

الكتاب: بدائع الصنائع  
المؤلف: أبو بكر الكاشاني  
الجزء: ٦  
الوفاء: ٥٨٧  
المجموعة: فقه المذهب الحنفي  
تحقيق:  
الطبعة: الأولى  
سنة الطبع: ١٤٠٩ - ١٩٨٩ م  
المطبعة:  
الناشر: المكتبة الحبيبية - باكستان  
ردمك:  
ملاحظات:

الجزء السادس من  
كتاب بدائع الصنائع

في  
ترتيب الشرائع  
تأليف

الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي  
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة هج ٥٨٧ رية  
(الطبعة الأولى)

١٤٠٩ هـ ١٩٨٩ م

الناشر

المكتبة الحبيبية

كانسي رود حاجي غيبي چوك كوئته  
باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الكفالة)

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الكفالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الكفالة وفي بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) الركن فهو الايجاب والقبول الايجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول الركن هو الايجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الأنصار فقال هل على صاحبكم دين فقيل نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة عليها فقال سيدنا على أو أبو قتادة رضي الله عنهما هما على يا رسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعا لا تمليك ألا يرى أنه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فأشبهه النذر والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته لو رثته اضمنوا عني ما علي من الدين لغرمائي وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم وأي فرق بين المريض والصحيح ولهما أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك لما نذكر والتمليك لا يتم الا بالايجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسألة المريض نذكره من بعد إن شاء الله تعالى فإذا عرفت أن ركن الكفالة الايجاب والقبول فالايجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أو لك على أو لك قبلي أو لك عندي (أما) لفظ الكفالة والضمان فصريحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبي عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم أي الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال قبلت به أقبل قبالة وتقبلت به أي كفلت قال الله تعالى أو يأتي بالله والملائكة قبيلا أي كفيلا يكفلوني بما يقول الحميل بمعنى

(Y)

المحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه ينبى عن تحمل الضمان  
وقوله على كلمة ايجاب وكذا قوله إلى  
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فإلى وعلى  
وقوله قبلي ينبى عن القبالة وهي  
الكفالة على ما ذكرنا وقوله عندي وإن كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون  
كفالة لان قوله عندي يحتمل  
اليد ويحتمل الذمة لأنها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيها جميعاً فعند الاطلاق  
يحمل على اليد لأنه أدنى وعند  
قرينة الدين يحتمل على الذمة أي في ذمتي لان الدين لا يحتمله الا الذمة (وأما) القبول  
من الطالب فهو أن يقول  
قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة في الأصل لا  
يخلو عن أربعة أقسام اما أن يكون  
مطلقاً أو مقيداً بوصف أو معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت فإن كان مطلقاً فلا شك في  
جوازه إذا استجمع شرائط  
الجواز وهي ما نذكر إن شاء الله تعالى غير أنه إن كان الدين على الأصيل حالاً كانت  
الكفالة حالة وإن كان الدين  
عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الأصيل فتتقيد بصفة  
المضمون (وأما) المقيد فلا  
يخلو اما إن كان مقيداً بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فإن كانت الكفالة مؤجلة  
فإن كان التأجيل إلى وقت  
معلوم بأن كفل إلى شهر أو سنة جاز ثم إن كان الدين على الأصيل موجلاً إلى أجل  
مثله يتأجل إليه في حق الكفيل  
أيضاً وان سمي الكفيل أجلاً أزيد من ذلك أو أنقص جاز لان المطالبة حق الطالب فله  
أن يتبرع على كل واحد  
منهما بتأخير حقه وإن كان الدين عليه حالاً جاز التأجيل إلى الأجل المذكور ويكون  
ذلك تأجيلاً في حقهما جميعاً في  
ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد أنه يكون تأجيلاً في حق الكفيل خاصة  
(وجه) هذه الرواية ان الطالب  
خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما إذا كفل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الكفالة  
(وجه) ظاهر الرواية ان  
التأجيل في نفس العقد يجعل الأجل صفة للدين والدين واحد وهو على الأصيل فيصير  
مؤجلاً عليه ضرورة بخلاف  
ما إذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة وقد خص به

الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل  
ولو كان الدين على الأصيل مؤجلا إلى سنة فكفل به مؤجلا إلى سنة أو مطلقا ثم مات  
الأصيل قبل تمام السنة يحل  
الدين في ماله وهو على الكفيل إلى أجله وكذا لو مات الكفيل دون الأصيل يحل الدين  
في مال الكفيل وهو على  
الأصيل إلى أجله لان المبطل للأجل وجد في حق أحدهما دون الآخر وإن كان التأجيل  
إلى وقت مجهول فإن كان  
يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل إلى هذه الأوقات جاز عند  
أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله  
لا يجوز (وجه) قوله إن هذا عقد إلى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس  
بجهالة فاحشة فتحملها  
الكفالة وهذا لان الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لا فضائها إلى المنازعة  
بالتقديم والتأخير والجهالة التقديم  
والتأخير لا تفضى إلى المنازعة في باب الكفالة لأنه يسامح في أخذ العقد مالا يسامح  
في غيره لامكان استيفاء الحق  
من جهة الأصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة إلى هذه الآجال  
متعارفة ولو كانت  
الكفالة حالة فاخر إلى هذه الأوقات جاز أيضا ما ذكرنا وإن كان لا يشبه آجال الناس  
كمجئ المطر وهبوب الريح  
فالاجل باطل والكفالة صحيحة لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح  
التأجيل فبطل وبقيت  
الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب إلى هذه الأوقات جاز وإن  
كان ثمن مبيع ولا يوجب  
ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير في الكفالة وذا لا يؤثر في البيع  
فكذا هذا هذا إذا كانت  
الكفالة مؤجلة فأما إذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء  
كان الدين على الأصيل حالا  
أو مؤجلا لما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل  
ولو كفل حالا ثم أجله  
الطالب بعد ذلك يتأخر في حق الكفيل إذا قبل التأخير دون الأصل بخلاف ما إذا كان  
التأجيل في العقد لما ذكرنا  
من الفرق ولو كان الدين على الأصل حالا فأخره الطالب إلى مدة وقبله المطلوب جاز  
التأخير ويكون تأخيرا في حق

الكفيل هذا إذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فأما إذا كانت معلقة بشرط فإن كان  
المذكور شرطا سببا لظهور

الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة جاز بان قال إن استحق المبيع فأنا  
كفيل لان استحقاق المبيع  
سبب لظهور الحق وكذا إذا قال إذا قدم زيد فأنا كفيل لان قدومه وسيلة إلى الأداء في  
الجملة لجواز أن يكون  
مكفولا عنه أو يكون مضاربة فإن لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إلى  
الأداء في الجملة لا يجوز بأن  
قال إذا جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فأنا كفيل لان الكفالة فيها معنى  
التمليك لما ذكرنا والأصل أن  
لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرطا الحق به تعلق بالظهور أو التوسل إليه في الجملة  
فيكون ملائما للعقد فيجوز ولان الكفالة  
جوازا بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال إن قتلك فلان أو ان  
شجك فلان أو ان غصبك  
فلان أو ان بايعت فلانا فانا ضامن لذلك جاز لأن هذه الأفعال سبب لوجوب الضمان  
ولو قال إن غصبك فلان  
ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجاز عند محمد بناء على أن  
غصب العقار لا يتحقق عند أبي  
حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس أو من غصبك من الناس أو من  
شجك من الناس أو من بايعك  
من الناس لم يجز لا من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه مجهول وجهالة  
المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال  
ضمنت لك ما على فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملائم للعقد لأنه مؤكد لمعنى  
التوسل إلى ما هو المقصود وكذا لو قال إن  
خرج من المصر ولم يعطك فانا ضامن لما ذكرنا ولو شرط في الكفالة بالنفس تسليم  
المكفول به في وقت بعينه جاز لان  
هذا تأجيل الكفالة بالنفس إلى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا سائر أنواع  
الكفالات في التعليق بالشرط  
والتأجيل والإضافة إلى الوقت سواء لان الكل في معنى الكفالة على السواء ولو قال  
كفلت لك مالك على فلان  
حالا على أنك متى طلبته فلي اجل شهر جاز وإذا طلبته منه فله أجل شهر ثم إذا مضى  
الشهر فله أن يأخذه متى شاء ولو  
شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان  
الموجود ههنا كفالتان أحدهما حالة  
مطلقة والثانية مؤجلة إلى شهر معلقة بشرط الطلب فإذا وجد الشرط ثبت التأجيل إلى



شهر فإذا مضى الشهر انتهى  
حكم التأجيل فيأخذه بالكفالة الحالة هذا معنى قوله في الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب  
الأول بخلاف ما إذا كان  
التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل  
بالشرط والتأجيل نفسه  
لا يحتمل التعليق بالشرط فبطل ألا ترى أنه إذا كفل إلى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقا  
ثم أحر إلى قدوم زيد لم يجز لما  
ذكرنا كذا هذا ولو كفل بنفس المطلوب على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه ما عليه وهو  
الألف فمضى الوقت ولم يوافق به  
فالمال لازم للكفيل لان هنا كفالتان بالنفس وبالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقا وعلق  
الكفالة بالمال بشرط عدم  
الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلا شك فيها وكذا الكفالة بالمال  
لان هذا شرط ملائم للعقد  
محقق لما شرع له وهو الوصول إلى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول إليه من  
قبل الأصيل فإذا لم يوجد الشرط  
لزمه المال وإذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز ان يدعى عليه مالا آخر فيلزمه  
تسليم نفسه وكذا إذا قال فعليه  
ما عليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ويلزمه  
جميع الألف لأنه أضاف الكفالة  
إلى ما عليه والألف عليه وكذا لو كفل لا مرأة بصداقها ان لم يوافق الزوج وصداقها  
وصيف فالوصيف لازم  
للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الأصيل وهو الزوج لان الحيوان  
يثبت ديناً في الذمة بدلا عما  
ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال أن لم أوافقك به غدا فعلى ألف  
درهم ولم يقل الألف التي عليه أو  
الألف التي ادعيت المطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف  
رحمهما الله وعند محمد رحمه الله  
لا يلزم (وجه) قول محمد ان هذا ايجاب المال معلقا بالخطر ابتداء لأنه لم توجد  
الإضافة إلى الواجب ووجوب المال  
ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قولهما  
ان مطلق الألف ينصرف إلى  
الألف المعهودة وهي الألف المضمونة مع ما ان في الصرف إلى ابتداء الايجاب فساد  
العقد وفي الصرف إلى ما عليه

صحته فالصرف إلى ما فيه صحة العقد أولى ولو كفل بنفسه على أن يوافي به إذا ادعى  
به فإن لم يفعل فعليه الألف التي عليه

(٤)

جاز لأنه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس عند طلب الموافاة وهذا شرط ملائم  
للعقد لما ذكرنا فإذا طلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برئ لأنه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال  
لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة بالنفس عند الطلب ولو قال ائني به عشية أو غدوة وقال الكفيل أنا آتيتك به بعد غد  
فإن لم يأت به في الوقت الذي طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان أحر المطالبة إلى ما بعد غد كما قاله  
الكفيل فأنتى به فهو برئ من المال لأنه بالتأخير أبطل الطلب الأول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كأنه طلب منه  
من الابتداء التسليم بعد غدو قد وجد وبرئ من المال ولو كفل بالمال وقال إن وافيتك به غدا فانا برئ فوفاه من الغد  
بيرأ من المال في رواية وفي رواية لا يبرأ (وجه) الرواية الأخيرة ان قوله إن وافيتك به غدا فانا برئ تعليق البراءة  
عن المال بشرط الموافاة بالنفس والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لان فيها معنى التمليك والتمليكات لا يصح تعليقها  
بالشرط (وجه) الرواية الأولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال  
والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والأول أشبه ولو شرط في الكفالة بالنفس ان يسلمه إليه في مجلس  
القاضي جاز لان هذا شرط مفيد ويكون التسليم في المصر أو في مكان يقدر على احضاره مجلس القاضي تسليما إلى  
القاضي لما نذكر إن شاء الله تعالى ولو شرط أن يسلمه إليه في مصر معين يصح التقييد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح  
التعيين عند أبي حنيفة وعندهما يصح على ما نذكر إن شاء الله تعالى ولو شرط ان يدفعه إليه عند الأمير لا يتقيد به حتى  
لو دفعه إليه عند القاضي أو عزل الأمير وولى غيره فدفعه إليه عند الثاني جاز لان التقييد غير مفيد ولو كفل بنفسه فإن لم  
يواف به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فإن لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لأنه لا يلزم بنفس الدعوى  
شئ فقد أضاف الالتزام إلى ما ليس بسبب اللزوم وكذا إذا أقربها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا  
يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها أو أقر بها الكفيل فعليه الألف لان البينة سبب

لظهور الحق وكذا  
اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يوافق به إلى  
شهر فعليه ما عليه فمات الكفيل  
قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به إلى الطالب  
فالمال لازم للكفيل  
ويضرب الطالب مع الغرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط يثبت مضافا إلى  
السبب السابق وهو عند مباشرة  
السبب صحيح ولهذا لو كفل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لامن  
الثالث (أما) الضرب مع  
الغرماء فلاستواء الدينين وكذا لو مات المكفول به ثم مات الكفيل لأنه إذا مات فقد  
عجز الكفيل عن تسليم  
نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا إذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما  
إذا كانت مضافة إلى  
وقت بان ضمن ما أدان له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما دابن فلانا أو ما أقرضه أو  
ما استهلك من ماله أو ما غضبه أو  
ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة لأنها أضيفت إلى سبب الضمان وان لم يكن الضمان  
ثابتا في الحال والكفالة إن كان  
فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض فجاز أن تحمل الإضافة ولو قال كلما بايعت  
فلانا فثمنه على أو ما بايعت أو الذي  
بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما بايعه ولو قال إن بايعت أو إذا بايعت أو متى بايعت  
يؤاخذ بثمان أول المبايعة ولا يؤاخذ  
بثمان ما بايعة بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والذي للعموم وقد  
دخلت على المبايعة فيقتضى تكرار  
المبايعة ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله إن بايعت ونظائره والله عز وجل أعلم  
(فصل) وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع إلى الكفيل وبعضها يرجع إلى الأصيل  
وبعضها يرجع إلى  
المكفول له وبعضها يرجع إلى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو  
شرط النفاذ (أما) الذي يرجع  
إلى الكفيل فأنواع (منها) العقل ومنها البلوغ وانهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف  
فلا تنعقد كفالة الصبي  
والمجنون لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا أن الأب أو الوصي لو  
استدان دينا في نفقة اليتيم وأمر  
اليتيم أن يضمن المال عنه جاز ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجز لان ضمان الدين

قد لزمه من غير شرط فالشرط

(٥)

لا يزيده الا تأكيد أفلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يجز (ومنها) الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له في التجارة لأنها تبرع والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لأنها غير منعقدة منه لعدم الأهلية فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ ولو أذن له المولى بالكفالة فإن كان عليه دين لم يجز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته في الكفالة بالدين الا ان يفديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الأجنبي لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء أذن له المولى أو لم يأذن لان اذن المولى يصح في حقه وصح في حق القن ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لأنهما يملكان التبرع عليه وأما صحة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لأنها تبرع (وأما) الذي يرجع إلى الأصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبي حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافي بقاء الدين لأنه مال حكى فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة ولهذا بقي إذا مات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلسا وإذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح البراء عنه والتبرع (وجه) قول أبي حنيفة ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على إنسان بدين ولا دين عليه وإذا مات مليا فهو قادر بنائبه وكذا إذا مات عن كفيل لأنه قائم مقامه في قضاء دينه (وأما) البراء والتبرع فهما في الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماثلة في قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة ارضاء الخصم بهبة هذا القدر منه فاما أن يكون ابراء

عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة  
فلا على ما عرف في الخلافات والثاني أن يكون معلوما بان كفل ما على فلان فاما إذا  
قال على أحد من الناس أو بعين  
أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة جوازها بالعرف  
والكفالة على هذا الوجه  
غير معروفة فاما حرية الأصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة  
بمضمون ما على الأصيل  
مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجه أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطلب به في  
الجملة فأشبه الكفالة  
بالدين المؤجل وأما الصبي والمجنون فلان الدين في ذمتهمما والولي مطالب به في  
الحال ويطلبان أيضا في الجملة وهو  
ما بعد البلوغ والافاقه فتجوز الكفالة عن العبد وإن كان محجورا وعن الصبي  
والمجنون الان الكفيل لا يملك  
الرجوع عليهم بما أدى وإن كانت الكفالة باذنههم لما نذكر في موضعه إن شاء الله  
تعالى وكذا لا يشترط حضرته  
فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة إلى الكفالة في الغالب في مثل هذه  
الأحوال فكانت الكفالة  
فيهما أجوز ما يكون (وأما) الذي يرجع إلى المكفول له فأنواع (منها) أن يكون معلوما  
حتى أنه إذا كفل لاحد من  
الناس لا تجوز لان المكفول له إذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو  
التوثق (ومنها) أن يكون في مجلس  
العقد وانه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس  
حتى أن من كفل لغائب عن المجلس فبلغه  
الخبر فأجاز لا تجوز عند هما إذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبي يوسف روايتان وظاهر  
اطلاق محمد في الأصل انها جائزة  
على قوله الآخر يدل على أن المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا شرط النفاذ ولا شرط  
الانعقاد لان محمدا ربما؟ يطلق  
الجواز على النفاذ فأما الموقوف فنسميه باطلا الا أن يجيز وهذا الاطلاق صحيح لان  
الجائز هو النفاذ في اللغة يقال  
جاز السهم إذا نفذ (وجه) قول أبي يوسف الآخر ما ذكرنا في صدر الكتاب ان معنى  
هذا العقد لغة وشرعا وهو  
الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد والدليل عليه مسألة المريض  
(وجه) قولهما ما ذكرنا ان

فيه معنى التمليك أيضا والتمليك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده  
شطر العقد فلا يقف على عائب

(٦)



عن المجلس كالبيع مع ما انا نعمل بالشبهين جميعا فنقول لشبه الالتزام يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت ولشبه التملك لا يقف على غائب عن المجلس اعتبار للشبهين بقدر الامكان (وأما) مسألة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايضاء بالقضاء عنه بعد موته لا بطريق الكفالة ويكون قوله اضمنوا عن ايضاء منه إليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيئا لا يلزم الورثة شئ فعلى هذا لا يلزم وبعضهم أجازوه على سبيل الكفالة ووجهه ما أشار إليه أبو حنيفة عليه الرحمة في الأصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الإشارة والله عز وجل أعلم أن المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله ويصير بمنزلة الأجنبي عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم ولو قال أجنبي للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه فقالوا ضمنا يكتفى به فكذا المريض والله عز وجل أعلم (ومنها) وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل لأنهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لان القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله (وأما) حرية المكفول له فليست بشرط لان العبد من أهل القبول (وأما) الذي يرجع إلى المكفول به فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل سواء كان ديننا أو عينا أو نفسا أو فعلا ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا الا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها وجملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس أما العين فنوعان عين هي أمانة وعين هي مضمونة أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في اليد الأجير لأنه أضاف الكفالة إلى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لأنهما مضمونا التسليم عليهما فالكفالة أضيفت إلى مضمون على

الأصيل وهو فعل التسليم فحصدت  
(وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد  
والمقبوض على سوم الشراء  
ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الأول لأنه كفالة  
بمضمون بنفسه ألا ترى انه  
يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل  
على هذا الوجه أيضا ولا تصح  
بالنوع الثاني لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه إذا هلك في يد  
البائع لا يجب عليه شيء ولكن  
يسقط الثمن عن المشتري وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا يرى أنه إذا  
هلك لا يجب على المرتهن  
شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم في الجملة  
فتحوز الكفالة بتسليم المبيع  
والرهن لأن المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في  
الجملة بعد قضاء الدين فكان  
المكفول به مضمونا على الأصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه إذا هلك لا  
شيء على الكفيل لأنه لم  
يبق مضمونا على الأصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل  
بالحمل فإن كانت الدابة بعينها لم  
تجز الكفالة بالحمل وإن كانت بغير عينها جازت لان في الوجه الأول الواجب على  
الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل  
فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الأصيل فلم تجز وفي الوجه الثاني  
الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة  
فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الأصيل فجازت وعلى هذا إذا  
كفل بنفس من عليه الحق جاز  
عند أصحابنا لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون  
على الأصيل فقد كفل  
بمضمون على الأصيل فجاز وكذا إذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبتة أو بروحه أو  
بنصفه والأصل فيه أنه إذا  
أضاف الكفالة إلى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لأن هذه الاجزاء  
يعبر بها عن جملة البدن  
فكان ذكرها ذكرا للبدن كما في باب الطلاق والعتاق وكذا إذا أضاف إلى جزء شائع  
كالنصف والثلث ونحوهما

جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس في  
حق وجوب التسليم لا

(٧)

تتجزأ و ذكر بعض ما لا يتجزأ شرعا ذكر لكله كما في الطلاق والعتاق وإذا أضافها إلى اليد أو الرجل ونحوهما من الاجزاء المعينة لا تجوز لأن هذه الأعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة متجزئة فلا يكون ذكرها ذكرا لجميع البدن كما في الطلاق والعتاق ولو قال في الكفالة بالنفس هو على جاز لان هذا صريح في التزام تسليم النفس وكذا إذا قال أنا ضامن لوجهه لان الوجه جزء جامع ولو قال انا ضامن لمعرفته لا تصح لان المعرفة لا تحتمل أن تكون مضمونة على الأصيل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لان المضمون غير معلوم أصلا ثم ما ذكرنا من الكفالة بالنفس والعين والفعل انها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله انها غير صحيحة (وجه) قوله إن الكفالة أضيفت إلى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك ان الكفالة التزام الدين فكان محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف إلى غير محله باطل ولان القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الاعتاق لا تتحقق (ولنا) قوله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة بالعين عن الأمم السالفة ولم يغير والحكيم إذا حكى عن منكر غيره ولان هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة والتابعين إلى زمن الشافعي رحمه الله فكان الانكار خروجا عن الاجماع فكان باطلا ولما ذكرنا ان هذه الكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الأصيل وقد يكون ذلك دينا وقد يكون عينا والعين مقدورة التسليم في حق الأصيل كالدين عبد مقر بالرق في يد رجل فأخذ منه المولى كفيلا بنفسه فأبق فهو باطل لأنه كفل بما ليس بمضمون وكذا لو كفل بعد إياقه لما قلنا وكذا لو ادعى رجل على إنسان انه عبده وأنكر المدعى عليه زعم أنه حر وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شئ على الأصيل لما ذكرنا ولو كان المدعى في يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا ان استحقته صحت الكفالة حتى لو أقام البينة

على أنه عبده فمات المدعى عليه  
فالكفيل ضامن كل قيمته لان بإقامة البينة تبين انه كفل بمضمون صبي في يد رجل  
يدعى انه ابنه وادعى رجل آخر  
انه عبده فضمن له انسان فأقام المدعى البينة وقد مات الصبي فالكفيل ضمان لما ذكرنا  
أنه لما قامت البينة تبين انه  
كفيل بمضمون وعن محمد فيمن ادعى على إنسان انه غصبه عبدا فقبل أن يقيم البينة  
قال رجل أنا ضامن بالعبد الذي  
يدعى فهو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البينة عليه لأنه كفل بمضمون على الأصيل وهو  
احضاره مجلس القاضي فان  
هلك واستحقه بينة فهو ضامن لقيمته لأنه تبين انه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه  
ولو ادعى انه غصبه ألف درهم  
واستهلكها أو عبدا ومات في يده فقال رجل خله فأنا ضامن المال أو لقيمة العبد فهو  
ضامن يأخذه به من ساعته  
ولا يقف على إقامة البينة لان بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على  
الأصيل فقد كفل بمضمون على  
الأصيل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الأول لان هناك ما عرف وجوب القيمة  
باقراره بل بإقامة البينة فتوقف  
عليها والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد  
مفيدا فلا تجوز الكفالة  
بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط  
ثالث لكنه يخص الدين  
وهو أن يكون لازما فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لأنه ليس بدين  
لازم لان المكاتب يملك  
اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب بمضمون وتجاوز الكفالة بنفس من عليه  
القصاص في  
النفس وما دونها وبحد القذف والسرقه إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلا بلا خلاف  
بين أصحابنا وهو الصحيح  
لأنه كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم  
نفس من عليه الدين وإنما  
الخلاف انه إذ امتنع من اعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضي عليه قال أبو حنيفة  
لا يجبره وقال أبو يوسف  
ومحمد يجبره (وجه) قولهما ان نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه  
عند الطلب كنفس من عليه

الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ولأبي  
حنيفة ان الكفالة شرعت

(٨)

وثيقة ولحدود مبناها على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه  
الحبس في الحدود والقصاص قبل  
يزكيه الشهود والحبس توثيق لان الحبس للتهمة لا للتوثيق لان شهادة شاهدين أو  
شاهد واحد لا تخلو عن ايراث  
تهمة فكان الحبس لا جل التهمة دون التوثيق ويجوز الجبر على اعطاء الكفيل في  
التعزير لأنه لا يحتال لدرئه لكونه  
حق العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لأنه مضمونه على الأصيل مقدور  
الاستيفاء من الكفيل  
والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيدا فلا  
تجوز الكفالة بالحدود  
والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط ثالث لكنه  
يخص الدين وهو أن  
يكون لازما فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لان  
المكاتب يملك اسقاط  
الدين عن نفسه التعجيز لا بالكسب فلو أجزنا الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو (أما)  
أن يملك الكفيل اسقاطه  
عن نفسه كما يملك الأصيل (وأما) ان لا يملك فان ملك لا تفيد الكفالة وان لم يملك  
لم يكن هذا التزام ما على الأصيل  
فلا يتحقق التصرف كفالة ولأننا لو أجزنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه  
على الأصيل لان المكاتب  
إذا مات عاجزا بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزا مفلسا لم يبطل عنه الدين فكان  
الحق على الكفيل ألزم منه  
على الأصيل وهذا خلاف ما توجبه الأصول ولان الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز  
فيما لا عرف فيه ولا عرف في  
الكفالة ببدل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى  
دين الكتابة لان غيره من  
الديون إنما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لولا لزوم الكتابة عليه لما وجب  
عليه دين آخر فكان دين  
الكتابة أصلا لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالأصل فلان لا تجوز بالفرع  
أولى وأخرى ولا تجوز  
الكفالة ببدل السعاية عند أبي حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة  
المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر  
عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين

ليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لأن هذه جهالة مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه جاز ويبرأ بدفع واحد منهما إلى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهد فزمانه باطل عند أبي حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما ان ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ولا بي حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحيفة وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الأصيل فدارت الكفالة بالعهد بين أن تكون بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو كونه مضمونا على الأصيل وضمن الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وإذا استحق المبيع يخاصم المشتري البائع أو لا فإذا اقضي عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولا في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه قال الكفيل يكون خصما هذا إذا كان المبيع ما سوى العبد فإن كان عبدا فظهر انه حر بالينة فللمشتري أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو انفسخ البيع بينهما بما سوى الاستحقاق بالرد بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤخذ به الكفيل لان ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشتري رهنا بالدرك لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشتري في الدار بناء ثم استحققت الدار ونقض عليه البناء فللمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه مبنيا إذا سلم النقض إلى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه الا



بالتنم خاصة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالتنم وبقيمة البناء  
التالف ولو سلم النقص

إلى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنيًا له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن ويأخذ البائع بقيمة البناء في ظاهر الرواية  
وذكر الطحاوي أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعًا ان شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع الكفيل على البائع إن كانت الكفالة بأمره جعل الطحاوي قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من الدرك ضمان المشتري في متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري ثم استحقتها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعقر فان المشتري يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يؤخذ الكفيل بقيمة الولد وللمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لأنه لم يدخل تحت الكفالة بالدرك والله عز وجل أعلم ولو كفل بماله على فلا فقامت البينة عليه بألف ضمنها الكفيل لأنه تبيين انه كفل بمضمون على الأصيل وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يقربه أما القول قوله في المقر به لأنه مال لزم بالتزامه فيصدق في القدر الملتزم كما إذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما اليمين فلانه منكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه في الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدقه على كفيله لان اقرار الانسان حجة في حق نفسه لا في حق غيره لأنه مقر في حق نفسه مدع في حق غيره ولا يظهر صدق المدعى الا بحجة  
(فصل) واما بيان حكم الكفالة فنقول وبالله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الأصيل عند عامة مشايخنا ويترد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات لان الكل في احتمال هذا الحكم على السواء وإنما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الأصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل إن كان واحدا يطالب بكل الدين وإن كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسمائة إذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لأنهما استويا في الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء ويطلب

الكفيل بالنفس باحضار المكفول بنفسه ان لم يكن غائبا وإن كان غائبا يؤخذ الكفيل إلى مدة يمكنه احضاره فيها فإن لم يحضر في المدة ولم يظهر عجزه للقاضي حبسه إلى أن يظهر عجزه له فإذا علم القاضي ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره إلى حال القدرة على احضاره لأنه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه من الطالب ولا يحول الطالب أيضا بينه وبين أشغاله ولا يمنعه من الكسب وغيره ويطلب الكفيل بالعين بتسليم عينها إن كانت قائمة ومثلها أو قيمتها إن كانت هالكة ويطلب الكفيل بتسليم العين وبالفعل بهما وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الأصيل كما يطالب الأصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة وبه أخذ شيخه الإمام الشافعي رحمه الله وزعم أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالأعيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق في الكفالة بغير الدين وهذا غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانعدام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر فأما براءة الأصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الأصيل وان شاء طالب الكفيل الا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل لأنها حوالة معنى أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لأنها في معنى الحوالة أيضا وقال ابن أبي ليلى ان الكفالة توجب براءة الأصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنبئ عن الضم وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل أو في حق أصل الدين والبراءة تنافي الضم ولان الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران لان تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني في الأصل وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الاخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء فإذا اختار تضمين أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر (ووجه) الفرق ان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فإذا اختار تضمين

أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بنى اثنين  
أعتقه أحدهما وهو موسر  
حتى يثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد فاختيار أحدهما  
يطل اختيار الآخر لأنه لما  
اختار الضمان صار نصيبه منقولا إلى المعتق عند اختياره لان المضمونات تملك عند  
اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء  
يسعى وهو رقيق وإنما يعتق كله بأداء السعاية وبينهما تناف ولا تناف ههنا لا الطالب  
لا يملك المضمون باختيار  
المطالبة فيملك مطالبة الآخر والثاني ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الأصيل إذا كانت  
الكفالة بأمره في الأنواع  
كلها ثم إذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل بتسليم نفسه إلى الطالب إذا طالبه وإن  
كانت بالعين المضمونة  
يطالب بتسليم عينها إذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إذا كانت هالكة إذا طوب  
به وإن كانت بفعل التسليم والحمل  
يطالب بهما وإن كانت بدين يطالبه بالخلاص إذا طوب فكما طوب الكفيل طالب هم  
المكفول عنه بالخلاص  
وان حبس فله ان يحبس المكفول عنه لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكان عليه  
تخليصه منها وإن كانت  
الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الأصيل إذا لوزم ولا حق الحبس إذا حبس  
وليس له أن يطالب بالمال  
قبل أن يؤدي هو وإن كانت الكفالة بأمره لأن ولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض  
والتملك على ما نذكره وكل ذلك  
يقف على الأداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء ان له ولاية مطالبة الموكل بالثمن  
بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال  
نفسه لان هناك الثمن يقابل المبيع والملك في المبيع كما وقع وقع للموكل فكان المثل  
عليه فكان له أن يطالبه به وهنا  
المطالبة بسبب القرض أو التملك ولم يوجد هنا وإذا أدى كان له أن يرجع عليه إذا  
كانت الكفالة بأمره لان الكفالة  
بالامر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل بأداء المال  
مقرض من المطلوب  
ونائب عنه في الأداء إلى الطلب وفي حق الطالب تملك ما في ذمة المطلوب من  
الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض  
يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشتري يملك الشراء بالبيع لا غير هذا

(فصل) وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول وبالله التوفيق اما الكفيل بالمال فإنما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء سواء كان الأداء من الكفيل أو من الأصيل لان حق المطالبة للتوسل إلى الأداء فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهي حكم العقد وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل لان الهبة بمنزلة الأداء لما ذكرنا وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل لان الصدقة تملك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثاني البراء وما هو معناه فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الأصيل خرج عن الكفالة غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل وإذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل لان الدين على الأصيل لا على الكفيل إنما عليه حق المطالبة فكان ابراء الأصيل اسقاط الدين عن ذمته فإذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لان المطالبة بالدين ولا دين محال فاما ابراء الكفيل فابراه عن المطالبة لا عن الدين إذ لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لان حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فإذا سقط تنتهي الا ان ابراء الأصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصدق عليه وبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصديق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى وإذا ارتدت هذه التصرفات برد الأصيل عاد الدين إلى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل اختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الأصيل أو وهب منه بعد موته فرد ورثته يرتد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله إن هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهنا لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ولهما ان ابراءه بعد موته ابراء لورثته لأنهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وبراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لأنهم لا يطالبون بدينه بوجه فاقصر حكم البراء عليه فلا يرتد برد الورثة وكذا لو قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لأنه جعل نفسه غاية

لبراءته والبراءة التي هي غايتها

(١١)

نفسه هي براءة القبض والاستيفاء وبرئاً جمعياً لان استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعاً  
فيرجع الكفيل على الأصيل  
إذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل إلى فكذلك عند  
أبي يوسف وهذا وقوله برئت  
إلى سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الأصيل وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده  
(وجه) قول محمد ان البراءة عن  
المال قد تكون بالأداء وقد تكون بالابراء فلا تحمل على الأداء الا بدليل زائد وقد وجد  
ذلك في الفصل الأول هو  
قوله إلى لان ذلك ينبئ عن معنى الأداء لما ذكرنا ولم يوجد هنا فتحمل على الابراء  
لان البراءة حكم الابراء في الأصل  
(وجه) قول أبي يوسف أن البراءة المضافة إلى المال تستعمل في الأداء عرفاً وعادة  
فتحمل عليه ولا يجوز تعليق البراءة  
من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التمليك والتملك لا يحتمل التعليق بالشرط ولو  
أحال الكفيل الطالب بمال  
الكفالة على رجل وقبلة الطالب فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة  
وكذا إذا أحاله المطلوب بمال  
الكفالة على رجل وقبلة لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا  
وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة  
وابراء الكفيل والأصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن  
الكفالة بالحوالة لان الحوالة  
عنده ليست بمبرئة أصلاً لما يأتي في كتاب الحوالة إن شاء الله تعالى وكذلك الكفيل  
يخرج عن الكفالة بالصلح كما  
يخرج بالحوالة بان يصلح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس  
المدعى اسقاط بعض الحق فكان  
فيه معنى الابراء وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى الابراء وكل ذلك يخرج  
عن الكفالة غير أن في حالين  
يبرأ الكفيل والأصيل جميعاً وفي حال يبرأ الكفيل دون الأصيل (أما) الحالتان اللتان يرى  
فيهما الكفيل والأصيل  
جميعاً إحداهما أن يقول الكفيل للطالب صالحتك من الألف على خمسمائة على أنى  
والمكفول منه برئان من  
الخمسمائة الباقية ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء  
أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع  
بها على الأصيل وان شاء أخذها من الأصيل والثانية أن يقول صالحتك على خمسمائة



مطلقا عن شرط البراءة أصلا  
لما ذكرنا قبل هذا ان البراء المضاف إلى المال المجرد عن شرط البراءة المضافة إلى  
الكفيل ابراء عن الدين والدين  
واحد فإذا سقط عن الأصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التي يبرأ الكفيل  
فيها دون الأصيل فهي  
أن يقول الكفيل للطالب صالحتك على أنى برئ من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل  
والطالب  
بالخيار ان شاء أخذ  
جميع دينه من الأصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الأصيل خمسمائة ثم  
يرجع الكفيل على الأصيل  
بما أدى إن كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء  
إحداها تسليم النفس إلى  
الطالب وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضوع يقدر على احضاره مجلس  
القاضي لا ن التسليم في مثل هذا  
الموضع محصل للمقصود من العقد وهو امكان استيفاء الحق بالمرافعة إلى القاضي فإذا  
حصل المقصود ينتهى حكمه  
فيخرج عن الكفالة ولو سلمه في صحراء أو برية لا يخرج لأنه لم يحصل المقصود ولو  
سلم في السوق أو في المصر يخرج  
سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضي أما إذا أطلق فظاهر لأنه يتقيد  
بمكان يقدر على احضاره مجلس  
القاضي بدلالة الغرض وكذا إذا قيد لان التسليم في هذه الأمكنة تسليم في مجلس  
القاضي بواسطة ولو شرط أن يسلمه  
في مصر معنى فسلمه في مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبي حنيفة وعندهما لا  
يخرج عنها الا أن يسلمه في المصر  
المشروط (وجه) وقولهما التقيد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على  
اقامتها فيه دون غيره فكان  
التعيين مفيدا فیتقيد به (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان المقصود من تسليم  
النفس هو الوصول إلى الحق  
بالمرافعة إلى القاضي وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو  
سلمه في السواد ولا قاضى فيه  
لا يخرج عن الكفالة لان التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة إلى المقصود  
فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة  
ولو شرط أن يدفعه إليه عند الأمير فدفعه إليه عند القاضي يخرج عن الكفالة وكذا إذا

عزل الأمير وولى غيره فدفعه  
إليه عند الثاني لا ن التسليم عند كل من ولى ذلك محصل للمقصود فلم يكن التقييد  
مفيدا فلا يتقييد ولو كفل جماعة بنفس

رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤا جميعا وإن كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ  
الباقون (ووجه) الفرق أن  
الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد  
والداخل تحت الكفالات  
المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد الابراء به فيبرأ هو دون الباقيين وليس  
هذا كما إذا كفل جماعة بمال  
واحد كفالة واحدة أو متفرقة فأدى أحدهم برئ الباقيين لان الدين يسقط عن الأصيل  
بأداء المال فلا يبقى على  
الكفيل لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فإن لم يوافق به غدا  
فعليه ما عليه وهو كذا فلقى الرجل  
الطالب فخاصمه الطالب ولازمه فالمال على الكفيل وان لازمه إلى آخر اليوم لأنه لم  
يوجد من الكفيل الموافاة به ولو  
قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي إليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء  
كانت الكفالة بالنفس  
بأمره أولا لأنه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم كمن تبرع بقضاء  
دين غيره ان هناك لا يجبر على  
القبول وهنا يجبر عليه والفرق انعدام الجبران على القبول في باب المال للتحرز عن  
لحوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع  
لان نفسه ربما لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لان تسليم  
نفسه واجب عليه ولا منة في  
أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لان نفسه مضمون التسليم  
في الحالين، والثاني الابراء  
إذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس  
حق المطالبة بتسليم النفس  
وقد أسقط المطالبة عنه بالابراء فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا الابراء للأصيل لأنه  
أسقط المطالبة عنه دون  
الأصيل ولو أبرأ الأصيل برئا جميعا لان الكفالة بمضمون على الأصيل وقد بطل الضمان  
بالابراء فينتهي حكم  
الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الأصيل وقد سقط  
الضمان عنه فيسقط عن  
الكفيل والله عز وجل أعلم (وأما) الكفيل بالأعيان المضمونة بنفسها والافعال  
المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد  
أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إن

كانت هالكة ويحصل الفعل  
المضمون وهو التسليم والحمل والثاني البراء فلا يخرج بموت الغاصب والبائع  
والمكاري لان نفس هؤلاء غير  
مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم  
(فصل) وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين أحدهما في شرائط  
ولاية الرجوع  
والثاني في بيان ما يرجع به (أما) الشرط فأنواع (منها أن تكون الكفالة بأمر الكفول عنه  
لان معنى الاستقراض  
لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه  
الله يرجع والصحيح قول العامة  
لان الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن  
صحيح وهو اذن من يجوز  
اقراره على نفسه بالدين حتى أنه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لان  
اذنه بالكفالة لم يصح لأنه من  
المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان (وأما) العبد المحجور  
فاذنه بالكفالة صحيح في حق  
نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤخذ به في الحال  
والله عز وجل أعلم (ومنها) إضافة  
الضمان إليه بأن يقول اضمن عنى ولو قال اضمن كذا ولم يضيف إلى نفسه لا يرجع  
لأنه إذا لم يضيف إليه فالكفالة لم تقع  
اقرضا إياه فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء إليه  
فلا يمكن الرجوع قبل الأداء لان  
معنى الاقراض والتملك لا يتحقق الا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا  
يكون للأصيل على الكفيل  
دين مثله فاما إذا كان فلا يرجع لأنه إذا أدى الدين التقى الدينان قصاصا إذ لو ثبت  
للكفيل حق الرجوع على  
الأصيل لثبت للأصيل أن يرجع عليه أيضا فلا يفيد فيسقطان جميعا ولو وهب صاحب  
الدين المال للكفيل يرجع  
على الأصيل لان الهبة في معنى الأداء لأنه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الأصيل  
فيرجع عليه كما إذا ملكه بالأداء  
وإذا وهب الدين من الأصيل برئ الكفيل لان هذا وأداء المال سواء لأنه لما وهبه منه  
فقد ملك ما في ذمته كما إذا  
أدى ومتى برئ الأصيل برئ الكفيل لان براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ولو مات

الطالب فورثه الكفيل

(١٣)

يرجع على الأصيل ولو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل لان الإرث من أسباب الملك فيملكه الأصيل ومتى ملكه برئ فيبرأ الكفيل كما إذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الأصيل لان الابراء اسقاط وهو في حق الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الأصيل فلم يكن فيه معنى تمليك الدين أصلا فلا يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الأصيل وهو العقد باذنه موجود والابراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كالابراء عن الأجرة قبل مضي مدة الإجارة ولو لم يؤد الكفيل ما كفل به حتى عجل الأصيل لما كفل عنه ودفع إلى الكفيل ينظران دفعه إليه على وجه القضاء يجوز لأن ولاية الرجوع على الأصيل ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها ثبتت بعد الأداء فأشبه الدين المؤجل إذا عجله المطلوب قبل حل الأجل انه يقبل منه ويكون قضاء كذا هذا وبرئ الأصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء فان أخذ من الأصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لأنه تبين انه لم يكن قضاء وإن كان الكفيل تصرف في ذلك المعجل وربح هل يطيب له الربح ينظر إن كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالاجماع لأنهما لا يتعينان في عقود المعاوضات فحصل التمليك باذن صاحبها فيطيب له الربح وإن كان الدين مكيلا أو موزونا مما يتعين في العقد يطيب له الربح أيضا عند أبي يوسف ومحمد عن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الربح ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب إلى أن يرد الربح على المكفول عنه هذا إذا دفعه إليه على وجه القضاء فاما إذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه إليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل وربح لا يطيب له الربح سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب إذا تصرف في الوديعة والمغصوب

وربح فيهما انه لا يطيب له  
الربح عند هما وعند أبي يوسف يطيب والمسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى  
ولو قال الطالب للكفيل برئت إلى  
من المال يرجع على الأصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لما نذكر وفي  
قوله برئت من المال اختلاف  
نذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم  
حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة  
كل واحد منهما بخمسائة فأدى أحدهما شيئا من مال الكفالة فأراد أن يرجع على  
صاحبه فهذا لا يخلوا اما ان كفل كل  
واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه  
بما عليه دون الآخر أو لم يكفل  
واحد منهما عن صاحبه أصلا فإن لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلا لا يرجع على  
صاحبه بشئ مما أدى لأنه  
أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلا لأنه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الأصيل لأنه  
كفيل عنه بأمره وان كفل  
واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل  
فيما أدى انه من كفالة صاحبه إليه أو  
من كفالة نفسه لأنه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن  
الأصيل والثاني من جهة الكفالة  
عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الأداء عن أيهما شاء فإذا  
قال أديته عن كفالة صاحبي  
يصدق ويرجع على لأنه كفل عنه بأمره سواء أدى المال إلى الطالب ثم قال ذلك أو  
قال ابتداء اني أودي عن كفالة  
صاحبي وكذا إذا قال أديته عن كفالة الأصيل فقبل منه ويرجع عليه لأنه كفل عنه بأمره  
سواء قال ذلك بعد أداء  
المال إلى الطالب أو عنده ابتداء وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما  
أدى كل واحد مهما يكون عن  
نفسه إلى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لا عن نفسه بل يكون عن  
نفسه إلى هذا القدر فلا  
يرجع على شريكه وكذا إذا قال ابتداء اني أودي عن شريكي لا عن نفسي لا يقبل منه  
ويكون عن نفسه  
إلى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى على خمسمائة لان المؤدى إلى  
خمسمائة له معارض والزيادة

لا معارض لها فإذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على  
الأصيل وكذا لو اشترى



رجلان عبدا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوضان إذا افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيئا لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرنا هذا إذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فأما إذا كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى أحدهما شيئا يرجع بكل المؤدى على الأصيل ان شاء وان شاء يرجع بنصفه على شريكه لان حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه الكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى وإذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الأداء كما ساواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الأول لان هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤديا عن نفسه إلى النصف وههنا بخلافه لما مر. (فصل) وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق ان الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياذ فأعطاه مكسرة أو زيوفا وتجاوز به المطالبة يرجع عليه بالصحاح الجياذ لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحاح الجياذ وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له ان يرجع بالمؤدى لا بالدين لأنه بالأداء مالك الدين بل أقرض المؤدى من الأمر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدراهم دنانير أو شيئا من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما إذا صالح من الألف على خمسمائة انه يرجع بالخمسمائة لا بالألف لأنه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الأصيل وهو الألف لأنه لا يمكن ايقاع الصلح تمليكا ههنا لان يؤدي إلى الربا فيقع اسقاطا لبعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفل

بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني  
 فالصلح واقع عن الأصيل والكفيل  
 جميعا وبرئا جميعا ويرجع الكفيل على الأصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على  
 ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة  
 عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدنانيرين لان في الفصل الأول ايقاع  
 الصلح على ثلاثة دنانير  
 تصرف في نفس الحق باسقاط بعضه فكان الصلح واقعا عنهما جميعا فيبران جميعا  
 ويرجع الكفيل على الأصيل بثلاثة  
 دنانير لأنه ملك هذا القدر بالأداء فيرجع به عليه (وأما) في الفصل الثاني إضافة الصلح  
 إلى ثلاثة مقرونا بشرط  
 الا براء المضاف إلى الكفيل ابراء للكفيل عن المطالبة بدنانيرين وبراء الكفيل لا يوجب  
 ابراء الأصيل فيبرأ  
 الكفيل ويبقى الديناران على الأصيل فيأخذه الطالب منهما وبالله التوفيق  
 \* (كتاب الحوالة) \*

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن  
 وفي بيان حكم الحوالة وفي بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة وفي بيان  
 الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) ركن الحوالة فهو  
 الايجاب والقبول الايجاب من المحيل القبول من المحال عليه والمحال، جميعا  
 فالايجاب أن يقول المحيل للطالب أحلتك  
 على فلان هكذا والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما قبلت أو  
 رضيت أو نحو ذلك مما يدل على  
 القبول والرضا وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله أن لم يكن للمحيل على  
 المحال عليه دين فكذلك فأما إذا  
 كان له عليه دين فيتم بايجاب المحيل وقبول المحال (وجه) قوله إن المحيل في هذه  
 الصورة مستوف حق نفسه بيد  
 الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما إذا وكله بالقبض وليس هو كالمحال  
 لان الحوالة تصرف عليه بنقل حقه  
 من ذمة إلى ذمة مع اختلاف الذمم فلا يصح من غير رضا صاحب الحق (ولنا) ان  
 الحوالة تصرف على المحال

عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ولان الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء وبعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا إلى التزامه (فصل) وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى المحيل وبعضها يرجع إلى المحال وبعضها يرجع إلى المحال وبعضها يرجع إلى المحال عليه وبعضها يرجع إلى المحال به (أما) الذي يرجع إلى المحيل فأنواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغاً وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفاً نفاذه على إجازة وليه لان الحوالة ابراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بمالها خصوصا إذا كانت مقيدة فتنعقد من الصبي كالبائع ونحوه فأما حرية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد مأذونا كان في التجارة أو محجورا لأنها ليست بتبرع بالتزام شيء كالكفالة فيملكها العبد غير أنه إن كان مأذونا في التجارة رجع عليه المحال عليه للحال إذا أدى ولم يكن للعبد عبه دين مثله ويتعلق برقبته وإن كان محجورا يرجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لأنها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرها على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التملك فتفسد بالاكراه كسائر التمليكات (وأما) الذي يرجع إلى المحال فأنواع (منها) العقل لما ذكرنا ولان قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (وأما) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فينعقد احتياله موقوفاً على إجازة وليه إن كان الثاني أملا من الأول وكذا الوصي إذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشريطة لأنه منهي عن قربان ماله الاعلى وجه الأحسن للآية الشريفة فيه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن (ومنها) الرضا على لو احتال مكرها لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي

يوسف شرط النفاذ حتى أن  
المحتال لو كان غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف  
ينفذ والصحيح قولهما لأن قبوله من  
أحد الأركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس  
كما في البيع (وأما) الذي  
يرجع إلى المحال عليه فأنواع أيضا (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذي  
لا يعقل قبول الحوالة أصلا لما  
ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضا فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلا  
لما ذكرنا وإن كان عاقلا  
سواء كان محجورا عليه أو مأذونا في التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو  
بأمره (أما) إذا كانت بغير  
أمره فظاهر لأنه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعا بابتدائه وانتهائه وكذلك إذا  
كانت بأمره لأنه تبرع بابتدائه  
فلا يملكه الصبي محجورا كان أو مأذونا في التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا  
يصح أيضا لأنه من التصرفات  
الضارة فلا يملكه الولي (ومنها) الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح (ومنها)  
المجلس وانه شرط الانعقاد  
عندهما لما ذكرنا في جانب المحيل (وأما) الذي يرجع إلى المحال به فنوعان  
أحدهما أن يكون ديناً فلا تصح الحوالة  
بالأعيان القائمة لأنها نقل ما في الذمة ولم يوجد والثاني أن يكون لازماً فلا تصح  
الحوالة بدين غير لازم كبذل الكتابة وما  
يجرى مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة إذ المولى لا يجب له على عبده دين  
والأصل ان كل دين لا تصح الكفالة  
به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس  
بشروط لصحة الحوالة حتى  
تصح الحوالة سواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة  
مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة  
نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيده بالدين الذي عليه  
والمقيدة أن يقيده بذلك والحوالة  
بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبع من  
غير فصل الا أن الحوالة  
المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام (منها) أنه إذا أطلق الحوالة ولم يكن له على  
المحال عليه دين فان المحال يطلب

المحال عليه بدين الحوالة لا غير وإن كان له عليه دين فان المحال عليه يطالب بدينين  
دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه

المحال بدين الحوالة ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لان الحوالة لم تنقذ بالدين الذي للمحال عليه لأنها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة فيتعلق دين الحوالة بنعته ودين المحيل بقي على حاله وإذا قيدها بالدين الذي عليه ينقطع حق مطالبة المحيل لأنه قيد الحوالة بهذا الدين فيتقيد به ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وان لم يكن رهنا على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بأن كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن إذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لأنه قضى دينه بأمره ولو ظهر ذلك في الحوالة المطلقة لا يبطل لأنه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فإذا اظهر انه لا دين فقد ظهر انه لا حوالة لان الحوالة بالدين وقد تبين انه لا دين فتبين انه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد في الحوالة المطلقة لان تعلق الدين به يوجب تقيد الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق الذمة فلا يظهر ان الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بألف وديعة عند رجل فهلكت الألف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الألف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لأنه يجب عليه مثلها (ومنها) انه إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهوان المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى انه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغنمه لان الخراج بالضمان فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى انه لو ترى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضا بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة في ذلك وإذا أراد المحيل أن يأخذ

المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك  
لان المال الذي قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت  
الحوالة مطلقة والمسألة بحالها يؤخذ  
من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال  
في ذلك وإنما يؤخذ من المحال عليه  
لان الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال في ذلك لان حقه  
ثبت على المحال عليه ولا يعود إلى المحيل  
ولكن القاضي يأخذ من غرماء المحيل كفيلا لأنه ثبت الرجوع إليهم لاحد رجلين (اما)  
المحال إذا نوى ما على  
الآخر وأما المحال عليه إذ أدى الدين فالقاضي نصب ناظر الأمور المسلمين فيحتاط في  
ذلك بأخذ الكفيل  
(فصل) واما بيان حكم الحوالة فنقول وبالله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة  
المحيل وهذا عند أصحابنا  
الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق في ذمته بعد الحوالة على ما  
كان عليه قبلها كالكفالة سواء  
(وجه) قوله إن الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براءة الأول بل  
الوثيقة في مطالبة الثاني  
مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير كما في الكفالة سواء (ولنا) أن  
الحوالة مشتقة من التحويل وهو  
النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها والشئ إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل  
الأول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل  
بسهولة الوصول من حيث الملاءة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الأصيل جاز  
وتكون حوالة لأنه أتى بمعنى الحوالة  
واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع إنفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة  
قال بعضهم انها نقل المطالبة  
والدين جميعا وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين فباق في ذمه  
المحيل (وجه) قول الأولين دلالة  
الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فلا نا أجمعنا على أنه لو أبرأ المحال عليه من  
الدين أو وهب الدين منه صحت  
البراءة والهبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولولا أن الدين انتقل  
إلى ذمة المحال عليه وفرغت ذمة  
المحيل عن الدين لما صح الأول لان الابراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال الصح  
الثاني لان الابراء عن دين ثابت

وهبته منه صحيح وان تأخرت المطالبة كالإبراء عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلان  
الحوالة توجب النقل لأنها



مشتقة من التحويل وهو النقل فيقتضى نقل ما أضيف إليه وقد أضيف إلى الدين لا إلى المطالبة لأنه إذا قال أحلت بالدين أو أحلت فلانا بدينه فيوجب انتقال الدين إلى المحال عليه إلا أنه إذا انتقل أصل الدين إليه تنتقل المطالبة لأنها تابعة (وجه) قوله الآخرين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل إذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعا ويجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبغي أن لا يجبر على القبول كما إذا تطوع أجنبي بقضاء دين انسان على غيره وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يترد برده ولو وهبه منه يترد برده كما إذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو أنتقل الدين إلى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم البراء والهبة ولا ارتدا جميعا بالرد كما لو أبرأ الأصيل أو وهب منه وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وإن كانت الحوالة بأمره كما في الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه إذا لم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كالكفالة سواء فدللت هذه الأحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم إن الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الأصيل فكذا في الحوالة (وأما) المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابراء الأول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام أصل الدين في ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل إلى ذمة المحال عليه بدين في ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعا واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على الحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال فكلما لازمه المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال وإذا حبسه له أن يحبسه إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها وإن كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال

عليه دين مثله والحوالة مقيدة  
لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل إذا لوزم ولا أن يحبسه إذا حبس لان الحوالة إذا  
كانت بغير أمر المحيل كان  
المحال عليه متبرعا وإن كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه المحال  
عليه لكان للمحيل أن يلازمه أيضا  
فلا يفيد والله عز وجل أعلم  
(فصل) وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج  
من الحوالة بانتهاء حكم  
الحوالة وحكم الحوالة ينتهي بأشياء (منها) فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال  
بالمال فكانت محتملة للفسخ  
ومتى فسخ تعود المطالبة إلى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه  
الله حكم الحوالة لا ينتهي  
بالتوى ولا تعود المطالبة إلى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه  
وسلم أنه قال من أحيل على ملئ  
فليتبع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة  
عن شريطة السلامة فتفيد  
البراءة مطلقا (ولنا) ما روى عن سيدنا عثمان رضى الله عنه قال ففي المحال عليه إذا  
مات مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل  
وقال لا توى على مال امرئ مسلم وعن شريح مثل ذلك ذكره محمد في الأصل ولم  
ينقل عن أحد من الصحابة خلافه  
فكان اجماعا ولان الدين كان ثابتا في ذمة المحيل قبل الحوالة والأصل أن الدين لا  
يسقط الا بالقضاء قال النبي عليه  
الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق الابراء بالقضاء في السقوط والحوالة ليست  
بقضاء ولا ابراء فبقي الدين  
في ذمته على ما كان قبل الحوالة الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه لكن  
إلى غاية التوى لان حياة الدين  
بالمطالبة فإذا توى لم تبق وسيلة إلى الاحياء فعادت إلى محلها الأصلي ولا حجة له في  
الحديث لأنه عليه الصلاة والسلام  
علق الحكم بشريطة الملاءة وقد ذهبت بالافلاس ثم التوى عند أبي حنيفة رحمه الله  
بشيئين لا ثالث لهما أحدهما  
أن يموت المحال عليه مفلسا والثاني ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال وقد  
قال أبو يوسف ومحمد بهما  
وبثالث وهو أن يفلس المحال عليه حياته ويقضى القاضي بافلاسه بناء على أن القاضي

يقضى الافلاس حال

(١٨)

حياته عند هما وعنده لا يقضى به (ومنها) أداء المحال عليه المال إلى المحال فإذا أدى المال خرج عن الحوالة إذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها (ومنها) أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه ويقبله لان الهبة والصدقة في معنى الإبراء (ومنها) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه (ومنها) أن يرثه من المال والله عز وجل أعلم

(فصل) وأما بيان الرجوع فجملة الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فأنواع (منها) أن تكون الحوالة بأمر المحيل فإن كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه إذا أدى لا يرجع على المحيل لان الحوالة إذا كانت بأمر المحيل صار المحال مملكا للدين من المحال عليه بما أدى إليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وإن كانت بغير أمره لا يوجد معنى التملك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) أداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه وكذا إذا ورثه المحال عليه لان الإرث من أسباب الملك فإذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان الإبراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التملك الا عند اشتغاله بالرد فإذا لم يوجد بقي اسقاطا محضا فلم يملك المحال عليه شيئا فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فإن كان لا يرجع لان الدينين التقيا قصاصا لأنه لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضا فلا يفيد فيتقاصا الدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فنقول وبالله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال بن لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقده دراهم عن الدنانير فتصار فأجاز ويراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افترقا بل القبض أو شرطاً فيه الأجل والخيار يبطل الصرف ويعود الدين إلى حاله وإذا صحت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى

لان الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف الأمور بقضاء الدين لما ذكرنا في كتاب الكفالة وكذا إذا باعه بالدرهم أو الدنانير عرضا يرجع بمال الحوالة لما ذكرنا وكذا إذا أعطاه زيوفا مكان الجياد وتجوز بها المحال رجوع على المحيل بالجياد لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبراه عن الباقي يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لأنه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدرهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضا على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شيء وإنما أنت وكيلى في القبض والمقبوض لي وقال المحال لا بل أحلتني بألف كانت لي عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لان المحال يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه والله عز وجل أعلم \* (كتاب الوكالة) \*

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى التوكيل لغة وشرعا وفي بيان ركن التوكيل وفي بيان شرائط الركن وفي حكم التوكيل وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الأول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة في اللغة تذكر ويراد بها الحفظ قال الله عز وجل وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل أي الحافظ وقال تبارك وتعالى لا إله إلا هو فاتخذوه وكيلا قال الفراء أي حفيظاً وتذكر ويراد بها الاعتماد وتعويض الأمر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عز وجل خبرا عن سيدنا هو عليه الصلاة والسلام اني توكلت على الله ربي وربكم أي اعتمدت على الله وفوضت أمري إليه وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضا على تقرير الوضع اللغوي وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل وهذا قال أصحابنا ان من قال لآخر وكتلك في كذا أنه يكون وكيلا في الحفظ

لأنه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه  
(فصل) وأما بيان ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول فالايجاب من الموكل أن يقول  
وكلتك بكذا أو افعل كذا  
أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجرى مجراه  
فما لم يوجد الايجاب والقبول  
لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم  
يبرأ الغريم لان تمام العقد  
بالايجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما في البيع ونحوه  
ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد  
يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول إن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا العبد وقد  
يكون مضافا إلى وقت بأن يقول  
وكلتك في بيع هذا العبد غدا ويصير وكيلا في الغد فما بعده ولا يكون وكيلا قبل الغد  
لان التوكيل اطلاق التصرف  
والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت كالطلاق والعتاق واذن  
العبد في التجارة والتمليكات  
كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون التقييدات كعزل الوكيل والحجر على العبد  
المأذون والرجعة والطلاق  
الرجعي لا يحتمل ذلك  
(فصل) وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى الموكل وبعضها يرجع إلى الوكيل  
وبعضها يرجع إلى الموكل به  
أما الذي يرجع إلى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان  
التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف  
إلى غيره فمالا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض إلى غيره فلا يصح التوكيل من  
المجنون والصبي الذي لا يعقل  
أصلا لان العقل من شرائط الأهلية ألا ترى أنهما لا يملكان التصرف بأنفسهما وكذا  
من الصبي العاقل بمالا يملكه  
بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة ويصح  
بالتصرفات النافذة كقبول  
الهبة والصدقة من غير اذن المولى لأنه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيلك تفويضه  
إلى غيره بالتوكيل وأما  
التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والإجارة فإن كان مأذونا له في التجارة يصح  
منه التوكيل بها لأنه يملكها بنفسه  
وإن كان محجورا ينعقد موقوفا على إجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضا كما إذا

فعل بنفسه لان في انعقاده فائدة  
لوجود المجيز للحال وهو الولي ولا يصح من العبد المحجور وأما التوكيل من المرتد  
فموقوف ان أسلم ينفذ وان قتل أو مات على  
الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد هو نافذ بناء  
على أن تصرفات المرتد  
موقوفة عنه لوقوف املاكه وعندهما نافذة لثبوت املاكه ويجوز التوكيل من المرتدة  
بالاجماع لان تصرف فاتها نافذة  
بلا خلاف وأما ما الذي يرجع إلى الوكيل فهو أن يكون عاقلا فلا تصح وكالة المجنون  
والصبي الذي لا يعقل لما قلنا وأما  
البلوغ والحرية فليس بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين  
كانا أو محجورين  
وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة لأنه غير مكلف  
ولا تصح وكالة المجنون (ولنا)  
ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت إن أوليائي غيب  
يا رسول الله فقال صلى الله  
عليه وسلم ليس فيهم من يكرهني ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني فزوجها  
من رسول الله صلى الله عليه وسلم  
وكان صبيا والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد  
انعدم هناك ووجد هنا  
فتصح وكالته كالبالغ الا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع إلى الوكيل إذا كان  
بالغا وإذا كان صبيا  
ترجع إلى الموكل لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى وكذا ردة الوكيل لا تمنع  
صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل  
مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكه والوكيل يتصرف في ملك  
الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا  
لو كان مسلما وقت التوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف في أن العلم  
بالتوكيل في الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم  
من يعامله حتى أنه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم  
الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى

يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الأمر لا يلزم الابد العلم  
بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب  
العلم بالمأمور به كما في أوامر الشرع (وأما) علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو  
شرط ذكر في الزيادات انه شرط  
وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فإنه قال إذا قال الموكل لرجل اذهب بعدي هذا إلى  
فلان فيبيعه فلان منك فذهب  
الرجل بالعبد إليه وأخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شراؤه وان لم  
يخبره بذلك فالبيع جائز كذا  
ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر  
في الزيادات انه لا يجوز البيع وصورة  
المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع فإنه قال إذا  
قال المولى لقوم بايعوا عبدي  
فانى قد أذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد بإذن المولى لهم بالمبايعه  
وليس التوكيل كالوصاية فان من  
أوصى إلى رجل غائب أي جعله وصيا بعد موته ثم مات الموصى ثم إن الوصي باع  
شيئا من تركة الميت قبل علمه بالوصاية  
والموت فان بيعه جائزا استحسانا ويكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لا يملك اخراج  
نفسه منها والقياس أن لا يجوز  
والفرق أن الوصي خلف عن الموصى قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع  
الوارث تركة الميت بعد موته  
وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصي بخلاف التوكيل لأنه أمر من الموكل وحكم  
الأمر لا يلزم الابد العلم أو سببه  
على ما مر فإذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فإن كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب  
الموكل بذلك كتابا إليه فبلغه وعلم  
ما فيه أو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلا أو رجل واحد عدل  
صار وكيلا بالاجماع وان أخبره  
بذلك رجل واحد غير عدل فان صدقه صار وكيلا أيضا وان لم يصدقه يبغى أن يكون  
على الاختلاف في العدل عند  
أبي حنيفة لا يكون وكيلا وعند أبي يوسف ومحمد يكون كيلا كما في العزل على ما  
نذكره في موضعه إن شاء الله  
تعالى (وأما) الذي يرجع إلى الموكل فإنه يرجع إلى الموكل به فإنه يرجع إلى بيان ما  
يجوز التوكيل به ومالا يجوز  
والجملة فيه ان التوكيل لا يخلو اما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهي الحدود واما



أن يكون بحقوق العباد والتوكيل  
بحقوق الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل باثبات  
الحدود فإن كان حدا لا يحتاج  
فيه إلى الخصومة كحد الزنا وشر الخمر فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لأنه ثبت عند  
القاضي بالبينة أو الاقرار  
من غير خصومة وإن كان مما يحتاج فيه إلى الخصومة كحد السرقة وحد القذف  
فيجوز التوكيل باثباته عند أبي  
حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما الا من الموكل وكذلك  
الوكيل باثبات القصاص على  
هذا الخلاف (وجه) قول أبي يوسف انه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا  
بالاثبات لان الاثبات وسيلة  
إلى الاستيفاء ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو ان امتناع التوكيل في الاستيفاء  
لمكان الشبهة وهي منعدمة  
في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فإن كان المقذوف  
والمسروق منه حاضرا وقت  
الاستيفاء جاز لأن ولاية الاستيفاء إلى الامام وانه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه  
على كل حال وإن كان  
غائبا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لأن عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح  
وانه لا يحتملها وقال بعضهم  
لا يجوز لأنه إن كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا  
وقال الشافعي رحمه الله يجوز  
التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله إن هذا حقه فكان بسبيل من  
استيفائه بنفسه وبنائبه  
كما في سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا انه يحتمل  
أنه لو كان حاضر الصدق  
الرامي فيما رماه أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع  
من استيفاء سائر الحقوق ويجوز  
التوكيل بالتعزير اثباتا واستيفاء بالاتفاق وللوكيل أن يستوفى سواء كان الموكل غائبا أو  
حاضرا لأنه حق العبد  
ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين  
فأشبهه سائر الحقوق  
بخلاف الحدود القصاص (وأما) التوكيل باستيفاء القصاص فإن كان الموكل وهو  
المولى حاضر أجاز لأنه قد

لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج إلى التوكيل وإن كان عائبا لا يجوز لان احتمال  
العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضرا

لعفى فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وإن كان غائباً والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فنقول وبالله التوفيق

حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاءه مع الشبهة كالقصاص وقد مر حكم التوكيل باثباته وباستيفائه

ونوع بجوز استيفاءه وأخذه مع الشبهة كالديون والاعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف

انه يجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل

والأصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما ان سيدنا علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن لها لحماً يحضرها الشياطين فجعل الخصومة إلى عقيل رضي الله عنه فلما كبر ورق حولها إلى وكان على يقول ما

قضى لو كيلى فلي وما قضى على وكيلى فعلى ومعلوم أن سيدنا علياً رضي الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان

توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف في جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة

لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الأحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله

وذكر الجصاص انه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب لكن المتأخرين من أصحابنا

استحسنوا في المرأة إذا كانت محذرة غير بريزة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا

يجوز الا توكيل البكر وهذا غير سديد لما يذكر (وجه) قولهم إن التوكيل بالخصومة صادق حق الموكل فلا يقف

على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك ان الدعوى حق المدعى والانكار حق المدعى عليه فقد

صادف التوكيل من المدعى والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خاصمه بنفسه ولا بي حنيفة

رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والانكار الصادق ودعوى المدعى خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو

والغلط وكذا انكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعى

فلم يكن كل ذلك حقا فكان الأصل  
أن لا يلزم به جواب الا أن الشرع الزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع  
المنازعات المؤدية إلى الفساد  
واحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة يصير مقضيا بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة  
عن جواب الوكيل من غير  
ضرورة مع ما ان الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر  
فربما يكون الوكيل الحن  
بحجته فيعجز من يخاصمه عن احياء حقه فيتضرر به فيشترط رضا الخصم ليكون لزوم  
الضرر مضافا إلى التزامه وإذا  
كان الموكل مريضا أو مسافرا فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم  
يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت  
الحقوق وهلكت وهذا لا يجوز وكذلك إذا كانت المرأة مخدرة مستورة لأنها  
تستحي عن الحضور لمحافل الرجال  
وعن الجواب بعد الخصومة بكرة كانت أو ثيبا فيضيع حقها (وأما) في مسألتنا فلا  
ضرورة ولو وكل بالخصومة  
واستثنى الاقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز ويصير وكيلا  
بالانكار سواء كان التوكيل من  
الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه إذا وكل الطالب  
واستثنى الاقرار يجوز وان وكل  
المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان استثناء الاقرار في عقد التوكيل  
إنما جاز لحاجة الموكل إليه  
لان الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل  
من غير استثناء لتضرر به الموكل  
وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لان كل واحد منهما  
يحتاج إلى التوكيل بالخصومة  
هذا إذا وكل الخصومة واستثنى الاقرار في العقد فاما إذا وكل مطلقا ثم استثنى الاقرار  
في كلام منفصل يصح عند أبي  
يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالاقرار فذكر في الأصل انه يجمز وذكر  
الطحاوي انه لا يجوز  
ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد  
المأذون والمكاتب لأنهم يملكون  
الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها إلى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذمي كما يجوز  
من المسلم لان حقوقهم

مصونة مرعية عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بقبض الدين لان الموكل قد لا  
يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

إلى التفويض إلى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا أن التوكيل بقبض رأس مال السلم وبدل الصرف إنما يجوز في المجلس لان الموكل إنما يملك القبض فيه لا في غيره وإذا قبض الدين من الغريم برئ الغريم لان القبض الصحيح يوجب البراءة وتجوز الوكالة بقضاء الدين لأنه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتهيأ له القضاء بنفسه فيحتاج إلى التفويض إلى غيره سواء كان الموكل حراً أو عبداً مأذوناً أو مكاتباً لأنهما يملكان القضاء بأنفسهما فيملكان التفويض إلى غيرهما أيضاً ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لأن هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصلح على إنكار لأنه يملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها إلى غيره وتجوز الهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والاستعارة والاستيهاج والارتهان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقراض والاستقراض الا أن في التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا إذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلني فلان إليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصلح وبالابراء ويجوز بالطلاق والعتاق والإجارة والاستئجار لما قلنا ويجوز بالسلم والصرف لأنه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما إلى غيره الا أن قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد على الحصاة والعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لان حقوق العقد راجعة إليهما لما نذكر فإذا تقابض الوكيلان في المجلس فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين إذا تقابضا في المجلس ثم افترقا انه يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع إلى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فإذا افترقا فقد حصل الافتراق لاعن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع إليه بل هو أجنبي عنها فبقاؤه وافتراقه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لأنهما مما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض إلى غيره الا أن لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد

نوعي الوكالة دون النوع الآخر  
وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام أن يقول له اشتر لي ما شئت  
أو ما رأيت أو أي ثوب شئت  
أو أي دار شئت أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة الفاحشة من  
غير بيان النوع والصفة والتمن  
لأنه فوض الرأي إليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبضاعة والمضاربة والخاص أن يقول  
اشتر لي ثوبا أو حيوانا  
أو دابة أو جوهرًا أو عبداً أو جارية أو فرسا أو بغلا أو حمارا أو شاة والأصل فيه ان  
الجهالة إن كانت كثيرة تمنع صحة  
التوكيل وإن كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا  
يجوز الابعد بيان النوع والصفة  
ومقدار المثل لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما  
أيضا (وجه) الاستحسان ما روى أن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينارا إلى حكيم بن حزام ليشتري له به أضحية ولو  
كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة  
التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع  
بذكر الأضحية وبقدر الثمن ولان الجهالة  
القليلة في باب الوكالة لا تفضى إلى المنازعة لان مبنى التوكيل على الفسحة  
والمسامحة فالظاهر أنه لا تجوز المنازعة فيه  
عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال  
بالمال فالجهالة فيه وان قلت  
تفضى إلى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق وإذا ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة  
ففي كل موضوع قلت الجهالة صح  
التوكيل بالشراء والا فلا فينظر إن كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع  
مختلفة لا يجوز التوكيل به الابعد بيان  
النوع وذلك نحو أن يقول اشتر لي ثوبا لان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من  
ثوب الإبريسم والقطن والكتان  
وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمي الثمن لان  
الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا  
تقل الا بذكر النوع بأن يقول اشتر لي ثوبا هرويا فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم  
يصح التوكيل وكذا إذا قال  
اشتر لي حيوانا أو قال اشتر لي دابة أو أرضا أو مملوكا أو جوهرًا أو حبوبا لان كل  
واحد منها اسم جس يدخل تحته

أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوبا هرويا فإذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل. وكذا إذا قال



اشتر لي دارا لا يصح لان بين الدار والدار تفاوتا فاحشا فان عين الدار يجوز وان لم يعين ولكنه بين الثمن جاز أيضا ويقع على دور المصر الذي وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان الثمن وروى عن أبي يوسف انه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حق يعين مصرا من الأمصار ولو قال اشتر لي دار في موضوع كذا أو حبة لؤلؤ أو فص ياقوت أحمر ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وإن كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذكر أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشتر لي عبدا تركيا أو مقدار الثمن بأن قال اشتر لي عبدا بألف درهم لان الجهالة نقل بذكر أحدهما وبحال الموكل لان الصفة تصير معلومة بذكر الثمن وان لم يذكرها وإذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوما بحال الأمر فما يشتريه أمثاله عادة حتى أنه لو خرج المشتري عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبي يوسف فيمن قال اشتر لي خادما من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس فإن كان الثمن كثير الا يتعامل الناس به لم يجز على الأمر وكذا البدوي إذا قال اشتر لي خادما حبشيا فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فإن لم يذكر أحد ما أصلا فالوكالة باطلة لان الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعا فمنعت صحة الوكالة ولو قال اشتر لي حمارا أو بغلا أو فرسا أو بعيرا ولم يذكر له صفة ولا ثمنا قالوا إنه يجوز لان النوع صار معلوما بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن فينظر ان اشترى حمارا بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس في مثله جاز على الموكل إذا كان الحمار مما يشتري مثله الموكل وإن كان مما لا يشتري مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وان اشتراه بمثل قيمته نحو أن يكون الموكل مكاريا فاشترى الوكيل حمارا مصريا يصلح للركوب لان مثله يشتري الحمار للعمل والحمل لا للركوب ولو قال اشتر لي شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا ثمنا لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ولا بد وأن يكون أحدهما معلوما لما بينا ولو قال اشتر لي حنطة لا يصح

التوكيل ما لم يذكر أحد شيئين اما قدر الثمن واما قدر المثلثن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذكر أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات ولو وكله ليشتري له طيلسانا لا يصح الابعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الابعد بيان أحدهما والله عز وجل أعلم

(فصل) وأما بيان حكم التوكيل فنقول وبالله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف إليه وكيلا لان التوكيل اثبات الوكالة وللو كالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل فيحتاج إلى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته ومالا يملكه فنقول وبالله التوفيق الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله في الجملة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يملك والأب والوصي وأمين القاضي لا يملك الاقرار على الصغير بالاجماع (وجه) قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذي هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك انكارا وقد يكون اقرارا فإذا أقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار فينفذ على الموكل كما إذا أقر على موكله وصدقه الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره في مجلس القاضي لا في غيره وقال أبو يوسف يصح فيه وفي غيره (وجه) قوله إن التوكيل تفويض ما يملكه الموكل إلى غيره واقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضي فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر إليه لكن في مجلس القاضي لان التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضي ألا ترى ان الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي وكذا الخصومة لا تندفع باليمين في غير مجلس القاضي فتتقيد بمجلس القاضي ألا أنه إذا أقر في غير مجلس القاضي يخرج عن الوكالة وينعزل لأنه لو بقي وكيلا لبقى وكيلا بالاقرار عينا لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والاقرار عينا غير موكل به والوكيل بالخصومة في مال إذا اقضي القاضي به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة

وعند زفر لا يملك (وجهه) قوله إن

(٢٤)

المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الأمانة وليس كل من يهتدى إلى شئ يؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالقبض (ولنا) أنه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهي الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضي الدين يملك القبض في ظاهر الرواية لان حق التقاضي لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض ولان التقاضي والاقتضاء والاستيفاء واحد الا ان المتأخرين من أصحابنا قالوا إنه لا يملك في عرف ديارنا لان الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضي كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة في أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة في اثبات الدين إذا أنكر الغريم عند أبي حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أيضا فيملك إقامة البينة وكذا لو أقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبراه عنه قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا في الوكيل بقبض العين إذا أنكر من في يده أنه لا يملك الخصومة حتى لا يملك إقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من الذي وكله بالقبض لا تسمع منه بينته في اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال إلى أن يحضر الموكل وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عن الحق فلا يتعدى إلى الخصومة كالتوكيل بقبض العين لأبي حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحقوق في مبادلة المال بالمال تتعلق بالعاقد كما في البيع والإجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاءه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما في ذمة الغريم وتمليكه بهذا القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه

مقدور الاستيفاء فلا يملك  
الخصومة فيها الا بأمر جديد فهو الفرق بين الفصلين فإذا لم يملك الخصومة لا تسمع  
بينة المدعى عليه على الشراء من  
الموكل بالقبض لأنها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل  
ونجوز أن تكون البينة مسموعة  
من وجه دون وجه كمن وكل انسانا بنقل زوجته إلى حيث هو فطالبها الوكيل  
بالانتقال فأقامت البينة على أن زوجها  
طلقها ثلاثا تسمع هذه البينة في اندفاع حق الوكيل في النقل ولا تسمع في اثبات  
الحرمة كذا هذا و كذلك الوكيل  
بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالعيب  
والقسمة فيها معنى المبادلة فكانت  
الخصومة فيها من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض إذا أراد أن  
يوكل غيره هذا على وجهين  
(اما) إن كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ما شئت أو ما  
صنعت من شئ فهو جائز على أو  
نحو ذلك (وأما) إن كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فإن كانت  
عامة بملك أن يوكل غيره بالقبض  
لان الأصل فيما يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومته وإن كانت خاصة فليس له أن  
يوكل غيره بالقبض لان الوكيل  
يتصرف بتفويض الموكل فيملك قدر ما فوض إليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني  
لم يبرأ الغريم من الدين لان  
توكيله بالقبض إذا لم يصح فقبضه وقبض الأجنبي سواء فان وصل إلى يد الوكيل الأول  
برئ الغريم لأنه وصل إلى  
يد من هو نائب الموكل في القبض وان هلك في يده قبل أن يصل إلى الوكيل الأول  
ضمن القابض للغريم لان قبضه  
بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر  
والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على  
القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الأول  
لأنه صار مغرورا من جهته بتوكيله  
بالقبض فيرجع عليه إذ كل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان  
الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين  
لما قلنا إن توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه وإذا أخذ منه  
رجع الغريم على الوكيل الثاني لما

قلنا ويرجع الوكيل الثاني على الأول بحكم الغرور لما قلنا إن الوكيل بقبض الدين  
للموكل على أسنان معين أو في بلد

معين لا يملك ان يعتدى إلى غيره لان المتصرف بحكم الأمر لا يملك التعدي عن  
موضع الامر وليس للوكيل بقبض  
الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينا مكانه لأن هذه معاوضة مقصودة  
وانها لا تدخل تحت التوكيل  
بقبض الدين وهذا لما بينا ان قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل  
بقبضه حقيقة الا أن التوكيل  
بقبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفعة الحاجة المعلقة  
بالتوكيل بقبض الدين وحق  
الضرورة يصير مقضيا بثبوتها ضمنا للعقد فبقية المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد  
أصلا فلا يملكها الوكيل ولو  
كان لرجل على رجل دين فجاء انسان إلى الغريم وقال إن الطالب أمرني أن أقبضه منك  
فان صدقه الغريم وأراد  
أن يدفع إليه لا يمنع منه وان أبى أن يدفع إليه يجبر على الدفع في الدين وفي العين لا  
يجبر عليه والفرق أن التصديق في  
الدين اقرار على نفسه فكان مجبورا على التسليم وفي العين اقرار على غيره فلا يصح الا  
بتصديق ذلك الغير وان لم يصدقه  
لم يجبر على الدفع فان دفعه إليه ثم جاء الطالب فان صدقه مضى الامر وان كذبه  
وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على  
وجوه ثلاثة اما ان صدقه ودفعه إليه واما ان كذبه ومع ذلك دفع إليه واما ان لم يصدقه  
ولم يكذبه ودفع إليه فان صدقه  
في الوكالة ولم يضمنه فجاء الطالب يقال له ادفع الدين إلى الطالب ولا حق لك على  
الوكيل لأنه لما صدقه في الوكالة فقد  
أقر بوكالته واقاراه صحيح في حق نفسه فكأنه يقول إن الوكيل كان محققا في القبض  
وان الطالب ظالم فيما يقبض مني  
وان ظلم على مبطل فلا أظلم عليهم محق وان صدقه وضمنه ما دفع إليه ثم حضر الطالب  
فأخذ منه يرجع هو على القابض  
لان الغريم وان أقران القابض محق في القبض بتصديقه إياه في الوكالة فعنده ان الطالب  
مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه  
فإذا ضمنه فقد أضاف الضمان إلى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق وإضافة الضمان إلى  
المقبوض المضمون صحيح كما إذا  
قال ما غصبك فلان فعلى وان كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع إليه له أن يضمن الوكيل  
لان عنده انه مبطل في القبض  
وإنما دفعه إليه على رجاء ان يجوزه الطالب وكذا إذا لم يصدق ولم يكذب لأنه لم

يوجد منه الاقرار بكونه محققا في القبض  
فيملك الرجوع عليه الوكيل بقبض الدين إذا قبضه فوجده معيبا فما كان للموكل رده  
فله رده وأخذ بدله لأنه قائم مقام  
الموكل فهو يملك قبض حقه أصلا ووصفا فكذا الوكيل ولو وكل رجلا يقبض دين له  
على رجل وغاب الطالب  
فادعى الغريم انه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل إلى إقامة البينة ولا إلى احضار  
الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم  
ادفع الدين إلى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه ان أردت يمينه فان حلف والا رجعت  
عليه لأنه مقر بالدين والدين  
مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الايفاء  
مع الاحتمال بل يجبر على التسليم  
إلى الوكيل وكذلك الوكيل بطلب الشفعة إذا ادعى المشتري أن الشفيع قد سلم للشفعة  
يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل  
ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه ان أردت يمينه لان المشتري مقر بثبوت حق الشفعة لان  
تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون  
فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشتري إلى الوكيل  
وهذا بخلاف الوكيل بالرد  
بالعيب إذا ادعى البائع أن المشتري قد رضى بالعيب انه لا يكون للموكل حق الرد حتى  
يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى  
ما رضى بهذا العيب لان البائع بقوله رضى المشتري بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد  
بالعيب إذ ليس كل عيب موجبا  
للرد ألا ترى انه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف  
على حضور الموكل ويمينه فان أراد  
الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له  
أن يحلفه عند أبي حنيفة وأبي يوسف  
وقال زفر يحلفه على علمه فان أبي أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان  
الطالب على حجته (وجه) قول  
زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض فإذا أنكر يستحلف لجواز  
انه ينكل عن اليمين فيسقط  
حقه (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ما ادعى  
على الوكيل شيئا وإنما ادعى  
على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية  
استحلاف الوكيل وهذا بخلاف



ما إذا مات الطالب فادعى الغريم انه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث ان له أن  
يستحلف الوارث على علمه

بالله تعالى ما يعلم أن الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه في الاستيفاء الذمي هو حقه فلم يكن استخلافه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لأنه يستحلف على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لأنه لا يعلم له به انه فعل ذلك أولم يفعل فان أقام الغريم البينة على الايفاء سمعت بينته عند أبي حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة بناء على أن الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيلا بالخصومة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على هذا الاختلاف إذا أقام الغريم البينة انه أعطى الطالب بالدرهم الدنانير أو باعه بها عرضا فبينته مسموعة عنده وعند هما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريقي المبادلة والمقاصة ويستوى فيهما الجنس وخلاف الجنس فكان الخلاف في الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فإن كان مقيدا يراعى فيه القيد بالاجماع حتى أنه إذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون خلافه إلى خير لما مران الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلي من التصرف قدر ما ولاه وإن كان الخلاف إلى خير فإنما نفذ لأنه إن كان خلافا صورة فهو وفاق معنى لأنه أمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل فنفذ بيان هذه الجملة إذا قال بع عبدي هذا بألف درهم فباعه بأقل من الألف لا ينفذ وكذا إذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ وإن كانت قيمته أكثر من ألف درهم لأنه خلاف إلى شر لان أغراض الناس تختلف باختلاف الأجناس فكان في معنى الخلاف إلى شروان باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لأنه خلاف إلى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا لو وكله بالبيع بألف درهم حالة فباعه بألف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بألف درهم نسيئة فباعه بألف حالة نفذ لما قلنا وان وكله بأن يبيع ويشترط الخيار للآمر فباعه ولم يشترط الخيار لم يجز بل يتوقف ولو باع وشرط الخيار للآمر ليس له أن يجيز لأنه لو ملك الإجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة

هذا إذا كان التوكيل البيع مقيدا  
فأما إذا كان مطلقا فيراعى فيه الاطلاق عند أبي حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعند  
هما لا يملك البيع  
الا بما يتغابن الناس في مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن  
مطلق البيع ينصرف  
إلى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف إليه كالتوكيل بالشراء  
ولا بي حنيفة أن  
الأصل في اللفظ المطلق أن يجرى على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف  
متعارض فان البيع بغبن فاحش  
لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييد المطلق مع  
التعارض مع ما أن البيع بغبن  
فاحش ان لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكر أو تسمية لان كل واحد منهما يسمى  
بيعا أو هو مبادلة شئ مرغوب  
بشئ مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف ذكرا وتسمية من غير  
اعتبار الفعل ألا ترى أن  
من حلف لا يأكل لحما فاكل لحم الآدمي أو لحم الخنزير يحنث وان لم يكن أكله  
متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا  
وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه  
ثبت على خلاف  
القياس لكونه أمرا بالتصرف في مال غيره وذكر الثمن فيه تبع ألا ترى انه يصح بدون  
ذكر الثمن الا انه جوز باعتبار  
الحاجة إذ كل أحد لا يتهيأ له أن يشتري بنفسه فيحتاج إلى من يوكل به غيره والحاجة  
إلى التوكيل بالشراء بثمن جرى  
التعارف بشراء مثله بمثله فينصرف الامر بمطلق الشراء إليه البتة الثاني المشتري متهم  
بهذا الاحتمال انه يشتري  
لنفسه فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة في البيع منعدمة فهو  
الفرق وكذلك يملك البيع  
بغير الأثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعي رحمه الله ويملك البيع  
بالنقد والنسيئة عنده وعندهما  
لا يملك الا بالنقد والحجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغبن فاحش ولو  
باع الوكيل، بعض ما وكل ببيعه فهو على  
وجهين اما إن كان ذلك مما لا ضرر في تبغيضه كالمكيل والموزون بأن كان وكيلا  
بيع عبدين فباع أحدهما جاز

بالاجماع وإن كان في تبعية ضرر بان وكله بيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة  
رحمه الله وعندهما لا يجوز الا بإجازة

الموكل أو ببيع النصف الباقي ولو كان وكيلا بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم الأمر  
اجماعا الا أنه يشتري الباقي ويجيزه  
الموكل (وجه) قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجامع وهو العرف والعادة ووجوب  
دفع الضرر الحاصل بالشركة  
في الأعيان ولا بي حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر ألا يرى أن عنده لو باع  
الكل بهذا القدر من الثمن يجوز  
فلان يجوز بيع البعض به أولى لأنه نفع موكله حيث أمسك البعض على ملكه وبهذا  
فارق الشراء لان الوكيل  
بالشراء إذا اشترى النصف بثمن الكل لا يجوز والوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن  
الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن  
يأخذ به عوضا وله أن يصلح على شيء ويحتال به على إنسان وهذا قول أبي حنيفة  
وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيئا  
من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالابراء وأخواته تصرف في ملك الموكل من غير  
إذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي  
(وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالابراء لان قبض الثمن حقه فكان الابراء عن  
الثمن ابراء عن قبضه تصحيحا  
لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لأنه لو بقي لبقينا  
لا يحتمل القبض أصلا وهذا  
مما لا نظير له في أصول الشرع ولان ديننا لا يحتمل القبض، والاستيفاء بوجه لا يفيد  
فيسقط ضرورة يضمن الثمن  
للموكل لأنه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى إلى ملك غيره بالاتلاف فيجب عليه  
الضمان وكذا إذا أخذ بالثمن  
عوضا عن المشتري لأنه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك  
رقبة الدين ضرورة بما أخذه من  
العوض ويضمن لما ذكرنا وكذا إذا صالحه على شيء لان الصلح مبادلة وكذا إذا أحاله  
المشتري بالثمن على إنسان  
وقبل الوكيل الحوالة لأنه بقبول الحوالة تصرف في حق نفسه بالابراء عنه لان الحوالة  
مبرئة وذلك يوجب سقوط الدين  
عن المحيل فيه لما ذكرنا ويضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق  
المطالبة والقبض وأنه صادف حق  
نفسه فيصح لكنه تعدى إلى الموكل بثبوت الحيلولة بينه وبين ملكه فيضمن وليس  
للكيل بالبيع أن يوكل غيره  
لان مبنى الوكالة على الخصوص لان الوكيل يتصرف بولاية مستفاد من قبل الموكل

فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت العموم الا بلفظ يدل عليه وهو قوله اعمل فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الأول جاز وان باع بغير حضرته لا يجوز الا أن يجيزه الأول أو الموكل وكذا إذا باعه فضولي فبلغ الوكيل أو الموكل فأجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الأول أو لم يكن بحضرته وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لان عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل بل المقصود رأيه فإذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنفذ وإذا باعه لا بحضرته أو باع فضولي فقد خلا التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينعقد موقوفا على إجازة الوكيل أو الموكل لصدور التصرف من أهله في محله وليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لان الحقوق تتعلق بالعاقد فيؤدى إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما مطالباً ومطالباً وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولأنه متهم في ذلك وليس له أن يبيع من أبيه وجده ولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما ان البيع من هؤلاء ومن الأجنبي سواء لان كل واحد منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولأبي حنيفة أن البيع من هؤلاء يبيع من نفسه من حيث المعنى لاتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الأجنبي ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لان البيع من عبده يبيع من نفسه لأنه لا ملك له وكذا المكاتب لأنه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا يحققه أن اتصال منافع الاملاك بينهما تورث التهمة لهذا لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الأجنبي ولو عمم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز بيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من بعده إذا لم يكن عليه دين يحال الوكيل

بالباع مطلقا يملك البيع الصحيح والفساد لان اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين  
إذ هو مبادلة شئ مرغوب

بشئ مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقا أنه لا يملك النكاح الفاسد لان المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع والملك وأنه يثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وجه)

قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل بأحدهما توكيلا بالآخر فإذا باع بيعا صحيحا صار مخالفا (ولهما) ان هذا ليس بخلاف حقيقة لان البيع الصحيح خير وكل موكل بشئ موكل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالثابت نضا فكان آتيا بما وكل به فلا يكون مخالفا (وأما)

الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو اما إن كان مطلقا أو كان مقيدا فإن كان مقيدا يراعى فيه القيد اجماعا لما ذكرنا سواء كان القيد راجعا إلى المشتري أو إلى الثمن حتى أنه إذا خالف يلزم الشراء الا إذا كان خلافا إلى خير فيلزم الموكل

