما صار إليه رجوع العامل على  
الغاصب بأجر مثله لا  
غير وان تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن جعل العامل قابضا لها  
بثبوت يده  
على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن قال لا يكون قابضا الا بأخذ نصيبه منها قال لا  
يلزمه الضمان  
ويكون على الغاصب  
(مسألة) (وان شرط إن سقى سيحا فله الربع وان سقى بكلفة فله النصف أو ان زرعها  
شعيرا فله  
الربع وان زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين)  
لأن العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى يتعين في بيعة (والثاني) يصح بناء  
على قوله في  
الإجارة ان خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم فإنه يصح في  
المنصوص عنه  
وهذا مثله، فأما إن قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح لأن النبي صلى الله عليه  
وسلم ساقى أهل خيبر بشرط ما يخرج  
منها من زرع أو ثمر ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقي  
وبينا قدر ما  
يزرع من كل واحد من هذه الأنواع اما بتقدير البذر أو تقدير المكان وتعيينه مثل أن  
يقول

تزرع هذا المكان قحما وهذا شعيرا أو تزرع مدين حنطة ومدى شعير جاز لأن كل واحد من

هذه طريق إلى العلم فاكتفى به

(مسألة) (وان قال ما زرعت من شعير فلي ربه وما زرعت من حنطة فلي نصفه لم يصح)

لأن ما يزرعه من كل واحد منهما مجهول القدر فهو كما لو شرطه له في المساقاة ثلث هذا النوع

ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منهما

(مسألة) (ولو قال ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجها واحدا)

لأنه يشرط عقدا في عقد فصار في معنى قوله بعثك هذا على أن تبيني هذا وتشتري مني

هذا وإنما فسد لمعنيين (أحدهما) أنه شرط في العقد عقدا آخر والنفع 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 لا جله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولا

(فصل) (ولو قال لك الخمسان 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 سيحا

له الربع وان سقى بكلفة فله النصف



(فصل) وان 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 وان 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 ان 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 فأشبهه ما لو قال له أنا اعمل فيه بغير شيء وذكر أصحابنا وجهها 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 ويفارق النكاح من وجهين (أحدهما) أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والإباحة والعمل ههنا يستباح بذلك، ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالإصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لو أوجب لا وجب قبل العمل ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً وان وجب بالإصابة لم يصح القياس عليه أيضاً لوجهين (أحدهما) أن الإصابة لا تستباح بالإباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) ان الإصابة لو خلت من العقد لا وجبت وهذا بخلافه وان وجب بهما امتنع القياس عليه أيضاً لهذه الوجوه كلها، فأما ان ساقى أحدهما شريكه على أن يعملها معاً فالمساقاة فاسدة والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساويا فيه، وإن كان لأحدهما فضل نظرت

فإن كان قد شرط له فضل في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وان لم  
يشترط فليس له شيء  
الاعلى الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

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

ابن الأسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبى 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. وكرهها عكرمة ومجاهد  
والنخعي ومالك وأبو  
حنيفة وروي عن ابن عباس الأمران جميعا، وأجازها الشافعي في الأرض بين النخل إذا  
كان بياض  
الأرض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين، ومنهما في الأرض 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 أنفع قلنا ما  
ذاك؟ قال: قال  
رسول الله صلى الله عليه وسلم (من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا بربع  
ولا بطعام مسمى)  
وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول نهى  
رسول الله صلى الله عليه  
وسلم  
عنها وقال جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة، وهذه كلها  
أحاديث صحاح متفق عليها  
والمخابرة المزارعة واشتقاقها من الخبار وهي الأرض اللينة والخبير الأكار وقيل  
المخابرة  
معاملة أهل خيبر وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا  
يزرعونها بالثلث  
والربع والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم (من كانت له أرض فليزرعها أو  
ليمنحها فإن 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 المخابرة قلت وما المخابرة؟ قال ((أن يأخذ  
الأرض بنصف أو ثلث أو ربع)  
ولنا ما روى ابن عمر قال إن 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 خبير بالشرط ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم  
أهلهم إلى اليوم  
يعطون الثلث والربع  
وهذا صحيح مشهور عمل به رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات ثم خلفاؤه  
الراشدون حتى ماتوا ثم  
أهلهم ثم من بعدهم لم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل به أزواج رسول الله  
صلى الله عليه وسلم من بعده

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 وسقا تمرًا وعشرون وسقا شعيرًا فقسم عمر خيبر فخير أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع لهن من الماء والأرض أو يمضي 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 فإما 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 اشتهاار قصة خيبر وعملهم فيها؟ وأبن 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 فسادة فإنه قال كنا من أكثر الأنصار حقلًا فكنا فكري الأرض على أن لنا هذه، ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنحننا عن ذلك فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه وفي لفظ فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين (والثاني) أن خبره ورد في الكراء بثلاث أو ربع والنزاع في المزارعة

ولم يدل حديثه عليها أصلا وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضا لأن  
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 الإمام أحمد حديث رافع ألوان وقال ابن المنذر قد  
جاءت الاخبار  
عن رافع بعلة تدل على أن النهي كان لذلك (منها) الذي ذكرنا (ومنها) خمس أخرى  
وقد أنكره فقيهان من  
فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس، قال زيد أنا أعلم بذلك منه وإنما سمع النبي  
صلى الله عليه وسلم  
الرجلين قد اقتتلا فقال (إن كان هذا شأنكم فلا تكرروا المزارع) رواه أبو داود، وروى  
البخاري عن عمرو  
ابن دينار قال قلت لطاوس لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه  
وسلم نهى عنها قال إن  
أعلمهم يعنى ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال (ان  
يمنع أحدكم  
خير له من أن يأخذ عليها خراجا معلوما) ثم إن أحاديث رافع منها ما يخالف الاجماع  
وهو النهي عن  
كراء المزارع على الاطلاق ومنها مالا يختلف في فساده كما قد بينا، وتارة يحدث  
عن بعض عمومته  
وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير بن رافع وإذا كانت اخبار رافع هكذا وجب اطراحها  
واستعمال  
الأخبار الواردة في شأن خبير الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها  
الخلفاء الراشدون  
وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الأحاديث  
والجواب الرابع أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع وجب حمله  
على أنه منسوخ

لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين ويستحيل القول بنسخ خبر خبير لكونه معمولا به من جهة النبي صلى الله عليه وسلم إلى حين موته ثم من بعده إلى عصر التابعين فمتى كان نسخه؟ فأما حديث جابر في النهي عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فإنه قد روى حديث خبير أيضا فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خبير لاستحالة نسخها كما ذكرنا وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت، فإن قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل وأحاديث النهي على الأرض البيضاء جمعا بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدهما) أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة إليه (الثاني) أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دلت عليه بعض الروايات وفسره رواية بما ذكرناه، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث والجمع بينهما بحمل بعضها على ما فسره رواية به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث) أن قولهم يفضى إلى تقييد كل واحد من الحديثين وما ذكرناه حمل لأحدهما على بعض احتمالاته لا غير (الرابع) أن فيما ذكرناه موافقه عمل الخلفاء الراشدين وأهليهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته ومعانيها فكان أولى من قول من خالفهم (الخامس) أن ما ذهبنا إليه مجمع عليه على ما رواه أبو جعفر رحمة الله عليه وما روي في مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا اجماع من الصحابة رضي الله عنهم



فلا يسوع لاحد خلافه والقياس يقتضيه فإن الأرض عين تنمي بالعمل فجازت المعاملة  
عليها ببعض نمائها  
كالمال في المضاربة والنخل في المساقاة، ولأنه أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض  
بين النخل، ولأن  
الحاجة داعية إلى المزارعة لأن أصحاب الأرض لا يقدرّون على زرعها والعمل عليها  
والأكرة يحتاجون  
إلى الزرع ولا أرض لهم فاقتضت الحكمة جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة  
والمساقاة بل ههنا أكد  
لأن الحاجة إلى الزرع أكد منها إلى غيره لكونه قوتا ولأن الأرض لا ينتفع بها إلا  
بالعمل فيها  
بخلاف المال والله أعلم  
(مسألة) (فإن كان في الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح)  
سواء قل بياض الأرض أو كثر نص عليه أحمد وقال قد دفع النبي صلى الله عليه وسلم  
خيبر على هذا وبهذا  
قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة، فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك  
على الأرض  
بالنصف جاز وكذلك ان قال عاملتك على النصف لأن 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 لأن المزارعة مساقاة من  
حيث إنها  
تحتاج إلى السقي، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأن المساقاة لا نتناول الأرض فصح  
في النخل وحده  
وقيل ينبني على تفريق الصفقة