مثال الأول إذا قال اشتر لي جارية أطؤها أو أستخدمها أو اتخذها أم ولد فاشترى جارية مجوسية أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك إذا قال اشتر لي جارية تخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء لان الأصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه الا قيدا لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من القيد مفيد وكذلك إذا قال اشتر لي جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثاني إذا قال له اشتر لي جارية بألف درهم فاشترى جارية بأكثر من الألف تلزم الوكيل دون الموكل لأنه خالف أمر الموكل فيصير مشتريا لنفسه ولو قال اشتر لي جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدراهم والدنانير لا تلزم الموكل اجماعا لان الجنس مختلف فيكون مخالفا ولو قال اشتر لي هذه الجارية بمائة دينار فاشترها بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مقيدا وروى الحسن



عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل  
كأنه اعتبرهما جنسا واحدا في الوكالة كما اعتبرنا جنسا واحدا في الشفعة وهو أن  
الشفيع إذا أخبر ان الدار بيعت بدنانير  
فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدرهم وقيمتها مثل الدنانير صح التسليم كذا ههنا فان  
اشترى جارية بألف درهم فإن كان  
مثلها يشتري بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه لزم  
الموكل وإن كان النقصان مقدار  
مالا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل لان شراء الوكيل المعروف المعروف وان اشترى  
جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشتري  
بألف لزم الموكل لان الخلاف إلى خير لا يكون خلافا معنى وكذا إذا وكله بأن  
يشتري له جارية بألف نسيئة فاشترى  
جارية بألف حالة لزم الوكيل لأنه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشتري بألف حالة  
فاشترى بألف نسيئة لزم الموكل  
لأنه وان خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشتري  
ويشترط الخيار للموكل فاشترى  
بغير خيار لزم الوكيل والأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشتريا لنفسه  
والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على  
إجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم لأنه يملك  
الشراء لنفسه فأمكن تنفيذه عليه حتى  
إنه لو كان صبيا محجورا أو عبدا محجورا لا ينفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل  
لأنهما لا يملكان الشراء لا نفسيهما  
فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا إذا كان الوكيل مرتدا أو كان وكيلا بشراء عبد  
بعينه فاشترى نصفه لعدم امكان  
التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف  
على الإجازة ولو وكله بشراء عبد  
فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الإجازة لأنه لما اشتراه بعين من أعيان  
ماله فقد باع العين والبيع يقف على  
إجازة الموكل هذا إذا كان التوكيل بالشراء مقيدا فاما إذا كان مطلقا فإنه يراعى فيه  
الاطلاق ما امكان الا إذا قام دليل  
التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا إذا وكل رجلا بشراء جارية وسمى نوعها  
وثنمها حتى صحت الوكالة  
فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لزم الموكل وكذا إذ اشترى  
جارية مقطوعة اليدين

أو الرجلين أو عمياء عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية  
تشتري للاستخدام عرفاً وعادة

وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا  
لا يجوز تحريرها عن الكفارة وإن كان نص التحرير مطلقا عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول  
أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الأطراف فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل  
وقد وجه (وأما) في باب الكفارة فلان الامر تعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فإذا فات  
ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقض الذات فلا يتناوله مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات  
باعتبار الاجزاء فلا يقدر نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى أن التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما  
لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله أن يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم ثمنها فاشترى الوكيل جارية ان اشترى  
بمثل القيمة أو بأقل من القيمة أو بزيادة بتغابن في مثلها جاز على الموكل وان اشترى بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم  
الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الامر على الوكلاء ولا امتنعوا عن  
قبول الوكالات وبالناس حاجة إليها فمست الحاجة إلى تحملها ولا ضرورة في الكثير لامكان التحرز عنه والفاصل  
بين القليل والكثير إن كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة ومالا تدخل تحت تقويمهم فيه كثيرة  
لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة ومالا يدخل كانت زيادته متحققة وقدر محمد الزيادة القليلة التي  
يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال إن كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها وإن كانت أكثر من  
نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها وقال الجصاص ما ذكره محمد لم يخرج منخرج التقدير في الأشياء كلها لان ذلك  
يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبنا فيه وقدر نصر بن يحيى القليل  
بالده ينم وفي الحيوان بالده يازده وفي العقار بالده دوازه والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه إذا اشترى نصفه فالشراء  
موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لأنه امتثل أمر

الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو  
خاصم الموكل الوكيل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل  
ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك  
يلزم الوكيل اجماعاً لأنه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه  
عيب كالعبد والأمة والدابة والثوب  
وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما إذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزءاً منه معلوماً أنه  
يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي  
منه أولاً والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقاً ولو أعتقه بعد ما اشترى  
نصفه قبل أن يشتري الباقي قال  
أبو يوسف إن أعتقه الموكل جاز وإن أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد على القلب من  
ذلك (وجه) قول محمدان الوكيل  
قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشترياً للموكل فيكيف ينفذ منه اعتاقه وهو في الظاهر  
مشتري لنفسه فينفذ اعتاقه ولأبي  
يوسف إن اعتاق الموكل صادف عقداً موقوفاً نفاذه على إجازته فكان الاعتاق اجازته  
منه كما إذا صرح بالإجازة  
واعتق الوكيل لم يصادف عقداً موقوفاً على إجازته لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا  
يملك الشراء لنفسه فلم يحتمل  
التوقف على إجازته فبطل وإن كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في  
تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم  
الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي نحو أن وكله بشراء كرا حنطة بمائة درهم  
فاشترى نصف الكرا بخمسين وكذا لو  
وكله بشراء عشرين ألف درهم فاشترى أحدهما بخمسمائة لزم الموكل اجماعاً وكذا  
لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى  
واحداً منها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم إذا اشترى عشرين رطلاً  
بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال  
بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي  
يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو  
اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحساناً (وجه) قول أبي  
يوسف إن هذا خلاف صورة  
لا معنى لأنه خلاف إلى خير وإذا لا يمنع النفاذ على الموكل كما إذا اشترى عشرة  
أرطال ونصف بدرهم أنه يلزم الموكل كذا  
هذا (وجه) قولهما إن الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الأمر وقد  
أمره بشراء عشرة أرطال

فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما إذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان  
الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

لدخولها بين الوزنين ولو وكله بشراء بعد بمائة فاشترى بها عبيدين كل واحد منهما  
يساوى مائه روى عن أبي حنيفة  
رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة إذا وكل رجلا بشراء عبيدين  
بأعيانهما بألف درهم وقيمتها سواء  
فاشترى أحدهما بستمائة درهم لا يلزم الموكل الا أن يشتري الثاني ببقية الألف وقال  
أبو يوسف ومحمد إذا كانت الزيادة  
مما يتغابن الناس في مثلها يلزمه وهذا لا يتحقق خلافا والله عز وجل أعلم الوكيل  
بشراء شئ بعينه لا يملك أن يشتريه  
لنفسه وإذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراء لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا  
يملك ذلك الا بمحضر من الموكل  
كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى  
(وأما) الوكيل بشراء شئ بغير عينه إذا  
اشترى يكون مشتريا لنفسه الا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه انه إذا قال اشتريته  
لنفسي وصدقه الموكل فالمشترى  
له وإذا قال الموكل اشتريته لي وصدقه الوكيل فالمشترى للموكل لان الوكيل بشراء  
شئ بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما  
يملك للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل شراؤه لموكله فيحكم فيه التصديق  
فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما  
ولو اختلفا فقال الوكيل اشتريته لنفسي وقال الموكل بل اشتريته لي يحكم فيه الثمن  
فان أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه  
فالمشترى له وان أداه من دراهم موكله فالمشترى لموكله لأن الظاهر نقدا لثمن من  
مال من يشتري له فكان الظاهر  
شاهدا للثمن فكان صادقا في حكمه (وأما) إذا لم تحضره النية وقت الشراء واتفقا عليه  
يحكم فيه الثمن أيضا عند أبي  
يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمدان الأصل أن يكون  
الانسان متصرفا لنفسه لا لغيره فكان  
الظاهر شاهدا للوكيل فكان المشتري له (وجه) قول أبي يوسف ان أمور المسلمين  
محمولة على الصلاح والسداد  
ما أمكن وذلك في تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك  
الشراء من نفسه لان الحقوق في باب الشراء  
ترجع إلى الوكيل فيؤدى إلى الإحالة وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد  
مسلمًا ومتسلما مطالبًا ومطالبًا  
ولأنه متهم في الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرناه وكذلك لو

اشترى من ولده الصغير لان ذلك شراء  
من نفسه وكذلك لو اشترى من عبده الذي لادين عليه أو مكاتبه وكذا الوكيل بالشراء  
لا يملك الشراء من أبيه وجده  
وولده وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وعند هما يجوز  
إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل أو  
بزيادة يتغابن في مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لا دين عليه  
ومكاتبه وقد مرت المسألة بحججها  
من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بع من هؤلاء أو  
أجاز ما صنعه الوكيل جاز لان المانع من  
الجواز التهمة وقد زالت بالامر والإجازة ولو دفع إليه دراهم ووكله أن يشتري له بها  
طعاما فهو على الحنطة والدقيق لا  
على الفاكهة واللحم الخبز لان الطعام في الحقيقة وإن كان اسما لما يطعم لكنه  
ينصرف إلى الحنطة والدقيق بقرينة  
الشراء في العرف وهذا سمي السوق الذي تباع فيه الحنطة والدقيق سوق الطعام دون  
غيره الا إذا كان المدفوع إليه  
قليلًا كالدراهم ونحوه أو كان هناك وليمة فينصرف إلى الخبز وقيل يحكم الثمن إن  
كان قليلًا ينصرف إلى الخبز وإن كان كثيرا  
ينصرف إليهما ولو قال اشتر لي بدرهم لحما ينصرف إلى اللحم الذي يباع في السوق  
ويشترى الناس منه في الأغلب من  
لحم الضأن والمعز والبقر والإبل إن جرت العادة بشرائه ولا ينصرى إلى المشوي  
والمطبوخ الا إذا كان مسافرا ونزل  
خانا ودفع إلى إنسان درهما ليشتري به لحما ولا إلى لحم الطير والوحش والسمك  
ولا إلى شاة حية ولا إلى مذبوحة غير  
مسلوخة لانعدام جريان العادة باشرائه وان اشترى مسلوخا جاز على الموكل لان  
المسلوخ يباع في الأسواق في العادة  
ولا إلى البطن والكرش والكبد والرأس والكرع لأنها ليست بلحم ولا يشتري مقصودا  
أيضا بل تبعا للحم فلا  
ينصرف مطلق التوكيل إليه بخلاف ما إذا حلف لا يأكل لحما فاكل هذه الأشياء انه  
يحنث لان مبنى الايمان على  
العرف ذكرا وتسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلا ألا ترى ان حكم الحنث  
يلزم بأكل القديد ولو اشترى  
الوكيل القديد لا يلزم الموكل لانعدام العادة ببيع القديد في الأسواق في الغالب ولا إلى  
شحم البطن والالية لأنهما ليسا

بلحم ولو وكله بشراء الية لا يملك أن يشتري لحما لأنهما مختلفان اسما ومقصودا  
ولو وكله أن يشتري سمكا بدرهم فهو

(٣١)



فهو على الطري الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطري الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله  
بشراء الرأس فهو على النىء دون المطبوخ والمشوي وهو على رأس الغنم دون البقر والإبل الا في موضع جرت العادة  
بذلك والمذكور من الخلاف في الجامع الصغير يرجع إلى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور  
والسمك والجراد لانعدام العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشتري أي دهن شاء وكذا إذا وكله بشراء فاكهة له أن  
يشتري أي فاكهة تباع في السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وإن كانت اليمين المنعقدة عليه  
تقع عليه بيض الطيور كلها لما ذكرنا ولو وكله أن يشتري لبنا فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم والبقر والإبل  
وكذا إذا وكله بشراء السمن فان استويا فهو عليهما جميعا بمخلاف ما إذا حلف لا يذوق لبنا ان ذلك يقع على لبن الغنم  
والبقر والإبل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكبش لا يملك شراء النعجة حتى لو اشترى لا يلزم  
الموكل لان الكبش اسم للذكر والنعجة اسم للأنثى وكذا لو وكله بشراء عناق فاشترى جديا أو شراء فرس أو برزون  
فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والأنثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله  
يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل إنها كانت ذكرا وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الأرض وإثارة الأرض عمل الثيران  
وذكر القدوري رحمه الله انها تقع على الأنثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والأنثى  
والدجاجة على الأنثى والبعير على الذكور الناقة على الأنثى والبختي ضرب خاص من الإبل والنجبية ضرب معروف  
بسرعة السير وهي كالحمار في عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وإن كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب  
الزكاة لبعده عن أوهامهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء إذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الأول أو بإجازته  
أو بإجازة الموكل جاز على الموكل وإلا فلا الا إذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم  
(فصل) الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلايه أما الوكيلان بالبيع فلا يملك

أحدهما التصرف بدون  
صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجيز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه إلى  
الرأي والموكل إنما رضى برأيهما لا برأي  
أحدهما واجتماعهما على ذلك ممكن فلم يمثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا  
الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى  
أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائبا أو حاضرا لما ذكرنا في البيع الا ان في  
الشراء إذا اشترى أحدهما بدون  
صاحبه ينفذ على المشتري ولا يقف على الإجازة وفي البيع يقف على الإجازة وقد مر  
الفرق وكذلك  
الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعق على مال والخلع والكتابة وكل عقد فيه  
بدل هو مال لان كل ذلك  
مما يحتاج إلى الرأي ولم يرض برأي أحدهما بانفراده وكذا ما خرج من خرج التمليك  
بان فال لرجلين جعلت أمر امرأتي  
بيدكما أو قال لهما طلقا امرأتي ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطبيق لأنه جعل أمر اليد  
تمليكا ألا ترى انه يقف على  
المجلس والتمليكات هي التي تختص بالمجلس والتمليك على هذا الوجه مشروط  
بالمشيئة كأنه قال طلقا امرأتي ان شئتما  
وهناك لا يملك أحدهما التطبيق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا ينزل الا عند  
وجودهما فكذا هذا وكذا  
الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما  
يحتاج إلى الرأي والأمانة وقد  
فوض الرأي إليهما جميعا لا إلى أحدهما ورضى بأمانتهما جميعا لا بأمانة أحدهما فان  
قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى  
يصل ما قبضه إلى صاحبه فيقع في أيديهما جميعا أو يصل إلى الموكل لأنه لما وصل  
المقبوض إلى صاحبه أو إلى الموكل  
فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضاه جميعا ابتداء (وأما) الوكيلان بالطلاق  
على غير مال والعق على غير  
مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما  
وكلايه لأن هذه التصرفات مما  
لا تحتاج إلى الرأي فكان إضافة التوكيل إليهما تفويضا للتصرف إلى كل واحد منهما  
بانفراده (وأما) الوكيلان  
بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف بانفراده عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد  
(وجه) قوله إن الخصومة مما

يحتاج إلى الرأي ولم يرض برأي أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول  
أصحابنا الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضي بما يملكه المخاصم واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك  
يخل بالأعلام والاستماع لان ازدحام  
الكلام يخل بالفهم فكان إضافة التوكيل إليهما تفويضا للخصومة إلى كل واحد منهما  
فأيهما خاصم كان تمثيلا الا انه  
لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وإن كان الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا  
لان اجتماعهما على القبض ممكن  
فلا يكون راضيا بقبض أحدهما بانفراده (وأما) المضار بان فلا يملك أحدهما التصرف  
بدون اذن صاحبه إجماعا وفي  
الوصيين خلاف بين أصحابنا نذكره في كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل  
يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان  
الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضي الدين  
والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق  
كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (أما) التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع إلى  
الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه  
ويقبض الثمن ويطلب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق والأصل ان كل عقد لا  
يحتاج فيه إلى إضافة إلى  
الموكل ويكتفى فيه بالإضافة إلى نفسه فحقوقه راجعة إلى العاقد كالبياعات والأشربة  
والإجارات والصلح الذي هو  
في معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل في هذه الحقوق  
كالمالك والمالك كالا جنبي  
حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على  
تسلم الثمن إليه ولو أمره الوكيل بقبض  
الثمن ملك المطالبة وأيها طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم إليه ولو نهاه  
الوكيل عن قبض الثمن صح نهيه ولو نهى  
الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيه غيران المشتري إذا نقد الثمن إلى الموكل  
بيراً عن الثمن استحسانا وكذا  
الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع إذا نقد المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل وإذا  
استحق المبيع في يد المشتري يرجع  
بالثمن على الوكيل إن كان نقد الثمن إليه وإن كان نقده إلى الموكل يرجع الثمن عليه  
وكذا إذا وجد المشتري بالمبيع عيبا له  
أن يخاصم الوكيل وإذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من  
الوكيل إن كان نقده الثمن وإن كان  
نقده إلى الموكل أخذه منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو

الذي يقبض المبيع دون الموكل  
وإذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل ولو  
وجد بالمبيع عيبا إن كان المبيع في  
يده ولم يسلمه إلى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب وإن كان قد سلمه إلى  
موكله ليس له أن يرده عليه الا برضا موكله  
وكذلك هذا في الإجارة والاستئجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه إلى اضافته إلى  
الموكل فحقوقه ترجع إلى الموكل  
كالنكاح والطلاق على مال والعتاق على مال والخلع الصلح عن دم العمد والكتابة  
والصلح عن انكار المدعى عليه  
ونحوه فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيرا ومعبرا  
محضا حتى أن وكيل الزوج في النكاح  
لا يطالب بالمهر وإنما يطالب به الزوج الا إذا ضمن المهر فحينئذ يطالب به لكن  
بحكم الضمان ووكيل المرأة في النكاح  
لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع  
إن كان وكيل الزوج وإن كان  
وكيل المرأة لا يطالب ببدل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد  
وهذا الذي ذكرنا ان حقوق العقد في  
البيع والشراء وأخواتهما ترجع إلى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعي رحمه الله لا  
يرجع شئ من الحقوق إلى  
الوكيل وإنما يرجع إلى الموكل (وجه) قوله إن الوكيل متصرف بطريق النيابة عن  
الموكل وتصرف النائب تصرف  
المنوب عنه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذا حقوقه لان الحقوق تابعة  
للحكم والحكم هو المتبوع فإذا كان  
الأصل له فكذا التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة إليه  
كما إذا تولى الموكل بنفسه  
ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقد كلامه القائم بذات حقيقة ويستحيل أن  
يكون الانسان فاعلا بفعل الغير  
حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشرعة قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى  
وقال الله عز شأنه لها ما كسبت  
وعليها ما اكتسبت وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضا لان السبب وجد منه  
حقيقة وشرعا الا ان الشرع أثبت  
أصل الحكم للموكل لان الوكيل إنما فعله له بأمره وانايبته وفعل المأمور مضاف إلى  
الآمر فتعارض الشبهان فوجب

اعتبار هما بقدر الامكان فعملنا بشبه الأمر والإنابة بايجاب أصل الحكم للموكل ونسبة  
الحقيقة المقررة بالشرعية

بأثبات توابع الحكم للوكيل توفيرا على الشبهين خطهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو اثبات أصل الحكم للوكيل واثبات التوابع للموكل لان الأصل في نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية لأنها علة نفاذه إذ لا ملك له والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادة من قبل الموكل فكان اثبات أصل الحكم للموكل واثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو حدا الحكمة وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو حد السفه بخلاف انكاح وأخواته لان الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل بل هو سفير ومعبر بمنزلة الرسول ألا ترى انه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله فانعدمت النيابة فبقي سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه ثم نقول إنما تلزمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة (فأما) إذا لم يكن بأن كان صبياً محجوراً ينفذ بيعه وشرأوه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لان ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات الضارة المحضة فيقع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات

ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انه إن كان عالماً فلا خيار له فأما إذا كان جاهلاً فله الخياران شاء فسخ العقد وان شاء أمضاه (وجه) قوله إن الرضا شرط جواز التجارة وقد اختل الرضا لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فإذا تبين انها ليست عليه اختل رضاه فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية ان الجهل بالحجر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي لان الأصل فيه هو الحجر والاذن بعارض الرشد فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فاجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا ان يقبض

الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه لان الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة إليه وكان الوكيل سفيرا عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع أخواته لان الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعا على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه وكذا في التوكيل بالاستعارة الارتهان والاستيهاب الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل وكذا في التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق لأنه أصل في الحقوق والمالك أجنبي عنها فملك توكيل غيره فيها (ومنها) ان المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين العين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لان يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه ولو دفع إليه مالا وقال اقضه فلانا عن ديني فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه إلى وكذبه صاحب الدين فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لان الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم في ابطال حقه وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما دون المصدق فان صدق الوكيل في الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فان حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وان نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وان صدق الطالب انه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه إليه فان حلف برئ وان نكل لزمه ما دفع إليه وكذلك لو أودع ماله رجلا وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو دفع المودع الوديعة إلى رجل وادعى انه قد دفعها إليه بأمر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الامر فالقول قوله مع يمينه انه لم يأمره بذلك لان المودع يدعى عليه الامر وهو ينكر والقبول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضمونا على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على الغريم



فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه وقال فلان  
ما قبضت فالقول قول

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الا ببينة أو بتصديق الموكل لأن الضمان قد وجب عليه وهو يدعى الدفع إلى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الا ببينة أو بتصديق الموكل فان صدقه الوكيل يبرأ أيضا لأنه إذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض ويكون القول قوله إنه لم يقبضه مع يمينه لان قولهما حجه في حق أنفسهما لا في ابطال حق الغير مع يمين الطالب لأنه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو كذبه الموكل في الدفع وطلب الوكيل يمينه فإنه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم أنه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان نكل سقط الضمان عنه ولو أن الوكيل المدفوع إليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع إليه الموكل جاز لأنه لو لم يدفع إليه الدراهم أصلا وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين في الحقيقة وكيل بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع إليه شيئا ولكنه أمره بقضاء دينه فقال الوكيل قضيته وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل البينة انه قد قضى صاحب الدين قبلت بينته وبرئ الموكل من الدين ويرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان الثابت بالبينة كالثابت حسا ومشاهدة وقد ثبت قضاء الدين بالبينة فله ان يرجع وللم تكن له بينة وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين لان الوكيل بدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لأنه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو أن يصير المقبوض مضمونا على القابض الطالب ديننا عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصا والطالب منكر وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال إن الوكيل بقوله قضيت يدعى على الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على العلم لأنه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى ويغرم ألفا أخرى للطالب لان الموكل صدقه

في دعوى القضاء عنه بأمره  
وهو مصدق على نفسه في تصديقه فثبت القضاء في حقه فكان القول قوله مع يمينه  
هكذا ذكر القدوري رحمه الله وذكر  
في الجامع أن الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد  
وجود القضاء ولم يوجد لان  
الطالب منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه لأنه منكر مالا يمنع  
وجوده في حق الموكل لأنه مقر  
واقرار كل مقر حجة في حقه فكان الأول أشبه ولو دفع إلى إنسان مالا ليقضى دينه  
فقضاه الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل  
فإن كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل ويرجع الموكل على  
الطالب بما قبض من الوكيل وان علم  
بان الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لان الموكل لما قبضا بنفسه فقد عزل الوكيل  
الا ان عزل الوكيل لا يصح الا بعد  
علمه به فإذا علم بفعل الموكل فقد علم لا لعزل فصار متعديا في الدفع فيلزمه الضمان  
وإذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدي فلا ضمان  
عليه وليس هذا كالوكيل يدفع الزكاة إذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل انه يضمن  
الوكيل علم بأداء الموكل أولم  
يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة مأمور بأداء الزكاة وأداء الزكاة  
هو اسقاط الفرض بتملك المال  
من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقي الدفع من الوكيل تعديا  
محضا فكان مضمونا عليه فاما  
قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع إلى  
الطالب مقبوض عنه والمقبوض  
بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضا بجهة القضاء  
والمقبوض بجهة القضاء مضمون على  
القابض ويقال إن قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال  
والمقبوض من الوكيل مقبوض  
بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على المشتري بخلاف ما إذا ادعه على  
علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد  
القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقي تعديا فيجب عليه ضمان التعدي  
والقول قول الوكيل في أنه لم يعلم  
بدفع الموكل لان القول الأمين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا إذا  
مات الموكل ولم يعلم الوكيل

بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه وإذا كان عالما بموته ضمن لما قلنا والله عز  
وجل أعلم الوكيل ببيع العبد إذا قال بعت

وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (اما) إن كان الموكل سلم العبد إلى الوكيل أو كان لم يسلم إليه فإن لم يكن سلم العبد إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن في يدي أو قال دفعته إلى الموكل فهذا لا يخلو اما ان صدقه في ذلك أو كذبه فان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن أو صدقه فيهما وكذبه في الهلاك فان صدقه في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شئ على الوكيل لأنه يهلك أمانة في يده وان كذبه في ذلك كله بان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن فان الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل لان اقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه المشتري بالخيار ان شاء نقد الثمن ثانيا إلى الموكل وأخذ منه المبيع وان شاء فسخ البيع وله أن يرجع الحالين جميعا على الوكيل بما نقده كذا ولو أقر الوكيل بالبيع وزعم أن الموكل قبض من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك فان الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في اقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا ويجبر المشتري على ما ذكرنا الا ان هناك لا يرجع على الوكيل بشئ لأنه لم يوجد منه الاقرار بقبض الثمن وان صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك أو الدفع إليه فالقول قول الوكيل في دعوى الهلاك أو الدفع إليه مع يمينه لأنه أمين ويجبر الموكل على تسليم العبد إلى المشتري لأنه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه إياه ولا يؤمر المشتري بنقد الثمن ثانيا إلى الموكل لأنه ثبت وصول الثمن إلى يد وكيله بتصديقه ووصول الثمن إلى يد وكيله كوصوله إلى يده هذا إذا لم يكن العبد مسلما إلى الوكيل فأما إذا كان مسلما إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندي أو قال دفعته إلى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشتري فان الوكيل يصدق في ذلك كله ويسلم العبد إلى المشتري ويبرأ المشتري من الثمن ولا يمين عليه (اما) إذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشكل وكذا إذا كذبه في البيع أو صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن لان الوكيل أقر ببراءة المشتري عن الثمن فلا يحلف ويحلف الوكيل فان حلف على ما يدعيه برئ من الثمن وان نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن للموكل فان استحق

العبد بعد ذلك من يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل إذا أقر بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري لان الموكل لم يصدقه على قبض الثمن فإقرار الوكيل في حقه جائز ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فان نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه في الهلاك أو الدفع إليه فان الوكيل يرجع بما ضمن عليه لان يد وكيله كيده ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقران الموكل قبضه من المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لأنه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضا لان إقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجدبه عيبا كان له أن يخاصم الوكيل فإذا رد عليه بقضاء القاضي رجع عليه بالثمن أن أقر بقبض الثمن منه وللوكيل أن يرجع على الموكل بما ضمن إذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن ويكون المبيع للموكل وان لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فان نكل رجع عليه وان حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفى ما ضمن من ثمن العبد فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه لم يدفعه إليه ولا يرجع على الموكل أيضا لأنهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على البتات فان نكل رجع عليه والمبيع له وان حلف لا يرجع عليه بشئ ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوي في الفصل الأول ان الوكيل يبيعه في قولهما وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كبيع مال المديون المفلس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لأنه لما رد عليه فسخا عادت الوكالة فإذا بيع العبد يستوفى المشتري الثمن منه ان أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه وان أقر بقبض المثن وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان

فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) ان الوكيل بقضاء الدين إذ لم يدفع الموكل إليه  
مالا ليقضى دينه منه فقضاه من

مال نفسه يرجع بما قبض على الموكل لان الأمر بقضاء الدين من مال غيره استقراض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجه) قوله إن المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى انه لو هلك في يده فالهالك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) انه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمانا للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشتري وإذا طلب منه الموكل فحبسه حتى هلك كان مضمونا عليه بلا خلاف بين أصحابنا لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضمونا ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضمونا ضمان الرهن وقال زفر يكون مضمونا ضمان الغصب (وجه) قول زفر ما ذكرنا ان المبيع أمانة في يده والأمين لا يملك حبس الأمانة عن صاحبها فإذا حبسها فقد صار غاصبا والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغ ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان هذا عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها فكانت مضمونة بالأقل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه) قولهما ان هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه إن كان قائما ومثله أو قيمته إن كان هالكا والله عز وجل أعلم (فصل) وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول وبالله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة بأشياء (منها) عزل الموكل إياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل به لان العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه لابعد العلم به كالفسخ فإذا عزله وهو حاضرا نعزل وكذا لو كان عابئا فكتب إليه



كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل لان الكتاب من من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة وقال إن فلانا أرسلني إليك ويقول إنني عزلتكَ عن الوكالة فإنه ينعزل كائنا ما كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أي صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلا ن عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أولم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد مقبول في المعاملات فإن لم يكن عدلا فخبر العدلين أو العدل أولى وان أخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وان كذبه (وجه) قولهما ان الاخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الاخبار في سائر المعاملات (وجه) قول أبي حنيفة ان الاخبار عن العزل له شبه الشهادة لان فيه التزام حكم المخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فأشبهه الشهادة فيجب اعتبار أحد شروطها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع إذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفيعته عند أبي حنيفة وعندهما بطلت شفيعته وعلى هذا الاختلاف إذا جنى العبد جنابة في بني آدم ثم أخبره واحد غير عدل مولاه ان عبده قد جنى فلم يصدقه حتى أعتقه لا يصير المولى مختارا للقاء عند أبي حنيفة وعندهما يصير مختارا للقاء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون إذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجورا عنده وعندهما يصير محجورا وان عزله الموكل واشهد على عزله وهو عائب ولم يخبره بالعزل أحد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الأحكام التي بينها وعن أبي يوسف في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض

الثلث فهلك الثلث في يد الوكيل ومات

(٣٧)

العبد قبل التسليم إلى المشتري كان للمشتري ان يرجع بالثمن على الوكيل ويرجع  
الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء  
لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثاني أن لا يتعلق بالوكالة حق  
الغير فاما إذا تعلق بها حق الغير فلا  
يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل  
إليه وهو كمن رهن ماله عند رجل  
بدين له عليه أو وضعه على يدي عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطا على بيعه وقبض  
ثمنه عند حل الأجل فعزل  
الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك إذا وكل المدعى عليه  
وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس  
المدعى فعزله المدعى عليه بغير حضرة المدعى لا ينعزل لما ذكرنا واختلف المشايخ  
فيمن وكل رجلا بطلاق امرأته ان  
غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لأنه تعلق  
بهذه الوكالة حق المرأة فأشبهه  
الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لأنه غير مجبور على الطلاق ولا على  
التوكيل به وإنما فعله باختياره فيملك  
عزله كما في سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعنى بالفارسية وكيلى  
دمار كست هل يملك عزله اختلف  
المشايخ قال بعضهم إن كان ذلك في الطلاق والعتاق لا يملك لأنه لما وكله وكالة  
ثابتة غير جائز الرجوع عنها فقد ألحق  
حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امر امرأته إلى رجل يطلقها متى شاء أمر أمر عبده  
إلى رجل يعتقه متى شاء لا يملك  
الرجوع عنه وكذا إذا قال لرجل طلق امرأتي ان شئت أو أعتق عبدي ان شئت لا يملك  
عزله كذا هذا وإن كان في  
البيع والشراء والإجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل في  
الكل لان الوكالة ليست بلازمة  
بل هي إباحة وللمبيح حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتكم فأنت  
وكيلى وكالة مستقبله فعزله ينعزل  
ولكنه يصير وكيلا ثانيا وكالة مستقبله كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو  
قال الموكل للوكيل كنت وكتلك  
وقلت لك كلما عزلتكم فأنت وكيلى فيه وقد عزلتكم عن ذلك كله لا يصير وكيلا بعد  
ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق  
التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينعزل الوكيل ولا يصير وكيلا

بعد ذلك بوجود الشرط وقال بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلية والأول أصح لأنه لما ملكا العزل في المرسل ففي المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بأمر الموكل وقد بطلت أهلية الأمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقا لان الجنون المطبق مبطل لأهلية الأمر واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبي يوسف ان هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتدا عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضا فان أسلم الموكل نفذت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذا الوكالة وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب اجماعا لان ردة المرأة لا تمنع نفاذ تصرفها لأنها لا تؤثر فيما رتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلا فعجز الموكل وكذا إذا وكل المأذون انسانا فحجر عليه لأنه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية أمره بالتصرف في المال فيبطل الامر فتبطل الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت مبطل لأهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجزله التصرف الا ان يعود مسلما لان أمره قبل الحكم بلحاظه بدار الحرب كان موقوفا فان عاد مسلما زال التوقف وصار كأنه لم يرتد أصلا وان حكم بلحاظه بدار الحرب ثم عاد مسلما هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود (وجه) قوله إن نفس الردة لا تنافي الوكالة ألا ترى انها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لاختلاف الدارين فإذا عاد زال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلا ببيع عبد

بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج إلى البصرة لا يملك يبعه بالبصرة ثم إذا عاد إلى الكوفة  
ملك يبعه فيها كذا هذا (وجه)

قول أب يوسف ان الوكالة عقد حكم ببطلانه بلحاظه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل إذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلما لا تعدو الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود ووجهه أن بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل فإذا عاد مسلما عاد ملكه الأول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة الموت ولو مات لا يحتمل العود فكذا إذا لحق دار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل نحو ما إذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا إذا استحق أو كان حر الأصل لان الوكيل عجز عن التصرف لزوال ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما إذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعيب بقضاء هل تعود الوكالة كما إذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالفسخ عين الملك الأول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لأنه أعجزه عن التصرف فيما وكله به والوكيل بعدما انزل لا يعود وكيلا الا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع وبين الهبة (ووجه) الفرق له لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شئ ثم اشتراه بنفسه وكذا إذا وكله بتزويج امرأة فتزوجها لأنه عجز عن تزويجها منه فبطلت الوكالة وكذا إذا وكله بعق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا إذا وكله بخلع امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتل الخلع وكذا إذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها لأنها لا تحتل الطلاق بعد الثلاث وانقضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لأنها تحتل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه وابتانها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضى التكرار فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما في الأوامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه

الوكيل ثم رد عليه بقضاء قاض  
ان له ان يبيعه ثانيا لان الرد بقضاء القاضي يوجب ارتفاع العقد من الأصل ويجعله كان  
لم يكن فلم يكن هذا تكرر حتى لو  
رده عليه بغير قضاء قاض لم يجزله أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة  
بالأول فلا يملك الثاني الا بتجديد  
التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل بيعه أو باعتاقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابته أو  
نحو ذلك لان التصرف في  
المحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل ثم  
هذه الأشياء التي ذكرنا له أن  
يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما إذا علم  
الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن  
الوكالة لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل إذا  
باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم  
به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم إلى  
المشتري ورجع المشتري على الوكيل  
بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حر الأصل  
وفيما إذا مات الموكل أو جن أو هلك  
العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولا  
بتصرف الموكل لكنه صار  
مغرورا من جهته بترك اعلامه إياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه  
بضمان الكفالة إذ ضمان الغرور في  
الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون أخواتها  
فهو الفرق ولو وكله بقبض  
دين له على رجل ثم إن الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك  
فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان  
لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن  
الموكل لأنه قبضه بأمره وقبض النائب  
كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه  
فكذا هذا والله عز وجل أعلم  
\* (كتاب الصلح) \*

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان شرعية كل نوع  
وفي بيان ركن الصلح وفي





بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الصلح وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده  
وفي بيان حكمه إذا بطل أولم  
يصح من الأصل (أما) الأول فنقول وبالله التوفيق الصلح في الأصل أنواع ثلاثة صلح  
عن اقرار المدعى عليه  
وصلح عن إنكاره وصلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا  
يخلو اما أن يكون بين المدعى  
والمدعى عليه وإما أن يكون بين المدعى والأجنبي المتوسط فإن كان بين المدعى  
والمدعى عليه فكل واحد من الأنواع  
الثلاثة مشروع عند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت  
لا غيرهما وقال الشافعي رحمه الله المشروع هو الصلح عن اقرارا لا غير (وجه) قول  
الشافعي رحمه الله ان جواز الصلح يستدعى حقا ثابتا ولم  
يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلان الحق لو ثبت فإنما يثبت  
بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا  
يثبت الحق عند التعارض فاما في السكوت فلان الساكت ينزل منكرا حكما حتى  
تسمع عليه البينة فكان انكاره  
معارضاً لدعوى المدعى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لفع خصومة باطلة فكان  
في معنى الرشوة (ولنا) ظاهر  
قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان  
الباطل لا يوصف بالخيرية فكان  
كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص الا ما خص بدليل وعن سيدنا عمر رضي الله عنه  
أنه قال ردوا الخصوم حتى  
يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن أمر رضي الله عنه برد الخصوم إلى  
الصلح مطلقاً وكان ذلك  
بمحض من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعاً من  
الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان  
الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة إلى قطعها في التحقيق عند  
الانكار إذا لا قرار مسالمة  
ومساعدة فكان أولى بالجواز لهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على  
الانكار وقال الشيخ أبو  
منصور الماتريدي السمرقندي رحمه الله ما صنع الشيطان من ايقاع العداوة والبغضاء  
في بني آدم ما صنع الشافعي  
رحمه الله في إنكاره الصلح على الانكار وقوله إن الحق ليس بثابت قلنا هذا على  
الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت في

زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعا فكان هذا صلحا عن حق ثابت فكان مشروعا

(فصل) وأما ركن الصلح فالإيجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا ويقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فإذا وجد الإيجاب والقبول فقد تم عقد الصلح.

(فصل) وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يرجع إلى المصالح وبعضها يرجع إلى المصالح عليه وبعضها يرجع إلى المصالح عنه (أما) الذي يرجع إلى المصالح فأنواع (منها) أن يكون عاقلا وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فأما) البلوغ فليس

بشرط حتى يصح صلح الصبي في الجملة وهو الصبي المأذون إذا كان له فيه نفع أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك إذا وجب للصبي المأذون على إنسان دين فصالحه على بعض حقه فإن لم يكن له عليه بينه جاز الصلح لانعدام

البينة لا حق له الا الخصومة والحلف والمال أنفع لها منهما وإن كان له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الحط تبرع وهو لا

يملك التبرعات ولو أخرج الدين جاز سواء كانت له بينة أو لا فرقا بينه وبين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة

والصبي المأذون في التجارات كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقد بان يبيع بأجل فيملكه متأخرا عن العقد

أيضا بخلاف الحط لأنه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا أنه يملك حط بعض الثمن لا جل العيب لان حط

بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبي المأذون من

المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال إقالة للعقد والإقالة من باب التجارة وكذلك لو

اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز لان الثمن أنفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع

فحط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الحط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى إنسان



(٤٠)

عليه ديناً فاقرب به فصالحه على أن حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعاً  
على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصح  
وكذلك حرية المصالح ليست  
بشروط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون إذا كان له فيه منعة أو كان من  
التجارة الا أنه لا يملك الصلح على  
حط بعض الحق إذا كان له عليه بينة ويملك التأجير كيف ما كان ويملك حط بعض  
الثلث لا جل العيب لما قلنا ولو  
صالحه البائع على حط بعض الثلث جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى  
على إنسان ديناً وهو مأذون فأقربه  
ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط  
من المدعى تبرعاً على العبد ببعض  
الدين فيصح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى إنسان عليه ديناً فأقربه وهو محجور ثم  
صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فإن لم  
يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لان اقرار المحجور لا ينفذ إذا لم يكن في يده مال  
وإذا لم ينفذ لم ينفذ الصلح فلا يطالب به  
للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله الا أنه  
إذا لم يظهر في حق المولى للحال  
لمانع وهو حق المولى فإذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما إذا كان في يده مال  
فيجوز اقراره عند أبي حنيفة وعندهما  
لا يجوز (وجه) قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجر واقرار المحجور  
غير صحيح (وجه) قول  
أبي حنيفة ان اقرار المحجور إذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من أهل  
الاقرار وإنما المانع من ظهوره  
حق المولى فإذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهور حق المولى لأنه يحتمل أنه  
يكون صادقاً في اقراره فيمنع ظهور  
حق المولى فيه ويحتمل أن يكون كاذباً فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك  
بخلاف ماذا لم يكن في يده مال لان يد  
المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع  
الشك والاحتمال وكذلك  
المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لأنه بعدما بقي عليه درهم على لسان  
رسول الله صلى الله عليه وسلم فان  
عجز المكاتب فادعى رجل عليه ديناً فاصطلحا على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فإن

لم يكن له عليه بينة لا يجوز لأنه  
لما عجز فقد صار محجورا عن التصرف فلا يصح صلحه وإن كانت له عليه بينة جاز  
لأنه وإن عجز فالخصم في ديونه هو  
فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على  
الصغير مضرا به مضرة ظاهرة  
حتى أن من ادعى على صبي دينا فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير  
فإن كان للمدعى بينة وما أعطى  
من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز لان الصلح في هذه  
الصورة لمعنى المعاوضة لا مكان  
الوصول إلى كل الحق بالبينة والأب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير وإن  
لم تكن له بينة لا يجوز لان عند  
انعدام البينة يقع الصلح تبرعا بمال الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الأب ولو صالح  
من مال نفسه جاز لأنه ما أضر  
بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على إنسان دينا للصغير  
فصالح على أن حط بعضه  
واخذ الباقي فإن كان له عليه بينة لا يجوز لان الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك  
ذلك وإن صالحه على مثل قيمة ذلك  
الشيء أو نقص منه شيئا يسيرا جاز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك  
البيع فيملك الصلح وهل يملك  
الأب الحط من دين وجب للصغير والابراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) إن  
كان ولي ذلك العقد بنفسه  
(وأما) ان لم يكن وليه فإن لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابراء من باب  
التبرع والأب لا يملك التبرع لكونه  
مضرة محضة وإن كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا  
يجوز وهذا على اختلافهم في  
الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة  
ولا يجوز صلح أحد على حمل أبا كان  
المصالح أو غيره وإن خرج حيا بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لأنه لو صح عليه  
لكان لا يخلو ما أن يصح على اعتبار  
الحال وأما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سبيل إلى الأول لان الصلح عليه من باب  
تنفيذ الولاية وهو للحال  
لا يوصف بكونه موليا عليه ولا سبيل إلى الثاني لان الصلح لا يحتمل الإضافة إلى  
الوقف ويملك الأب استيفاء

القصاص في النفس وما دونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والفرق ان  
استيفاء القصاص تصرف

على نفس الصغير بالاحياء وتحصيل التشفي قال الله تعالى عز شأنه ولكم في القصاص حياة وكذا منفعة التشفي راجعة إلى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها ولهذا ملك انكاحه دون الوصي الا أنه يملك القصاص فيها دون النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال لشبهة الأموال ألا ترى ان القصاص لا يجرى بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والأنثى مع جريان القصاص بينهم في الأنفس ويستوفى القصاص فيما دون النفس في الحر كما يستوفى في سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفى القصاص في النفس فيه ويقضى بالنكول في الأطراف كما يقضى به في الأموال عند أبي حنيفة ولا يقضى به في الأنفس وله ولاية التصرف في الحال والمال فيلي التصرف فيما دون النفس ويملك الأب الصلح عن القصاص في النفس وما دونه لأنه لما ملك الاستيفاء فلان يملك الصلح أولى لأنه أنفع من الاستيفاء وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيما دون النفس لأنه يملك الاستيفاء فيما دون النفس فكذا الصلح عنه لأنه أنفع وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح انه لا يملك وذكر في الجامع الصغير أنه يملك وكذا روى القدوري رحمه الله فعلى رواية الجامع يحتاج إلى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والتشفي ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وانه فرق واضح (وجه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فإذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الأب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمد لا يجوز لان الحط تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والحط القليل والكثير سواء بخلاف الغبن اليسير في البيع انهما يملكانه والفرق أن الحط نقصان متحقق لان الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وان قل والنقصان في البيع غير متحقق لان العوض فيه غير مقدر لاختلافه بتقويم المقومين فإذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير

ممن يملك التصرف في ماله  
كالأب والجد والوصي لان الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه  
(ومنها) أن لا يكون مرتدا عند  
أبي حنيفة وعند هما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعند هما  
نافذة لكن عند محمد نفاذ تصرف  
المريض وعند أبي يوسف نفاذ تصرف من عليه القصاص في النفس والمسألة تعرف في  
موضوعها إن شاء الله تعالى  
وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف لان حكمها حكم الحرية الا انها إذا التحقت  
بدار الحرب وقضى القاضي بذلك  
بطل بعضه دون بعض كصلح الحرية لثبوت أحكام أهل الحرب في حقها بالتحاقها  
بدار الحرب  
(فصل) وأما الشرائط التي ترجع إلى المصالح عليه فأنواع (منها) أن يكون مالا فلا  
يصح الصلح على الخمر  
والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم وكل ما ليس بمال لان في الصلح معنى المعاوضة  
فمالا يصلح عوضا في البياعات  
لا يصلح بدل الصلح وكذا اذا صالح على بعد فإذا هو حر لا يصلح الصلح لأنه تبين أن  
الصلح لم يصادق محله وسواء  
كان المال عينا أو دينا أو منفعة ليست بعين ولا دين لان العوض في المعاوضات  
المطلقة قد يكون عينا وقد يكون دينا  
وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض في بعض الاعواض في بعض الأحوال دون بعض  
وجملة الكلام فيه أن  
المدعى لا يخلو من أحد وجوه (اما) أن يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا  
ونوعا وقدر أو صفة واستحقاقا  
كالعروض من الثياب والعقار من الأرضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل  
من الحنطة والشعير  
والموزون من الصفر والحديد (واما) أن يكون دينار وهو مالا يحتمل التعيين من  
الدرهم والدنانير والمكيل الموصوف  
في الذمة والموزون الموصوف سوى الدرهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان  
الموصوف (واما) أن يكون  
منفعة (واما) أن يكون حقا ليس بعين ولا دين ولا منفعة وبدل الصلح لا يخلو من أن  
يكون عينا أو دينا أو منفعة والصلح  
لا يخلو من أن يكوع عن اقرار المدعى عليه أو عن إنكاره أو عن سكوته فإن كان  
المدعى عينا فصالح منها عن اقرار