ولنا انه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كما  
لو عقد بلفظ البيع في  
السلم، وهكذا إن قال في الأرض البيضاء ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع  
فيها، فإن قال ساقيتك  
على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد، وليس للعامل أن يزرع وبه  
قال الشافعي، وقال  
مالك وأبو يوسف: الداخل زرع البياض، فإن تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز، وإن  
اشترط  
صاحب الأرض انه يزرع البياض لم يصح لأن الداخل يسقي لرب الأرض فتلك 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 وأجازته مالك إذا كان الشجر يقدر الثلث أو أقل لأنه يسير فيدخل تبعا، ولنا  
انه اشترط  
الثمرة كلها فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث  
(فصل) وإن أجره بياض الأرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لأنهما عقدان يجوز  
افراد  
كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والإجارة، وقيل لا يجوز بناء على الوجه  
الذي لا يجوز الجمع  
بينهما في الأصل والأول أولى إلا أن يفعلا 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 الأرض وظاهر المذهب اشتراطه)  
اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة فروي عنه اشتراط كون البذر من رب  
الأرض نص

عليه في رواية جماعة وهو اختيار الخرقى وعمامة الأصحاب وهو قول ابن سيرين  
والشافعي وإسحاق لأنه  
عقد يشترك رب المال والعامل في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند  
أحدهما كالمساقاة  
والمضاربة، وروي عنه ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في  
رواية منها في الرجل  
يكون له الأرض فيها نخل وشجر يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر  
على أنه له  
النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك فدفع النبي صلى الله عليه وسلم خبير 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 إن شاء الله تعالى  
وروى 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  
صلى الله عليه وسلم إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم  
ولرسول الله صلى الله عليه وسلم 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، والأصل المعمول به في المزارعة  
قصة خيبر ولم يذكر النبي  
صلى الله عليه وسلم ان البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله  
النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لنقل  
ولم يجز ترك نقله ولان عمر رضي الله عنه فعل الامرين جميعاً فروى البخاري عنه انه  
عامل الناس على

أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءوا بالبذر فلهم كذا، وظاهر هذا ان ذلك اشتهر فلم ينكر فكان إجماعا، فإن قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر؟ قلنا يحمل على أنه فعل ذلك ليخبرهم في أي العقدين شاءوا فمن اختار عقدا عقده معه معينا كما لو قال في البيع ان شئت بعثك بعشرة صحاح وان شئت بأحد عشر مكسرة فاختار أحدهما فعقد البيع عليه معينا، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعمله به جرى مجرى العقد، ولهذا روي عن أحمد صحة الإجارة فيما إذا قال إن خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم، وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذي ذكرنا هما فكيف يعمل به؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان بيدن صاحب أحدهما (فصل) فإن كان البذر منهما نصفين وشرطا 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 ان حكمتنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء وان وان قلنا من شرط صحتها أن يكون البذر من رب الأرض فهي فاسدة فعلى العامل نصف اجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر 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

على قدر البذر ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك ان تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في  
الزراع أو شرطا  
لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل  
(فصل) فإن قال صاحب الأرض أجرتك نصف أرضي بنصف البذر ونصف منفعتك  
ومنفعة  
بقرك وآلتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة وكذلك لو  
جعلها اجرة  
لأرض أخرى أو دارا لم يجز والزراع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض فإن أمكن  
علم المنفعة  
وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز كان الزرع بينهما ويحتمل أن لا يصح  
لأن البذر  
عوض في الإجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعا وما حصل فيه قبض وان قال  
أجرتك نصف أرضي  
بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج البذر فهي كالتي قبلها إلا أن الزرع يكون  
بينهما على كل حال  
(مسألة) (فإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما الباقي لم يصح)  
لأنه كأنه اشترط لنفسه قفزاننا معلومة وهو شرط فاسد تفسد به المزارعة لأن الأرض  
ربما  
لا تخرج إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا تخرجه وموضوع المزارعة  
على اشتراكهما في الزرع  
(مسألة) (وكذلك لو شرطا لأحدهما دراهم معلومة أو زرع ناحية معينة أو شرط  
لأحدهما  
ما على الجداول إما منفردا أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء)  
لأن الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولأنه ربما تلف ما عين  
لأحدهما دون  
الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه

(مسألة) (ومتى فسد فالزرع لصاحب البذر)  
لأنه عين ماله ينقلب من حال إلى حال وينمي فهو كصغار الشجر إذا غرس فطال وعليه  
اجرة  
صاحبه فإن كان البذر من العامل فعليه اجرة الأرض لأن ربها إنما بذلها بعوض لم يسلم  
له فرجع إلى  
عوض منافعتها الفائتة بزرعها على الزرع وان فسدت والبذر من رب الأرض فالزرع له  
لما ذكرنا  
وعليه مثل أجر العامل لذلك وإن كان منهما فالزرع بينهما على قدر البذر ويتراجعان  
بما يفضل  
لأحدهما على ما ذكرنا  
(مسألة) (وحكم المزارعة حكم المساقاة)  
فيما ذكرنا من الجواز واللزوم وأنها لا تجوز إلا بجزء للعامل من الزرع وما يلزم العامل  
ورب الأرض  
وغير ذلك من أحكامها لأنها معاملة على الأرض ببعض نمائها  
(مسألة) (والحصاد على العامل نص عليه وكذلك الجذاذ وعنه أن الجذاذ عليهما)  
الجذاذ والحصاد واللقاط على العامل نص عليه أحمد في الحصاد وهو مذهب الشافعي  
لأنه من  
العمل فكان على العمل كالتشميس، وروي عن أحمد في الجذاذ انه إذا شرط على  
العامل فجائز لأن  
العمل عليه وان لم يشترطه فعلى رب المال بحصة ما يصير إليه وعلى العامل بحصة ما  
يصير إليه فجعل الجذاذ

عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن  
تفسد المساقاة بشرطه  
على العامل لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، واحتج من جعله عليهما بأنه بعد تكامل  
الثمرة وانقضاء  
المعاملة فأشبه نقله إلى منزله  
ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع خيبر إلى يهود خيبر على أن يعملوها من أموالهم  
ولان هذا من العمل  
أشبه التشميس وبه يبطل ما ذكروه، وفارق النقل إلى المنزل فإنه يكون بعد القسمة  
وزوال العقد فأشبه المخزن  
(فصل) وان دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه في أرضه ويكون ما يخرج  
بينهما فهو  
فاسد لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع لمالك البذر وعليه  
أجر الأرض  
والعمل ويتخرج أن تنبني صحته على إحدى الروايتين كالمسألة التي بعدها  
(مسألة) وان قال أنا أزرع الأرض بذري وعواملي وتسفيها بمائك والزرع بيننا ففيها  
روايتان  
(إحدهما) لا تصح اختارها القاضي لأن موضوع المزرعة على أن من تكون أحدهما  
اقترض من  
الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل بذر ولأن الماء لا يباع ولا  
يستأجر فكيف  
تصح المزرعة به؟ (والثانية) تصح اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان  
و حرب لأن الماء  
أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والأول أصح  
لأن هذا ليس  
بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص

(فصل) وان اشترك ثلاثة من أحدهم الأرض 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 وأحمد ابن  
القاسم، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله صلى  
الله عليه وسلم فقال أحدهم علي  
الفدان وقال الآخر قبلي الأرض وقال الآخر قبلي البذر وقال الاخر قبلي العمل فجعل  
النبي صلى الله عليه وسلم  
الزرع لصاحب البذر وألغى صاحب الأرض 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  
ابن مسلم عن الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به  
مكحولا فقال  
ما يسرني بهذا الحديث وصيفا، وحكم هذه المسألة حكم المسألة التي ذكرناها في  
أول الفصل وهما فاسدتان  
لأن موضوع المزارعة على أن البذر من رب الأرض أو من العامل وليس هو واحد  
منهما، وليست  
شركة لأن الشركة تكون بالأثمان فإن كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد  
شئ من ذلك  
ههنا، ولا هي إجارة لأن الإجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك  
والشافعي  
وأصحاب الرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لأنه نماء ماله ولصاحبيه عليه  
أجر مثلهما لأنهما  
دخلا على أن يسلم لهما المسمى فإذا لم يسلم عاد إلى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو  
ثور، وقال أصحاب  
الرأي يتصدق بالفضل والصحيح ان النماء لصاحب البذر لا تلزمه الصدقة به كسائر ماله