يجوز سواء كان بدل الصلح عينا أو دينا بعد أن كان معلوم القدر الصفة الا الحيوان  
والا الثياب الا بجميع شرائط

السلم لان هذا الصلح من الجانبين جميعا في معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن وهذه الأشياء تصلح ثمنا في البياعات عينا كانت أو دينا لا الحيوان لأنه يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال أصلا والثياب لا تثبت دينا في الذمة الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والأجل والمكيل والموزون يثبتان في الذمة مطلقا في المعاوضة المطلقة من غير أجل ولا يشترط قبضه في المجلس لأنه ليس بصرف ولا في ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وإن كان دينا فإن كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان أصلح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها فان صالح منها على عين جاز لان الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وانه جائز ولا يشترط القبض وان صالح منها على دين سواه لا يجوز لأنه بائع ما ليس عنده لا الدراهم والدنانير أثمان أبدا وما وقع عليه الصلح مبيع فالصلح في هذه الصورة يقع بيع ما ليس عند البائع وانه منهي عنه وان صالح منها على جنسها فان صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) ان صالح على أقل من حقه (واما) وان صالح على أكثر من حقه فان صالح على مثل حقه قدر أو وصفا بان صالح من ألف جياذ على ألف جياذ فلا شك في جوازه ولا يشترط القبض لان هذا استيفاء عين حقه أصلا ووصفا ولو صالح على أقل من حقه قدر أو وصفا بان صالح من الألف الجياذ على خمسمائة نبهجة يجوز أيضا ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلا والابراء عن الباقي أصلا ووصفا لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدي إلى الربا لأنه يصير بائعا ألفا بخمسمائة وانه ربا فيحمل على استيفاء بعض الحق والابراء عن الباقي ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لأن جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه ووصفا لا قدرا بأن صالح عن الف جياذ على الف نبهجة أو صالح على أقل من حقه قدر لا وصفا بأن صالح من ألف جياذ على خمسمائة جيدة يجوز ويحمل

على استيفاء البعض والحط  
ولا براء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على  
أكثر من حقه قدرا ووصفا  
بأن صالح من الف بنهرجة على الف وخمسائة جياذ أو صالح على أكثر من حقه قدر  
الا ووصفا بان صالح من الف جياذ  
على الف وخمسائة نبهرجة لا يجوز لأنه ربا لأنه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر  
حمله على استيفاء البعض واستقاط الباقي  
وان صالح على أكثر من حقه ووصفا لا قدرا بأن صالح من ألف نبهرجة على ألف جياذ  
جاز ويشترط الحلول أو  
التقايض حتى لو كان الصلح مؤجلا ان لم يقبض في المجلس يبطل لأنه صرف (واما)  
إذا صالح على أكثر من حقه  
وصفا وأقل منه قدرا بأن صالح من الف نبهرجة على خمسائة جياذ لا يجوز عند أبي  
حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف  
الآخر وكأن يقول أولا يجوز ثم رجع (وجه) قوله الأول ان هذا حط بعض حقه وهو  
خمسائة نبهرجة فيبقى عليه  
خمسائة نبهرجة الا أنه أحسن في القضاء بخمسائة جيدة فلا يمنع عنه حتى أنه لو  
امتنع لا يكون عليه الا خمسائة نبهرجة  
(وجه) ظاهر الرواية ان الصلح من الألف النبهرجة على الخمسائة الجيدة اعتياض عن  
صفة الجودة وهذا لا يجوز لان  
الجودة في الأموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها لقوله عليه الصلاة السلام  
جيدها وردئها سواء فلا يصح  
الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الأصلي سواء ولان الصلح  
على هذا الوجه لا يخلو ما أن  
يجعل استيفاء ليعن الحق ويجعل معاوضة لا سبيل إلى الأول لان حقه في الردئ لا في  
الجيد فيحمل على المعاوضة  
فيصير بائعا الف نبهرجة بخمسائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح  
منها على دنانير كحكم الدراهم في جميع  
ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض  
في المجلس لأنه صرف ولو ادعى  
ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم إلى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل  
خطا لا معاوضة لأنه لو جعل  
معاوضة لبطل لأنه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدراهم  
فيصير بائعا تسعمائة بخمسين

فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وأمكن أن يجعل  
حطا للدنانير أصلا وبعض الدراهم

وذلك تسعمائة وتأجيل البعض وذلك مائة إلى شهر وكذلك لو كان عليه ألف درهم  
وكر فصالحه على مائة جاز وطريق  
جوازه أن يجعل حطا واسقاطا للكر لا معاوضة لان استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو  
كان المالان عليه لرجلين لأحدهما  
دراهم الآخر دنانير فصالحه على مائة درهم جاز وطريقة جوازه أن يعتبر معاوضة في  
حق أحدهما وحطا واسقاطا في  
حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينيهما من الدراهم والدنانير  
فالقدر الذي أصاب الدنانير يكون  
عوضا عنها فيكون صرفا فيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض في المجلس والقدر  
الذي أصاب الدراهم لا يجوز  
أن يجعل عوضا لأنه يؤدي إلى الربا فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وبراء  
عن الباقي والأصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير  
يعتبر استيفاء لبعض الحق وبراء عن الباقي ومتى وقع على  
أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لأنه لا  
يكمن حمله على استيفاء عين  
الحق والابراء عن الباقي لان استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر  
معاوضة فما جازت به المعاوضات  
يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الأصل وعلى  
هذا إذا صالح من ألف حالة  
على ألف مؤجلة جاز ويعتبر حطا للحلول وتأجيلا للدين وتجاوزا بدون من حقه لا  
معاوضة ولو صالح من ألف حالة على  
خمسمائة قد ذكرنا أنه يجوز ويعتبر استيفاء ولبعض حقه وبراء عن الباقي وأما إذا  
صالح على خمسمائة أن يعطيها إياه فهذا  
لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان وقت لأداء الخمسمائة وقتا (واما) ان لم يؤقت فإن  
لم يؤقت فالصلح جائز ويكون حطا  
للخمسمائة لان هذا الشرط لا يفيد شيئا لم يكن من قبل ألا ترى انه لو لم يذكر للزمه  
الاعطاء فكان ذكره والسكوت عنه  
بمنزلة واحدة وكذلك الحط على هذا بان قال للغريم حطت عنك خمسمائة على أن  
تعطيني خمسمائة لما بينا وان وقت بان  
قال صالحتك على خمسمائة على أن تعطيني اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما ان  
اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط  
العدم واما ان نص عليه فقال فإن لم تعطني اليوم أو ان لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها  
اليوم فالألف عليك فان نص عليه

فان أعطاه وعجلت في اليوم فالصلح ماض وبرئ عن خمسمائة وان لم يعطه حتى مضى  
اليوم فالألف عليه بلا خلاف  
وكذلك الحط على هذا (وأما) إذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم فان أعطاه في  
اليوم برئ عن خمسمائة  
بالاجماع وأما إذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والألف عليه عند أبي حنيفة  
ومحمد وعند أبي يوسف الصلح  
ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله إن شرط التعجيل ما أفاده شيئاً لم يكن من قبل  
لان التعجيل كان واجبا عليه  
بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الامر على  
ما وصفنا فكذا هذا بخلاف ما إذا  
قال فان نفعل فكذا لان التنصيص على عدم الشرط نفى للمشروط عند عدمه كان مفيدا  
(وجه) قولهما أن  
شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انفساخ العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل  
لان العاقل يقصد بتصرفه  
الإفادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغلان  
التعجيل ثابت بدونه فيجعل  
ذكر شرط التعجيل ظاهرا شرطا لانفساخ العقد عند عدم التعجيل فصار كأنه نص على  
هذا الشرط فقال فإن لم تعجل  
فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الامر على ما نص عليه فكذا هذا وتبين بهذا أن  
هذا تعليق الفسخ بالشرط  
لا تعليق العقد كما إذ باع بألف على أن ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فإن لم ينقده فلا بيع  
بينهما وذلك جائز لدخول الشرط  
على الفسخ لا على العقد فكذا هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلا وشرط على الكفيل أنه  
ان لم يوفه خمسمائة إلى رأس  
الشهر فعليه كل المال وهو الألف فهو جائز والألف لازمة للكفيل ان لم يوفه لأنه جعل  
عدم ايفاء الخمسمائة إلى رأس  
الشهر شرطا للكفالة بألف فإذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الألف ثم  
قال حطت  
عنك خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة فإن لم تفعل فالألف عليك فهذا  
أوثق من الباب الأول لان هذا  
هنا علق الحط بشرط التعجيل وهو ابقاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط  
شرطا لانفساخ الحط وفي  
الباب الأول جعل عدم التعجيل شرطا للعقد وهو الكفالة بالألف والفسخ للشرط أقبل

من العقد لذلك كان الثاني

(٤٤)

أوثق من الأول وكذلك لو جعل المال نجوما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ما شرط لأنه جعل الاخلال بنجم شرطا لحلول كل المال عليه وأنه صحيح ولو كان له عليه ألف فقال أد إلى من الألف خمسمائة غدا على أنك برئ من الباقي فان أدى إليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقي اجماعا وان لم يؤد فعليه الألف عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرت المسألة ولو قال إن أدت إلى خمسمائة فأنت برئ من الباقي أو قال متى أدت فادى إليه خمسمائة لا يبرئ عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك إذا قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما إذا كان بلفظ الصلح أو الحط أو الامر لان ذلك ليس تعليق بالبراءة بالشرط على ما مر ولو قال لمكاتبه ان أدت إلى خمسمائة فأنت حر فادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح ولو كان له على إنسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو من أن يشترط التعجيل أو لم يشترط فان صالح على أقل من حقه قدرا أو وصفا أو قدرا ووصفا ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جاز ويكون حطا وتجوز بدون حقه وله ان يأخذ الباقي بعد حل الأجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل وعليه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الأجل لان فيه معاوضة الأجل وهو التعجيل بالخط وهذا لا يجوز لان الأجل ليس بمال وان أصلح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على الف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولو كان الواجب عليه قيمه المستهلك فإن كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب في ذمته قبل المتلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقا للماثلة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فإذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أي وصف كان وان صالح على غير



الدراهم والدنانير إن كان عينا  
جاز ولا يشترط القبض وإن كان دينا موصوفا يجوز أيضا لكن القبض في المجلس شرط  
ولو كان الواجب عليه مثل  
المستهلك فإن كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزن والذي ليس في تبعيضه ضرر  
فحكم الصلح فيه كحكم الصلح  
في كره الحنطة فنقول وبالله التوفيق إذا كان المدعى دينا سوى الدراهم والدنانير فإن  
كان مكيلا بأن كان كره حنطة مثلا  
فصلح منه لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان صاح على جنسه أو على خلاف جنسه  
فان صالح على جنسه لا يخلو من  
ثلاثة أوجه (أما) ان صالح على مثل حقه (وأما) على أقل منه (وأما) ان صالح على أكثر  
منه فان صالح على مثل حقه  
قدرا ووصفا جاز ولا يشترط القبض لأنه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه  
قدر أو وصفا جاز ويكون  
حطا لا معاوضة لما ذكرنا في الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلا وان صالح  
على أقل من حقه وصفا لا قدرا  
جاز أيضا ويكون استيفاء لعين حقه أصلا وبراء له عن الصفة فلا يشترط للقبض ويجوز  
حتى لا يبطل بالتأجيل أو  
تركه ويعتبر رضا بدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا أو قدرا لا  
وصفا لا يجوز لأنه ربا وان صالح  
على أكثر منه وصفا لا قدرا بان صالح من كره ردي على كره جيد جاز ويعتبر معاوضة  
احتراز عن الافتراق عن دين  
بدين ولو صالح منه على كره مؤجل جاز لأنه حط حقه في الحلول ورضى بدون حقه  
كما في الدراهم والدنانير هذا إذا كان  
أكثر الدين حالا فإن كان مؤجلا فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على  
التفصيل الذي ذكرنا في الصلح من  
الألف المؤجلة من غير تفاوت هذا إذا صالح من الكره على جنسه فان صالح على  
خلاف جنس حقه فإن كان الكره  
الذي عليه سلما لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون  
معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل  
قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على  
رأس المال يكون إقالة للمسلم وفسخا  
له وذلك جائز وان لم يكن سلما فصالح على خلاف جنس حقه فإن كان ذلك من  
الدرهم والدنانير جاز ويشترط القبض

وإن كان معينا مشار إليه لأنها لا تتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقا عن دين بدين  
وإن كان لك من المكيلات

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وإن كان موصوفا في الذمة جاز أيضا فرق بين هذا وبين ما إذا كان عليه دراهم أو دنانير  
فصالح منهما علي مكيل أو موزون موصوف في الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قوبل بالأثمان والمبيع  
ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعا الا انه لا بد من القبض في المجلس احترازا من الافتراق عن دين  
بدين وإن كان من العروض والحيوان فإن كان عينا جاز وإن كان دينا يجوز في الثياب الموصوفة إذا أتى بشرائط السلم  
لكن القبض في المجلس شرط احترازا عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال لأنه لا يثبت  
دينا في الذمة بدلا عما هو مال وكذلك إذا كان المدعى موزونا دينا موصوفا في الذمة فصالح منه علي جنسه أو علي  
خلاف جنسه إلى آخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف هذا إذا كان المدعى مكيفا أو موزونا دينا موصوفا في الذمة فإن كان  
ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه علي جنسه واما ان صالح منه علي خلاف  
جنسه فان صالح علي جنسه فهو علي ثلاثة أوجه (اما) ان صالح علي مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالح علي مثل  
حقه قدرا ووصفا فان صالح من ثوب هروي جيد علي ثوب هروي جيد جاز ولا يشترط القبض لأنه استوفى عين  
حقه وكذلك ان صالح علي أقل من حقه قدرا ووصفا أو وصفا لا قدرا يجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه  
وحطا للباقي وبراء عنه أصلا ووصفا والبراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح علي أقل من  
حقه قدرا لا وصفا بان صالح من ثوب ردي علي نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون  
الموصوفين بان صالح من ألف نبهجة علي خمسمائة جياذ أو صالح من كر ردي علي نصف كر جيد أو صالح من من  
حديد ردي علي نصف من جيد انه لا يجوز الفرق ان المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جائز لان الجودة  
في غير أموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لها قيمة بخلاف الأموال الربوية وهذا الان الأصل أن تكون الجودة  
متقومة في الأموال كلها لأنها صفة مرغوبة يبدل العوض في مقابلتها الا ان الشرع

أسقط اعتبارها في الأموال الربوية  
تعبدا بقوله جيدها وردئها سواء فبقيت متقومة في غيرها على الأصل فيصح الاعتياض  
عنها وان صالح على أكثر من  
حقه قدرا ووصفا بان صالح من ثوب هروى جيد على ثوبين هرويين جيدين يجوز لكن  
يشترط القبض لان  
جوازه بطريق المعاوضة والجنس بانفراده يحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدي إلى  
الربا وكذلك ان صالح على  
أكثر من حقه قدرا لا وصفا بان صالح عن ثوب هروى جيد على ثوبين هرويين رديئين  
جاز والقبض شرط لما  
ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه ووصفا لا قدرا بأن صالح من ثوب رديء على ثوب  
جيد جاز لأنه معاوضة إذ لا يمكن  
حمله على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة  
ويشترط القبض لئلا يؤدي إلى الربا  
وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز دينا كان أو عينا لان فيه  
استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه  
لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون إقالة وفسخا لا استبدالاً وإن  
كان المدعى حيوانا موصوفا في  
الذمة في قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا في الأصل لا يخلو  
من وجهين (اما) ان صالح على ما هو  
مفروض في باب الدية في الجملة (واما) ان صالح على ما ليس بمفروض في الباب  
أصلا وكل ذلك لا يخلو ما ان صاح  
قبل تعيين القاضي نوعا من الأنواع المفروضة أو بعد تعيينه نوعا منها فان صالح على  
المفروض قبل تعيين القاضي بان  
صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الإبل أو على مائة  
بقرة أو على ألفي شاة أو على مائتي حلة  
جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الأنواع المفروضة بمنزلة تعيين  
القاضي فيجوز ويكون  
استيفاء ليعن حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلا برضا القاتل وكذا إذا صالح على أقل  
من المفروض يكون استيفاء  
لبعض عين الحق وبراء عن الباقي وان صالح على أكثر من المفروض لا يجوز لأنه ربا  
ولو صالح بعد ما عين القاضي نوعا  
منها فان صالح على جنس حقه المعنى جاز إذا كان مثله أو أقل منه وإن كان أكثر لا  
يجوز لأنه ربا وان صالح على خلاف

الجنس المعين فإن كان من جنس المفروض في الجملة بان عين القاضي مائة من الإبل  
فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز وتكون معاوضة لان الإبل تعينت واجبة بتعيين القاضي فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب  
في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازا عن الافتراق عن دين بدين وكذلك إذا كان من خلاف  
جنس المفروض بأن صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترط التقابض  
لما قلنا ولو صالح على قيمة الإبل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان قيمة الإبل دراهم ودنانير وانها ليست  
من جنس الإبل فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز قل أو كثر ولا يشترط القبض وكذلك إذا صالح من الإبل على  
دراهم في الذمة وافترقا من غير قبض جاز وإن كان هذا افتراقا عن دين بدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء  
عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وإن كان دينا لكنه ليس بدين لازم الا ترى ان من عليه إذا جاء بقيمته يجبر  
من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقا عن دين بدين حقيقة هذا إذا قضى القاضي عليه بالإبل فان  
قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل  
هذه الأشياء دراهم أو دنانير وانها أثمان فتتعين هذه مبيعة وبيع المبيع الذي ليس بمعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا  
إذا صالح على المفروض في باب الدية فاما إذا صالح على ما ليس بمفروض أصلا كالمكيل والموزون سوى الدراهم  
والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في الفرض قبل تعيين القاضي جاز وإن كانت قيمته أكثر من المفروض لكن  
القبض في المجلس شرط لأنه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وإن كان بعد تعيين القاضي فهو على ما ذكرنا من  
التفصيل وكذلك حكم الصلح عن إنكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره في جميع ما وصفنا هذا الذي  
ذكرنا إذا كان بدل الصلح مالا عينا أو دينا فاما إذا كان منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه أو ركوب دابة بعينها أو  
على زراعة أرض أو سكنى دار وقتا معلوما جاز الصلح ويكون في معنى الإجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى  
عليه أو عن إنكاره أو عن سكوته لان الإجارة تملك المنفعة بعوض وقد وجد اما في

موضع الاقرار فظاهر لان بدل  
الصلح عوض عن المدعى وكذا في موضع الانكار في جانب المدعى وفي جانب  
المدعى عليه هو عوض عن الخصومة  
واليمين وكذا في السكوت لان الساكت منكر حكما سواء كان المدعى عينا أو دينا  
لكن تمليك المنفعة قد يكون بالعين وقد  
يكون بالدين كما في سائر الإجازات وإن كان المدعى منفعة فإن كانت المنفعتان من  
جنسين مختلفين كما إذا صالح من  
سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وإن كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا  
وأصل المسألة في كتاب الإجازات  
وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة يصح بما تصح به الإجازات ويفسد بما تفسد به  
ولصاحب العبد أن يعتقه لان صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وانه قائم فأشبهه  
اعتاق المستأجر والمرهون وليس له أن يبيعه لأن جواز البيع  
بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون وله أن يؤجره من  
غيره لان منفعته صارت مملوكة  
له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن  
يؤجره من المدعى عليه في مدة  
الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كما لو آخره من غيره وعند محمد لا يجوز  
ويبطل الصلح كما لو آجره من المؤاجر  
في مدة الإجارة وانه لا يجوز بالاجماع وتبطل الإجارة الأولى ولا يجب على  
المستأجر شئ من الأجرة كذا هذا وله  
أن يسافر به وذكر في الإجارة ان من استأجر عبدا للخدمة لم يكن له أن يسافر به  
للتفاوت بين خدمتي السفر والحضر  
والفرق ان المسافرة بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالآجر لان مؤنة الرد في  
باب الإجارة عليه وربما يلزمه برده  
مؤنة يزيد على الأجرة فيتضرر به فلم يملك المسافرة به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى  
ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم  
صاحب العبد فأشبهه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافرة به  
كذا هذا ولو ادعى على رجل دارا في  
يده فأنكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذي في يده الدار سنة ثم  
يدفعها إلى المدعى جاز لان المدعى  
متصرف في ملك نفسه ببذل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه  
متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة  
لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفا في ملك نفسه في زعمه

فيجوز ومنها أن يكون متقوما فلا يصح

(٤٧)



الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لأنه ليس بمال متقوم في حقه وكذا إذا صالح على دن من خل فإذا هو خمر لم يصح لأنه تبين انه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للمصالح حتى أنه إذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعى لم يصح الصلح لأنه تبين انه ليس مملوكا للمصالح فتبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما لان جهالة البدل تؤدي إلى المنازعة فتوجب فساد العقد الا إذا كان شيئا لا يفتقر إلى القبض والتسليم كما إذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على أن جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وإن كان مجهولا لان جهالة البدل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فإذا كان مالا يستغنى عن التسليم والتسلم لا يفضى إلى المنازعة فلا يمنع الجواز الا أن الصلح من القصاص في النفس وما دونه تتحمل الجهالة القليلة في البدل كما تتحمل في المهر في باب النكاح والخلع والاعتاق على مال والكتابة لما علم ولو صالح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له في رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا جذعا على هذا الحائط وعلى أن يسيل ميزابه في داره أياما ما معلومة لا يجوز لان ما وقع عليه الصلح في هذه المواضع مفتقر إلى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعها فلا يصح الصلح عليها والأصل ان كل ما يجوز بيعه وشرائه يجوز الصلح عليه ومالا فلا (فصل) وأما الذي يرجع إلى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو دينا أو حقا ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو سارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه إلى ولي الامر لأنه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا إذا صالح من حد القذف بأن قذف رجلا فصالحه على مال على أن يعفو عنه لأنه وإن كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى

والمغلوب ملحق بالعدم شرعا فكان في حكم الحقوق المتمحضة حقا الله تعالى عز وجل وانها لا تحتمل الصلح كذا هذا وكذلك لو صالح شاهدا يريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقا لله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويجب عليه ردما أخذ لأنه أخذه بغير حق ولو علم القاضي به أبطل شهادته لأنه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لأنه حق العبد وكذا يصح عن القصاص في النفس وما دونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البديل عينا أو دينا الا إذا كان دينا يشترط القبض في المجلس احترازا عن الافتراق عن دين بدين وسواء كان معلوما أو مجهولا جهالة غير متفاحشة حتى لو صالح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروي يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخياران شاء أعطى الوسط من ذلك وان شاء أعطى قيمته كما في النكاح فاما إذا صالح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة و جهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لاختلاف الأماكن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كما في باب النكاح والأصل ان كل جهالة بمنع صحة التسمية في باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص ومالا فلا لان ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها الا ترى ان الشرع ورد بمهر المثل في باب النكاح مع أنه مجهول القدر وإنما يمنع منها لا فضائها إلى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالانسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضيا إلى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المماكسة والمضايقه لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق

والله عز وجل الموفق وإذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البدل يسقط القصاص  
وتجب الدية وفي النكاح

يجب مهر المثل الا أن بينهما فرقا من وجه فإنه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر إذا لم تصلح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لفظ الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو الفضل وفي الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شيء آخر فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما إذا سكت عن المهر أصلا فهو الفرق وسواء كان البديل قدر الدية أو أقل أكثر لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان قوله عز وجل فمن عفى له أي أعطى له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أي فليتبع مصدر بمعنى الامر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف إذا أعطى له شيء واسم الشيء يتناول القليل والكثير فدللت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد انه إذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البديل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الربا فهو الفرق وأما كون المصالح عنه معلوما فليس بشرط لجواز الصلح حتى أن من ادعى على آخر حقا في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكروا فصالح على مال معلوم جاز لان الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البديلين فيصح بطريق الاسقاط فلا يؤدي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم والقبض لان الساقط لا يحتمل ذلك وقد مران الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثاني أن يكون حق المصالح والثالث أن يكون حقا ثابتا له في المحل فما لا يكون حقا له أولا يكون حقا ثابتا له في المحل لا يجوز

الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبيا في يده انه ابنه منها ووجد الرجل فصالحت عن النسب على شئ فالصلح باطل لان النسب حق الصبي لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملها ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شئ على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لأنه لا حق للشفيع في المحل إنما الثابت له حق التمليك وهو ليس لمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنه بخلاف الصلح عن القصاص لان هناك المحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح؟ فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس إذا صالح على مال على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة فيه روايتان في رواية لا تبطل لأنه ما رضى بسقوط حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفي رواية يسقط لان الا براء لا تقف صحته على العوض فيصح وان لم يسلم العوض فإذا صح انه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا إذا كان لرجل ظلة على طريق أو كتيف شارع أو ميزابه فخاصمه رجلا وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين اما أن يكون الطريق نافذا واما أن لا يكون نافذا فإذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رقبة الطريق النافذ لا تكون ملكا لاحد من المسلمين وإنما لهم حق المرور وانه ليس بحق ثابت في رقبة الطريق بل هو عيارة عن ولاية المرور وانه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما انه لا فائدة في هذا الصلح لأنه ان سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع وكذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم إليه على مال يأخذ من المتقدم إليه الطرح فالصلح باطل لان الطرح واجب عليه فاخذ المال عليه يكون رشوة هذا إذا كان الطريق نافذا فأما إذا لم يكن نافذا فصالحه رجل

من أهل الطريق على ما للترك فالصلح جائز لان رقبة الطريق هنا مملوكة لأهل مكة  
فكان لكل واحد منهم فيها

ملكا فجاز الصلح عنه وكذا اسقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لاحتمال تحصيل رضا الباقيين ولا يحتمل ذلك في الوجه الأول لأنهم لا يحصون وكذا لو صالح الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز ويطيب له المال لان رقبة الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضا عن ملكه فصح فاما في طريق المسلمين فلا ملك لاحد فيها ولا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح اعتياضا عن ملك ولا حق ثابت في المحل فبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما إذا بنى على الطريق فاما إذا شرع إلى الهواء فلا يجوز لأنه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه اليمين فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح وبرئ من اليمين وكذا إذا قال المدعى عليه صالحتك من اليمين التي وجبت لك على أو قال افتديت منك يمينك بكذا وكذا صح الصلح لان هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لان اليمين حق المدعى قبل مدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والكندي ألك بينة قال لا قال إذا لك يمينه جعل اليمين حق المدعى فكان هذا صلحا عن حق ثابت شرعا للمدعى وكذا الملك في المدعى ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه وهو بدل المال لا سقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال المدعى عليه اشتريت منك اليمين على كذا وقال المدعى بعت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يحز بلفظ البيع والشراء لو ادعى على رجل انه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز لان هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعى لان الرق ثابت في حق المدعى لان الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه اعتاقا على مال فيصح الا أن الولاء لا يكون له لانكار المدعى عليه الرق فان أقام المدعى بعد ذلك بينة لا تقبل الا في حق اثبات الولاء وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة إلى أجل كان جائزا لان الرق ثابت في حق المدعى فكان بدل الصلح بدل عن العتق في حقه فأشبهه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ولو ادعى رجل على امرأة نكاحا فجدته فصالحته على مال

بذلته حتى يترك الدعوى جاز لان النكاح حق ثابت في حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع إذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزا وفي حقها بدل مال لاسقاط الخصومة وانه جائز أيضا للنص ولو ادعت امرأة على رجل نكاحا فجدد الرجل فصالحها على مال بذله لها لا يجوز لأنه لا يخلو اما أن يكون النكاح ثابتا أو لم يكن ثابتا فإن لم يكن ثابتا كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة وإن كان ثابتا لا تثبت الفرقة بهذا الصلح لان العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضا عن شيء فلا يجوز ولو ادعى على أن سان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ فالصلح باطل والمدعى على دعواه حتى لو أقام بينة أخذه بها لان قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ تعليق البراءة بالشرط وانه باطل لان في الابراء معنى التملك والأصل في التملك ان لا يحتمل التعليق بالشرط وان كلم تكن له بينه وأراد استحلافه فهو على وجهين إن كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى لان تلك اليمين غير معتبرة لأنها غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتدا بها وإن كان عند القاضي لم يستحلفه ثانيا لان الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الايفاء ثانيا ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فإذا حلف فالمال واجب على المدعى عليه فهو باطل لان هذا تعليق وجوب المال بالشرط وانه باطل لكونه قمارا ولو أودع انسانا وديعة ثم طلبها منه فقال المودع هلكت أو قال رددتها وكذبه المودع وقال استهلكتها فتصالحا على شيء فالصلح باطل عند أبي يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد ان هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة ويمين متوجهة فيصح كما في سائر المواضع (وجه) قول أبي يوسف ان المدعى مناقض في هذه الدعوى لان المودع أمين المالك وقول الأئمة قول المؤتمن من فكان اخباره بالرد والهالك اقرارا من المودع فكان مناقضا في دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى الا أنه يستحلف لكن لا لدفع الدعوى لأنها مندفة لبطلانها بل للتهمة وإذا لم



تصح الدعوى لا يصح

(٥٠)

الصلح ولو ادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فتصالحا على شئ جاز لان دعوى الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصلح الصلح ولو طلب المودع الوديعة فجحدها المودع وقال لم تودعني شيئا ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فتصالحا جاز لان الملك يدعى عليه ضمان الغصب بالجحود إذ هو سبب لوجوب الضمان وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية المضاربة لان كل ذلك أمانه ولو اشترى من رجل عبدا فطعن فيه بعيب وخاصمه فيه ثم صالحه على شئ أو حط من ثمنه شيئا فإن كان العبد مما يجوز رده على البائع وله المطالبة بأرش العيب دون الرد فالصلح جائز لان الصلح عن العيب صلح عن حق ثبات في المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب وانها من قبيل الأموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح وكذا الصلح عن الأرش معاوضة مال بمال لاشك فيه وإذا صار المبيع بحال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بأرشه بأن باع العبد فالصلح باطل لان حق الدعوى والخصومة فيهما قبل البيع قد بطل البيع فلا يجوز الصلح ولو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضا في عين العبد فانجلى بطل الصلح ويرد ما أخذ لان المعوض وهي صفة السلامة قد عادت فيعود العوض فبطل الصلح ولو طعن المشتري بعيب فصالحه البائع على أن يبريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز لان الابراء عن العيب ابراء عن صفة السلامة اسقاط لها وهي مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والابراء عن كل عيب وإن كان ابراء عن المجهول لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة الابراء للفقهاء الذي مر قبل هذا ان الجهالة لعينها غير مانعة بل لا فضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والقبض والذي وقع الصلح والابراء عنه لا يفتقر إلى التسليم القبض فلا تضره الجهالة وكذلك لو لم يطعن المشتري بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شئ فالصلح جائز لأنه وان لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فيصالحه لا بطل هذا الحق ولو خاصمه في ضرب من العيوب نحو الشجاج والقروح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له ان يخاصمه فيه

لان الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة في غيره ولو اشترى شيئا من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تتزوجه فهو جائز وهذا  
اقرار منها بالعيب فإن كان يبلغ أرش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وإن كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لان أرش العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فإذا نكحت نفسها، فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شيئا بأرش عيب كان اقرار بالعيب لأن الشراء معاوضة فالاقدام عليه يكون اقرار بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون اقرار بالعيب لان الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح اسقاطا فلا يصح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ولو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيد في ثمن الآخر درهما فالرد جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز شئ من ذلك (وجه) قوله إن الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمنزلة الإقالة والبيع تبطله الشروط الفاسدة (وجه) قولهما ان هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط وانه باطل لان الزيادة تلحق بأصل العقد واصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه في معنى القمار فكذا الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العقد وانه يحتمل الشرط فجائز ولو ادعى على امرأة نكاحا فجحدت فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لان اقرارها بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على إنسان ألفا وأنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالألف فهو باطل لان المدعى لا يخلو اما أن يكون صادقا في دعواه الألف واما أن يكون كاذبا فيها فإن كان صادقا فيها فالألف واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة وانه حرام وإن كان كاذبا في دعواه فأقر أر المدعى عليه بالألف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولو قال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتي ففعلت ذلك فهو جائز إذا كان بمحض من الشهود ويجعل كناية عن إنشاء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فجحدت

فقال أزيدك مائة على أن تقري لي بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة ويحمل اقرارها  
على الصحة والله عز وجل

أعلم هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) إذا كان بين المدعى والأجنبي المتوسط أو المتبرع فلا يخلو أما إن كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فإن كان بأمره يصح لأنه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به وإن كان بغير أمره فهو صلح الفضولي وانه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان إلى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو أصالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على أنى ضامن لك الألف أو على أن على الألف والثاني أن يضيف المال إلى نفسه بأن يقول على الفبي هذه أو على عبدي هذا والثالث ان يعين البدل وإن كان لا ينسبه إلى نفسه بأن يقول على هذه الألف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وان لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها إليه والخامس ان لا يفعل شيئاً من ذلك بأن يقول صالحتك على ألف درهم أو على عبد وسط ولم يزد عليه ففي الوجوه الا ربعة يصح الصلح لقوله تعالى إنما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم وهذا خاص في صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام في جميع أنواع الصلح لدخول الألف واللام على الصلح وانهما لاستغراق الجنس ولأنه بالصلح في هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع بالسقط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه إن كان الصلح عن اقرار وإن كان عن إنكار باسقاط الخصومة فيصح تبرعه كما إذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحه يجب عليه تسليم البدل في الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لان التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما ذكره في فصل الحكم إن شاء الله تعالى (وأما) في الوجه الخامس فموقوف على إجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح لان الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلاً من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك إذ التحق التوكيل بالإجازة وان رده بطل لان التصرف على الانسان لا

يصح من غير اذنه واجازته ثم  
إنما يصح صلح الفضولي إذا كان حرا بالغاً فلا يصح صلح العبد المأذون والصبي  
لأنهما ليسا من أهل التبرع وكذا  
الخلع من الأجنبي على هذه الفصول التي ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير  
وكيلاً ويجب المال على المرأة دون  
الوكيل وإن كان بغير اذنها فهو على الفصول التي ذكرنا في الصلح وكذلك الزيادة  
في الثمن من الأجنبي على هذا  
التفصيل إن كان باذن المشتري يكون وكيلاً ويجب على المشتري وإن كان بغير اذنه  
فعلى ما ذكرنا من الفصول  
وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الأجنبي على هذه الفصول ثم لا يخلو اما ان  
صالح على المفروض أو على  
غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضي أو بعده على ما تقدم  
والأصل فيه أنه يجوز من صلح  
الأجنبي ما يجوز من صلح القاتل ومالا فلا وبيان ذلك أنه إذا صالح الفضولي على  
خمسة عشر ألفاً أو على ألفي دينار  
وضمن قبل تعيين القاضي الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشر آلاف درهم وعلى  
ألف دينار وتبطل الزيادة  
لما ذكرنا ان الفضولي بالصلح في مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع  
عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا  
يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر ألف درهم دين ف قضى عنه الفين بغير  
أمره له أن يسترد الزيادة هذا إذا صاح  
على المفروض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الربا ولا  
يجرى في مختلفي الجنس وكذلك لو  
صالح على مائتي بغير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل  
ذلك بنفسه لما جاز الاعلى المائة فكذا  
الفضولي لما ذكرنا ثم إن كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الإبل على الأسنان  
الواجبة في باب الدية لان  
مطلق الإبل في هذا الباب ينصرف إلى الواجب وإن كانت بأعيانها فالواجب مائة منها  
والخيار إلى الطالب لان الرضا  
بالكل يكون رضا بالبعض فإن كان في أسنان الإبل نقصان عن أسنان الإبل الواجبة في  
باب الدية فللطالب أن يرد  
الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على أن غرضه انه لو ظهر  
نقصان في السن لا يجبر بزيادة

العدد فإذا لم تحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختلف رضاه بالنقصان فأوجب حق  
النقص ولو صالح على مائة على

أسنان الدية وضمنها فهو جائز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على أسنان الدية  
استيفاء عين الحق وإن كان  
القاضي عين الواجب فقضى عليه بالدرهم فصالح المتوسط على الفي دينار جاز ولا بد  
من القبض في المجلس كما لو فعله  
القاتل بنفسه لأنه صرف فيراعى له شرائطه والله تعالى أعلم  
(فصل) (وأما) بيان حكم الصلح فنقول وبالله التوفيق ان للصلح أحكاما بعضها أصلى لا  
ينفصل عنه جنس  
الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض أما الأصل  
فهو انقطاع الخصومة  
والمنازعة بين المتداعيين شرعا حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس  
الصلح فأما الدخيل فأنواع  
منها حق الشفعة للشفيع وجملته ان المدعى لو كان دارا وبدل الصلح سوى الدار من  
الدرهم والدنانير وغيرهما فإن كان  
الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لأنه في معنى البيع من  
الجانبين فيجب حق الشفعة وإن كان  
الصلح عن إنكار لا يثبت لأنه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل  
المال لدفع الخصومة  
واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فإن كانت  
للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه  
وأخذ الدار بالشفعة لان بإقامة البينة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع وكذلك ان لم  
تكن له بينة فحلف المدعى عليه  
فنكل وإن كان بدل الصلح دارا والصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع حق  
الشفعة في الدارين جميعا لما مر  
ان الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تبايعا دارا بدار فيأخذ شفيع كل  
دار الدار المشفوعة بقيمة الدار  
الأخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة ويعطى المدعى عليه دارا  
أخرى فإن كان الصلح عن إنكار  
وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين  
وإن كان الصلح عن اقرار لا  
يصح لان الدارين جميعا ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلا عن ملكه وإذا لم  
يصح الصلح لا تجب الشفعة  
ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وإن كان الصلح عن اقرار لان المنفعة  
ليست بعين مال فلا يجوز أخذ



الشفعة بها وإن كان الصلح عن إنكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعى كون المأخوذ مبيعا في حق من يأخذ منه لان الصلح عن إنكار في جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه إذا كان عينا فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفي جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع في حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة الا أن يدلى بحجة المدعى فيقيم البينة أو يحلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعا إن كان الصلح عن اقرار لأنه بمنزلة البيع وإن كان عن إنكار يثبت في جانب المدعى ولا يثبت في جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع في حقه لا في حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصة العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شئ وكذا لو استحق عليه الدار وقد بني فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعي بقيمة البناء وكذا لو كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغرورا ولا يرجع بقيمة الولد لأن ما أخذه المدعى ليس بدل المدعى في حقه الا أنه إذا استحقت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى إليه لان المؤدى بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد ببدل الصلح عيبا فلم يقدر على رده للهلاك أو للزيادة أو للنقصان في يد المدعى فإن كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعي عليه بحصة العيب في المدعى وإن كان عن إنكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصة العيب وكذا إذا حلفه فنكل وان حلف فلا شئ عليه ومنها الرد بخيار الرؤية في نوع الصلح وفرق الطحاوي بينهما والحق الرد في الصلح عن إنكار ببدل الصلح عن القصاص وبالمهر وبدل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت في تلك العقود فكذا ههنا وفي كتاب الصلح أثبت حق الرد في النوعين جميعا من غير فصل هو الصحيح لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعى كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الأحكام

تشهد بصحة هذا

(٥٣)

على ما نذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح فلا يجوز للمدعى بيعه وهبته ونحو ذلك وإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ويجوز ذلك في الصلح عن القصاص للمصالح أن يبيعه ويبرئ عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق إن المانع من الجواز في سائر الواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنا لأن الصلح عن القصاص بما لا يحتمل الانفساخ فلا حاجة إلى الصيانة بالمنع كالموروث وبذا تبين أن الحاق العقد بالعقود التي هي مبادلة مال بغير مال على ما ذكره الطحاوي غير سديد ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لأن الصلح لم يفسخ فبقي وجوب التسليم وهو عاجز عن تسليم العين للمصلح فيجب تسليم القيمة (ومنها) أن الوكيل بالصلح إذا صالح ببديل الصلح يلزمه أو يلزم المدعى عليه فهذا في الأصل لا يخلو من وجهين إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة وإما أن يكون في معنى استيفاء عين الحق فإن كان في معنى المعاوضة يلزمه دون المدعى عليه لأنه يكون جارياً مجرى البيع وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل وإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً إما أن ضمن بدل الصلح وإما أن لم يضمن فإن لم يضمن لا يلزمه لأنه يكون سفيراً بمنزلة الرسول فلا ترجع إليه الحقوق وإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد (وأما) الفضولي فإن نفذ صلحه فالبديل عليه ولا يرجع به على المدعى عليه لأنه متبرع وإن وقف صلحه فإن رده المدعى عليه بطل ولا شيء على واحد منهما وإن أجاز به والبديل عليه دون الفضولي (فصل) وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الصلح أشياء (منها) الإقالة فيما سوى القصاص لأن ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتملاً للفسخ كالبيع ونحوه (فأما) في القصاص فالصلح فيه اسقاط محض لأنه عفو والعفو اسقاط فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده على الإسلام أو اللحق

بدار الحرب والموت فان أسلم نفذ وان لحق بدار الحرب وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحربية لان حكمها حكم الحربية والمسألة تعرف في موضعها إن شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لأنه يفسخ العقد لما علم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس ابطلا حقيقة بل هو بيان ان الصلح لم يصح أصلا لا أنه بطل بعد الصحة الا أنه ابطال من حيث الظاهر لنفاذ الصلح ظاهرا فيجوز الحاقه بهذا القسم لكنه ليس بابطال حقيقة فكان الحاقه باقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب إلى الصناعة والفقهاء فكان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لأنه بمعنى الإجازة وأنها تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعتة هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو اما إن كان حيوانا كالعبد والدابة أو غير حيوان كالدار والبيت فإن كان حيوانا لا يخلو اما ان هلك بنفسه أو باستهلاكه فان هلك بنفسه يبطل الصلح اجماعا وان هلك باستهلاكه فلا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان استهلكه أجنبي واما ان استهلكه المدعى عليه واما ان استهلكه المدعى فان استهلكه أجنبي بطل الصلح عند محمد وقال أبو يوسف لا يبطل ولكنه للمدعى الخياران شاء نقض الصلح وان شاء اشترى له بقيمته عبدا يخدمه إلى المدة المضروبة (وجه) قول محمدان الصلح على المنفعة بمنزلة الإجازة لان الإجازة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد ولهذا ملك إجازة العبد من غيره بمنزلة المستأجر في باب الإجازة والإجازة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاكه كذا هذا (وجه) قول أبي يوسف ان هذا صلح فيه معنى الإجازة وكما أن معنى المعاوضة لازم في الإجازة فمعنى استيفاء عين الحق أصل في الصلح فيجب اعتبارهما جميعا ما أمكن ومعلوم انه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة لأنها ليست من جنس المدعى فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك الا بعد ثبوت الملك له فيها فتجعل كأنها ملكه في حق استيفاء حقه منها وبعد القتل ان تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفى من

البدل بان يشتري له عبدا فيخدمه إلى

(٥٤)

المدة المشروطة وله حق النقص أيضا لتعذر محل الاستيفاء وان استهلكه المدعى عليه بان قتله أو كان عبدا فاعتقه يبطل الصلح أيضا وقيل هذا قول محمد فاما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري له بها عبدا آخر يخدمه إلى المدة المشروطة كما إذا قتله أجنبي وكالراهن إذا قتل العبد المرهون أو أعتقه وهذا لان رقبة العبد وإن كانت مملوكة للمدعى عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعى لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعا بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كما في الرهن وكذا لو استهلكه المدعى بطل الصلح عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعى قيمة العبد ويشتري عبدا آخر يخدمه وهل يثبت الخيار للمدعى في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا إذا كان الصلح على منافع الحيوان فاما إذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بان انهدم أو باستهلاك بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار ان شاء بناه صاحب البيت بيتا آخر يسكنه إلى المدة المضروبة وان شاء نقض الصلح ولا يتعذر هنا خلاف محمد لان إجارة العبد تبطل بموته بالاجماع وإجارة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار أن يبنها مرة أخرى في بعض إشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر في الإجازات ولو تصالحا عن إنكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا يفسخ الصلح لان الاقرار مبين ان الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقرا للصلح لا مبطلا له ولو أقام المدعى البينة بعد الصلح لا تسمع بينته الا إذا ظهر ببطلان الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فأقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بينته وتبين ان للصلح الماضي حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا (فصل) وأما بيان حكم الصلح إذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلا فهو أن يرجع المدعى إلى أصل دعواه إن كان الصلح عن إنكار وإن كان عن اقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره الا ان في الصلح عن قصاص إذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص الا ان يصير مغرورا من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمان الغرور

أيضا وبيان هذه الجملة انهما إذا تقابلا الصلح فيما سوى القصاص أو رد البديل بالعيب  
وختيار الرؤية يرجع المدعى  
بالمدعى إن كان عن اقرار وإن كان عن إنكار يرجع إلى دعواه لان الإقالة والرد بالعيب  
وختيار الرؤية فسخ للعقد وإذا  
فسخ جعل كان لم يكن فعاد الامر على ما كان من قبل وكذا إذا استحق لان  
بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لفوات  
شرط الصحة فكأنه لم يوجد أصلا فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا أن في الصلح  
عن القصاص لا يستوفى مع الشبهة  
فسقط لكن إلى بدل وهو الدية فاما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود  
فيما يمكن استيفاؤه مع الشبهة فأمكن  
الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشئ آخر الا إذا صار مغرورا من جهة المدعى عليه بأن  
كان بدل الصلح جارية فقبضها  
واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت  
الخصومة فإنه يرجع على المدعى عليه  
بالمدعى وبما ضمن من قيمه الولد إن كان الصلح عن اقرار لأنه صار مغرورا من جهته  
وإن كان الصلح عن إنكار يرجع  
إلى دعواه لا غير فان أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل حينئذ  
يرجع بما ادعى وبقيمة الولد لأنه  
تبين أنه كان مغرورا فيرجع عليه بضمان الغرور ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح لان  
العقر بدل لمنفعة المستوفى فكان  
عليه العقر وإن كان الصلح عن القصاص في النفس أو ما دونها فصالح على جارية  
فاستولدها ثم استحققت فإنه يرجع  
على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الدان كان الصلح عن اقرار ولا  
يرجع بالعقر لما ذكرنا وإن كان  
الصلح عن إنكار يرجع إلى دعواه لا غير فان أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل  
يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن  
من قيمة الولد لما قلنا وان حلف لا يرجع بشئ أو صالح المتوسط على عبد معين  
فاستحق العبد أو وجد به عيبا فرده  
حتى بطل الصلح لا سبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعى إن كان الصلح  
عن اقرار وإن كان عن إنكار  
يرجع إلى دعواه لان المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو  
صالح على دراهم مسماة وضمنها