(فصل) فإن كانت الأرض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعوانهم على أن ما اخرج الله بينهم على قدر مالهم جاز وبه قال مالك والشافعي وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا لأن أحدهم لا يفضل صاحبه بشيء فصل فإن زارع رجلا أو آجره أرضه فزرعها وسقط منن الحب شيء فنبت في تلك الأرض عاما آخر فهو لصاحب الأرض نص عليه احمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث، وقال الشافعي هو هو لصاحب الحب لأنه عين ماله فهو كما لو بذره قصدا ولنا ان صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لأن العادة ترك ذلك لمن يأخذه ولهذا أبيع له التقاطه ورعيه ولا نعلم خلافا في إباحة التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له وصار كالشيء التافه يسقط منه الثمرة والقمة ونحوهما والنوى لو التقطه انسان فغرسه 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

أجنبيا، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لأن النصف للمزارع ولا يصح أن يزارع الانسان  
لنفسه فإذا فسد  
في نصيبه فسد في الجميع كما لو جمع في البيع بين ما يصح ومالا يصح والأول أصح  
إن شاء الله تعالى  
وقد ذكرنا في المساقاة نحو هذا  
(فصل في إجارة الأرض)  
تجوز اجارتها بالذهب والفضة وسائر العروض غير المطعوم في قول عامة أهل العلم،  
قال أحمد:  
قلما اختلفوا في الذهب والورق، وقال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء  
الأرض وقتا  
معلوما جائز بالذهب والفضة. وروي هذا القول عن سعد ورافع بن خديج وابن عمر  
وابن عباس وبه  
قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم ومالك والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور  
وأصحاب الرأي  
اروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روى رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى  
عن كراء  
المزارع متفق عليه.  
ولنا أن رافعا قال أما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي صلى الله عليه وسلم متفق  
عليه ولمسلم (أما بشئ معلوم  
مضمون فلا بأس) وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض فقال  
نهى رسول

الله صلى الله عليه وسلم عن كراء الأرض فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها  
ببعض ما يخرج منها اما بالذهب  
والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال: كنا نكري الأرض بما على السواقي وما  
سعد بالماء منها  
فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة. رواه  
أبو داود، ولأنها عين  
يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إيجارها بالأثمان ونحوها  
كالدور، والحكم في العروض  
كالحكم في الأثمان. وأما حديثهم فقد فسره الرازي بما ذكرنا عنه فلا يجوز  
الاحتجاج به على غيره  
وحديثنا مفسر لحديثهم فإن راويهما واحد وقد رواه عاماً وخاصاً فيحمل العام على  
الخاص مع موافقة الخاص  
لسائر الأحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم  
فأما إيجارها 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 إيجارها باللبن  
والعسل، وقد  
روي عن أحمد أنه قال ربما تهيبته، قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع  
ومذهبه الجواز، واحتج  
مالك بما روى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال: قال رسول الله صلى الله عليه  
وسلم (من كانت له أرض

فلا يكرهها بطعام مسمى) رواه أبو داود وابن ماجة. وروى ظهير بن رافع قال: دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال (ما تصنعون بمحاقلكم؟) قلت نؤاجرها على الربع أو على الأوسق من التمر أو الشعير قال (لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها) متفق عليه. وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمحاكلة استكراء الأرض بالحنطة ولنا قول رافع فاما بشئ معلوم مضمون فلا بأس به ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت اجارتها بها كالأثمان وحديث رافع وظهير قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إجارتها بذلك إذا كان خارجا منها، ويحتمل النهي عنه إذا أجرها بالربع والأوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا اكتراها لزرع الحنطة (القسم الثاني) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة ليزرعها فقال أبو الخطاب فيها روايتان (إحدهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبها وهي قوال مالك لما ذكرنا من الأحاديث ولأنه ذريعة إلى المزارعة عليها بشئ معلوم من الخارج منها لأنه يجعل مكان قوله زارعتك أجرتك فتصير

مزارعة بلفظ الإجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو  
قول أبي حنيفة  
والشافعي لما ذكرنا في القسم الأول ولأن ما جازت اجارته بغير المطعوم جازت به  
كالدور  
(القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث فالمنصوص عن  
أحمد جوازه  
وهو قول أكثر الأصحاب، واختار أبو الخطاب أنها لا تصح وهو قول أبي حنيفة  
والشافعي وهو الصحيح  
إن شاء الله تعالى لما تقدم من الأحاديث في النهي من غير معارض لها، ولأنها إجارة  
بعوض مجهول  
فلم تصح كاجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى، فأما نص أحمد في الجواز فيتعين  
حملة على  
المزارعة بلفظ الإجارة فيكون حكمها حكم المزارعة فيما ذكرنا من أحكامها، ذكرناه  
في المساقاة  
(تم بحمد الله وعونه الجزء الخامس.)