ودفعها إليه ثم استحققت أو وجدها زيوفاً له ان يرجع على المصالح المتوسط لأنه  
بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة  
المضمون ولو استحققت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن إنكار كان للمدعى  
عليه أن يرجع بما دفع (أما) في  
موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض في حقهما جميعاً (وأما) في موضع  
الانكار فلان المأخوذ عوض في  
حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه هذا إذا  
استحق كل الدار فأما إذا استحق  
بعضها فإن كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لفوات بعض ما هو عوض  
عن المستحق وإن كان ادعى فيها  
حقاً لم يرجع بشئ لجواز أن يكون المدعى ما وراء المستحق وإذا بطل الصلح على  
المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير  
ذلك في أثناء المدة فإن كان الصلح عن اقرار رجوع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من  
المنفعة وإن كان عن إنكار رجوع إلى  
الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صالح عن القصاص على دن من خمر  
فإذا هو خل أو على عبد فإذا هو حر فهو  
على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك تجب  
الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله  
هناك يجب ذاك هنا ولا يشبه هذا ما إذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم بأنه  
خمر أنه لا يجب شئ وههنا يجب شئ  
لان هناك صار مغروراً من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غر غيره في  
شئ يكون ملتزماً ما يحلقة من  
العهد فيه فإذا اظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان  
ومعنى الغرور لا يتقدر عند علمه  
بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلاً فهو الفرق  
بين الامرين والله عز وجل أعلم  
(\* كتاب الشركة \*)

الشركة في الأصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع  
يثبت بفعل الشريكين  
ونوع يثبت بغير فعلهما (أما) الذي يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيئاً أو يوهب لهما  
أو يوصى لهما أو يتصدق  
عليهما فيقبلا فيصير المشتري والموهوب والموصى به المتصدق به مشتركاً بينهما  
شركة ملك (وأما) الذي يثبت بغير

فعلهما فالميراث بان ورثا شيئاً فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفي بيان شرائط ركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد الشركة وفي بيان ما يبطل العقد أما الأول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالأموال وشركة بالأعمال وتسمى شركة الأبدان وشركة الصانع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه (أما) الأول وهو الشركة بالأموال فهو أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولان اشتركتنا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى أو أطلقاً على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكر اما يدل على شركة العقود بان قالوا ما اشترينا فهو بيننا أو ما اشترى أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لأنهما لما جعلوا ما اشتراه كل واحد بينهما علم أنهما أرادا به الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة وإذا لم يكن وكالة لا نقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص بيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شيء من ذلك ان لم يذكر الشراء ولا البيع ولا ما يدل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت من شيء فبيني وبينك أو قال فبيننا وقال الآخر نعم فان أرادا بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشتري ونوعه وقدر الثمن كما إذا نصا على الشراء والبيع وان أرادا به أن يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكي التجارة بل يكون المشتري بينهما بعينه كما إذا أورثا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة وإلا فلا وهو بيان جنس المشتري وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي أن لا يفوض الموكل الرأي إلى الوكيل بأن يقول ما اشتريت لي من عبد تركي أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشتريت لي من عبد أو جارية بألف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشتري في الوكالة العامة بأن يقول ما اشتريت لي من شيء اليوم



أو شهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشترت لي من شيء بألف درهم فهو جائز  
أو ما اشترت لي من البز والخز  
فهو جائز وإنما كان كذلك لان مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا  
بد من النية فان نويها به الشركة كان  
شركة في عموم التجارات لان الأصل في الشركة العموم لان المقصود منها تحصيل  
الربح وهذا المقصود لا يحصل الا  
بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شيء مما ذكرنا لان ذلك ليس  
بشروط لصحة الشركة وان نويها به  
الوكالة كان وكالة ويقف صحتها على شرائطها من الخاصة أو العامة لا مبنى الوكالة  
على الخصوص لان المقصود منها  
تملك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا الا أنه  
يكتفى في الوكالة العامة ببيان أحد  
الأشياء التي وصفنا لأنه لما عممها بتقويض الرأي فيها إلى الوكيل فقد شبهها بالشركة  
فكان في احتمال الجهالة الفاحشة  
كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فان  
أتى بشيء مما ذكرنا جازت وإلا  
بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشترت اليوم من شيء  
فبيني وبينك نصفين فقال  
الرجل نعم فان أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذا وان  
وقت مالا ولم يوقت يوما وكذا  
ان وقت صنفا من الثياب وسمى عددا أو لم يسم ثمنا ولا يوما وان قال ما اشترت من  
شيء فهو بيني وبينك ولم يسم شيئا  
مما ذكرنا فان أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا انه  
لما لم يذكر البيع ولا ما يدل على شركة  
العقود علم أنها وكالة فلا تصح الا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد في  
الأصل في رجلين اشتركا بغير مال على  
أن ما اشتريا اليوم فهو بينهما خصا صنفا من الأصناف أو عما ولم يخصا فهو جائز  
وكذلك ان لم يوقتا للشركة وقتا كان  
هذا جائزا لأنهما لما جعلوا ما يشتره كل واحد بينهما دل على أنها شركة وليست  
بوكالة لان الوكالة لا تكون من الجانبين  
عادة وإذا كان شركة فالشركة لا تحتاج إلى التخصيص قال وان أشهد أحدهما أن ما  
يشتره لنفسه بغير محضر من  
صاحبه فكما اشترى شيئا فهو بينهما لان الشركة لما صحت كان كل واحد منهما

وكيل الآخر فيما يشتريه فهو بالاشهاد  
انه يشتري لنفسه يريد اخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك  
(وأما) الشركة بالأعمال فهو أن  
يشارك على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولوا اشتركنا على أن نعمل فيه  
على أن ما رزق الله عز وجل من  
أجرة فيه بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجوه فهو أن يشارك وليس لهما مال  
لكن لهما وجاهة عند الناس  
فيقولوا اشتركنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن ما رزق الله سبحانه وتعالى  
من ربح فهو بيننا على شرط  
كذا وسمى هذا النوع شركة الوجوه لأنه لا يباع بالنسيئة الا الوجيه من الناس عادة  
ويحتمل انه سمي بذلك لان كل  
واحد منهما يواجه صاحبه ينظر ان من بيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الأنواع  
الثلاثة العنان والمفاوضة  
 ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى  
(فصل) وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة فقد قال أصحابنا انها جائزة عنانا كانت أو  
مفاوضة وقال الشافعي  
رحمه الله شركة الاعمال والوجوه لا جواز لها أصلا ورأسا (وأما) شركة الأموال  
فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها  
المفاوضة وقال مالك رحمه الله لا أعرف المفاوضة وقيل في اشتقاق العنان انه مأخوذ  
من العن وهو الاعراض يقال  
عن لي أي اعترض وظهر قال امرؤ القيس  
فعن لنا شرب كأن نعاجه \* عذارى دوار في ملاء مدبل  
سمى هذا النوع مثل الشركة عنانا لأنه يقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات  
أو في بعضها دون بعض وعند  
تساوى المالكين أو تفاضلهما وقيل هو مأخوذ من عنان الفرس أن يكون بإحدى يديه  
ويده الأخرى مطلقة يفعل بها  
ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة له عنانا لأنه لا يكون الا في بعض الأموال  
ويتصرف كل واحد منهما في الباقي  
كيف يشاء أو لان كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه  
وكان أهل الجاهلية يتعاطون  
هذا الشركة قال النابغة.



وشاركنا قريشا في بقاها \* وفي احسابها شرك العنان  
(وأما) المفوضة فقد قيل إنها المساواة في اللغة قال القائل وهو العبيدي  
يهدى الأمور بأهل الرأي ما صلحت \* فان تولت فبالأشرار تنقاد  
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم \* ولا سراة إذا جهالهم سادوا  
سمى هذا النوع من الشركة مفوضة لاعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح  
والتصرف وغير ذلك على ما نذكر وقيل  
هي من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه على كل حال (وأما)  
الكلام في شركة الاعمال  
الوجوه (فوجه) قول الشافعي رحمه الله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط وهذا شرط  
الخلط الجواز الشركة ولا يقع  
الاختلاط الا في الأموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لأنها  
وضعت لاستنماء المال بالتجارة  
لان نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء إلى التجارة مختلفون بعضهم أهدى من  
البعض فشرعت الشركة لتحصيل  
غرض الاستنماء ولا بد من أصل يستتمى ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما  
وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا)  
ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الأعصار من غير إنكار عليهم من أحد وقال  
عليه الصلاة السلام لا تجتمع  
أمتي على ضلالة ولأنهما يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل على الجائز  
جائز وقوله إن الشركة شرعت  
لاستنماء المال فيستدعى أصلا يستتمى فنقول الشركة بالأموال شرعت لتنمية المال  
وأما الشركة بالأعمال أو بالوجوه  
فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق  
الحاجة إلى تنميته فلما شرعت  
لتحصيل الوصف فلان تشرع لتحصيل الأصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالأموال  
فأما العنان فجائز باجماع  
فقهاء الأمصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكير وما رآه المسلمون حسنا  
فهو عند الله حسن ولما روى  
أن أسامة بن شريك جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال عليه  
الصلاة والسلام وكيف  
لا أعرفك وكنت شريكى ونعم الشريك لا تدارى ولا تمارى وأدنى ما يستدل بفعله  
عليه الصلاة والسلام الجواز  
وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقرره على

ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم  
والتقرير أحد وجوه السنة ولأن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم إلى  
استنماء المال متحققة وهذا النوع  
طريق صالح للاستنماء فكان مشروعاً ولأنه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعاً  
(وأما) المفاوضة (فأما)  
قول مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة فان عنى به لا أعرف معناها في اللغة فقد  
بيننا معناها في اللغة انها عبارة عن  
المساواة وان عنى به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم  
الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام  
تفاوضوا فإنه أعظم للبركة وانها مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان  
كل واحد منهما جائزة حال  
الانفراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولأنها طريق استنماء المال أو تحصيله والحاجة  
إلى ذلك متحققة فكانت  
جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن  
الكفالة عندكم والكفالة التي  
تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الانفراد فكذا التي تتضمنها  
المفاوضة ودليلنا على الجواز  
ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول نعم لكن هذا النوع من  
الجهالة في عقد الشركة  
عفو وان لم يكن عفوا حالة الانفراد كما في شركة العنان فإنها تشتمل على الوكالة  
العامة وإن كان لا يصح هذا التوكيل حالة  
الانفراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وإن كانت الوكالة العامة لا  
تصح من غير بيان حالة الانفراد  
فكذا هذا وكان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصوداً بل ضمناً  
للشركة وقد يثبت الشيء ضمناً وإن كان  
لا يثبت قصداً ويشترط للثابت مقصوداً اما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً كعزل الوكيل  
ونحو ذلك  
(فصل) وأما بيان شرائط جواز هذه الأنواع فلجوازها شرائط بعضها يعم الأنواع كلها  
وبعضها يخص البعض  
دون البعض (أما) الشرائط العامة فأنواع (منها) أهلية الوكالة لان الوكالة لازمة في الكل  
وهي أن يصير كل واحد





منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال لان كل واحد منهما  
أذن لصاحبه بالشراء والبيع  
وتقبل الاعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها أهلية  
الوكالة لما علم في  
كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فإن كان مجهولا تفسد الشركة لان  
الربح هو المعقود عليه  
وجهالته توجب فساد العقد كما في البيع والإجارة (ومنها) أن يكون الربح جزأ شائعا  
في الجملة لا معيناً فان عينا  
عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لأن العقد يقتضى تحقق الشركة في  
الربح والتعيين يقطع الشركة  
لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لأحدهما فلا يتحقق الشركة في الربح  
(وأما) الذي يخص البعض دون  
البعض فيختلف (أما) الشركة بالأموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من  
الأثمان المطلقة وهي التي لا تتعين  
بالتعيين في المفاوضات على كل حال وهي الدراهم والدنانير عانا كانت الشركة أو  
مفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح  
الشركة في العروض وقال ملك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة في العروض  
والصحيح قول العامة  
لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي يتضمنها الشركة لا تصح في العروض  
وتصح في الدراهم والدنانير فان من  
قال لغيره بع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز وإذا لم تجز الوكالة التي في من  
ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو  
قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشتريته بيننا جاز ولان الشركة في  
العروض تؤدي إلى جهالة الربح  
عند القسمة لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لأنها تعرف  
بالحرز والظن فيصير الربح مجهولا  
فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لان رأس  
المال من الدراهم والدنانير عند  
القسمة عينها فلا يؤدي إلى جهالة الربح ولا النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما  
لم يضمن والشركة في  
العروض تؤدي إلى ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى  
شيئا بعرض بعينه فهلك  
العرض قبل التسليم لا يضمن شيئا آخر لان العروض تتعين بالتعيين فيبطل البيع فإذا لم

تكن مضمونة فالشركة فيها  
تؤدي إلى ربح ما لم يضمن وانه منهي بخلاف الدراهم والدنانير فإنها مضمونة بالهلاك  
لأنها لا تتعين بالتعيين فالشركة  
فيها لا تؤدي إلى ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة في جواز الشركة  
في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن  
يباع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما  
نصفين وتحصل شركة ملك بينهما  
ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما دراهم ومن  
الأخر عروض فالحيلة في  
جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا  
جميعا حتى يصير الدراهم  
بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبر فهل يصلح  
رأس مال الشركة ذكر في كتاب  
الشركة وجعله كالعروض وفي كتاب الصرف جعله كالأثمان المطلقة لأنه قال فيه إذا  
اشترى به فهلك لا يفسخ  
العقد والامر فيه موكول إلى تعامل الناس فإن كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الأثمان  
المطلقة فتجوز الشركة بها وإن كان  
وا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) الفلوس فإن  
كانت كاسدة فلا تجوز الشركة  
ولا المضاربة بها لأنها عروض وإن كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي  
حنيفة وأبي يوسف وعند  
محمد تجوز والكلام فيها مبنى على أصل وهو الفلوس الرائجة ليست أثمانا على كل  
حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف  
لأنها تتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعا باصلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلوس  
بالفلسين بأعيانها عند هما فاما إذا لم تكن  
أثمانا مطلقة لاحتمالها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات لم تصلح رأس  
مال الشركة كسائر العروض وعند  
محمد الثمنية لا زمة للفلوس النافقة فكانت من الأثمان المطلقة وهذا أبي جواز بيع  
الواحد منها باثنين فتصلح رأس  
مال الشركة كسائر الأثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبي يوسف انه  
تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز  
المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير  
الكساد لأنه لا بد من تعيين رأس

المال عند القسمة فإذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لأنها تعرف  
بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد

في الشركة لأنهما عند الكساد يأخذان رأس المال عددا لا قيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيالات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعديدات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لأنها إنما تتعين بالتعيين إذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا يرى أنه لو قال آخر قبل الخلط بع حنطتك على أن يكون ثمننا بيننا لم يجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فإن كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قولهم جميعا لان الحنطة إذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمننا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها وإن كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح وإنما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيما إذا كان المكيل نصفين وشرطا الربح أثلاثا فخلطاه واشترى به فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالين نصفين وعلى قول محمد على ما شرطا فقول أبي يوسف مطرد على الأصل الذي ذكرنا ان المكيالات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون تارة ثمننا وتارة مبيعا لأنها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس (ووجه) التخريج لمحمد ان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فأشبهت الدراهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيلة في جواز الشركة بالمكيالات وسائر الموزونات والعديدات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلط حتى تصوير شركة ملك بينهما ثم يعقد أعليها عقد الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضر الا دينا ولا مالا غائبا فإن كان لا تجوز عنانا كانت أو مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وإنما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بهما وبع فما ربحت يكون بيننا فأقام المأمور البينة انه فعل ذلك

جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء وهل  
يشترط خلط المالين وهو خلط  
الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدرهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط  
وبه أخذ الشافعي رحمه الله وعلى  
هذا الأصل يبنى ما إذا كان المالان من جنسين بأن كان لآحد هما دراهم والآخر دنانير  
ان الشركة جائز عندنا  
خلافًا لهما وكذلك إذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصالح مع  
المكسرة أو كانت دراهم أحدهما  
بيضاء والآخر سوداء وعلة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر  
ان الخلط شرط في المفاوضة  
لا في العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله إن الشركة تنبئ  
عن الاختلاط والاختلاط  
لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهلاك  
يكون من المالين وما هلك قبل  
الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة  
(ولنا) ان الشركة تشتمل على  
الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز للمالين قبل الخلط كذا  
الشركة (وأما) قوله الشركة  
تنبئ عن الاختلاط فمسلم لكن على اختلاط رأسي المال أو على اختلاط الربح فهذا  
مما لا يتعرض له لفظ الشركة  
فيجوز أن يكون تسميته شركة لا اختلاط الربح لا اختلاط رأس المال واختلاط الربح  
يوجد وان اشترى كل  
واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما  
هلك من أحد المالين قبل  
الخلط فإنما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله  
هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر  
حتى لو هلك بعد الشراء بأحدهما كان الهالك من المالين جميعا لأنه هلك بعد تمام  
العقد (وأما) تسليم رأس مال كل  
واحد منهما إلى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان  
والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة  
المضاربة والفرق بينهما يذكر في كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمفاوضة  
وهو أن يكون لكل من الشريكين  
أهلية الكفالة بأن يكونا حرين عاقلين لان من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لأحدهما

من حقوق ما يتجران فيه يلزم

(٦٠)

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذكر فلا بد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة في رأس المال قدرا وهي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدرا لم تكن مفاوضة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما صحاحا والآخر مسكرا أو كان أحدهما ألفا بيضاء الآخر ألفا سوداء وبينهما فضل قيمة في الصرف لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة لان زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد وروى إسماعيل بن حماد عن أبي يوسف ان احدى الألفين إذا كانت أفضل من الأخرى جاز وكانت مفاوضة لان الجودة في أموال الربا لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فسقط اعتبار الجودة فصار كأنهما على صفة واحدة وهل تشترط المجانسة في رأس المال بأن يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشترط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعدان استويا في القيمة ولا خلاف في أنهما إذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة انه لا تكون مفاوضة وان استويا في القيمة (وجه) هذه الرواية ان عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لان القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لأنها من جنس الأثمان فكانت المجانسة ثابتة في الثمنية (ومنها) أن لا يكون لا حد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فإن كان لم تكن مفاوضة لان ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لان ما لا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الأزواج والأولاد (ومنها) المساواة في الربح في المفاوضة فان شرطا التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم في



المفاوضة وهو أن يكون في جميع  
التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من ابطال معنى  
المفاوضة وهو المساواة وعلى  
هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة انه لا تجوز المفاوضة بين المسلم  
وبين الذمي لان الذمي يختص بتجارة  
لا يجوز ذلك للمسلم وهي التجارة في الخمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا  
يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف  
يجوز لاستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما في  
التجارة (وأما) مفاوضة المسلم  
والمرتد ذكر الكرخي انها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمه  
الله لان تصرفات المرتد متوقفة عنده  
لوقوف أملاكه فلا يساوى المسلم في التصرف فلا تجوز كما لا تجوز بين المسلم  
والذمي وذكر محمد في الأصل وقال  
قياس قول أبي يوسف انه يجوز يعنى قياس قوله في الذمي ولأبي يوسف انه يفرق بينهما  
من حيث إن ملك المرتد  
ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى ان قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه  
ينفذ قضاؤه وإذا كان ناقص  
الملك والتصرف نزل منزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاض مسلم مرتدة ذكر  
الكرخي انها لا تجوز وقال القدوري  
رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لان الكفر عند هما يمنع انعقاد  
المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما)  
أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وإنما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد  
في المرأة وأما مفاوضة المرتدين  
أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله في عقود المرتد  
انها موقوفة فان أسلما جاز عقدهما  
وان قتلا على ردتهم أو ماتا أو لحقا بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة  
العنان جائزة لان عقودهما نافذة  
(وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن لا يجوز أما عند أبي  
يوسف فلان نقصان الملك يمنع  
المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد  
فلان المرتد عنده بمنزلة المريض  
مرض الموت كفالة المريض مرض الموت لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضي  
جواز الكفالة على الاطلاق

وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت  
الشركة وان رجع قبل ذلك فهما

على الشركة لأنه إذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملاكه عند أبي حنيفة من حين ارتد فكأنه مات فبطلت شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة ان المرتد منهما إذا أقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فاقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما إنما بطلت بالقتل أو باللحاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان يشارك الذمي لأنه يباشر عقود الا تجوز في الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كره توكيل المسلم الذمي ولو شاركه شركة عنان جاز كما لو وكله (ومنها) لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان للمفاوضة شرائط لا يجمعها الا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعوام قلما يقفون على ذلك وهذه العقود في الأعم الأغلب تجرى بينهم فإن كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة في العقود لمعانيها لا عين الألفاظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد شرط في عقد إنما يوجب بطلانه إذا كان العقد ما يقف صحته عليه ولا يقف صحة العنان على هذه الشرائط ففقد انها لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب والا المساواة بين رأس المال فيجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لأحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذي شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون في عموم التجارات بل يجوز عاما وهو ان يشتركا في عموم التجارات وخصوصا وهو أن يشتركا في شئ خاص كالبز والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في

العنان ولا لفظة المفاوضة لان اعتبارها  
في المفاوضة لدلالاتها على شرائط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط في العنان فلا حاجة  
إلى لفظ المفاوضة ولا إلى لفظة العنان  
أيضا لان كل أحد يقدر على لفظ يودى معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح  
فيجوز متفاضلا ومتساويا لما قلنا  
والأصل ان الربح إنما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان أما ثبوت  
الاستحقاق بالمال فظاهر لان الرج  
نماء رأس المال فيكون لمالكه وهذا استحق رب المال الربح في المضاربة واما بالعمل  
فان المضارب يتسحق الربح بعمله  
فكذا الشريك وأما بالضمان فان المال إذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع  
الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان  
خراجا بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فإذا كان ضمانه عليه  
كان خراجه له والدليل عليه ان  
صانعا تقبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل  
ولا سبب لاستحقاق الفضل  
الا الضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فإن لم يوجد شيء  
من ذلك لا يستحق بدليل ان من  
قال لغيره تصرف في ملك على أن لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيئا من الربح  
لأنه لا مال ولا عمل ولا ضمان إذا  
عرف هذا فنقول إذا شرطا الربح على قدر المالين متساويا أو متفاضلا فلا شك انه  
يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط  
سواء شرطا العمل عليهما أو على أحدهما والوضيعة على قدر المالين متساويا ومتفاضلا  
لان الوضيعة اسم لجزء هالك  
من المال فيتقدر بقدر المال وإن كان المالان متساويين فشرطا لا حدهما فضلا على  
ربح ينظر ان شرط العمل عليهما  
جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن  
يشترط لأحدهما أكثر من ربح مال  
وبه أخذ الشافعي رحمه الله ولا خلاف في شركة الملك ان الزيادة فيها تكون على قدر  
المال حتى لو شرط الشريكان في  
ملك ما شية لأحدهما فضلا من أولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين  
زفر بناء على أصل وهو ان الربح  
عنده لا يستحق الا بالمال لأنه نماء الملك فيكون على قدر المال كالأولاد والألبان  
(وأما) عندنا فالربح تارة يستحق

بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما  
دون الآخر فالربح بينهما يكون على

(٦٢)

الشرط لان استحقاق الربح في الشركة بالأعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب إذا استعان برب المال استحق الربح وان يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة على قدر المالين لما قلنا وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي شرطا له فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على أقلهما ربحا لم يجز لان الذي شرطا له الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الأشياء الثلاثة وإن كان المالان متفاضلين وشرطا التساوي في الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة إذا شرطا العمل عليهما وكان زيادة الربح لا حدهما على قدر رأس ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالين عنده وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على صاحب الأكثر لم يجز لان زيادة الربح في حق صاحب الأقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالأموال عندنا وعند الشافعي رحمه الله شرط (وجه) قوله إن جهالة قدر رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا (ولنا) ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضائها إلى المنازعة و جهالة رأس المال وقت العقد لا تفضي إلى المنازعة لأنه يعلم مقداره ظاهر أو غالبا لان الدراهم والدنانير توزنان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي إلى جهالة مقدار الربح وقت القسمة (وأما) الشركة بالأعمال فاما المفاوضة منها (فمن) شرائطها أهلية الكفالة (ومنها) التساوي في الاجر (ومنها) مراعاة لفظ المفاوضة لما ذكرنا في الشركة بالأموال اما العنان منها فلا يشترط لها شيء من ذلك وإنما تشترط أهلية التوكيل فقط كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة ومالا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا تخرج الشركة بالأعمال في المباحات من الصيد

والحطب والحشيش في البراري وما يكون  
في الجبال من الثمار وما يكون في الأرض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشتركا على  
أن يصيد أو يحتطبا أو يحتشا أو  
يستقيا الماء ويبيعانه على أن ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان  
الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه ألا  
ترى انه لو وكل رجلا ليعمل له شيئا من ذلك لا تصح الوكالة كذا الشركة فان تشاركا  
فأخذ كل واحد منهما شيئا من  
ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا له لان سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ  
والاستيلاء وكل واحد منهما انفراد  
بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعا معا كان المأخوذ بينهما نصفين  
لاستوائهما في سبب الاستحقاق  
فيستويان في الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه فإن  
كان مما يكال أو يوزن يقسم  
الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وإن كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما  
بالقيمة يضرب كل واحد منهما  
بقيمة الذي له لان المكيل والموزون من الأشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثمن بينهما  
على قدر الكيل والوزن فاما غير  
المكيل والموزون من الأشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على  
قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن  
والقيمة يصدق كل واحد منها فيما يدعيه إلى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى  
صاحبه لان الشئ في أيديهما  
واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوي في دليل الملك يوجب التساوي في  
الملك فان ادعى أكثر من النصف  
لا يقبل قوله الا بينة فان عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بالجمع والربط فذلك  
كله للعامل ولا شئ للمعين لوجود  
السبب من العامل دون المعين وللمعنى أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من  
النصف والثلث ونحو ذلك في قول أبي  
يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغ ما بلغ (اما) وجوب أجر المثل للمعين فلأنه  
استوفى منفعتة بعقد فاسد وانه يوجب  
أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ما سمي وقاسه على سائر الإجازات  
الفاصلة لأنه لا يزداد على المسمى  
هناك كذا هذا هنا والجامع بينهما انه رضى بأنه لا يكون له زيادة على المسمى فلا  
يستحق وصار كمن قال لرجل بع هذا

الثوب على أن لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا  
هذا وفرق محمد بين هذا وبين سائر



الإجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الأجرة فكان الرضا به اسقاطا لما زاد عليه والمسمى هنا ليس بمعلوم بل هو معدوم لأنه ما سمي الا نصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطه الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة إذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله لا يتجاوز به المسمى من الربح في قول أبي يوسف وان لم يكن له ربح فلا شيء له وعند محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ ربح أولم يرجع وستأتي المسألة في كتاب المضاربة ولو أن رجلا أجلس في دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس ان لا تجوز هذا الشركة لأنها شركة العروض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت والهانوت من العروض وشركة العروض غير جائزة وفي الاستحسان جائزة لأن هذه شركة الاعمال لأنها شركة التقبل وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناهما على الوكالة والوكالة على هذا الوجه جائزة بان يوكل خياط أو قصار وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل وكيلا يتقبل العمل فإن كان لهما كلب فأرسله جميعا كان ما أصاب بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق ولو كان الكلب لأحدهما وكان في يده فأرسله جميعا فما أصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الأجنبي لا عبرة به مع ارسال المالك فكان ملحقا بالعدم كان الملك أرسله وحده وإن كان لك واحد منها كلب فأرسل كل واحد منهما كلبه فأصابا صيدا واحدا كان بينهما نصفين لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما صيدا على حدة كان له خاصة لأنه ملكه بفعله فاخص به ولي هذا يخرج ما إذا اشترك رجلان ولا حدهما بغل وللاخر بغير على أن يؤاجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فأجراهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة على هذا الوجه لا تصح ألا ترى ان من قال لآخر أجر بعيرك على أن تكون الأجرة بيننا

لا تصح الوكالة كذا الشركة  
ولان الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها وأما قسمة الاجر بينهما على  
مثل أجر البغل ومثل أجر  
البعير فلان الشركة إذا فسدت فالإجارة صحيحة لأنها وقعت على منافع معلومة ببدل  
معلوم ومن حكم الأجرة أن تقسم  
على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان لم يؤجر البغل  
والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل  
معلوم فحملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لأن هذه شركة العمل لان  
الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة  
عمل الخياطة والقصارة فكان البديل بينهما على قدر الضمان وقد تساويا في الضمان  
فيتساويا في الأجرة ولا عبرة بزيادة  
حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشريكين في شركة الصنائع لان  
البديل يقابل الضمان والبغل والبعير  
هنا آلة ايفاء العمل ولو أجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا إذا  
أجر البغل بعينه كانت  
الأجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لأن العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن  
مالكهما فكانت الأجرة له فإن كان  
الاجر أعانه على المحمولة والنقل إن كان للذي أعانه أجر مثله لأنه استوفى منفعة  
شريكه بعقد فاسد ثم عند أبي  
يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر به في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر  
مثله بالغ ما بلغ على ما ذكرنا في  
شركة الاحتطاب قصاران لأحدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملوا  
بأداة هذا في بيت هذا على أن  
التكسب بينهما نصفان كان ذلك جاز أو كذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان  
الاجر هنا بدل عن العمل لاعن  
الآلة وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان بدله لهما وكان أحدهما معينا للآخر بنصف  
الآلة والآخر معينا له  
بنصف الدكان وهو نظير المسألة المتقدمة وهي ان يتقبلا حمولة ويحملاها على  
دابتهما ولو اشتركا ولا حدهما دابة  
وللآخر اكاف وجوالقان على أن يؤجر الدابة على أن أجرهما بينهما نصفين كانت  
الشركة فاسدة وأجر الدابة  
لصاحبها وللآخر معه أجر مثله في قولهم جميعا اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة  
على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة

واما الاجر فلانه بدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الاخر بعقد  
فاسد فكان عليه أجر مثلها

ولو دفع دابة إلى رجل ليؤجرها على أن الأجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاجر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعها بعقد فاسد ولو كان دفع إليه الدابة لبيع عليها الطعام على أن الربح بينهما نصفين كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز ان اتفقت اعمالها أو اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والخياطين بناء على أن الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين المختلفين والصحيح قولنا لا استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملاان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجوه فشرط المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه وأن يكون المشتري بينهما نصفين وأن يكون الربح بينهما نصفين (ومنها) أن يتلفظا بلفظ المفاوضة لما فصلنا فيما تقدم بتمامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة والا المساواة بينهما في ملك المشتري حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ما شرطا على التساوي والتفاضل كان جائز أو ضمان ثمن المشتري بينهما على قدر ملكيهما في المشتري والربح بينهما على قدر الضمان فان شرطا لأحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشتري لان الربح في هذه الشركة إنما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فإذا شرط لأحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا يجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك

والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم إذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لآخر ادفع إليك ألفا مضاربة علي أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين الألف انه لا تجوز المضاربة لأنه لم يشترط العمل في مال معين (فصل) وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحد وهو ان كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لأن المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القربة ولم يوجد شئ من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبد باعاه اما بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه إياه أو استهلك الرجل عليهما شيئا قيمته ألف درهم أو ورثا دينا لرجل واحد عليه فقبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فلآخر أن يشاركه فيأخذ منه نصف ما قبضه والأصل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد إذا قبض أحدهما شيئا منه فلآخر أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين إذ لو جعل لأحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولي هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز فإذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التملك لان ما من جزأين الا وأحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تملك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فجعل المقبوض من النصيبين جميعا لئلا يؤدي إلى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقباض أن يمنعه عنه بأن يقول أنا أعطيك مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك

القابض منه وسواء كان

(٦٥)

المقبوض مثل حقه أو أجود أو أرد أما إذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد ألا ترى ان من عليه الردئ إذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضا لعين الحق وإن كان أردأ فقبض الردئ عن الجيد جائز لأنه من جنس حقه وما قبض الشريك ومن شريكه يكون قدر ذلك للقابض دينا على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما فقبض أحدهما خمسمائة فجاء الشريك فأخذ نصفها كان للقابض ما بقي له على الغريم وذلك مائتان وخمسون وتكون الشركة باقية في الدين كما كانت لأنه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقي الباقي من دينه على حاله فان أخرجه القابض عن يده بان وهبه وباعه أو قضى دينا عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فلشريكه أن يضمه نصف ما قبض لأنه أتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه فإن لم يقبض أحد الشريكين شيئا ولكن أبرأ الغريم من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيئا لأنه لم يقبض شيئا من الدين بل أتلف حصته لاغير فلا يضمن فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شيء اقتسماه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لما أبرأ الغريم من مائة درهم بقي له من الدين أربعمائة ولشريكه خمسمائة فيضرب بان في قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك إذ كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسما لان القسمة تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينقض ابراؤه بعد القسمة شيئا مما اقتسماه لأنهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض أحدهما شيئا ولكن اشترى بنصيبه ثوبا من الغريم فللشريك أن يضمه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب لأنه إنما اشترى الثوب بثمن في ذمة الغريم لا بماله في ذمة الغريم لأنه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصا بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فلا يكون له

على الثوب سبيل فان اجتماعا  
جميعا على الشركة في الثوب فهو جائز لأنه قد وجب عليه نصف ثمنه فإذا سلم له  
نصفه بذلك ورضى شريكة به صار كأنه  
باع نصف الثوب منه فإن لم يشتر بحصته شيئاً ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه  
ثم طالبه شريكه بما قبض فان  
القبض بالخيار ان شاء سلم إليه نصف الثوب وان شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين  
والخيار في ذلك إلى القابض  
لان الصلح لم يوجب شيئاً على المصالح لأنه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابراء بخلاف  
الشراء الا أنه قبض ثوباً عن الدين  
المشترك فكان له أن يسلم نصفه إلى الشريك وله أن يقول أنا أعطيك نصف حقتك من  
الدين لأنه لاحق لك فيما زاد  
على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبضه ويرجع بدينه على  
الغريم لان من حجته أن يقول ديني  
قد ثبت عليك بعقد المدايعة فتسليمك إلى غيري لا يسقط مالي في ذمتك فان سلم  
للشريك ما قبض ثم توى  
الذي على الغريم فله أن يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها  
كالحكم فيما إذا لم يسم الا وجهها واحداً  
وهو أنه إذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعدما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك  
ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه  
مثلها لان المقبوض في الأصل كان عن حق مشترك وإنما مسلم به الشريك المقبوض  
للقابض ليسلم هل ما في ذمة الغريم  
فإذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض كما كان الا أنه ليس له في هذا الوجه ان يرجع  
إلى عين تلك الدراهم لأنه اسقط حقه عن  
عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وإنما تجدد له  
ضمان آخر بتواء مال فثبت ذلك في ذمة  
القباض كسائر الديون فان أخرج أحدهما نصيبه لم يجز تأخيره في قول أبي حنيفة رحمه  
الله ويجوز عند أبي يوسف  
ومحمد ولا خلاف في أنه لا يجوز تأخيره في نصيب شريكه لأنه لم يملكه ولا تولى  
هذا العقد فيه وأما في نصيب شريكه  
فهو على الخلاف (وجه) قولهما ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا ملك  
التصرف فيه اسقاطاً بالابراء  
فالتأخير أولى لأنه دونه ولأبي حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض  
وانها غير جائزة والدليل على



أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشريكين بنصيبه  
على وجه لا يكون للآخر فيه

حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه لا يحتمل معنى القسمة وهو التمييز إذ هو اسم للفعل أو لما حكمي في الذمة بخلاف الإبراء فإنه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرفا في الدين بل في المطالبة بالاسقاط فالجواب ان التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعا لأنه يوجب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة ما دام الأجل قائما ثم فرع على قولهما فقال إذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي أخر ان يشاركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله أن يشاركه إن كان قائما وإن كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الأجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض فإذا حل صار كأنه لم يزل حالا فتثبت له الشركة فإن لم يقبض الآخر شيئا حتى حل دين الذي أخر عاد الأمر إلى ما كان فما قبض أحدهما من شيء يشاركه الآخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الأجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شريكين على امرأة فتزوجها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف ان لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف (وجه) الرواية الأولى ان النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين (وجه) الرواية الأخرى أن من شرط وجوب المان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكه يرجع عليه في قولهم جميعا لان الأجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبهه البيع وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن يضمه وروى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين إذا شج المطلوب موضحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شيء لشريكه لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في

مقابلته بدل مضمون فلم يسم ما تصح  
المشاركة فيه فلا يلزمه شيء واما إذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت  
قيمه قصاصا بدينه أو اقترض  
منه شيئا بقدر نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك  
صار قصاصا بدينه  
والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه ولو كان وجب  
للمطلوب على أحد الطالبين دين  
بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بمالا حد الطالبين فلا ضمان  
على الذي سقط عنه الدين  
لشريكه لأنه ما استوفى الدين بل قضى دينا كان عليه إذ الأصل في الدينين إذا التقيا  
قصاصا أن يصير الأول مقتضيا  
بالثاني لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني وإذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له  
المشاركة إذا المشاركة تثبت في القدر  
المستوفى وذكر ابن سماعه في نوادره عن محمد لوان أحد الغريمين اللذين لهما المال  
قتل عبد المطلوب فوجب عليه  
القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا وبرئ من حصة  
القاتل من الدين وكان لشريك القاتل  
أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة  
مرسلة أو استأجر الغريم بخمسمائة  
مرسلة فرق بين هذا وبين ما إذا صالح على نفس الدين أو تزوج به (ووجه) الفرق ان  
العقد هنا وهو الصلح والنكاح  
وقع على ما في الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء  
حقيقة بخلاف الصلح على نفس  
الدين التزوج به فان العقد هناك ما وقع على ما في الذمة مطلقا الا ترى ان العقد هنا  
أضيف إلى نفس الدين فلم تقع  
المقاصة ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر علي بن الجعد عن  
أبي يوسف انه لو مات المطلوب  
وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتركا بالحصص لان الدين يمنع انتقال  
الملك إلى الورثة لقوله تعالى  
من بعد وصية يوصى بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث  
فلا يسقط دينه وكان دين الوارث  
والأجنبي سواء ولو أعطى المطلوب لأحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه  
أن يضمه لان قبض الرهن

قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كاستيفاء حقيقة ولو  
غصب أحد الشريكين من

المطلوب عبدا فمات عنده فلشريكه أن يضمه لأنه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بأفة سماوية في ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشئ لأنه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لأنه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيئا بخلاف نفس العبد لأنه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت احدى عينيه بأفة سماوية وكذا لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبدا يبيعا فاسدا وقبضه فمات في يده أو باعه أو أعتقه انه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بأفة سماوية فرده لم يضمن لشريكه شيئا ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة فأما الشركة بالأموال فبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لاحد شريكي العنان والمفاوضة ان يعمل في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلا حد شريكي العنان أن يبيع مال الشركة لأنهما بعقد الشركة اذن كل واحد لصاحبه ببيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقدمهما على العقد اذنا من كل واحد منهما لصحابه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لان الاذن بالبيع مقتضى الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقد أو نسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا الا بما لا يتغابن الناس في مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقا انه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الدين المشترك إذا أخر أحدهما نصيبه هذا إذا عقد أحدهما وأجل

الآخر فاما إذا عقد أحدهما ثم أجل  
العاقد فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه لأنه مالك وعاقد وأما في نصيب  
شريكه فيجوز تأجيله في قول  
أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسألة الوكيل بالبيع  
انه يملك تأخير الثمن والابراء  
عنه عند هما وعنده لا يملك (ووجه) البناء ظاهر لان العاقد في نصيب الشريك وكيل  
عنه وهي من مسائل كتاب  
الوكالة الا أن هناك إذا أخر يضمن من ماله للموكل عند هما وهنا لا يضمن الشريك  
العاقد لان الشريك العاقد يملك  
أن يقايل البيع ثم يبيعه بنسيئة وإذا لم يقايل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن  
يقايل ويبيع بالنسيئة فإذا أخر  
يضمن وله يشتري بالنقد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا إذا كان في يده مال ناض  
للشركة وهو الدراهم والدنانير  
فاشتري بالدراهم والدنانير شيئاً نسيئة وكان عنده شيء من المكييل والموزون فاشترى  
بذلك الجنس شيئاً نسيئة فاما إذا  
لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير شيئاً كان المشتري له خاصة  
دون شريكه لأننا لو جعلنا شراءه على  
الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة  
من غير أن يؤذن له بذلك  
كالمضارب لأنه يصير مال الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز  
من غير رضاه وكذلك لو كان عنده  
عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان  
الشراء بالأثمان استدانة  
بخلاف ما إذا اشترى بها وفي يده مثلها لان ذلك ليس باستدانة وحكى الحسن بن زياد  
عن أبي حنيفة انه إذا كان في يد  
أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر  
المجانسة في رأس مال الشركة حقيقة  
حتى أبى انعقاد الشركة في الدراهم مع الدنانير لاختلاف الجنس حقيقة فيصير كأنه  
اشترى بجنس ما في يده صورة  
بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر المجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانسا في الثمنية  
فصار كأنه اشترى بجنس ما في يده  
صورة ومعنى وله أن يوضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع  
من عاداتهم ولان له أن يستأجر

من يعمل في البضاعة بعوض فالأبضاع أولى لان استعمال البضع في البضاعة بغير  
عوض وله أن يودع لان

الإيداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضا لأنه لا بد للتاجر منه لأنه يحتاج إلى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة لان له أن يستحفظ المودع بأجر فبغير أجر أولى وليس له أن يشارك الا أن يؤذن له بذلك لان الشئ لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين لأنه إن كان لا يملك الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ للأجنبي فيه لأنه لم يوكله فبقي ما اشتراه على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد إذا شارك أحد شريكي العنان رجلا شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وإن كان بمحضر من صاحبه صحت المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لأنه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق في المال فلا يجوز الا في القدر الذي رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد في الأصل عن أبي حنيفة انه له ذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك (وجه) رواية الحسن ان المضاربة توع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة (وجه) ظاهر الرواية انه يملك أن يستأجر أجيرا يعمل في مال الشركة فلان يملك الدفع مضاربة أولى لان الأجير يستحق الاجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيئا بعمله الا إذا كان في المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلان يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لان الشركة فوق المضاربة لأنها توجب الشركة في الأصل والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الأصل والشئ يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن



يدفع المال مضاربة بمطلق العقد  
لان المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل لأنه دون المضاربة والوكيل لا يملك أن  
يوكل غيره باطلاق الوكالة لان  
الوكالة مثل الوكالة وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمله في مال  
المضاربة وسنذكره في كتاب  
المضاربة إن شاء الله تعالى لان تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه  
فما كان للمضارب أن يعمل  
فالشريك أولى وله أن يأخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق  
الربح بعمله فيختص به كما  
لو أجر نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء استحسانا والقياس أن لا يجوز لان شريكه  
رضى برأيه ولم يرض برأي غيره  
(وجه) الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من  
عاداتهم ولأنه من ضرورات  
التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج إلى التوكيل فكان  
التوكيل من ضرورات  
التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لأنه لا يملك أن يوكل غير لأنه لا يملك جميع  
التصرفات بل لا يملك الا الشراء فيمكنه  
مباشرة نفسه فلا ضرورة إلى أن يوكل غيره ولان الشركة أعم من الوكالة والوكالة  
أخص منها والشئ يستتبع دونه  
ولا يستتبع مثله وبخلاف ما إذا كانا شريكين في خادم أو ثوب خاصة انه ليس لأحدهما  
أن يوكل رجلا ببيعه وان  
وكل لم يحز في حصة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين في  
شركة الاملاك أجنبي عن صاحبه  
محجور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما  
بيننا فيما تقدم وله أن يوكل وكيلا  
ويدفع إليه مالا ويأمره أن ينفق على شئ من تجارتهما والمال من الشركة لما قلنا إن  
الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه  
كتصرف الموكل فان أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة إن كان في بيع  
أو شراء أو إجارة لان كل واحد  
منهما لما ملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فإذا  
وكل كان لموكل أن يعزل وكيله  
وإن كان وكيلا في تقاضى ما دأينه فليس للآخر اخراجه لأنه لا يملك ان يوكل شريكه  
فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله

أن يستأجر أجيرا لشيء من تجارتهما لان الإجارة من التجارة حتى يملكها المأذون في  
التجارة وهو من عادات التجار

أيضا ومن ضرورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجد بدا منه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجرى مجرى الأعيان فكان الاستئجار بمنزلة الشراء وهو يملك الشراء فيملك الاستئجار والاجر يكون على المستأجر يطالب به دون شريكه لأنه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع إلى العاقد ويرجع على شريكه بنصف الأجرة لأنه وكيله في العقد وله أن يرهن متاعا من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرتهن بما باعه لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد في كتاب الرهن إذا رهن أحدهما متاعا من الشركة بدين عليها لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما أذانه وقبض لم يجز على شريكه وذلك محمول على ما إذا رهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقدهما لان الرهن ايفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفى دين الآخر من مال الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقد شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لأنه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضمونا كالصحيح فكان مستوفيا حصته من الدين لأنه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فإذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفيا لجميع الدين فيصير مستوفيا حصته صورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فإذا هلك في يده تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ويرجع الغريم على القابض بما قبضه لأنه إنما سلم إليه ليملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشريكين إذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصبيه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى

شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك أيضا هكذا يستوفى هو ويشاركه الآخر إلى أن يستوفيا الدين طعن عيسى بن أبان في هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمدا قال لو قال رجل لرجل أعطني ورهنا بدين فلان الذي عليك فان أجازه وجاز وان لم يجز فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل لأنه لما أخذ رهنا لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلا وهلاك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفاء وههنا إنما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج إليها لاختلاف الناس في الملاءة والافلاس وكون بعضهم أملا من بعض وفي العادة يختار الاملا فالاملا فكانت الحوالة وسيلة إلى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن في التوثق للاستيفاء ولان الاحتيال تمليك ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع إلى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئا من الثمن وكذلك كل دين لزم انسانا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه إليه كالمشترى من الوكيل بالبيع له أن يمتنع عن دفع الثمن إلى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود إلى العاقد لان المديون لم يلتزم الحقوق للمالك وإنما التزما العاقد فلا يلزمه ما لم يلتزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع إلى الشريك من غير توكيل برئ من حصته ولم يبرأ من حصة الداين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبي عنها وإنما تتعلق بالعاقد فكان الدافع إلى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان أنه لا فائدة في نقض هذا القبض إذ لو نقضناه لاحتجنا إلى اعادته لان المديون يلزمه دفعه إلى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك إليه فلا يفيد القبض ثم الإعادة في الحال وهذا على القياس

والاستحسان في الوكيل  
بالبيع إذا دفع المشتري الثمن إلى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم  
المبيع لما قلنا وليس

لأحدهما ان يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس على  
الذي لم يل من ذلك شيء فلا يسمع  
عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو الأجنبي في هذا سواء لان الخصومة من حقوق العقد  
وحقوق العقد تتعلق بالعاقد  
ولو اشترى أحدهما شيئاً لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا  
وللعاقد أن يوكل وكيلاً بقبض  
الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم ولا أحدهما ان يقايل فيما باعه  
الآخر لان الإقالة فيها معنى الشراء وأنه  
يملك الشراء على الشركة فيملك الإقالة وما باعه أحدهما أو اشترى فظهر عيب لا يرد  
الآخر بالعيب ولا يرد عليه لان  
الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع إلى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق  
المبيع على البائع لأنه العاقد فان أقر  
أحدهما بعيبه في متاع جاز اقراره على وعلى صاحبه قال الكرخي وهذا قياس قول أبي  
حنيفة وزفر وأبي يوسف رحمهم  
الله وفرق بين هذا وبين الوكيل إذا أقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره  
على الموكل حتى يثبت بالبينة  
لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولاحد الشريكين أن يقايل فيما باعه  
الآخر لان الإقالة فيها معنى  
الشراء وأنه يملك الشراء إلى أن يسترد المبيع ويقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان  
باع أحدهما متاعاً من الشركة فرد  
عليه فقبله بغير قضاء القاضي جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة  
شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحد  
منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة وكذا القبول من غير قضاء القاضي بمنزلة  
الإقالة وإقالة أحدهما تنفذ على  
الآخر وكذا لو حط من ثمنه لأجل العيب فهو جائز لان العيب يوجب الرد ومن الجائز  
أن يكون الصلح  
والحط أنفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز في  
حصته ولم يحز في حصة صاحبه لان  
الحط من غير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لامن مال غيره وكذلك  
لو وهب لان الهبة تبرع  
ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشترىه لان كل  
واحد منهما وكييل صاحبه  
بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك مرابحة وهل لأحدهما أن يسافر بالمال من غير

رضا صاحبه ذكر الكرخي  
أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبي يوسف ومحمد ان له ذلك وكذا المضارب  
والمبضع والمودع لهم أن يسافروا  
وروى عن أبي حنيفة رحمه الله انه ليس للشريك والمضارب أن يسافر وهو قول أبي  
يوسف وروى عن أبي  
يوسف ان له المسافرة إلى موضع لا بيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضا بمالا حمل  
له ولا مؤنة ولا يسافر بماله حمل  
ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبي يوسف ان السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه  
(وجه) الرواية التي فرق  
فيها بين القريب والبعيد انه إذا كان قريبا بحيث لا بيت عن منزله كان في حكم المصر  
(وجه) الرواية التي فرق فيها  
بين ماله حمل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة ان ماله حمل إذا احتاج شريكه إلى رده  
يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به ولا مؤنة  
تلزمه فيما لا حمل له (وجه) قول أبي حنيفة ومحمد ان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى  
الشركة وانها صدرت مطلقة  
عن المكان والمطلق يجرى على اطلاقه الا لدليل وهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه  
في معنى المودع لأنه مؤتمن في مال  
الشركة كالمودع في مال الوديعة مع ما ان الشريك يملك أمرا زائدا لا يملكه المودع  
وهو التصرف فلما ملك المودع السفر  
فلان يملكه الشريك أولى وقول أبي يوسف ان المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم إذا  
كان الطريق مخوفا (فاما) إذا  
كان أمنا فلا خطر فيه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الأرض من  
فضل الله ورفع الجناح عنه  
بقوله تعالى عز شأنه فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله وقال  
عز شأنه ليس عليكم جناح  
أن تبتغوا فضلا من ربكم مطلقا من غير فصل وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل  
ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة في عادة  
التجار لان كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال هذا إذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه  
اعمل في ذلك برأيك فاما إذا قال ذلك  
فإنه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخلط مال الشركة بمال  
له خاصة والرهن والارتهان مطلقا  
لأنه فوض الرأي إليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقا وإذا سافر أحدهما  
بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل

له اعمل برأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد  
فهل أن ينفق من جملة المال على نفسه في

(٧١)



كرائه ونفقته وطعامه وإدامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لان الانفاق من مال الغير لا يجوز الا باذنه نصا (وجه) الاستحسان العرف والعادة لا عادة التجار الانفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط ولأن الظاهر هو التراضي بذلك لأن الظاهر أن الانسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون ويحتمل أن لا يكون لأنه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان اقدامهما على عقد الشركة دليلا على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولان كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لان ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يتسحق نصف الربح شائعا كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب إذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فان ربحت حسبت النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة من رأس المال لان النفقة جزء تالف من المال فإن كان هناك ربح فهو منه والا فهو من الأصل كالمضارب وما اشتراه أجدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا انه يصير مستدينا على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لأحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لان كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلانه لا عوض له في الحال فكان تبرعا في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل الا ان ينص عليه بعينه لان قوله اعمل برأيك تفويض الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالا لزمهما جميعا لأنه تملك مال بالعقد فكان كالصرف فيثبت في حقه وحق شريكه ولأنه إن كان الاستقراض استعارة في الحال فهو يملك الاستعارة وإن كان تملكا يملكه أيضا وليس له أن يكاتب عبدا من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لان الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والاعتاق ليس من التجارة ألا ترى انه لا يملكهما المأذون في التجارة وسواء قال اعمل برأيك أولا لما قلنا وليس له أن يزوج عبدا من تجارتهما في قولهم جميعا لأنه ليس من

التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه الا  
باذن نصا وكذلك تزويج الأمة في قول أبي حنيفة ومحمد لأنه ليس من التجارة ويجوز  
عند أبي يوسف والمسألة  
تقدمت في كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لان الاقرار حجة قاصرة فلا  
يصدق في ايجاب الحق على  
شريكه بخلاف المفاوضة لان الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالاقرار وهذه  
الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر  
بجارية في يده من تجارتها انها لرجل لم يجز اقراره في نصيب شريكه وجاز في  
نصيبه لما ذكرنا ان اقرار الانسان ينفذ على  
نفسه لا على غيره لأنه في حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برأيك أولا لان  
هذا القول يفيد العموم فيما تتضمنه  
الشركة والشركة لم تتضمن الاقرار وما ضاع من مال الشريك في يد أحدهما فلا  
ضمان عليه في نصيب شريكه فيقبل  
قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع يمينه لأنه أمين والله عز  
وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع  
ما ذكرنا انه يجوز لا حد شريكي العنان أن يفعله وهو جائز على شريكه إذا فعله فيجوز  
لا حد شريكي المفاوضة أن يفعله  
وإذا فعله فهو جائز على شريكه لان المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان  
فجوزه للمفاوض أولى وكذا كل ما  
كان شرطا لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لأنها لما كانت أعم  
من العنان فهو يقتضى شروط  
العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لان المفاوضة  
يفسدها مالا يفسد العنان  
لاختصاصها بشرائط لم تشترط في العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والآن نبين الأحكام  
المختصة بالمفاوضة التي تجوز  
للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز اقرار أحد شريكي  
المفاوضة بالدين عليه  
وعلى شريكه ويطالب المقر له أيهما شاء لان كل واحد مهما كفيل عن الآخر فيلزم  
المقر باقراره ويلزم شريكه  
بكفالته وكذلك وما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كضمن المشتري في  
البيع الصحيح وقيمته في البيع  
الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمغصوب والخلاف في الودائع  
والعواري والإيجارات

والاستهلاكات وصاحب الدين بالخير ان شاء أخذ هذا بدينه وان شاء أخذ شريكه  
بحق الكفالة أما دين التجارة

فلانه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لأنه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا إن البيعة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد لان الدين لزمه كما لزم شريكه لأنه كفيل عن شريكه والبيعة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الأجرة لان الإجارة تجارة (وأما الغصب فلان ضمانه في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودائع والعواري والإجارات في معنى الغصب لأنه من باب التعدي على مال الغير بغير اذن مالكة فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنائيات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤخذ به شريكه لأنه ليس بضمان التجارة والا في معنى ضمان التجارة أيضا لانعدام معنى معاوضة المال بالمال رأسا وروى عن أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لأنه ضمان جنائية فأشبهه ضمان الجنائية علي بنى آدم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمان الاتلاف في غير بني آدم ضمان معاوضة لأنه ضمان يملك به المضمون عوضا عنه بخلاف ضمان الجنائية علي بنى آدم لأنه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلا ولو كفل أحدهما عن إنسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أبي حنيفة وعندهما لا يلزم وان كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعا (وجه) قولهما ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على أنها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث إذا كان في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولا بي حنيفة رضي الله عنه ان الكفالة تقع تبرعا بابتدائها ثم تصير معاوضة بانتهائها لوجود التملك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبي والمأذون والمكاتب ويعتبر

من الثلث عملا بالابتداء  
ويلزم شريكه عملا بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع إليهما جميعا حتى لو  
باع أحدهما شيئا من مال الشركة  
يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع منهما  
المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه  
كالبائع ولو اشترى أحدهما شيئا يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله  
الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع  
أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيبا فله أن يردها على أيهما شاء ولو  
أنكر العيب فله أن يحلف البائع  
على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما نفذ اقراره على نفسه وشريكه ولو باعا  
سلعة وشركتهما ثم وجد المشتري  
بها عيبا فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى  
النصف الذي باعه شريكه على العلم  
بيمين واحدة على العلم في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد  
منهما على البتات فيما باع ويسقط  
عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعا في خراج التجارة وضماتها سواء  
ففعّل أحدهما فيها كفعلهما وقول أحدهما  
كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة كشخص واحد ولأحدهما أن  
يكاتب عبد التجارة أو يأذن  
له بالتجارة لأن تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه إلى مال الشركة عام كتصرف  
الأب في مال الصغير كذا روى عن  
محمد أنه قال كلما يجوز أن يفعله الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمرا  
ومعناه أن الأب يملك كتابة عبد ابنه  
الصغير واذنه بالتجارة مع أنه لا ملك له فيه رأسا فلان يملك المفاوض أولى ولا يجوز  
له أن يعتق شيئا من عبيد التجارة  
على مال لأنه في معنى التبرع لأنه يعتق بمجرد القول ويبقى البدل في ذمة المفلس قد  
يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى  
التبرع ولهذا لا يملكه الأب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لأنه ضرر محض لان  
المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص  
به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضررا محضا فلا يملكه في ملك غيره ويجوز  
له أن يزوج الأمة لان تزويج الأمة  
نفع محض لأنه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ في  
كل ما يعود نفعه إلى مال الشركة سواء



(۷۳)

كان من باب التجارة أو لا بخلاف الشريك شركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد وتزويج الأمة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبي يوسف ينفذ كتصرف المفوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لما ذكرنا في الشريك شركة عنان انه يجوز أن يستأجر من يعمل في مال الشركة بمال يستحقه الأجير بيقين فالدفع مضاربة أولى لان المضارب لا يستحق الربح منها بيقين لجواز أن يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان في قول أبي يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة المفوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المفوضة كما تتضمن العنان المضاربة لأنها دونها فتتبعها ولان الأب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفوض على شريكه من طريق الأولى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز له ذلك لأنه يوجب للشريك الثالث حقا في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا إذا شارك رجلا شركة عنان فأما إذا فاوز جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في الأصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة (وجه) قول محمد أن عقد المفوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولأبي يوسف أن المفوضة مثل المفوضة والشئ لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرتهن على شريكه لان الرهن هو ايفاء والارتهان استيفاء وكل واحد منهما يملك الايفاء والاستيفاء فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضى ما أداناه أو أدانه صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفى حقوقه بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة لان الكفيل خصن فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لأنه يمين على فعل الغير وما اشتراه أحدهما من طعام لأهله أو كسوة أو ما لا بد له منه فذلك جائز وهو له خاصة دون

صاحبه والقياس أن يكون المشتري  
مشارك بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الأعيان لكنهم استحسنوا أن  
يكون له خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به  
المشتري لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وان وقع  
المشتري للذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل  
عن الآخر ببديل ما يجوز فيه  
الاشتراك الا أنهم قالوا إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لأنه قبضي ديننا  
عليه من ماله لا على وجه التبرع  
لأنه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشتري جارية للوطى أو للخدمة بغير اذن  
الشريك لان الجارية مما يصح فيه  
الاشتراك ولا ضرورة تدعو إلى الانفراد بملكه فصارت كسائر الأعيان بخلاف الطعام  
والكسوة فان ثمة ضرورة  
فأخرجنا عن عموم الشركة للضرورة لا ضرورة في الجارية فبقيت داخله تحت العموم  
فان اشتري ليس له أن يطأها  
ولا لشريكه لأنها دخلت في الشركة فكانت بينهما فهذه جارية مشتركة بين اثنين فلا  
يكون لأحدهما أن يطأها فان  
اشتري أحدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة  
ان الشريك يرجع عليه بشئ أولا  
يرجع وذكر في الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشئ من  
الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف  
الثمن (وجه) قولهما ان الحاجة إلى الوطى متحققة فتلحق بالحاجة إلى الطعام والكسوة  
فإذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت  
له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد نقد ما ليس بمشارك من مال الشركة  
فيرجع عليه شريكه بالنصف  
ولأبي حنيفة ان الأصل في كل ما يحتمل الشركة إذا اشتراه أحد الشريكين أن يقع  
المشتري مشاركا بينهما من غير اذن  
جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو مالا بدله منه من الطعام والكسوة  
ولا ضرورة في الوطى فوق المشتري  
على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة إلى اذن آخر فلم يكن الاذن  
الجديد من الشريك لو قوع المشتري  
على الشركة لان وقع على الشركة بدونه فكان للتملك كأنه قال اشتر جارية بيننا وقد  
ملكته نصيبى منهما فكانت  
الهبة متعلقة بالشراء فإذا اشترى وقبض صحت الهبة كما لو قال أن قبضت مالي على



فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه

(٧٤)

كذا هذا وإذا كان كذلك فقد نقد ثمن الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشئ فان اشترى جارية للوطئ باذن شريكه فاستولدها ثم استحققت فعلى الواطئ العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما وجوب العقر فلا شك فيه لان وطئ ملك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين اما الحدو اما العقر وقد تعذر ايجاب الحد لمكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الاخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالثمن لأن الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف المهر في النكاح الصحيح والفاسد لأنه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر جازت الإقالة عليهما لما ذكرنا ان الإقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على الشركة فيملك الإقالة ولان الشريك شريكة العنان يملك الإقالة فالمفاوض أولى وإذا مات أحد المتفاوضين أو تفر قالم يكن للذي لم يل المدائنة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لأنها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر إذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لأنه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما) الذي ولي المدائنة فله أن يقبض الجميع لأنه ملك ذلك بعقد المدائنة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كمالا يبطل بالعزل ولو أجر أحدهما نفسه في الحياطة أو عمل من الاعمال فالاجر بينهما نصفان وان أجر نفسه للخدمة فالاجر له خاصة لان في الفصل الأول أجر نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فإذا عمل فقد أو في ما عليهما فكانت الأجرة بينهما وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت الأجرة له خاصة وقال أبو حنيفة إذا قضى أحدهما ديناً كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لأنه إذا قضى فقد صار المقضى ديناً على القاضي أولاً ثم يصير قصاصاً بماله على القاضي فكان هذا تمليكا

بعوض فتناوله عقد الشركة فملكه فجاز  
القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا ان قبضه قبض مضمون  
لأنه قبض ما للشريك أن  
يملكه إياه ويرجع شريكه عليه بحصته منه لأنه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض  
المفاوضة وان ازداد مال أحد  
الشريكين لان الواجب دين وزيادة مال أحد الشريكين إذا كانت ديننا لا توجب بطلان  
المفاوضة كما لا تمنع انعقادها  
لما مران الدين لا يصلح رأس مال الشركة فإذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لأنه ازداد  
له مال صالح للشركة على مال  
شريكه ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسمائة وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن  
ذهبت بخمسمائة ولا يضمن ما بقي لان  
الزيادة أمانة في يد المرتهن فكان مودعا في قدر الأمانة من الرهن وللمودع والمفاوض  
أن يودع وكذلك وصى أيتام  
رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بأربعمائة وذلك  
يكون ديننا للورثة على الوصي  
وهو أمين في الفضل وكذلك الأب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه لان الأب وأوصى  
يملكان الايداع والزيادة  
على قدر الدين من الرهن أمانة فكانت وديعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه  
الله لو أقرض أحد المتفاوضين  
مالا فأعطاه رجلا ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزا عليهما ولا يضمن توى المال أولم  
يتو وفي قياس قول أبي يوسف  
ان الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في  
الكفالة ان الكفيل في حكم  
المقرض فإذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض وعند أبي يوسف لا تجوز  
الكفالة لما فيها من معنى التبرع  
فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين إذا استأجرا بلا إلى مكة ليحج ويحمل عليها  
متاع بيته فللمؤاجر أن  
يطلب أيهما شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة  
ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه  
فحمل عليها متاع الشركة جاز وإذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطلب به  
شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له  
خاصة كما لو اشترى طعاما لنفسه ان المشتري يقع له ويطلب الشريك بالثمن كذا هذا  
ولو آجر أحدهما عبدا له ورثه لم

يكن لشريكه أن يقبض الإجارة لأنها بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث والله

عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالاعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة لا قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الأجرة وإلى أيهما دفع صاحب العمل برئ لأنه دفع إلى من أمر بالدفع إليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أنه قال إذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجهه) القياس ظاهر لأن هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجهه) الاستحسان ان هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لان العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الاجر به فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة حقيقة حتى قالوا في الدين إذا أقر أحدهما بضمن صابون أو اشنان أو غيرهما انه لا يصدق على صاحبه إذا كان المبيع مستهلكا الا باقراره أو بالبينة كذا إذا أقر أحدهما باجر أجير أو حانوت بعد مضي هذه الإجارة وإن كان المبيع لم يستهلك ومدة الإجارة لم تمض لزمهما جميعا باقراره وان جحده شريكه كما في شركة العنان فدل انه ليس لها حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال أبو يوسف إذا دعى على أحدهما ثوبا عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الاقرار على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الأجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لأنهما ليسا بمتفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما في يد صاحبه

كشريك العنان في المال إذا أقر  
أحدهما بثبوت من شركتهما ووجد الآخر انه لا ينقذ اقراره على صاحبه في نصيبه كذا  
هذا وقد روى ابن سماعه عن  
محمد انه أخذ بالقياس في هذه المسألة وقال ينفذ اقراره في النصف الذي في يده ولا  
ينفذ في النصف الذي في يد الشريك  
(ووجهه) ما ذكرنا أن الشئ في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكي العنان إذا  
أقر بثبوت في أيديهما لا ينفذ على  
صاحبه وإنما استحسنا والحقناها بالمفاوضة فيحق وجوب العمل والمطالبة بالأجرة في  
حق وجوب ضمان العمل  
فبقي الأمر فيما وراء ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لأبي يوسف انه لما  
ظهر حكم المفاوضة في هذه الشركة  
في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له  
المطالبة بكل الأجرة وعليه بكل العمل  
ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضا فينفذ اقراره بحمل العمل  
على صاحبه وان عمل أحدهما  
دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فالاجر بينهما على ما شرطا لان الاجر في هذه  
الشركة إنما يستحق بضمان  
العمل لا بالعمل لان العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط إذا  
استعان برجل على القصار والخياطة  
انه يستحق الاجر وان لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وههنا شرط العلم عليهما فإذا  
عمل أحدهما يصير الشريك القابل  
عاملا لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب  
إذا شرط التفاضل في  
الضمان بان شرطا لأحدهما ثلثي الكسب وهو الاجر وللآخر الثلث وشرطا العمل  
عليهما كذلك سواء عمل  
الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرطا العمل عليهما لان استحقاق الأجرة في  
هذه الشركة بالضمان لا بالعمل  
بدليل انه لو عمل أحدهما استحق الآخر الاجر وإذا كان استحقاق أصل الاجر بأصل  
ضمان لا بالعمل كان  
استحقاق زيادة الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخي انه علل في  
هذه المسألة فقال المنافع لا تتقوم  
الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير  
إلى أن الاستحقاق بالعمل

ورد عليه الجصاص وقال وهذا لا يصح بدليل انه لو شرط فضل الاجر لاقلهما عملا بان  
شرطا ثلثا الأجرة له جاز فدل

أن استحقاق فضل الأجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرطاً التفاضل في الأجرة فجعلها أثلاثاً ولم ينسبها  
العمل إلى نصفين فهو جائز لأنهما لما شرطاً التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك إلا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك  
اشتراطاً للتفاضل في العمل تصحيحاً لتصرفهما عند إمكان التصحيح ولو شرطاً الكسب أثلاثاً وشرطاً العمل  
نصفين لم يجز لأن فضل الأجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء (وأما)  
الوضعية فلا تكون بينهما الأعلى قدر الضمان حتى لو شرطاً أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر  
والوضعية بينهما نصفان كانت الوضعية باطلة والقبالة بينهما على ما شرطاً على كل واحد منهما لأن الربح إذا انقسم على  
قدر الضمان كانت الوضعية على قدر الضمان أيضاً لأنه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضعية في موضع يجوز  
اشتراط زيادة الربح فيه لأحدهما وهو الشركة بالأموال حتى لا تكون الوضعية فيها إلا بقدر المال ففي موضوع لا يجوز  
اشتراط زيادة الربح فيه لأحدهما فلان لا يجوز أن تكون الوضعية فيه الأعلى قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة منهما  
فما لزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطلب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت ويجوز  
اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين وللمقر له أن يطلب به أيهما شاء لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه  
فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالته ولو ادعى على أحدهما بثبوت في أيديهما فأقر به أحدهما وجحد صاحبه يصدق  
على صاحبه وينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما  
وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه ومالا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة في الأموال (وأما) الشركة الفاسدة  
وهي التي فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تفيد شيئاً مما ذكرنا لأن لأحد الشريكين أن يعمل بالشركة الصحيحة  
والربح فيها على قدر المالكين لأنه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لأن الشرط لم يصح فألحق بالعدم فبقي  
الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لأحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي



له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا  
غير سديد الا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم  
(فصل) وأما صفة عقد الشركة فهي انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد  
منهما بالفسخ الا أن من شرط  
جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه حتى لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز  
الفسخ وكذا لو كان صاحبه غائبا  
وعلم بالفسخ وإن كان غائبا ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم يفسخ العقد لان  
الفسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه  
ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم  
الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا  
في الوكالة التي تضمنته الشركة وعلى هذا الأصل قال الحسن بن زياد إذا شارك أحد  
شريكي العنان رجلا شركة  
مفاوضة انه إن كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وإن كان بمحضر منه  
صحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره  
تتضمن فسخ العنان وهولا يملك الفسخ عند غيبته ويملك عند حضرته وهل يشترط أن  
يكون مال الشركة عينا وقت  
الشركة لصحة الفسخ وهي أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوي انه شرط حتى لو  
كان مال الشركة عروضاً وقت  
الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا في الشركة وفي  
المضاربة رواية وهي ان رب المال إذا  
نهى المضارب عن التصرف فإنه ينظر إن كان مال المضاربة وقت النهى دراهم أو  
دنانير صح النهى لكن له أن يصرف  
الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لأنهما في الثمنية جنس واحد فكأنه لم يشتر  
بها شيئاً وليس له أن يشتري بها  
عروضاً وإن كان رأس المال وقت النهى عروضاً فلا يصح نهيه لأنه يحتاج إلى بيعها  
ليظهر الربح فكان الفسخ  
ابطالاً لحقه في التصرف فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق  
بين الشركة والمضاربة فقال  
يجوز فسخ الشركة وإن كان رأس المال عروضاً ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال  
الشركة في يد الشريكين جميعاً  
ولهما جميعاً ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو  
عروضاً فاما مال المضاربة ففي يد  
المضارب ولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال

عروضاً

(٢٢)

(فصل) وأبيان ما يبطل به عقد الشركة فما يبطل به نوعان (أحدهما) يعم الشركات كلها (والثاني) يخص البعض دون البعض اما الذي يعم الكل فأنواع (منها) الفسخ من أحد الشريكين لأنه عقد جائز غير لازم فكان محتملا للفسخ فإذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفسخ يفسخ (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لان كل واحد منهما وكيل صاحب وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به أو لم يعلم لأنه عزل حكمي فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقا لان به يخرج الوكيل عن الوكالة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لان الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة (وأما الذي يخص البعض دون البعض فأنواع (منها) هلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء في الشركة بالأموال سواء كان المالكين من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم والدنانير يتعينان في الشركات فإذا هلكت فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول المعقود به فيبطل العقد بخلاف ما إذا اشترى شيئا بدراهم معينة ثم هلكت الدراهم قبل القبض ان العقد لا يبطل لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوزات ويتعينان في الشركات ثم إنما لم تتعين الدراهم والدنانير في المعاوزات وتتعين في الشركات لأنهما جعلتا ثمنين شرعا فلو تعييننا في المعاوزات لانقلبا مثنين إذ المثنى اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوزات لكان عينا يقابلها عوض فكان مثنى فلا يكون ثمن وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس في تعيينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لأنها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان في هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغييرا لحكم الشرع وهو جعلهما مثنين لما لا عوض للحال يقابلها لان كل واحد من العقدين وضع وسيلة إلى الشركة والوسيلة إلى الشيء حكمه

حكم ذلك الشيء فجعل حكمهما  
في حق المنع من تعيين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والإشارة بل  
يتعنان بالقبض كما  
في الشراء بخلاف الشركة فإنها وان وقعت وسيلة إلى الشراء لكن لا بدمع هذا من  
سبب يوجب تعيين رأس المال  
لما مر ولا يمكن جعل القبض معينا لرأس المال لأنه لا وجه إلى ايجاب القبض فيما  
ليتعين رأس المال لان العمل فيهما  
مشروط من الشريكين وكون العمل مشروطا من رب المال يوجب أن يكون رأس  
المال في يده ليتمكنه العمل  
وكون عمل الآخر مشروطا يوجب التسليم إليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم  
للتعارض ولا بد من سبب يوجب  
تعيين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض الا العقد فإذا لم يمكن ايجاب القبض جعل  
العقد موجبا تعينهما وإن كان  
وسيلة إلى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكه بحكم غير حكم ما جعل هو  
وسيلة له (فاما) في الوكالة  
المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك في المضاربة  
لأوجب فسادها فأمكن جعل  
القبض سببا للتعيين فلا حاجة إلى جعل العقد سببا فلم يوجب العقد التعيين الحاقا له  
بالشراء ثم إذا هلك أحد المالكين قبل  
الشراء هلك من مال صاحبه لان الهالك مال ملكه أحدهما بيقين وانه أمانة في يد  
صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة  
بخلاف ما إذا كان رأس المالكين من جنس واحد وخطا ثم هلك انه يهلك مشتركا لأننا  
لا نتيقن ان الهالك مال أحدهما  
والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأسي المال في شركة المفاضة  
بالمال بعد وجودها في  
ابتداء العقد لان وجود المساواة بين المالكين في ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا  
العقد على الصحة فبقاؤها  
شرط بقائها منعقدة لأنها مفاوضة في الحالين فلا بد من معناها في الحالين وعلى هذا  
يخرج ما إذا تفاوضا  
المال مستوى ثم ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك  
في يده انه تبطل  
المفاوضة لبطان المساواة التي هي معنى العقد وان ورث عروضاً لا تبطل وكذا لو  
ورث ديونا لا تبطل ما لم يقبض

الديون لأنها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو ازداد أحد المالكين على الآخر قبل الشراء بأن كان

أحدهما دراهم والآخر دنانير فان زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا لان عقد الشركة يقف تمامه  
على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل  
القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فإذا طرأ عليه يبطله قال محمد وكذلك لو اشترى  
بأحد المالين ثم ازداد الآخر لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد فان زاد المال  
المشترى في قيمته كانت المفاوضة بحالها لان تلك الزيادة تحدث على ملكها لأنها ربح في المال المشتري فلا يفضل  
أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس إذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه تنتقض المفاوضة لان الألف  
التي لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الآخر فصار ماله أكثر فينبغي أن تبطل  
المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لان الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينا فلم يفضل المال  
فلا تبطل المفاوضة والله عز وجل أعلم  
\* (كتاب المضاربة) \*

يحتاج في هذا الكتاب إلى معرفة جواز هذا العقد وإلى معرفة ركنه وإلى معرفة شرائط الركن وإلى معرفة حكمه وإلى معرفة صفة العقد وإلى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه إذا بطل وإلى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب (اما)  
الأول فالقياس انه لا يجوز لأنه استتجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكننا تركنا القياس بالكتاب  
العزيم والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم فقله عز شأنه وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله  
والمضارب يضرب في الأرض يبتغى من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فإذا قضيتم الصلاة فانتشروا في  
الأرض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم (وأما) السنة فما روى عن ابن  
عباس رضي الله عنهما أنه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك  
به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشترى به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ

شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة (وأما) الاجماع فإنه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله ابن عمر وسيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحدو مثله يكون اجماعا وروى أن عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الأشعري أمير بها فقال لهما لو كان عندي فضل لأكرمتكما ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه إليكما فابتاعا به متاعا واحملاه إلى المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه إلى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضى الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلا ربحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا لضمننا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف وبيت المال النصف فرضى به سيدنا عمر رضى الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا في سائر الأعصار من غير إنكار من أحدو اجماع أهل كل عصر حجة فترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضا وهو ان الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى إلى التجارة وقد يهتدى إلى التجارة لكنه لا مال له فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم (فصل) وأما ركن العقد فالايجاب والقبول وذلك بألفاظ تدل عليهما فالايجاب هو لفظ المضاربة المقارضة والمعاملة ما يؤدي معاني هذه الألفاظ بأن يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على أن ما رزق الله عز وجل

أو أطعم الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا إذا قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصريح مأخوذ من الضرب في الأرض وهو السير فيها سمي هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير في الأرض ويسعى فيها لا ابتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صريح في عرف أهل المدينة لأنهم يسمون المضاربة مقارضة كما يسمون الإجارة بيعا ولان المقارضة مأخوذة من القرض وهو القطع سميت المضاربة مقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا الال واعمل به على أن ما رزق الله عز وجل من شئ فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتملك عندنا وذكر في الأصل لو قال خذ هذه الألف فابتع بها متاعا فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضاربة استحسانا والقياس ان لا يكون مضاربة (وجه) القياس انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضاربة الا بالشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الابتياح ذكرا للبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الألف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحسانا والقياس أن لا يكون لأنه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضاربة (وجه) الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملا يستحق به العوض وإنما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره الشراء والبيع وقال خذ هذا المال فاشتر به هو يا بالنصف أو رقيقا بالنصف ولم يد على هذا شيئا فاشترى كما أمر فهذا فاسد وللمشتري أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لأنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحمل على



المضاربة فحمل على الاستئجار على  
الشراء بأجر مجهول وذلك فإذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد  
فاسد فاستحق اجر مثل عمله  
وليس له أن يبيع ما اشترى من غير اذن الأمر لأنه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشتري  
له فلا يجوز بيعه من غير  
اذنه فان باع منه شيئاً لا ينفذ بيعه من غير إجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر  
على عينه لأنه صار متلفاً مال الغير  
بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والتمن لرب المال لأن عدم  
الجواز لحقه فإذا أجاز فقد زال المانع  
وكذلك لو كان لا يدري حاله انه قائم أو هالك فأجاز لان الأصل هو بقاء المبيع حتى  
يعلم هلاكه وإنما شرط قيام المبيع  
لأنه شرط صحة الإجازة لما عرف ان مالا يكون محلاً لنشاء العقد عليه لا يكون  
محلاً لإجازة العقد فيه وان علم أنه هلك  
فالإجازة باطلة لما ذكرناه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل دفع إلى رجل ألف  
درهم ليشتري بها ويبيع فما ربح فهو  
بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع إليه المال ما لم يخالف لأنه لم ذكر  
الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة  
وكذلك لو شرط عليه ان الوضعية على وعليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضعية  
على رب المال لان شرط  
الوضعية على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن علي بن  
الجعد عن أبي يوسف لو ان  
رجلاً دفع إلى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرضاً ولا شركة وأقل  
ما ربحت فهو بيننا فهذه  
مضاربة لان الربح لا يصحح الا بالشراء والبيع فكان ذكر البرح ذكراً للشراء والبيع  
وهذا معنى المضاربة ولو قال  
خذ هذه الألف على أن لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضاربة جائزة  
قياساً واستحساناً وللمضارب  
ما شرط وما بقي فلرب المال والأصل في جنس هذه المسائل ان رب المال إنما  
يستحق الربح لأنه نماء ماله لا بالشرط فلا  
يفتقر استحقاقه إلى الشرط بدليل انه إذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا  
يستحق الا بالشرط لأنه إنما  
يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد إذا عرف هذه فنقول في هذه المسألة  
إذا سمي للمضارب جزءاً معلوماً من

الربح فقد وجد في حقه ما يفتقر إلى استحقاقه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب  
المال بماله ولو قال خذ هذا المال

مضاربة على أن لي نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس أن تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي رحمه الله ولكنها جائزة استحسانا ويكون للمضارب النصف (وجه) القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيئا معلوما من الربح وإنما سمي لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة إليها فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وإنما الحاجة إلى التسمية في حق المضاربة ولم يوجد فلا تصح المضاربة (وجه) الاستحسان ان المضاربة تقتضي الشركة في الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب كأنه قال خذ هذا المال مضاربة على أن لك النصف كما في ميراث الأبوين في قوله سبحانه وتعالى فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث لما كان ميراث الميت لأبويه وقد جعل الله تعالى عز وجل للام منه الثلث كان ذلك جعل الباقي للأب كذا هذا ولو قال على أن لي نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقي لرب المال لما ذكرنا ان استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من نماء ماله فإذا سلم المشروط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال لكونه من نماء ماله ولو قال رب المال على أن ما رزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضي المساواة إذا لم يبين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه ونبئهم أن الماء قسمة بينهم وقد فهم منها التساوي في الشرب قال الله سبحانه وتعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا إذا شرط جزء من الربح في عقد المضاربة لأحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الاخر فاما إذا شرط لهما ولغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فإن كان الثالث أجنبيا أو كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهم أثلاثا وان لم يشرط عليه العمل لم يجز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشروط له كالمسكوت عنه وإن كان الثالث عبد المضارب فإن كان عليه دين فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ان شرط عمله لان

المضارب لا يملك كسب عبده  
فكان كالأجنبي وان لم يشترط عمله فما شرطه فهو لرب المال لما ذكرنا في الأجنبي  
وعند أبي يوسف ومحمد المشروط  
له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين  
وإن كان الثالث عبد رب المال فهو على  
هذا التفصيل أيضا انه إن كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالا جنبي عند أبي حنيفة  
لان المولى لا يملك اكسابه وان لم  
يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط  
لمولاه عمل أولم يعمل لان المولى يملك  
كسب عبده كان عليه دين أولا فإن لم يكن على العبد في عبد المضارب الثلثان  
للمضارب والثلث لرب المال لأنه  
إذا لم كن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروط طام للمولى وصار  
كأنه شرط للمضارب الثلثين وفي عبد  
رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال لان المشروط له يكون مشروطا لمولاه  
إذا لم يكن عليه دين فصار كأن  
رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث  
لقضاء دين المضارب والثلث  
لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال وكذا لو شرط ثلث الربح للمضارب  
والثلث لرب المال والثلث  
لقضاء دين رب المال ان الثلثين لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لقضاء دين  
كل واحد منهما مشروط له  
(فصل) وأما شرائط الركن فبعضها يرجع إلى العاقدين وهما رب المال والمضارب  
وبعضها يرجع إلى رأس  
المال وبعضها يرجع إلى الربح (اما) الذي يرجع إلى العاقدين وهما رب المال  
والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة لان  
المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكر شرائط أهلية التوكيل  
والوكالة في كتاب الوكالة ولا  
يشترط اسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي والحربي  
المستأمن حتى لو دخل حربي دار  
الاسلام بأمان فدفع ماله إلى مسلم مضاربة أو دفع إليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لان  
المستأمن في دارنا بمنزلة الذمي  
والمضاربة مع الذمي مضاربة جائزة فكذلك مع الحربي المستأمن فإن كان المضارب  
هو المسلم فدخل دار الحرب

بأمان فعمل بالمال فهو جائز لأنه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين  
فصار كأنهما في دار واحدة وان

كان المضارب هو الحربي فرجع إلى داره الحربي فإن كان بغير اذن رب المال بطلت المضاربة وإن كان باذنه فذلك جائز ويكون على المضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطا ان رجع إلى دار الاسلام مسلما أو معاهدا أو بأمان استحسانا والقياس ان تبطل المضاربة (وجه) القياس انه لما عاد إلى دار الحرب بطل أمانه وعاد إلى حكم الحرب كما كان فبطل أمر رب المال عند اختلاف الدارين فإذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه إلى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا إذا دخل بأمره بخلاف ما إذا دخل بغير أمره لأنه لما لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الامر به وقد قالوا في المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فدفعت إليه حربي مالا مضاربة مائة درهم انه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا وربح أو وضع فالوضيعة على رب المال والربح على ما اشترط ويستوفى المضارب مائة درهم والباقي لرب المال وان لم يكن في المال ربح الا مائة فهي كلها للمضارب وإن كان أقل من مائة فذلك للمضارب أيضا ولا شيء للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا من الربح فاما على قول أبي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلافهم في جواز الربا في دار الحرب لما علم (وأما) الذي يرجع إلى رأس المال فأنواع (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدينار عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجاوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب الشركة ان ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى لو هلك قبل التسليم لا شيء على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ومالا يتعين يكون مضمونا عند الشراء به حتى لو هلك العين قبل التسليم فعلى المشتري به ضمانه فكان الربح على ما في الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض تؤدي إلى

جهالة الربح وقت القسمة لان  
قيمة العروض تعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تقضى إلى  
المنازعة والمنازعة تفضى إلى الفساد  
وهذا لا يجوز وقد قالوا إنه لو دفع إليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة  
فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز  
لأنه لم يضيف المضاربة إلى العروض وإنما أضافها إلى الثمن والثلث تصح به المضاربة  
فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع  
عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالأثمان وغيرها إلا أن  
المضاربة فاسدة لأنها صارت  
مضافة إلى مالا تصح المضاربة به وهو الحنطة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز  
لان الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك  
البيع بغير الأثمان ولا تفسد المضاربة لأنها لم تصرف مضافة إلى مالا يصلح به رأس  
مال المضاربة (وأما) تبر الذهب  
والفضة فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة  
الدراهم والدنانير والامر فيه  
موكول إلى التعامل فإن كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز  
المضاربة به وإن كانوا لا يتعاملون به  
فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزيوف والنبهجة فتجوز المضاربة بها  
ذكره محمد رحمه الله لأنها  
تتعين بالعقد كالجياذ (وأما) الستوقة فإن كانت لا تروج فهي كالعروض وإن كانت  
تروج فهي كالفلوس وذكر  
ابن سماعة عن أبي يوسف في الدراهم التجارية لا يجوز المضاربة بها لأنها كسدت  
عندهم وصارت سلعة قال ولو  
أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لأنهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم  
بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا  
الكلام فيها في كتاب الشركة فالحاصل أن في جواز المضاربة بها روايتين عن أبي  
حنيفة ذكر محمد في المضاربة  
الكبيرة في الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة إلا بالدراهم والدنانير عند أبي حنيفة  
وروى الحسن عنه أنها تجوز  
والصحيح من مذهب أبي يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس  
لا تتعين بالتعيين عنده فكانت أثماناً  
كالدراهم والدنانير وعند أبي حنيفة وأبي يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن  
يكون معلوماً فإن كان مجهولاً

لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح وكون الربح معلوما  
شرط صحة المضاربة (ومنها)



أن يكون رأس المال عينا لا دينا فإن كان دينا فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على أن من وكل رجلا يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنه وإذا لم يصح الأمر بالشراء بما في الذمة لم يصح إضافة المضاربة إلى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لأن الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض لأنه يصير في التقدير كأنه وكله بشراء العروض ثم دفعه إليه مضاربة فتصير مضاربة بالعروض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالي على فلان من الدين واعملم به مضاربة جاز لان المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض فكان رأس المال عينا لا دينا لو أضاف المضاربة؟ إلى عين هي أمانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان أضافها إلى مضمونة في يده كالدراهم والدنانير المغصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يد المضارب والمغصوب مغصوب في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولأبي يوسف أن ما في يده مضمون إلى أن يأخذ في العمل فإذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاعا بان دفع مالا إلى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعا في المال فالمضاربة جائزة لان الإشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب إذا ربح يصير شريكا في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فإذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما إذا دفع إلى رجل ألف ردهم فقال

نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة  
ان ذلك جائز أما جواز المضاربة فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وإن كان  
القرض تبرعا والشياع يمنع صحة التبرع  
كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لأنه وإن كان في الحال تبرعا لأنه لا يقابله عوض  
للحال فهو تمليك المال بعوض  
في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد المثل لأرد العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا  
يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فإنها  
تبرع محض فعمل الشيوع فيها وإذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح  
للمضارب لأنه ربح ملكه وهو  
القرض ووضيعة عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطا لأنه ربح  
مستفاد بمال المضاربة ووضيعة  
على رب المال ولا تجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لأنه مال مشترك بينهما فلا ينفرد  
أحد الشريكين بقسمته  
قالوا ولو كان قال له خذ هذه الألف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف  
الآخر مضاربة على أن الربح  
لي فهذا مكروه لأنه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهى رسول الله صلى الله  
عليه وسلم عن قرض جر نفعا  
فان عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة (أما) الربح فلان  
المضارب ملك نصف المال  
بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال  
(وأما) الوضيعة فلأنها  
جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة على قدره ولو قال خذ هذه الألف  
على أن نصفها مضاربة بالنصف  
ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لأنها هبة المشاع  
فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال  
فربح كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرطا  
والوضيعة عليهما أما نصف الربح  
للمضارب حصة الهبة فلأنه يثبت الملك له فيه إذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له وأما  
النصف الآخر فإنما يكون ربحه  
بينهما على الشرط لأنه استفيد بمال المضاربة مضاربة صحيحة (وأما) كون الوضيعة  
عليهما فلأنها جزء هالك من  
المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعدما عمل فهو  
ضامن لنصف المال وهو الهبة لأنه

مقبوض بعقد فاسد فكان مضمونا عليه كالمقبوض بيع فاسد ولو كان دفع نصف المال  
بضاعة ونصفه مضاربة

فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ما سمي من المضاربة والبضاعة  
والوضيعة على رب المال ونصف الربح  
لرب المال ونصفه على ما شرطاً لان الإشاعة لا تمنع من العمل في المال مضاربة  
وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة  
وإنما كانت الوضيعة على رب المال لأنه لا ضمان على المبضع والمضارب في  
البضاعة والمضاربة وحصه البضاعة  
من البرح لرب المال خاصة لان المبضع لا يستحق الربح وحصه المضاربة بينهما على  
ما شرطاً لأنه ربح حصل من  
مال المضاربة والمضاربة قد صحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع إليه على أن  
نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها  
مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال في يد المضارب على ما سمي لان كل واحد  
منهما أعنى الوديعة والمضاربة أمانة فلا  
يتنافيان فكان نصف المال في يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة الا أن التصرف لا  
يجوز الا بعد القسمة لان كل جزء  
من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف في الوديعة لا يجوز فان قسم  
المضارب المال نصفين ثم عمل بأحد  
النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان ونصف  
الربح للمضارب ونصفه على  
ما شرطاً لان قسمة المضارب المال لم تصح لان المالك لم يأذن له فيها فإذا أفرز  
بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال  
المضاربة فما كان في حصه الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان في  
حصه المضاربة فهو على الشرط ومن  
هذا الجنس ما إذا دفع إلى رجل متاعاً فباع نصفه من المدفوع إليه بخمسمائة ثم أمره  
أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن  
كله مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شئ فهو بيننا بنصفان فباع المضارب نصف  
المتاع بخمسمائة ثم عمل بها  
وبالخمسمائة التي عليه فربح في ذلك أو وضع فالوضيعة عليهما نصفان والربح بينهما  
نصفان في قياس قول أبي حنيفة رحمه  
الله لان من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشتري له بذلك الدين شيئاً  
لا يصح والمشتري يكون للمأمور  
لا للأمر ويكون الدين على المأمور حالة وإذا كان كذلك فهنا أمر ان يعمل بالدين  
ونصف ثمن المباع فما ربح  
في حصه الدين فهو للمدفع إليه لأنه تصرف في ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح

في نصيب الدافع فهو للدافع  
والوضيعة عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) في قياس قول أبي  
يوسف ومحمد فمقدار ما ربح  
في الخمسمائة التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ما شرطا وما  
ربح في النصف الذي عليه من الدين  
يكون لرب المال لان من أصلهما أن الامر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة  
لأنه إذا اشترى صار عروضاً  
والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة هنا جائزة في النصف فاسدة في النصف  
فالربح في الصحيحة يكون  
بينهما على الشرط وفي الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث  
وللمضارب الثلثين والمسألة بحالها  
فان في قول أبي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما اشترطا نصف الربح من نصيب  
المضارب خاصة والسدس من نصيب  
الدافع كأنه قال له اعمل في نصيبك على أن الربح لك واعملي في نصيبي على أن لك  
ثلث الربح من نصيبي (وأما) على  
قياس قولهما فقد دفع إليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فما ربح في  
النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال  
لأنه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما  
شرطا فصار لرب المال ثلثا الربح  
وللمضارب الثلث وإن كان شرط لرب المال ثلثي الربح وللمضارب الثلث فالربح  
بينهما نصفان في قول أبي حنيفة لان  
رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة  
من غير عمل ولا رأس مال  
باطل فيكون الربح على قدر المال وفي قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لان  
المضاربة فيه فاسدة وللمضارب  
ثلث ربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال إلى المضارب لأنه أمانة فلا يصح الا  
بالتسليم وهو التخلية كالوديعة  
ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد  
المالك على المال فسدت المضاربة لما  
قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فإنها تصح مع بقاء يدرب المال على ماله والفرق أن  
المضاربة انعقدت على رأس مال  
من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل الا بعد خروجه من  
يدرب المال فكان هذا شرطا

موفقا مقتضى العقد بخلاف الشركة لأنها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال  
يدرّب المال عن العمل يناقض

مقتضى العقد وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعلم لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جاز لان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد لا بد من زوال يدرب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى أن الأب أو الوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لان يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكي المفاوضة أو العنان إذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان لشريكه فيه ملكاً فيمنع التسليم (فاما) العاقد إذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فإن كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم تفسد المضاربة كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطاً أن يعملوا مع المضارب بجزء من الربح لأنهما لو أخذوا مال الصغير مضاربة بأنفسهما جاز فكذا إذا شرطا عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي وإن كان العقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كالمأذون إذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لان المأذون وان لم يكن مالكا رتبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة وان شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى هو المالك للمال حقيقة فإذا حصل المال في يده فقد وجد المالك فيمنع التسليم وإن كان عليه دين فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي (وأما) المكاتب إذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب مكاتبه وهو فيها كالأجنبي ولو دفع إلى إنسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الأول إلى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لان اليد للمضارب والمالك للمولى وكل ذلك يمنع

من التسليم وقد قالوا في المضارب  
إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الأولى  
على حالها جائزة والربح بين  
رب المال وبين المضارب على ما شرط في المضاربة الأولى ولا أجر لرب المال (أما)  
فساد المضاربة الثانية فلان يد  
رب المال يد ملك ويد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية  
وبقيت المضاربة الأولى على  
حالتها ولم يذكر القدوري رحمه الله في شرحه مختصر الكرخي خلافا وذكر القاضي  
في شرحه مختصر الطحاوي أن  
هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنفسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى  
رب المال والرد عليه (وجه)  
قوله أن زوال يدرب المال شرط صحة المضاربة فكانت إعادة يده إليه مفسدة لها  
(ولنا) أن رب المال يصير معينا  
للمضارب والإعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقى العقد الأول ولا أجر لرب  
المال لأنه عمل في ملك نفسه فلا  
يستحق الاجر (وأما) الذي يرجع إلى الربح فأنواع (منها) اعلام مقدار الربح لان  
المعقود عليه هو الربح وجهالة  
المعقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع إليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح  
ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح  
بينهما نصفان لان الشركة تقتضي المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء في  
الثلث ولو قال على أن للمضارب شركا  
في الربح جاز في قول أبي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة  
(وجه) قول محمد أن الشركة هي  
النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك في السماوات أي نصيب وقال تعالى ومالهم فيهما  
من شرك أي نصيب فقد جعل  
له نصيبا من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا (وجه) قول أبي يوسف أن  
الشرك بمعنى الشركة يقال شركته  
في هذا الامر أشركه شركة وشركا قال القائل  
وشاركنا قريشا في بقاها \* وفي أحسابها شرك العنان  
ويذكر بمعنى النصيب أيضا لكن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها  
(ومنها) أن يكون المشروط  
لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزأ شائعا نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً  
فان شرطاً عدداً مقدران بان





(۸۵)

شرطا أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز والمضاربة فاسدة لان المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لا أحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطا أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو قالا الا مائة درهم فإنه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة في الربح لأنه إذا شرطا لا أحدهما للنصف ومائة فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيمكن كل الربح للمشروط له وإذا شرط له النصف الا مائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح ولو شرطا في العقد أن تكون الوضعية عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والأصل في الشرط الفاسد إذا دخل في هذا العقد أنه ينظر إن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد وإن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضعية عليهما شرط فاسد لان الوضعية جزء هالك من المال فلا يكون الاعلى رب المال لا انه يؤدي إلى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع إلى المعقود عليه كالهبة والرهن ولأنها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة وذكر محمد في المضاربة إذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة صحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذكر في الزارعة إذا دفع إليه أرضه بثلث الخارج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالزارعة باطلة من أصحابنا من قال في المسألة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهدة معقود عليه وهو قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة يقتضى أن تصح المضاربة لأنه عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرطا فاسدا فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسئلتين لان معنى الإجازة في المزارعة

أظهر منه في المضاربة بدليل أنها لا تصح الا بمدة معلومة والمضاربة لا تفتقر صحتها إلى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الأصل قال محمد فيمن دفع ألفا مضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع إليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دارا ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لأنه الحق بها شرطا فاسدا لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لأنه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن أجره الدار والأرض فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى المعلى عن أبي يوسف في رجل دفع مالا إلى رجل مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو على أن يبيع في دار المضارب كان جائزا ولو شرطا أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز لأنه إذا شرط البيع في أحد الدارين فإنما خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد عليين منافع الدار وإذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجره له وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز ولم يذكر انه لا يجوز الشرط أولا تجوز المضاربة وذكر القدوري رحمه الله أنه ينبغي أن يكون الفساد في الشروط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله هي مضاربة فاسدة وله أجره مثل ما إذا عمل (وجه) قوله أن المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطا فاسدا (ولنا) أنه إذا لم يكن تصحيحها مضاربة تصحح قرضا لأنه أتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلى هذا إذ شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع (فصل) وأما بيان حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو اما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام أما أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع إلى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع إلى عمل المضارب ما لكل واحد منهما أن يعمله وما ليس له أن يعمله وبعضه يرجع إلى ما يستحقه

المضارب بالعمل وما يستحقه رب

(٨٦)

المال بالمال (أما) الذي يرجع إلى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئا أمانة في يده بمنزلة الوديعة لأنه قبضه بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فإذا اشترى به شيئا صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لأنه تصرف في مال الغير بأمره وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على العرف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى شراء فاسدا يملك إذا قبض لا يكون مخالفا ويكون الشراء على المضاربة وكذا إذا باع شيئا من مال المضاربة بيعا فاسدا لا يصير مخالفا ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقا يملك الصحيح والفساد فلا يصير مخالفا فإذا ظهر في المال ربح صار شريكا فيه بقدر حصته من الربح لأنه ملك جزأ من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال لأنه نماء ماله فإذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الأجير لرب المال فإذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضمونا عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضمونا عليه له لان الربح بالضمان لكنه لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم في الغاصب والمودع إذا تصرفا في المغصوب والوديعة وربحا ولو أزد رب المال أن يجعل المال مضمونا على المضارب فالحيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه إليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه إلى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه وإذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الا درهما واحدا ويسلمه إليه ويشهد على ذلك ثم إنهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعمل جميعا وشرطا أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما)

الذي يرجع إلى عمل المضارب مما له أن يعمل بالعقد وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيئاً من ذلك وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمل من غير الحاجة إلى التنصيص عليه ولا إلى قول اعمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له اعمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم منه ماله أن يعمل إذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمل رأساً وان نص عليه (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل من غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيود وهي ما إذا قال له خذ هذا المال واعمَلْ به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشتري به ويبيع لأنه أمره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراؤه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري أو بأقل من ذلك ما يتغابن الناس في مثله لأنه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشترياً لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رضی الله تعالى عنهم في التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقداً ونسيئةً ولا بما لا يتغابن الناس في مثله وهي من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشتري ما بدا له من سائر أنواع التجارات في سائر الأماكن مع سائر الناس لا طلاق العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان الابضاع من عادة التجار ولا المقصود من هذا العقد هو الربح والابضاع طريق إلى ذلك ولأنه يملك الاستئجار فالأبضاع أولى لان الاستئجار استعمال في المال بعض والابضاع استعمال فيه بغير عوض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن



(۸۷)

يستأجر من يعمل في المال لأنه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضا لان الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال بنفسه فيحتاج إلى الأجير وله أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها لأنه لا يقدر على حفظ المال الا به وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل لان الحمل من مكان إلى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لان التوكيل من عادة التجار ولأنه طريق الوصول إلى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان المضاربة أعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشئ ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة الا إذا قيل له اعمل برأيك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الأولى والشئ لا يستتبع مثله وكل ما للمضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل مالا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لأنه لما لم يملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرهن بدين له منها على رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بعد نهى رب المال عن العمل ولا بعد موته لان المضاربة تبطل بالنهي والموت الا في تصرف ينضر به رأس المال والرهن ليس تصرفا ينضر به رأس المال فلا يملكه المضارب ولو باع شيئا وأخر الثمن جاز لان التأخير للثمن عادة التجار وأما على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لان تصرفه أعم من تصرف الوكيل الا أن الوكيل بالبيع إذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة فإذا أخر ضمن (وأما) عند أبي يوسف فإنما جاز تأخير المضارب دون الوكيل هذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو يستقبل فيها ثم يبيعها نساء فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحتال



بالثمن على رجل موسرا كان المحتال  
عليه أو معسر الان الحوالة من عادة التجار لان الوصول إلى الدين قد يكون أيسر من  
ذمة المحال عليه منه من ذمة المحيل  
بخلاف الوصي إذا احتال بمال اليتيم ان ذلك إن كان أصلح جاز وإلا فلا لان تصرف  
الوصي في مال اليتيم مبنى على  
النظر وتصرف المضارب مبنى على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا بيضاء  
ويشترى ببعض المال طعاما  
فيزرعه فيها وكذلك له أن يقلبها ليغرس فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جائز  
والربح على ما شرط لان الاستتجار  
من التجارة لأنه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب  
وللمضارب أن لا يسافر بالمال  
لان المقصود من هذا العقد استنماء المال وهذا المقصود بالسفر أو فرو لأن العقد صدر  
مطلقا عن المكان فيجرى على  
اطلاقه ولان مأخذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وهو  
السير قال الله تبارك وتعالى  
وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله ولأنه طلب الفضل وقد قال الله تعالى  
عز شأنه وابتغوا من  
فضل الله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف في رواية محمد عنه وفي  
رواية أصحاب الاملاء عنه ليس له  
أن يسافر وروى عنه انه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين الذي لا يثبت وبين ماله  
حمل ومؤنة وبين مالا حمل  
له ولا مؤنة في الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك في  
كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف  
عن أبي حنيفة رحمه الله انه إذا دفع إليه المال بالكوفة وهما من أهلها فان أبا حنيفة  
قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان  
الدفع في مصر آخر غير الكوفة فللمضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه  
الرواية المشهورة في كتاب الشركة  
(وأما) وجه رواية أبي يوسف عنه فهو ان المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن  
رب المال نصا أو دلالة فإذا  
دفع المال إليه في بلدهما فلم يأذن له بالسفر نصا ولأدلة لم يكن له أن يسافر وإذا دفع  
إليه في غير بلدهما فقد وجد دلالة  
الاذن بالرجوع إلى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بلده  
فكان دفع المال في غير بلدهما

رضا بالرجوع إلى الوطن فكان اذنا دلالة وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر  
الرواية لان الاذن بالتجارة

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لأنه الاذن بالتجارة  
أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم إذا لحقهم دين سواء كان المولى حاضرا أو غائبا لان البيع في الدين  
من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل انسانا خطأ وقيمه مثل مال المضارب بأن  
كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها عبدا قيمته الف فقتل انسانا خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء لان  
الدفع أو الفداء ليس من التجارة ولا ملك أيضا للمضارب في رقبتة لانعدام الفعل والتدبير في جنائته إلى رب المال  
لان رقبتة خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون إذا جنى انه يخاطب المأذون بالدفع أو  
الفداء مع غيبة المولى لان العبد المأذون في التصرف كالححر لأنه يتصرف لنفسه كالححر بدليل انه لا يرجع بالعهد على  
المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهد عليه فلما لم يرجع دل انه يتصرف لنفسه وإنما يظهر حق المولى في كسبه عند  
فراغه عن حاجته فإذا تعلق الجناية برقبتة صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى فيخاطب بالدفع كالححر (فأما)  
المضارب فإنه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهد عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق  
بين المسئلتين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء فله ذلك لأنه بالفداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة  
في الجملة لتوهم الربح ولو دفع رب المال أو فدى خرج العبد من المضاربة (أما) إذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع زال  
ملكه لا إلى بدل فصار كأنه هلك وإذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار الفداء دليل  
رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألفين فجنى جناية خطأ  
لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء إذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لأصحاب الجناية على المضارب ولا على  
الغلام سبيل الا أن لهم أن يستوثقوا من الغلام بكفيل إلى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو الفداء إذا كان  
المضارب غائبا وليس لأحدهما أن يفدى حتى يحضرا جميعا فان فدى كان متطوعا

بالفداء فإذا حضرا دفعا أو فديا فان  
دفعاً فليس لهما شيء وان فديا كان الفداء عليهما أرباعاً وخرج العبد من المضاربة وهذا  
قول أبي حنيفة ومحمد وقال  
أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله  
إن نصيب المضارب لم يتعين في  
الربح لعدم تعيين رأس المال لان التعيين بالقسمة ولم توجد فبقي المال على حكم ملك  
رب المال فكان هو المخاطب بحكم  
الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه إذا كان في المضاربة فضل كان  
للمضارب ملك في العبد ولهذا لو أعتقه  
نفذ اعتاقه في نصيبه وإذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من  
حضوره (وأما) قوله إن حقه لم يتعين  
في الربح لعدم تعيين رأس المال فممنوع بل تعين ضرورة لزوم الفداء في نصيبه ولا يلزم  
الا بتعيين حقه ولا يتعين حقه الا  
بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال الا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فان اختار  
أحدهما الدفع والآخر الفداء  
فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير أن في العبد  
المشترك إذا حضر أحد الشريكين  
وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو الفداء وههنا لا يخاطب واحد  
منهما ما لم يحضرا جميعاً لان  
تصرف أحدهما يتضمن قسمة لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء  
والقسمة لا تصح الا بحضرتهم  
والدفع أو الفداء من أحد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكماً في حق الشريك الآخر  
فلا يقف على حضوره وهذا  
بخلاف العبد المرهون إذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ انه يخاطب  
الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان  
اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد  
الامرئين لان الملك هناك واحد  
فاختلاف اختيارهما يوجب تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا لا يجوز  
كالعبد الذي ليس برهن وهنا  
مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعض موجب الجناية في حق  
مالك واحد وقد قالوا إذا غاب  
أحدهما وادعيت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضر الان كل واحد منهما له  
حق العبد فكان التدبير في الجناية

إليهما فلا يجوز سماع البيعة على أحدهما مع غيبة الآخر وإنما أخذ بالعبد كفيل لأنه  
يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولى الجناية لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد في  
الشراء والبيع ترجع إلى  
المضارب لا إلى رب المال لان المضارب هو العاقد فهو الذي يطالب بتسليم المبيع  
ويطالب بتسليم الثمن يقبض المبيع  
والثمن ويرد بالعيب ويرد عليه ويخاصم ويخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا  
معيبا قد علم رب المال بعيبه ولم  
يعلم به المضارب فللمضارب أن يرده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم  
يكن للمضارب أن يرده لان حقوق العقد  
تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لاعلم رب المال ولو اشترى عبد  
فظهر به عيب فقال رب المال  
بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فإذا رضى به فقد أبطل  
حق نفسه ولو أن رب المال  
دفع إليه ألف درهم مضاربة على أن يشتري بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه  
المضارب ولم يره فليس له أن يرده بخيار  
الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضا منه بذلك العيب فكأنه قال بعد  
الشراء قد رضيت بخلاف  
ما إذا أمره بشراء عبد غير معين لأنه لا يعلم أنه يشتري العبد المعيب لا محالة حتى  
يكون علمه دلالة الرضا به وهل له  
أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها أجنبي إلى جنب دار المضارب أو باع رب المال دارا  
لنفسه والمضارب شفيعها بدار  
أخرى من المضاربة ففيه تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى ولو دفع المال إلى رجلين  
مضاربة فليس لأحدهما أن  
يبيع ويشترى بغير اذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيئا مما للمضارب الواحد أن يعمل  
سواء قال لهما عملا  
برأيكما أو لم يقل لأنه رضى برأيهما ولم يرض برأي أحدهما فصار كالوكيلين وإذا أذن  
له الشريك في شئ من ذلك جاز  
في قولهم جميعا لأنه لما أذن له فقعد اجتمع رأيهما فصار كأنهما عقدا جميعا (وأما)  
القسم الذي ليس للمضارب أن  
يعمله الا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة  
ولو استدان لم يجز على رب  
المال ويكون دينا على المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة في رأس المال من  
غير رضا رب المال بل فيه  
اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشتري برأس المال في

باب المضاربة مضمون على رب  
المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فإن  
المضارب يرجع إلى رب المال  
بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا  
يجوز ثم الاستدانة هي أن يشتري  
المضارب شيئاً بثمان دين ليس في يده من جنسه حتى أنه لو لم يكن في يده شيء من  
رأس المال من الدراهم والدنانير بأن  
كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيئاً بالدراهم أو الدنانير لم يجز على  
المضاربة وكان المشتري له عليه ثمنه من ماله  
لأنه اشترى بثمان ليس في يده من جنسه فكان مستديناً على المضاربة فلم تجز على  
رب المال وجاز عليه لأن الشراء  
وجد نفاذاً عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف وسواء كان اشترى بثمان حال أو مؤجل  
لأنه لما اشترى بما ليس في يده من  
جنسه صار مستديناً على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما في يد المضارب من  
العبد أو العرض يساوي رأس  
المال أو أكثر فاشترى شيئاً للمضاربة بالدراهم والدنانير لبيع العرض ويؤدي ثمنه منها  
لم يجز سواء كان الثمن  
حالاً أو مؤجلاً لما ذكرنا أنه استدانة ولو باع ما في يده من العرض بالدراهم والدنانير  
وحصل ذلك في يده قبل حل  
الأجل لم ينتفع بذلك لأنه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لأنه  
لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد  
له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا إذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن  
يشترى بأكثر من رأس المال  
الذي في يده لأن الزيادة تكون ديناً وليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه حتى لو  
اشترى سلعة بألفي درهم ومال  
المضاربة الف كانت حصة الألف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على  
الألف للمضارب خاصة له ربح  
ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لأنه يملك الشراء بالألف ولا يملك  
الشراء بما زاد عليها للمضاربة ويملك  
الشراء لنفسه فوقع له وكذا إذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم في يده فليس له أن  
يشترى للمضاربة بغير الدراهم  
والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل إذا لم يكن في  
يده شيء من ذلك لأن الشراء بغير

المال يكون استدانة على المال ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل أو موزون  
فاشترى ثوبا أو عبدا بمكيل أو



موزون موصوف في الذمة كان المشتري للمضارب لان في يده من جنسه فلم يكن  
استدانة ولو كان في يده دراهم  
فاشترى سلعة بدراهم نسيئة لم يكن استدانة لان في يده من جنسه ولو كان في يده  
دراهم فاشترى بدنانير أو كان في يده  
دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي  
الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان  
الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون  
استدانة كما لو اشترى بالعروض  
(وجه) الاستحسان ان الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لأنهما أثمان الأشياء  
بهما تقدر النفقات وأروش  
الجنايات وقيمة المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما إلى الآخر فكانا بمنزلة شيء  
واحد فكان مشتريا بثمان في يده  
من جنسه وكذلك لو اشترى بثمان هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه في الصفة بان  
اشترى بدراهم بيض ورأس  
المال دراهم سود أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة أو اشترى بدراهم سود ورأس  
المال دراهم بيض أو اشترى  
بدراهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شيء من  
ذلك على المضاربة ويكون  
استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمد ان اشترى بما صفته  
انقص من صفة رأس المال  
جاز وهذا يشير إلى أنه لو اشترى بما صفته أزيد من صفة رأس المال انه لا يجوز على  
المضاربة (ووجهه) انه إذا اشترى  
بما صفته أنقص من صفة رأس المال كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به ذلك  
القدر وزيادة فجاز وإذا اشترى بما  
صفته أكمل لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح  
قول أبي حنيفة وأبي يوسف  
رحمهما الله لأنه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى  
لان تفاوت الصفة دون تفاوت  
الجنس ولو كان رأس المال ألف درهم فاشترى سلعة بألف أو بدنانير أو بفلوس قيمة  
ذلك الف لا يملك أن يشتري  
بعد ذلك على الف المضاربة شيئاً بألف أخرى أو غير ذلك لان مال المضاربة كان  
مستحقاً بالثمان الأول فلو اشترى  
بعد ذلك لصار مستدينا على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولاً عبداً

بخمسمائة لا يملك بعد ذلك  
أن يشتري الا بقدر خمسمائة لان الخمسمائة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين  
يلحق رأس المال لان  
ذلك صار مستحقا من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فإذا اشترى  
بأكثر مما بقي صار مستدينا  
على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة  
فحصل في يده صنوف من  
الأموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الأموال ولم يكن في يده  
دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس  
له أن يشتري متاعا بثمن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبدا بكر  
حنطة موصوفة فان اشترى بكر  
حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفي يده جاز وإن كان في يده أجود  
مما اشترى به أو أدون لم يكن  
للمضاربة وكان للمضارب لأنه إذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستدينا على  
المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف  
الصفة هنا كاختلاف الصفة في الدراهم لان اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير  
لا يمنع الجواز فاختلف  
الصفة أولى لأنه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم في  
جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من  
المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما إذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم  
يقبل لان قوله اعمل برأيك  
تفويض إليه فيما هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها  
المضارب الا باذن رب المال بها  
نصا ثم كمالا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على  
اصلاح مال المضاربة حتى لو  
اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو  
نقلها كان متطوعا في ذلك كله لأنه  
إذا لم يبق في يده شئ من رأس المال صار بالاستئجار مستدينا على المضاربة فلم يجز  
عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعا في  
مال الغير كما لو حمل متاعا لغيره أو قصر ثيابا لغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك إذا  
صبغها سودا من ماله فنقصها ذلك لان  
الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريكا بالسواد لأنه لم يوجب في العين زيادة بل أوجب  
نقصانا فيها ولا يضمن بفعله

سواء قال له اعمل برأيك أولم يقل لأنه مأذون فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان في  
يده فضل فصبغ الثياب به سودا

ففقصها ذلك لم يضمن وكذلك إذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بعصفر أو زعفران أو صبغ يزيد فيها وليس في يده من مال المضاربة شيء فإن كان لم يقل اعمل برأيك فهو ضامن ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم إليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فما أصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ فللمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب إذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برأيك يضمن وصار كأجنبي خلط المال ولو صبغ الثياب أجنبي كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضاربا ثمنها على الشركة كذا هذا وإن كان قال له اعمل برأيك فلا ضمان عليه لأنه إذا قال ذلك فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ملكه فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فإذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فما أصاب ذلك كان في المضاربة وما أصاب الصبغ كان للمضارب وإذا أذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة جاز له الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شره وجوه وكان المشتري بينهما نصفين لأنه لا يمكن أن يجعل المشتري بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا في مال عين فتجعل شركة وجوه ويكون المشتري بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضى التساوي وسواء كان الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثا لأن هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا في كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل في الضمان فان شرط التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وان أطلقا كان المشتري نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح وإذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن دينا عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فان أذن له أن يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له أن يقرض مال المضاربة لان القرض

تبرع في الحال إذ لا يقابله  
عوض للحال وإنما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك الهبة  
والصدقة لان كل واحد منهما  
تبرع ولا يأخذ سفتجة لان أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذا لا يعطى  
سفتجة لان اعطاء السفتجة  
اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة أنه  
قال ليس له أن يقرض ولا أن  
يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج وأقرض ان أحببت فاما إذا  
قال له اعمل في ذلك برأيك فإنما  
هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول أبي يوسف وقولنا  
لما ذكرنا ان قوله اعمل في ذلك  
برأيك تفويض الرأي إليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة وكذا الاستدانة  
بل هي عند الاذن شركة  
وجوه وهي عقد آخر وراء المضاربة وهو إنما فوض إليه الرأي في المفاوضة خاصة لا  
في عقد آخر لا تعلق له بها فلا يدخل  
في ذلك وليس أن يشتري بمالا يتغابن الناس في مثله وان قال له اعمل برأيك ولو  
اشترى يصير مخالفا لان المضاربة  
توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف إلى المتعارف وهو أن يكون بمثل  
القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله ولأن الشراء  
بمالا يتغابن في مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة وليس  
له ان يعتق على مال لأنه إزالة  
الملك عن الرقبة بدين في ذمة المفلس فكان في معنى التبرع ولأنه ليس بتجارة إذا  
التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة  
العتق بالمال وليس له أن يكاتب لان الكتابة ليست بتجارة لانعدام مبادلة المال بالمال  
لهذا لا يملكه المأذون له في  
التجارة وليس له ان يعتق عبدا من المضاربة إذا لم يكن في نفس العبد فضل عن رأس  
المال فان أعتق لم ينفذ لأن العقد  
السابق لا يفيدته ولأنه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فالاعتاق بغير مال  
أولى ولا ملك للمضارب في العبد مما  
لا ينفذ اعتاقه وسواء كان في يد المضارب مال آخر سوى العبد أولم يكن لان العبد إذا  
كان بقدر رأس المال لا فضل  
فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لأنه مشغول برأس المال بدليل أنه لو هلك ذلك المال  
يصير العبد رأس المال وإن كان

في نفس العبد المعتقد فضل عن رأس المال جاز اعتاقه في قدر حصته من الربح لأنه إذا  
كان قيمته أكثر من رأس

المال فقد تعين للمضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه فيقدر نصيبه كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما وكذلك ان كاتب عبدا من المضاربة أو أعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يجز وإن كان فيه فضل كان كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما على مال فإذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الأداء لأنه لا يتضرر به في الحال وفي الثاني أما في الحال فلا يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته ما دام شيء منه فكذا هذا (وأما) الثاني فلأنه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقي على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ لأن الكتابة قابلة للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشريكين إذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه نقض بيعه وان باع ملك نفسه لما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فإنه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج إلى قسمين قسمة البيت مع المشتري وقسمة بقية الدار مع الشريك الأول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا هذا بخلاف ما إذا دبر المضارب نصيبه أو أعتق انه ينفذ وإن كان يتضرر به رب المال لأن الضرر إنما يدفع إذا أمكن وهناك لا يمكن لأن التدبير والاعتاق تصرفان لا يحتملان الفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ عتق لوجود شرط العتق وهو الأداء الا أن لرب المال أن يأخذ ما أداه المكاتب قدر حصته من المؤدى لأنه كسب عبد مشترك بينهما وكذلك إذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبيدين قيمة كل واحد منهما ألف فاعتق أحدهما انه لا يجوز اعتاقه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز اعتاقه في نصيبه منها لأن رأس المال ليس الا الألف فما زاد على ذلك يكون ربحا ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه في نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب ملك في أحد العبيدين لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والآخر ربحا فليس أحدهما بأن يجعل رأس المال والآخر ربحا أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولأن حق المضارب لا يتعين في الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب في الربح

وكذلك لو كان في يد المضارب  
عشرون عبدا قيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه  
في واحد منهم لأنه لا يتعين  
للمضارب في واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون هو رأس المال فإذا  
لم يملك شيئا منهم لا ينفذ عتاقه  
من مشايخنا من قال هذا على أصل أبي حنيفة ان العبيد والجواري لا يقسمون قسمة  
واحدة بل كل شخص يقسم  
على حدة لان العبيد والجواري بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الأموال ولا يتعين  
للمضارب ملك في الأجناس المختلفة  
من العروض ونحوها فأما على أصل أبي يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة  
بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ  
عتاقه في قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا بالاتفاق لان عندهما إنما  
يقسم القاضي قسمة واحدة إذا  
رأى القاضي ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الأجناس المختلفة لهذا لا يصح  
التوكيل بشراء عبد بدون بيان الثمن  
بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا لو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على  
أحدهما صدقة الفطر بسببهم في عامة  
الروايات والأصل ان مال المضاربة إذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال  
انه يضم بعضه إلى بعض  
يتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال وإذا كان من جنسين مختلفين كل  
واحد منهما مثل رأس المال  
لا يضم أحدهما إلى الآخر فلا يتعين للمضارب في أحدهما ملك لاشتغال كل واحد  
منهما برأس المال وقد قالوا في  
هذه المسألة ان رب المال لو أعتق العبيد نفذ عتاقه في جميعهم لأنه إذا لم يتعين  
للمضارب في واحد منهم ملك نفذ على  
رب المال فإذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصة المضارب فيهم سواء كان  
موسرا أو معسرا (أما الضمان  
فلان المضارب وان لم يملك شيئا من العبيد فقد كان له حق ان يملك وقد أفسده  
عليه رب المال فيضمن وإنما استوى  
فيه اليسار والاعسار لأنه أعتق الكل مباشرة ونفذ عتاقه في الكل فصار متلغا المال عليه  
بخلاف ضمان العتق لأنه  
يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى إلى نصيب الشريك على أصل أبي يوسف ومحمد  
لذلك اختلف فيه اليسار



والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبدا من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه ان لم  
يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لأن هذه دعوة تحرير وانها مبينة على الملك فإذا لم يكن فيه فضل فإزدادات قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وإنما كان كذلك لأنه لما ادعى النسب ولا ملك له في الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فإذا ازدادت قيمته فقد ملك جزءاً منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملك انه تنفذ دعوته بخلاف ما إذا أعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير لا يتوقف كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لأنه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك إذا أعتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيئاً ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لأنه ليس لأحدهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخي وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على أنها علقت قبل أن يشتريها فاما إذا كان العلق بعد الشراء فحكم المسألة يتغير لان المضارب يغرم العقر مائة فإذا استوفى هارب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقض رأس المال وصار تسعمائة فيتعين للمضارب ملك فيهما جميعاً فنفذت دعوته ويثبت النسب وإذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الام سبعمائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرم خمسين درهماً وهو تمام ما بقي من الام فظهر ان الولد ربح بينهما فيعتق نصف الولد من المضاربة ويسعى في النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب هو الصحيح وذكر محمد في الأصل مسألة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما إذا اشترى جارية بألف درهم تساوى ألفاً فولدت ولداً يساوى ألفاً فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويغرم العقر فان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لأنه ملك بعضه لظهور الربح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربه عليه ولا ضمان عليه لأنه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال

والجارية على حالها لم تصر أم ولد  
للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الربح في  
الجارية حتى يصل إلى رب المال  
شئ من المال فلا يملك شيئاً منها ولا صحة للاستيلاء بدون الملك ولو لم تزد قيمة  
الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت  
ألفين فان الجارية أم ولد له لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع  
قيمتها لرب المال وان لم يكن  
له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن  
يكون بفعله أو من طريق الحكم  
ولا يثبت نسب الولد من المضارب لأنه لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ رب المال  
شيئاً من رأس ماله ولو زادت قيمتهما  
جميعاً فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم  
ولد له لأنه ملك بعض كل واحد  
منهما لأنه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال  
تمام قيمة الجارية ألفي درهم  
وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الربح ألفاً ومائة  
وللمضارب أن يستوفى من ربح الولد  
مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقي من الولد مقدار تسعمائة ربح  
بينهما لان لكل واحد منهما  
أربعمائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال  
عيسى هذا الجواب خطأ  
والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقي  
الولد ربها بينهما يسعى في  
نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدوري رحمه الله  
هذا الذي ذكره عيسى  
هو جواب محمد في المسألة التي قدمناها إذا لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس  
ما قال محمد في المسألة الزيادة تجب أن  
يقول إذا لم تزد قيمتها ينبغي أن يغرم المضارب ألفاً ومائة ثم يستوفى المضارب من  
الولد مائة وبقي تسعمائة بينهما فمن  
أصحابنا من قال القياس ما أجاب به في المسألة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان  
المضارب لا يغرم بعد ما غرم تمام  
رأس ماله الا نصف ما بقي من الام لان نصف ما بقي من الام ربح بينهما فلا يجوز أن  
يغرم الكل والذي أجاب به في

مسألة الزيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية كثير العتق والعتق والرق إذا  
اجتمعا غلبت الحرية

الرق ومن أصحابنا من قال إنما افترت المسئلتان لو صنفهما لان سبب العتق في مسألة  
الزيادة زيادة قيمة الولد وفي  
المسألة الأخرى سبب العتق قبض رب المال العقر فلما شارك رب المال المضارب في  
سبب عتقه أن يجتمع ربحه  
في الجارية (وأما) في المسألة الأخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب  
المال إلى الجارية لان  
المضارب قد ملكها وقد قيل أيضا ان في تلك المسألة إنما قصد تكثير العتق وفي  
المسألة الأخرى إذا لم تزد القيمة  
لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار  
تكثير العتق وقد قالوا في  
المضارب إذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه رب المال ثبت  
النسب وعتق الولد وصارت  
الجارية أم ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوته صادفت ملكه فثبت  
النسب واستندت الدعوة إلى  
وقت العلق ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا تجب عليه القيمة  
ولا العقر لأنه وطئ ملك نفسه  
وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما  
الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله  
يزوج الأمة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسألة في موضع آخر وروى ابن رستم عن  
محمد انه ليس له أن يزوج أمة  
من المضاربة لأنه لا يملك أن يشتري شيئا من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد  
على جارية المضاربة لنفسه فان  
تزوج باذن رب المال فهو جائز إذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة  
أما الجواز فلانه إذا لم يكن في المال  
ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وإنما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد  
المأذون (وأما) خروج الأمة عن  
المضاربة فلان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة  
تقتضي العرض على البيع  
وابرازها للمشتري وكان اتفاقهما في التزويج اخراجا إياها عن المضاربة ويحسب  
مقدار قيمتها من رأس المال لأنه لما  
أخرجها من المضاربة صار كأنه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن  
زياد عن أبي حنيفة ان المضارب ن  
لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص

بالتجارة والتزويج ليس من  
التجارة وذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن يكون هذا قولهم لان عند أبي يوسف  
إن كان يملك تزويج الأمة  
لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة على أن ينفق  
من المال لم يجز على رب المال وإن كان  
قال له رب المال حين دفع إليه اعمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع  
نفسه ومنافع نفس المضارب  
لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كما لو آجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من  
الانفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل  
هو تابع للعمل كالخيط في إجارة الخياط والصبغ في الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل  
برأيك لما ذكرنا ان ذلك يفيد  
تفويض الرأي إليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد على منافع نفسه  
ومنافع نفس المضارب لا يجوز  
أن يستحق بدلها رب المال ولو أخذ أرضا مزارعة على أن يزرعها فما خرج من ذلك  
كان نصفين فاشترى طعاما  
ببعض الزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له  
اعمل برأيك لم يجز لأنه يوجب حقا  
لرب الأرض في مال رب المال فيصير كأنه شاركه بمال المضاربة وانه لا يملك  
الاشراك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل  
برأيك فإذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الأرض والبذر والبقر إذا كان من  
قبل رب الأرض والعمل  
على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه  
عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع  
نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك إذا شرط البقر على المضارب لأن العقد وقع على  
منفعته وإنما البقر آلة العمل  
والآلة تبع ما لم يقع عليها العقد ولو دفع المضارب أيضا بغير بذر مزارعة جازت سواء  
قال اعمل برأيك أو لم يقل لأنه  
لم يوجب شركة في مال رب المال إنما آجر أرضه والإجارة داخلية تحت عقد  
المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما)  
القسم الذي للمضارب أن يعمله إذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة  
والشركة والخلط فله أن يدفع مال  
المضاربة مضاربة إلى غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان وأن يخلط  
مال المضاربة بمال نفسه إذا قال

له رب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيئاً من ذلك إذا لم يقل له ذلك أما  
المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة

والشئ لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما) الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لأنها أعم من المضاربة والشئ لا يستتبع مثله فما فوقه أولى (وأما) الخلط فلأنه يوجب في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز الا باذنه وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب مال المضاربة مضاربة إلى غيره فنقول لا يخلو من وجوه اما إن كانت المضاربتان صحيحتين واما إن كانتا فاسدتين واما إن كانت إحداهما صحيحة والأخرى فاسدة فإن كانتا صحيحتين فان المال لا يكون مضمونا على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل يهلك أمانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضمونا بنفس الدفع عمل الثاني أولم يعمل وإذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضا (وجهه) قول زفر ان رب المال إذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضاربة إلى غيره فإذا دفع صار بالدفع مخالفا فصار ضامنا كالمودع إذا أودع (ولنا) ان مجرد الدفع ايداع منه وهو يملك ايداع مال المضاربة فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويربح فإذا عمل به وربح كان ضامنا حين ربح وان عمل في المال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن أبي يوسف أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فإذا عمل ضمن ربح الثاني أولم يربح وهكذا روى ابن سماعة والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجهه) قولهما انه لما عمل فقد تصرف في المال بغير اذن المالك فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يربح ولأبي حنيفة لا سبيل إلى التضمن بالدفع لأنه ايداع وابطضاع ولا بالعمل لأنه ما لم يربح فهو في حكم المبضع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لأنه مجرد قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال ثبات المضارب الأول فصار الأول مخالفا فيضمن كما لو خلط مال المضاربة بغيره أو شارك به وإذا وجب



الضمان بالعمل والربح أو بنفس العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار ان شاء ضمن الأول وان شاء ضمن الثاني أما على أصل أبي يوسف ومحمد في المودع إذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان الأول تعدى بالدفع والثاني تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع إذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسألة الوديعة فيحتاج إلى الفرق لأن الضمان عنده على المودع الأول لا على الثاني وفي مسألة المضاربة أثبت له خيار تضمين الثاني لان المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملاً لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة الأول لحفظ الوديعة فلم يضمن فان ضمن المضارب الأول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الأول والثاني والربح على ما شرطاً لأنه لما تقرر الضمان على الأول فقد ملك المضمون وصار كأنه دفع مال نفسه مضاربة إلى الثاني فكان الربح على ما شرطاً لان الشرط قد صح وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول وصار حاصل الضمان على الأول لان الأول غره بالعقد فصار مغروراً من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كمودع الغاصب وهو ضمان كفالة في الحقيقة لان الأول التزام له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما إذا غصب رجل شيئاً فرهنه فهلك في يد المرتهن فاختار المالك تضمين المرتهن انه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن (ووجه) الفرق ان قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين ان قبضه لم يصح فتبين ان الرهن لم يصح إذا لا صحة له بدون القبض فاما في المضاربة فيضمن الثاني ابطال القبض بعد وجوده لان المضاربة عقد جائز فكان لبقائه حكم الابتداء كأنه ابتداء العقد بعد أداء الضمان فكان التضمين ابطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل المضاربة ألا ترى ان المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وان بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سماعة عن محمد انه يطيب الربح للأسفل ولا يطيب للأعلى على

قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لان استحقاق الأسفل بعمله ولا خطر في عمله  
فيطيب له الربح فاما الا على

فإنما يستحق الربح برأس المال والملك في رأس المال إنما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وإن كانت  
افاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الأول أجير في مال المضاربة والثاني أجير الأول فصار كمن استأجر رجلا يعمل في ماله فاستأجر الأجير رجلا وإن كانت إحداهما صحيحة والأخرى فاسدة فإن كانت الأولى صحيحة والأخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثاني في المال لان المضارب الثاني أجير الأول والأجير لا يستحق شيئاً من الربح فلم يثبت له شركة في رأس المال فلا يجب الضمان على الأول ولا على الثاني لأنه لا ضمان على الأجير وله أجير مثل عمله على المضارب الأول وللمضارب الأول ما شرط له من الربح لوقوع المضاربة صحيحة وإن كانت الأولى فاسدة والثاني صحيحة فكذلك لان الأول أجير في مال المضاربة فلا حق له في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان إذا الضمان إنما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لأنه ربح حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الأول أجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثاني على الأول مثل ما شرط له من الربح لأنه عمل مضاربة صحيحة وقد سمي له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا إذا لم يقل له رب المال اعمل برأيك فاما إذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة إلى غيره لأنه قوض الرأي إليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم إذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فنقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلوا ما إن كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضيفه إلى المضارب بان قال على أن ما رزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان أو قال ما أطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه إلى المضارب بان قال على أن ما رزقك الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على أن ما ربحت من شئ أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يضيفه إلى المضارب ثم دفع المضارب الأول المال إلى غير مضاربة بالثلث فربح الثاني فثلث جميع الربح للثاني لان شرط الأول للثاني قد صح لأنه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه

الأول فجاز شرطه للثاني فكان  
ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب المال لان الأول لا يملك من نصيب رب المال  
شيئا فانصرف شرطه إلى نصيبه  
لا إلى نصيب رب المال فبقي نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح  
للمضارب الأول لأنه لم يجعله  
لثاني فبقي له بالعقد الأول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه  
عمل بنفس كمن استأجر انسانا على  
خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل  
أجيره وقع له فكأنه عمل بنفسه  
كذا هذا ولو دفع إلى الثاني مضاربة بالنصف فنصف الربح للثاني ونصفه لرب المال ولا  
شيء للمضارب الأول لأنه  
جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني وصح جعله لأنه مالك للنصف والنصف  
لرب المال بالعقد الأول  
وصار كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير من خاطه بدرهم  
ولو دفعه إليه مضاربة بالثلثين  
فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الأول بمثل سدس  
الربح الذي شرطه له لان  
شرط الزيادة ان لم ينفذ في حق رب المال لما لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح  
فقد صح فيما بين الأول والثاني لان  
الأول غر الثاني بتسمية الزيادة والغرور في العقود من أسباب وجوب الضمان وهو في  
الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان  
الأول صار ملتزما سلامة هذا القدر للثاني ولم يسلم له فيغرم للثاني مثل سدس الربح  
ولا يصير بذلك مخالفا لان شرطه لم  
ينفذ في حق رب المال فالتحق بالعدم في حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلا  
لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر  
الأجير من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة الأجرة كذا هذا ولو أضافه إلى  
المضارب فدفعه الأول مضاربة إلى  
غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم له وما شرط  
للمضارب الأول من الربح يكون  
بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الأول (ووجه) الفرق ان هنا شرط رب  
المال لنفسه نصف ما رزق الله  
تعالى للمضارب أو نصف ما ربح المضارب فإذا دفع إلى الثاني مضاربة بالثلث كان  
الذي رزق الله عز وجل المضارب

الأول الثلثين فكان الثلث للثاني والثلثان بين المضارب الأول نصفين لكل واحد منهما  
الثلث

وإذا دفع مضاربة بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الأول النصف فكان النصف للثاني والنصف بينهما

نصفين وإذا دفعه مضاربة بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثاني والثلث بينهما لكل واحد منهما

السدس في الفصل الأول رب المال إنما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك

ينصرف إلى كل الربح وكذا له أن يخلط مال المضاربة بماله نفسه لأنه فوض الرأي إليه وقد رأى الخلط وإذا ربح

قسم الربح على المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذا له أن يشارك غيره

شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح وإذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع

حصة المضارب من الربح فيستوفى منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذي

ليس للمضارب أو يعمله أصلا ورأسا فشرء مالا يملك بالقبض ومالا يجوز بيعه فيه إذا قبضه (أما) الأول فنحو

شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمدبر لان المضاربة تتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به

الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فمالا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه

لا يحصل فيه الربح أيضا فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيئا من ذلك كان مشتريا لنفسه لا للمضاربة فان دفع فيه

شيئا من مال المضاربة يضمن وان اشترى ثوبا أو عبدا أو عرضا من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء

على المضاربة لأن المبيع هنا مما يملك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسدا والاذن بالشراء المستفاد بعقد

على المضاربة يتناول الصحيح والفاسد (وأما) إذا كان الثمن ميتة أو دما فما اشترى به لا يكون على المضاربة لان الميتة

والدم لا تملك بالقبض أصلا (وأما) الثاني فنحو أن يشتري ذا رحم محرم من رب المال فلا يكون المشتري للمضاربة

بل يكون مشتريا لنفسه لأنه لو وقع شراؤه للمضاربة لعنت على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل

المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى ذا رحم محرم من نفسه فإن لم

يكن في المال ربح فالشراء على المضاربة لأنه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وإن كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة لأنه إذا كان في المضاربة ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه؟ ولا على بيع الباقي لأنه معتق البعض ومالا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة لما قلنا (وأما المضاربة المفيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة في جميع ما وصفنا لا تفارقها إلا في قدر القيد والأصل فيه ان القيد إن كان مفيدا يثبت لان الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن وإذا كان القيد مفيدا كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقا فيما وراءه على الأصل المعهود في المطلق إذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقا فيما وراءه كالعام إذا خص منه بعضه انه يبقى عاما فيما وراءه وان لم يكن مفيدا لا يثبت بل يبقى مطلقا لان مالا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم إذا عرفنا هذا فنقول إذا دفع رجل إلى رجل مالا مضاربة على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير الكوفة لان قوله على أن من ألفاظ الشرط وانه شرط مفيد لان الأماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذا في السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدما وإنما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراء ما تناوله العقد على أصل العدم وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة لأنه إذا لم يملك الاخراج بنفسه فلان لا يملك الامر بذلك أولى وان أخرجها من الكوفة فان اشترى بها وباع ضمن لأنه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفا فيضمن وكان المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وان لم يشتر بها شيئا حتى ردها إلى الكوفة برئ من الضمان ورجع المال مضاربة على حاله لأنه عاد إلى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ولو لم يرده حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لأنه لما لم يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رد رجوع على المضاربة لأنه تقرر

الخلافا في القدر المشتري وزال عن القدر المردود ولو دفع إليه على أن يعمل في  
سوق الكوفة فعمل في الكوفة في غير



سوقها فهو جائز على المضاربة استحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به في سوق الكوفة أو لا تعمل به الا في سوق الكوفة فعلم في غير سوق الكوفة يضمن لان قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة حجر له فلا يجوز تصرف بعد الحجر وفي الفصل الأول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكوع عمله في السوق والشرط غير مفيد فلغا ولو قال له خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم يجزله العلم في غيرها لان في كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي أذن له فيه فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك إذا قال له فاعمل به في الكوفة لما قلنا ولان الفاء من حروف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وإنما يتعلق إذا لم يجز التصرف في غيرها وكذلك إذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباء حرف الصاق فتقتضي التصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها ولو قال خذ هذا المال مضاربة واعمل به في الكوفة فله أن يعمله بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضاربة اذن له في التصرف مطلقا وقوله واعمل به في الكوفة اذن له بالعمل في الكوفة فكان له أن يعمل في أي موضع شاء كمن قال لغيره أعتق عبدا من عبيدي ثم قال له أعتق عبدي سالما ان له أن يعتق أي عبد شاء ولا يتقيد التوكيل باعتاق سالم كذا هذا إذا لمضاربة توكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال مضاربة إلى سنة جازت المضاربة عندنا وقال الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة (وجه) قوله أنه إذا وقت للمضاربة وقتا فيحتمل انه لا يجوز كونها في الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضاربة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضاربة وقياس قولهم في الوكالة انها لا تختص بالوقت لأنهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لأنهم قالوا في التوكيل إذا قيل له بعد اليوم ولا

تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له أن يبيعه  
غدا وكذا إذا قيل له على أن تبيعه اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال مضاربة  
بالنصف على أن تشتري به الطعام أو قال  
فاشتر به الطعام أو قال تشتري به الطعام أو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف في  
الطعام فذلك كله سواء وليس له أن  
يشترى سوى الطعام بالاجماع لما ذكرنا على أن ان للشرط والأصل في الشرط  
المذكور في الكلام اعتباره والفاء لتعليق  
ما قبلها بما بعدها وقوله يشتري به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله في الطعام  
ففي كلمة ظرف فإذا دخلت على  
مالا يصلح ظرفا تصير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضى التقييد بالشرط المذكور وانه  
شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة  
يكون أقرب إلى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون في ذلك فقد يهتدى الانسان  
إلى بعض التجارة دون بعض  
فكان الشرط مفيدا فيتقيد به ولا يملك أن يشتري غير الطعام والطعام هو الحنطة  
ودقيقها إذ لا يراد به كل ما يتطعم بل  
البعض دون البعض والامر يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام في عرفهم لا  
ينطلق الاعلى الحنطة ودقيقها  
وكذلك لو ذكر جنسا آخر بان قال له خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري  
به الدقيق أو  
الخبز أو البر أو غير ذلك  
ليس له أن يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك الجنس في  
المصر وغيره وان يبضع فيه وان  
يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب في المضاربة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق إذا  
قيد ببعض الأشياء يبقى على  
اطلاقه فإنا وراءه وقال ابن سماعة سمعت محمدا قال في رجل دفع إلى رجل مالا  
مضاربة فقال له ان اشتريت به الحنطة  
فلك من الربح النصف ولي النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولي الثلثان فقال  
هذا جائز وله أن يشتري أي  
ذلك شاء على ما سمي له رب المال لأنه خيره بين عمليين مختلفين فيجوز كما لو خير  
الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية  
ولو دفع إليه على أنه ان عمل في المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز  
والربح بينهما على ما شرطا ان عمل في المصر  
فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى في المصر وباع في السفر أو اشترى في

السفر وبيع في المصر فقد روى  
عن محمد أنه قال المضاربة في هذا على الشراء فان اشترى في المصر فما ربح في  
ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر سواء

باعه في المصر أو في غيره لان المضارب إنما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل  
بالشراء فإذا اشترى في المصر تعين أحد  
العملين فلا يتغير بالسفر وان عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر فربح كل  
واحد من المالين على ما شرط  
ولو قال له على أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له  
أن يشتري ويبيع من غيره وقال  
الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة لان في تعيين الشخص تضيق طريق الوصول إلى  
المقصود من التصرف وهو  
الربح وتغيير مقتضى العقد لان مقتضى القعد التصرف مع من شاء (ولنا) ان هذا شرط  
مفيد لاختلاف الناس في الثقة  
والأمانة لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل في البيع وقد يكون أو  
ثق على المال فكان التقييد  
مفيدا كالتقييد بنوع دون نوع وقوله التعيين بغير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو  
مباشرة العقد مفيدا من  
الابتداء وانه قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع  
فاشترى وباع من رجال  
بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لان هذا الشرط لا يفيد الا ترك السفر كأنه قال على أن  
يشترى من غير الصيارفة ما بداله  
من الصرف لان التقييد بالصيارفة لا يفيد الا تخصيص البلد أو النوع فإذا حصل ذلك  
من صير في أو غيره فهو سواء ولو  
دفع إليه مالا مضاربة ثم قال له بعد ذلك اشتر به البز وبع فله أن يشتري البز وغيره لأنه  
أذن بالشراء مطلقا ثم أمره بشراء  
البز فكان له أن يشتري ما شاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضاربة واعمل به الكوفة الا  
ان هناك القيد مقارنة  
وههنا متراخي وقد ذكرناه وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على أنه نهاه بعد  
الشراء والحكم في التقييد  
الطارئ على مطلق العقد انه إن كان ذلك قبل الشراء يعمل وإن كان بعد ما اشترى به  
لا يعمل إلى أن يبيعه بمال عين  
فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري الا ما قال ولو دفع إليه مالا مضاربة  
على أن يبيع ويشترى بالنقد  
فليس له أن يشتري ويبيع الا بالنقد لان هذا التقييد مفيد فيتقيد بالمذكور ولو قال له بع  
بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع  
بالنقد جاز لان النقد انفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيدا فلا يثبت القيد وصار

كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع  
بأكثر منها جاز كذا هذا (وأما) الذي يرجع إلى عمل رب المال مما له أن يعمله وما  
ليس له أن يعمله فقد قال أصحابنا  
إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز بيعه وإذا باع بأقل من قيمته  
لم يجز إلا أن يجيزه المضارب سواء  
باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لأن جواز بيع رب  
المال من طريق الإعانة  
للمضارب وليس من الإعانة ادخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو أكثر  
وعلى هذا لو كان المضارب  
اثنين فباع أحدهما باذن رب المال لم يجز أن يبيعه إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن  
يجيزه المضارب الآخر لأن أحد  
المضاربيين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف  
بنفسه إذا كان فيه غبن فلا يملك  
الامر به وإذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل أو لا فضل فيه فأراد رب  
المال بيع ذلك فأبى المضارب  
وأراد امساكه حتى يجد ربحا فان المضارب يجبر على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى  
رب المال لأن منع المالك عن تنفيذ  
ارادته في ملكه لحق يحتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل إليه ولكن يقال له ان  
أردت الامساك فرد عليه ماله  
وإن كان فيه ربح يقال له ادفع إليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع إليك  
ولو أخذ رجل مالا ليعمل الأجل  
ابنه مضاربة فإن كان الابن صغيرا لا يعقل البيع فالمضاربة للأب ولا شيء للابن من  
الربح لأن الربح في باب  
المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فإن كان الابن يقدر على  
العمل فالمضاربة للابن والربح  
له ان عمل فان عمل الأب بأمر الابن فهو متطوع وان عمل بغير أمره صار بمنزلة  
الغاصب لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير  
اذنه فصار كالأجنبي وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارية فليس لرب المال أن  
يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن  
أما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه لأن للمضارب فيه ملكا ولا يجوز وطئ الجارية  
المشتركة وان لم يكن فيها ربح  
فللمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولو  
مات كان للمضارب أن يبيعه



( ) ( )

فصارت كالجارية المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وان لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجه) قول زفر ان هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله إذ المالان جميعا لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كالأجنبي لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب دارا ورب المال شفيعها بدار أخرى بجنبها فله أن يأخذ بالشفعة لان المشتري وإن كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من المضارب ولو باع المضارب دار أمن المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن اما إذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل يبيع الدار إذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وإن كان فيها ربح فاما حصة رب المال فكذلك هو وكيل يبيعها وأما حصة المضارب فلانا لو أو جينا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري ولان الربح تابع لرأس المال فإذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة فإن كان في يده من مال المضاربة وفاء بثلث الدار لم تجب الشفعة لأنه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن في يده وفاء فإن لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لأنه أخذها لرب المال وإن كان فيه ربح فللمضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيبا في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو أن أجنبيا اشترى دارا إلى جانب دار المضاربة فإن كان في يد المضارب وفاء بالثلث فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضاربة وملك التصرف في المضاربة للمضارب فإذا سلم جاز بتسليمه على

نفسه وعلى رب المال وان لم يكن  
في يده وفاء فإن كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم  
أحدهما فلآخر أن يأخذها جميعا  
لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة  
لرب المال خاصة لأنه لا نصيب  
للمضارب فيه قال أبو يوسف إذا استأجر الرجل أجيرا كل شهر بعشرة دراهم ليشتري  
له ويبيع ثم دفع المستأجر  
إلى الأجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شيء للأجير سوى  
الأجرة وقال محمد المضاربة  
جائزة ولا شيء للأجير في الوقت الذي يكون مشغولا بعمل المضاربة (وجه) قول  
محمد انه لما دفع إليه المضاربة  
فقد اتفقا على ترك الإجارة ونقضها فما دام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولان الإجارة  
شركة لهذا لا تقبل التوقيت ولو  
شاركه بعدما استأجره جازت الشركة فكذا المضاربة ولا بي يوسف انه لما استأجره  
فقد ملك عمله فإذا دفع إليه  
مضاربة فقد شرط للمضارب ربها بعمله قد ملكه رب المال وهذا لا يجوز ولان  
المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز  
أن يستوجب الربح والاجر ولا يجوز أن ينقض الإجارة بالمضاربة لان الإجارة أقوى  
من المضاربة لأنها لازمة  
والمضاربة ليست بلازمة والشئ لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن  
المضاربة شركة فالجواب ان الشريك  
يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قد ملك العمل فلا يجوز أن  
يستحق المضارب الربح ولان الشريك  
يعمل لنفسه فكأنه امتنع من عمل الإجارة فيسقط عنه الأجرة بحصته والمضارب يعمل  
لرب المال فبقي عمله على  
الإجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبدا قيمته ألف فقتل عمدا  
فلرب المال القصاص لان  
العبد ملكه على الخصوص لاحق للمضارب فيه وإن كانت قيمته ألفين لم يكن فيه  
قصاص وان اجتمعا لان ملك كل  
واحد منهما لم يتعين أما رب المال؟ فلان رأس المال ليس هو العبد وإنما هو الدراهم  
ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد  
كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع إليه من الثمن وإذا لم يتعين ملك  
رب المال لم يتعين ملك المضارب



قبل استيفاء رأس المال وإذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجب القصاص لو أحد منهما  
وان اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

(١٠١)

من القاتل في ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط في القتل العمد لمانع مع وجود السبب فتجب الدية في ماله ويكون المأخوذ على المضاربة يشترى به المضارب ويبيع لأنه بدل مال المضاربة فيكون على المضاربة كالثمن وذكر محمد في النوادر إذا كان في يد المضارب عبد ان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدین عمدا لم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله ويكون في المضاربة لما قلنا والأصل ان في موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربة وفي كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضاربة لان القصاص إذا استوفى فقد هلك مال المضاربة وهلاك مال المضاربة يوجب بطلان المضاربة والقيمة بدل مال المضاربة فكانت على المضاربة كالثمن وقال محمد وإذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبدا يساوى ألفا فقتله رجل عمدا فلا قصاص فيه لا لرب المال ولا للمضارب ولا لهما إذ اجتمعا أما رب المال فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لرأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بماله ولهذا لو عفا المريض عن القصاص كان من جميع المال وإذا لم يصربه مستوفيا رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال وإذا استوفى تبين أن العبد كان ربحا فتبين أنه انفرد باستيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما الاجتماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا في القتل العمد إذا ادعى على عبد المضاربة انه هل يشترط حضور الولي لسماح البينة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله إن العبد في باب القصاص مبقى على أصل الحرية بدليل أنه لو أقر به يجوز اقراره وان كذبه الولي فلا يقف سماح البينة عليه على حضور المولى كالحر (ولهما) ان هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة على جنائية الخطأ وقد قالوا جميعا لو أقر العبد بقتل عمدا فكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما

لا يملكه المولى من عبده  
وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق فإن كان الدم بين شريكين وقد أقربه العبد فعفا  
أحدهما فلا شيء للآخر لان  
موجب الجناية انقلب مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال فصار كان أقر بجنائية  
الخطأ فإن كان رب المال صدقه  
في اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أو افده وإن كان  
المضارب صدقه وكذبه رب المال  
قيل للمضارب ادفع نصيبك أو افده و صار كأحد الشريكين إذا أقر في العبد بجنائية  
وكذبه الاخر (وأما) وجوب  
القصاص على عبد المضاربة وان لم يجب بقتله القصاص لأن عدم الوجوب بقتله لكون  
مستحق الدم غير متعين فإذا  
كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولي القاتل وانه متعين وتجاوز المراجعة بين رب  
المال والمضارب وهو ان يشتري  
رب المال من مضاربه فيبيعه مراجعة أو يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مراجعة  
لكن يبيعه على أقل الثمنين الا  
إذا بين الامر علن وجهه فيبيعه كيف شاء وإنما كان كذلك لأن جواز شراء رب المال  
من المضارب والمضارب من  
رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشترى مال نفسه بمال  
نفسه والمضارب يبيع مال رب  
المال من رب المال إذ المالك ماله والقياس يأبى ذلك الا انا استحسنا الجواز لتعلق  
حق المضارب بالمال وهو ملك  
التصرف فجعل ذلك يباع في حقهما لا في حق غيرهما بل جعل في حق غيرهما  
ملحقا بالعدم ولان المراجعة يبيع يجريه البائع  
من غير بينة واستخلاف فتجب صيانتها عن الجناية وعن شبه الجناية ما أمكن وقد  
تمكنت التهمة في البيع بينهما  
الجواز ان رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضى به المضارب لان الجود  
بمال الغير أمر سهل فكان تهمة  
الجنائية ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مراجعة الاعلى أقل الثمنين  
بيان ذلك في مسائل إذا دفع إلى  
رجل ألف درهم مضاربة فاشترى رب المال عبدا لخمسائة فباعه من المضارب بألف  
فان المضارب يبيعه مراجعة على  
خمسائة لأنها أقل الثمنين الا إذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو  
التهمة وقد زالت ولو اشترى

المضارب عبدا بألف من المضاربة فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال  
مرابحة بألف ومائة إن كانت

(١٠٢)

المضاربة بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب لأنه لاحق فيه لرب المال فصار كان رب المال اشترى ذلك من أجنبي وتمكنت الشبهة في حصة رب المال لأنه ماله بعينه فكأنه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح الا إذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى ألفا وخمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فان المضارب يبيعه مرابحة بألف ومائتين وخمسين الا إذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سماعه في نوادره عن محمد سمعت أبا يوسف يقول في مسألة المضاربة وهو آخر ما قال إذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال الف في يد المضارب فان المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال بمائة يبيعه أبدا على أقل الثمنين لأنه لا تهمة في الأقل وإنما التهمة في الزيادة فيثبت مالا تهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين لان المائة الزيادة على الألف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح إلى القدر الذي اشترى رب المال به ويسقط خمسمائة لأنها نصيب رب المال ويسقط خمسون لأنها حق رب المال من الربح فيبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين ولو اشتراه المضارب بستمائة باعه مرابحة بخمسمائة لأنه لا فضل في ثمنه عن رأس المال فيسقط كل الربح ويبيع على أقل الثمنين والأصل أن المضارب لا يحتسب شيئا من حصة نفسه حتى يكون ما نقد أكثر من الف فيجب من حصته نصف ما زاد على الألف لأنه إذا لم يزد على الف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله في المال ربح لم يتعين له في المشتري حق لكونه مشغولا برأس المال فلا يظهر له الربح كأنه اشترى ولاربح في يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل فمتى كان شراء المضارب بأقل الثمنين فإن كان للمضارب حصة ضمها إلى أقل الثمنين وإذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على

أقل الثمنين ويضم إليه  
حصّة المضارب ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين فان  
المضارب يبيعه بألف خمسمائة رأس  
المال وخمسمائة حصّة المضارب من الألفين لان نصيب رب المال من الثمن الف  
وخمسمائة فتسقط الزيادة فيها على رأس  
المال وهو الف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة  
ورب المال فيها كالا جنبي فيبيعه  
مرابحة على ألف ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه  
رب المال بألف وخمسمائة لان  
الألف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالأجنبي  
وخمسمائة نصيب رب المال فيجب  
اسقاطها قال ابن سماعه وروى عن أبي يوسف أنه قال وهو قوله الآخران رب المال إذا  
اشترى عبدا بعشر آلاف  
ثم باعه من المضارب بمائة باعه المضارب مرابحة على مائة وكذلك لو اشترى  
المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب  
المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة لان البيع على أقل الثمنين لا تهمه فيه  
ولأنه اشتراه بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزيد  
على الثمن الذي اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الحط على قول أبي يوسف  
فالجواب انه إنما لا يجوز له حطه  
عند أبي يوسف ومحمد لحق رب المال فإذا باعه من رب المال وحط فقد رضى رب  
المال بذلك فجاز (وأما) على قول  
أبي يوسف الأول الذي أشار إليه ابن سماعه فهو ان الحط لا يجوز لأنه قال إذا كان  
رأس المال ألفا فربح فيه ألفا ثم  
اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسمائة فان رب المال يبيعها  
مراوحة على الف وسبعمائة وخمسين  
لان المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة  
وهو يملك الحط في حق نصيبه ولا  
يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب  
المال فلذلك باع مرابحة على ألف  
وسبعمائة وخمسين فينبغي على هذا القول إذا باع مرابحة أن يقول قام على بكذا ولا  
يقول اشتريته بكذا لان  
الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف إلى ما وقع العقد به والصحيح وقوله  
الأخير لما ذكرنا أن عدم جواز الحط

في مال المضاربة لحق رب المال فإذا اشترى هو فقد رضى بذلك فكأنه أذن للمضارب  
أن يبيعه بنقصان لا جنبي

(١٠٣)

وذكر محمد في كتاب المضاربة لو اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب  
بألفين الف رأس المال والف ربح  
فان المضارب يبيعه مرابحة على الف وخمسائة يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع  
على رأس المال ورباح المضارب  
لما بينا ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسائة والعبد يساوى الفين فباعه من  
المضارب بألفين فان المضارب يبيعه  
مرابحة على الف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما  
سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت  
حكمه على ما بينا فيما تقدم الا أن يبين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع  
من البيع بجميع الثمن التهمة فإذا بين  
فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بألف وقيمته الف فباعه من  
المضارب بألفين الف مضاربة والف  
ربح فان المضارب يبيعه مرابحة على الألف لأنه لما اشترى ما قيمته الف ذهب ربحه  
فلم يبق له في المال حصة وصار  
كأنه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة  
والمسألة بحالها فان المضارب يبيعه مرابحة  
على خمسمائة لأنه لم يبق للمضارب حصة فصار اشراء مال رب المال بعضه ببعض  
فيبيعه على رأس المال الأول  
ولو كان رب المال اشتراه بألفين وقيمته الف فباعه من المضارب بألفين فان المضارب  
يبيعه بألف ولا يبيعه على أكثر من  
ذلك لان قيمته الف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولان رب المال لما باعه بألفين  
ما يساوى ألفا وهما متهمان  
في حق الغير في العقد فصار كأنه أخذ ألفا لا على طريق البيع وباعه العبد بألف فلا  
يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد  
يساوى ألفا وخمسمائة والمسألة بحالها وقد اشتراه بألف وأراد المضارب ان يبيعه  
مرابحة باعه مرابحة على الف ومائتين  
وخمسين لان في العبد ربحا للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه  
كالأجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة  
المضارب من الربح وذكر محمد في الأصل إذا اشترى المضارب عبدا بألف درهم  
مضاربة فباعه من رب المال بألفين  
ثم إن رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشتراه المضارب من  
الأجنبي بألفي درهم فأراد أن يبيعه  
مرابحة لم يجزله ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان يبين الامر على وجهه وفي



قول أبي يوسف ومحمد يبيعه  
مرابحة على الفين وهذه فريضة مسألة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما إذا اشترى شيئاً  
فربح فيه ثم ملكه بشراء  
آخر فأراد أن يبيعه مرابحة فإن عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من القعود  
وفي مسألتنا قد ربح فيه رب المال  
الفي درهم لان المضارب لما اشتراه بألف وباعه من رب المال بألفين فنصف ذلك  
الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما  
باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه ألفاً وخمسمائة لأنه قام عليه بألف وخمسمائة  
مقدار رأس المال ونصيب  
المضارب من الربح إذا ضم إلى ذلك فقد ربح الفين فإذا اشتراه المضارب بألفين وجب  
ان يطرح الألفين من رأس المال  
فلا يبقى شئ ولهذا لم يجز البيع مرابحة الا بعد ان يبين وأما على قولهما فإنما يعتبر  
العقد الأخير خاصة فالربح في العقد  
الأول لا يحط عن الثاني فيبيعه مرابحة على جميع الألفين ولو اشترى المضارب عبداً  
بألف فباعه من رب المال  
بألف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بألف وستمائة ثم إن المضارب اشتراه  
من الأجنبي بألفي درهم فأراد أن يبيعه  
مرابحة باعه على الف وأربعمائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قد ربح فيه ستمائة  
الا ترى ان المضارب لما  
اشتراه بألف باعه من رب المال بألف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان  
وخمسون وكان رب المال اشترى  
بألف ومائتين وخمسين رأس المال وحصه المضارب فلما باعه بألف وستمائة فقد ربح  
ثلاثمائة وخمسين وقد كان ربح  
مائتين وخمسين بربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى الف  
وأربعمائة ولو اشترى المضارب  
عبداً بألف فولاه رب المال ثم إن رب المال باعه من أجنبي بألف وخمسمائة ثم إن  
المضارب اشتراه من الأجنبي  
مرابحة بألفين ثم إن رب المال لما حط من الأجنبي ثلاثمائة فإن الأجنبي يحط من  
المضارب أربعمائة لان رب المال  
لما حط من الأجنبي ثلاثمائة استند ذلك الحط إلى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن  
في طرح من رأس المال وتطرح  
حصته من الربح وقد كان الأجنبي ربح مثل ثلث الثمن في طرح مع الثلاثمائة ثلثها فيصير  
لحط عن المضارب أربعمائة

فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة باعه على الف ومائتين لان رب المال ربح  
أربعمائة ألا ترى أنه لو باعه من

(١٠٤)

الأجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلاثمائة وهذا لحط من رأس المال والربح جميعا مائتين من رأس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة يبقى الربح أربعمائة فلما اشتراه المضارب بألفين ثم حط عنه أربعمائة صار شراؤه بألف وستمائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربعمائة فيبيعه على ما بقي وتجاوز المربحة بين المضاربين كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في أصل إذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ودفع إلى رجل آخر ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبدا بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بألف فأراد الثاني أن يبيعه مربحة بacre على خمسمائة وهو أقل الثمنين لان مال المضاربين لرجل واحد فصار بيع أحدهما من الآخر في حق الأجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مربحة على أقل الثمنين ولو باعه الأول من الثاني بألفين الف من المضاربة والف من مال نفسه فان الثاني يبيعه مربحة على الف ومائتين وخمسين لان الثاني اشترى نصفه لنفسه وقد كان الأول اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مربحة على الف لأنه لا نصيب لو أحد منهما في شراء صاحبه فصارا كالأجنيين فاما النصف الذي اشترى الثاني بألف المضاربة فقد كان الأول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الأول اشتراه بألف المضاربة فباعه من الثاني بألفين للمضاربة الف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مربحة بألف وخمسمائة لأنه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح وأقل الثمنين الف وحصه المضارب خمسمائة ولو كان الأول اشتراه بخمسمائة والمسألة بحالها باعه الثاني على الف لان أقل الثمنين خمسمائة وحصه المضارب خمسمائة فيبيعه مربحة على أقل الثمنين وحصه من الربح والربح في المضاربة بينهما على الشرط والوضيعة على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لان المال أمانة في يده (وأما) الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في ماله المضاربة شيئا أحدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيما فيه النفقة

وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما  
تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم  
والعاقل لا يسافر بمال غيره  
لفائدة تحمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تجعل نفقته من مال  
المضاربة لامتنع الناس من قبول  
المضاربات مع مساس الحاجة إليها فكان اقدمهما على هذا العقد والحال ما وصفنا  
اذنا من رب المال للمضارب بالانفاق  
من مال المضاربة كان مأذونا في الاتفاق دلالة فصار كما لو أذن له به نصا ولأنه يسافر  
لا جل المال لا على سبيل التبرع  
ولا يبدل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبضع لا يسافر بمال الغير  
على وجه التبرع وبخلاف  
الأجير لأنه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا  
وروى ابن سماعة عن محمد في  
الشريك إذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فخرج  
المضارب بالمال من  
المصر الذي أخذ المال منه مضاربة سواء كان المصر مصره أو لم يكن فما دام يعمل به  
في ذلك المصر فان نفقته في مال نفسه  
لا في مال المضاربة وان أنفق شيئا منه ضمن لان دلالة والاذن لا تثبت في المصر وكذا  
اقامته في الحضر لا تكون لأجل  
المال لأنه كان مقيما قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء  
كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من  
ذلك حتى لو خرج من المصر يوما أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة كذا ذكر  
محمد عن نفسه وعن أبي يوسف من  
مكان المضاربة لوجود الخروج من المصر لا نفسه أو  
كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لأنه يصير مقيما بدخوله فيه لا  
لأجل المال وان لم يكن ذلك مصره  
ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه وان نوى الإقامة  
خمسة عشر يوما فصاعدا ما لم  
يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه دار إقامة لأنه إذا لم يتخذ دار إقامة كانت اقامته فيه  
لأجل المال وان اتخذه وطنا كانت  
اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الأصلي فنقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضاربة  
بعد المسافرة بالمال الا  
بالإقامة في مصره أو في مصر يتخذ دار إقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله

للبيع والشراء بينة العود إلى المصر

(١٠٥)

الذي أخذ المال فيه مضاربة فان نفقته من مال المضاربة حتى يدخله فإذا دخله فإن كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له في المال ما دام بالكوفة لما قلنا فإذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خروجه لا جل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لان البصرة وطن أصلى له فكان اقامته فيها لا جل الوطن لا لأجل المال فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لان خروجه من البصرة لأجل المال وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن إقامة وانه يبطل بالسفر فإذا عاد إليها وليس له وطن فكان اقامته فيا لأجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضاربة حرا كان أو عبدا أو أجيورا يخدمه أو يخدم دابته لان نفقتهم كنفقة نفسه لأنه لا يتهيا له السفر الا بهم الا أن يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضاربة ونفقتهم على رب المال خاصة لان إعانة عبد رب المال كإعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضاربة كذا عبيده فأما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب إذا عمل بنفسه في المال انفق عليه منه كذا بعده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضاربة وله أن ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق من مال المضاربة على نفسه ويكون ديناً في المضاربة حتى كان له أن يرجع فيها لان الانفاق من المال وتدييره إليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة كالوصي إذا اتفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما انفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا اله ان يرجع بما أنفق في مال المضاربة لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشئ كذا ذكر محمد في المضاربة لان نفقه المضارب من مال المضاربة فإذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضاربة فالكسوة والطعام

والإدام والشراب وأجر الأجير  
وفراش ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل  
ثيابه ودهن السراج والحطب  
ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة لان المضارب لا بدله منها فكان  
الاذن ثابتا من رب المال دلالة (وأما)  
ثمن الدواء والحجامة والفصد والتنور والادهان وما يرجع إلى التداوي وصلاح البدن  
ففي ماله خاصة لا في مال المضاربة  
وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضاربة  
عنده وذكر في الحجامة والاطلاء  
بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد أنه قال على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال  
المضاربة والصحيح أنه يكون  
في ماله خاصة لان وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الاذن الثابت عادة وهذه  
الأشياء غير معتادة  
هذا إذا قضى القاضي بالنفقة يقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الأشياء (وأما)  
الفاكهة فالمعتاد منها يجرى مجرى  
الطعام والإدام وقال بشرقي نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان  
يأكل لأنه من المأكول المعتاد  
(وأما) قدر النفقة فهو أن يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك  
ضمن الفضل لان الاذن ثابت  
بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضاربة لان سفره  
في الحالين لأجل المال وكذا لو  
سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته ما دام مسافرا في مال  
المضاربة لان عمل التجارة على هذا  
وهو ان يتفق الشراء في وقت ودون وقت ومكان وسواء سافر بمال المضاربة وحده أو  
بماله ومال المضاربة  
ومال المضاربة لرجل أو رجلين فله النفقة غير أنه ان سافر بماله ومال المضاربة أو  
بمالين لرجلين كانت النفقة من  
المالين بالحصص لان السفر لأجل المالين فتكون النفقة فيهما وإن كان أخذ المالين  
مضاربة لرجل والآخر بضاعة  
لرجل آخر فنفقته في مال المضاربة لان سفر لأجله لا لأجل البضاعة لأنه متبرع بالعمل  
بها الا أن يتبرع بعمل  
البضاعة فينفق من مال نفسه لأنه بدل العمل في المضاربة وليس على رب البضاعة شيء  
الا أن يكون أذن له في النفقة

منها لأنه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضاربة بماله  
وقد أذن له في ذلك فالنفقة



بالحصص لان سفر لأجل المالين (وأما) ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أو لا إن كان في المال ربح فإن لم يكن فهي من رأس المال لان النفقة جزء هالك من المال والأصل ان لهلاك ينصرف إلى الربح ولأننا لو جعلناها من رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لازداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال فإذا رجع المضارب إلى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده إلى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لأجل السفر فإذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما بقي إلى المضاربة وروى المعلى عن أبي يوسف إذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبدا بألفين فانفق عليه فهو متطوع في النفقة لأنه لم يبق في يده شيء من رأس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالأجنبي إذا أنفق على عبد غيره الا أن يكون القاضي أمره بذلك فان رفعه إلى القاضي فأمره القاضي بالنفقة عليه فما أنفق فهو عليهما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من القاضي بين المضارب وبين رب المال إذا قضى بالنفقة وإنما صارت النفقة دينا بأمر القاضي لان له ولاية على الغائب في حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستدانة عليه وإنما صار قضاء القاضي بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعيين لان القاضي لما ألزم المضارب النفقة لأجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدوري رحمه الله الاختلاف (وجه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها في رأس ماله في رواية عنه وفي رواية أخرى عنه يقال لرب المال انفق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العقد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الانفاق على ملك غيره فإذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد عين الربح ورأس المال

فيكون قسمة لوجود معنى القسمة  
وعلى هذا الخلاف العبد الأبق من المضاربة إذا جاء به رجل وقيمته ألفان وليس في يده  
من المضاربة غير العبد أن  
الجعل عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان العبد على ملكهما وعد محمد  
الجعل على رب المال يحسب في رأس  
ماله إذ هو زيادة في رأس المال فإذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقي  
يكون بينهما على ما اشترطا من الربح  
قال بشر عن أبي يوسف ان الجعل لا يحتسب به في مال المضاربة ويحتسب به فيما  
بين المضارب ورب المال فإن كان  
هناك ربح فالجعل منه والا فهو وضيعة من رأس المال وإنما لم يلحق الجعل برأس المال  
في باب المرابحة لان الذي يلحق  
رأس المال في المرابحة ما جرت عادة التجار بالحاقه به وما جرت عادتهم بالحاق  
الجعل ولأنه نادر غير معتاد فلا يلحق  
بالعادة ما ليس بمعتاد وإنما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لأنه غرم لزم  
لأجل المال ويجوز أن يحتسب بالشئ  
فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال في المضاربة كنفة المضارب  
على نفسه والثاني ما يستحقه  
المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى إن كان في المضاربة ربح  
وإنما يظهر الربح بالقسمة وشرط  
جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع  
إلى رجل ألف درهم مضاربة  
بالنصف فربح ألفا فاقسما الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال  
فهلكت الألف التي في يد المضارب  
بعد قسمتهما الربح فان القسمة الأولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه  
من رأس ماله وما قبضه المضارب  
دين عليه يرده إلى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح  
حتى يستوفى رب المال رأس المال  
والأصل في اعتبار هذا الشرط ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال مثل  
المؤمن مثل التاجر لا يسلم له  
ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه  
فدل الحديث على أن قسمة الربح قبل  
قبض رأس المال لا تصح ولان الربح زيادة والزيادة على الشئ لا تكون الا بعد سلامة  
الأصل ولان المال إذا بقي

في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو صححنا قسمة الربح لثبتت قسمة الفرع  
قبل الأصل فهذا لا يجوز وإذا لم تصح

القسمة فإذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً ثم اقتسما الربح ثم رد الألف التي قبضها بعينها إلى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلية فان هلك في يده لم تنقض القسمة الأولى لان رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة فإذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو كان الربح في المضاربة الأولى ألفين واقتسما الربح فأخذ رب المال ألفاً والمضارب ألفاً ثم هلك ما في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الألف الذي قبض لأنه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله وإذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك إن كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لأنه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضموناً عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شيء لان ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت إليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما يرد المضارب فان بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وإنما كان كذلك لان المضارب يدعى انها رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وإن كان أميناً لكن القول قول الأمين في اسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم إلى غيره ولان المضارب يدعى خلوص ما بقي من المال والربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأنها تثبت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما

ادعاه من ايفاء رأس المال إذ  
الربح لا يكون الا بعد الايفاء إذ هو شرط صحة قسمة الربح لأننا نقول قد جرت عادة  
التجار بالقسمة مع بقاء رأس  
المال في يده المضارب فلم يكن الظاهر شاهدا للمضارب وذكر ابن سماعة في نوادره  
عن أبي يوسف في رجل دفع إلى  
رجل ألف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته  
والمضارب يعمل بالنفقة  
ويتربح فيما يشتري ويبيع ثم احتسبا فإنهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم  
يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا  
يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصانا من رأس المال ولكنهما يحتسبا رأس المال  
ألفا من جميع المال وما بقي من  
ذلك فهو بينهما نصفان لأننا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان  
استرجاع رب المال رأس ماله  
يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل رأس المال فيما بقي لئلا يبطل  
هذا إذا كان في المضاربة ربح  
فإن لم يكن فيها ربح فلا شئ للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط  
وهو الربح ولم يوجد (وأما)  
الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى إذا كان في المال ربح وان لم يكن فلا شئ له  
على المضارب هذا كله حكم  
المضاربة الصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيئا مما  
ذكرنا ان له أن يعمل في  
المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شئ مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا  
يستحق النفقة ولا الربح المسمى  
وإنما له أجر مثل عمله سواء كان في الضاربة ربح أولم يكن لان المضاربة الفاسدة  
والأجير  
لا يستحق النفقة ولا المسمى في الإجارة الفاسدة وإنما يستحق أجر المثل والربح كله  
يكون لرب المال لان الربح  
نماء ملكه وإنما يستحق المضارب شطرا منه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله  
يكون لرب المال والخسران عليه  
والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع والهلاك في المضاربة الفاسدة مع  
يمينه هكذا ذكر في ظاهر الرواية  
وجعل المال في يده أمانة كما في المضاربة الصحيحة وذكر الطحاوي فيه اختلافا وقال  
لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة

وعندهما يضمن كما في الأجير المشترك إذا هلك المال في يده

(١٠٨)

(فصل) وأما صفة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعنى رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط أيضا أن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عروض وقت النهى لم يصح نهيه وله أن يبيعها لأنه يحتاج إلى بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهى والفسخ ابطلا لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهى صح الفسخ والنهى لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لان ذلك لا يعد بيعا لاتحادهما في الثمنية

(فصل) وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فان اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بان ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الأمكنة أو مع عموم من اشخاص وادعى الاخر نوعا دون نوع ومكانا دون مكان وشخصا دون شخص لان قوله من يدعى العموم موافق للمقصود بالعقد إذ المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر وكذلك لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعى الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه لان الاطلاق أقرب إلى المقصود بالعقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد ان القول قول رب المال في الفصلين جميعا وقيل إنه قول زفر (ووجهه) ان الاذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى العموم في دعوى العموم والخصوص لأنها تثبت زيادة وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعى التقييد لأنها تثبت زيادة فيه وبينة الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال إليك مضاربة في البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعا لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فترجح بالاذن وانه يستفاد من رب

المال فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لان بينته مثبتة وبينه رب المال نافية لأنه لا يحتاج إلى الاثبات والمضارب يحتاج إلى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البيئتين إذا تعارضتا في صفة الاذن وقد وقتتا ان الوقت الأخير أولى لان الشرط الثاني ينقض الأول فكان الرجوع إليه أولى وان اختلفا في قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالي ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح فإن كان في يد المضارب ألف درهم يقر انها مال المضاربة فالقول قول المضارب في أن رأس المال ألف والقول قول رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد وكان قوله الأول ان القول قول رب المال في الامرين جميعا وهو قول زفر (وجه) قوله الأول ان الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على أن جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاها فيها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما إذا قال المضارب بعض هذه الألفين خلطته بها أو بضاعة في يدي لأنهما ما اتفقا على أن الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شيء فالقول قوله (وجه) قوله الآخران القول في مقدار رأس المال قول المضارب لأنهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى انه لو أنكر القبض أصلا وقال لم أقبض منك شيئا كان القول قوله فكذا إذا أنكر البعض دون البعض وإنما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لان شرطا الربح يستفاد من قبله فكان القول في مقدار المشروط قوله ألا ترى انه لو أنكر الشرط رأسا فقال لم أشرط لك ربحا وإنما دفعت إليك بضاعة كان القول قوله فكذا إذا أقر بالبعض دون البعض وإذا كان القول قول المضارب في قدر رأس المال في قوله الأخير فالقول قول رب المال في مقدار الربح في قولهم يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الألف الأخرى فلا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح وعلى قوله الأول يأخذ رب المال الألفين جميعا وإن كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسألة بحالها أخذ رب



المال ألف درهم على قوله الأخير

(١٠٩)

واقترسا ما بقي من المال أثلاثا وعلى قوله الأول يأخذ وب المال ألفي درهم ويأخذ  
ثلثي الألف الأخرى لما بينا وإن كان في  
يد المضارب قدر ما ذكر انه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر  
فالقول قول المضارب عندهم جميعا  
لأنه لا سبيل إلى قبول قول رب المال في ايجاب الضمان على المضارب فان جاء  
المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف  
رأس المال وألف ربح وألف وديعة لآخر أو مضاربة لآخر أو بضاعة لآخر أو شركة  
لآخر أو على ألف دين  
فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقاويل كلها لان من  
في يده شئ فالظاهر أنه له الا أن  
يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الألف فكان القول قوله فيها وكل من  
جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع  
يمينه ومن أقام بينهما على ما يدعى من فضل فالبينة بينة كل واحد منهما تثبت  
زيادة فبينة رب المال تثبت زيادة في  
رأس المال وبينة المضارب تثبت زيادة في الربح وقال محمد رحمه الله إذا قال رب  
المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة  
عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا  
على شرط الثلث وادعى رب المال  
زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العقد فلا يقبل قوله وان قامت لهما بين فالبينة بينة رب  
المال لأنها تثبت زيادة شرط ولو قال  
رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول  
قول رب المال لأنه أقر له ببعض  
الثلث والمضارب يدعى تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط لربح وفي هذا نوع  
اشكال وهو ان المضارب يدعى صحة  
العقد ورب المال يدعى فساده فينبغي أن يكون القول قول المضارب والجواب ان  
دعوى رب المال وان تعلق به فساد  
العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره لأنه مفيد في الجملة ولو قال  
رب المال شرطت لك نصف الربح  
وقال المضارب شرطت لي مائة درهم أو لم تشترط لي شيئا ولي أجر المثل فالقول  
قول رب المال لان المضارب يدعى  
أجرا واجبا في ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فان أقام رب  
المال البينة على شرط النصف وأقام  
المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئا فالبينة بينة رب المال لأنها مثبتة للشرط وبينة

المضارب نافية والمثبتة أولى ولو  
أقام المضارب البينة انه شرط له مائة درهم فبينته أولى لان البينتين استويا في اثبات  
الشرط وبينة المضارب أو جبت  
حكما زائدا وهو ايجاب الاجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخي رحمه الله  
انهم جعلوا حكم المزارعة في هذا  
الباب حكم المضاربة الا في هذا الفصل خاصة وهو انه إذا أقام رب الأرض والبذر البينة  
على أنه شرطا للعامل نصف  
الخارج وقال العامل شرطت لي مائة قفيز فالبينة بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة  
المضارب والفرق بينهما ان المزارعة  
عقد لازم في جانب العامل بدليل ان من لا بذر له من جهته لو امتنع من العمل يجبر  
عليه فرجحنا بينة من يدعى الصحة  
والمضاربة ليست بلا زمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع  
الترجيح بالتصحيح فرجحنا بايجاب  
الضمان وهو الاجر ولو قال رب المال دفعت إليك بضاعة وقال المضارب مضاربة  
بالنصف أو مائة درهم فالقول قول  
رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله إنه لم  
يشترط ولان المضارب يدعى استحقا  
في مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتني المال والربح لي  
وقال رب المال دفعت إليك مضاربة  
أو بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى عليه التملك وهو منكر فان أقاما  
البينة فالبينة بينة المضارب لأنها  
ثبتت التملك ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم  
أقرضه ولو قال المضارب دفعت  
إلى مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على أن الاخذ  
كان باذن رب المال ورب  
المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فان قامت لهما بينة  
فالبينة وبين رب المال لأنها تثبت  
أصل الضمان ولو جحد المضارب المضاربة أصلا ورب المال يدعى دفع المال إليه  
مضاربة فالقول قول المضارب  
لان رب المال يدعى عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القبول قوله ولو جحد ثم أقر فقد  
قال ابن سماعه في نوادره سمعت  
أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع إلى شيئا  
ثم قال بلى استغفر الله العظيم قد

دفعت إلى ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال لأنه أمين والأمين إذا جحد الأمانة  
ضمن كالمودع وهذا لان عقد

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخا له أو رفعا له وإذا ارتفع العقد صار المال مضمونا عليه كالوديعة فان اشترى بها مع الجحود كان مشتر يا لنفسه لأنه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لان من حكم المضارب أن يكون المال أمانة في يده فإذا صار ضمينا لم يبق أمينا فان أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لأن العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود الا بسبب جديد فان اشترى بها بعد الاقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لأنه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان لان الامر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لأن الضمان لا ينافي الامر بالشراء بدليل ان من غصب من آخر شيئا فأمر المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب أو بالشراء به صح الامر وإن كان المغصوب مضمونا على الغاصب وإذا بقي الامر بعد الجحود فإذا اشترى بموجب الامر وقع الشراء للآمر ولن يقع الشراء له الا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب إذا باع المغصوب بأمر المالك وسلم انه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمغصوب منه إذا أمر الغاصب أن يجعل المغصوب في موضع كذا أو يسلمه إلى فلان انه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبدا فجحده الألف ثم أقربها ثم اشترى جاز الشراء ويكون للآمر وبرئ الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبدا ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضارب ولو دفع إليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا بعينه ثم جحد الألف ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالألف فان العبد للآمر لان الوكيل بشراء العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للآمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضارب لأنه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحمل على الشراء لرب المال الا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد إذا جحده إياه فادعاه لنفسه ثم أقر له به ان البيع جائز هو برئ من ضمانه وكذلك لو دفع إليه عبدا

فأمره أن يهبه لفلان فجحده وادعاه  
لنفسه ثم أقر له به فباعه ان البيع جائز وهو برئ من ضمانه وكذلك ان أمره بعنتقه  
فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فاعتقه  
جاز عتقه لما ذكرنا ان الامر بعد الجحود قائم فإذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب  
المال فيبرأ من الضمان ولو باع  
العبد أو وهبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سماعه ينبغي في قياس ما إذا دفع  
إليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا  
بعينه انه يجوز ويلزم الأمر لأنه لا يملك ان يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمدا  
قال في رجل دفع إلى رجل  
ألف درهم مضاربة فجاء بألف وخمسمائة فقال هذه الألف رأس المال وهذه  
الخمسمائة ربح وسكت ثم قال على دين فيه  
لفلان كذا قال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد إذا أقر المضارب  
انه عمل بالمال وان في يده  
عشرة آلاف وعلى فيها دين الف أو الفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله  
مع يمينه يدفع الدين منه سمي  
صاحبه أو لم يسمه وان سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم  
يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة  
وهذا الذي ذكر الحسن يخالف ما قال محمد (ووجهه) انه إذا قال في يدي عشرة  
آلاف وسكت فقد أقر بالربح  
فإذا قال على دين الف فقد رجع عما أقر به لان الربح لا يكون الا بعد قضاء الدين  
والاقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع  
عنه بخلاف ما إذا قال ذلك متصلا لان الاقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء  
(وجه) قول محمدان أقر بالدين  
في حال يملك الاقرار به فينفذ اقراره كما إذا قال هذا ربح وعلى دين وقوله إن قوله  
على دين بعد ما سكت يكون رجوعا  
عما أقر به من الربح ممنوع فإنه يجوز انه ربح ثم لزمه الدين ألا ترى ان الرجل يقول  
قد ربحت ولزمني دين وهو يملك  
الاقرار بالدين فإذا أقر به صح ولو جاء المضارب بألفين فقال الف رأس المال وألف  
ربح ثم قال ما أربح الا خمسمائة ثم  
هلك المال كله في يد المضارب فان المضارب يضمن الخمسمائة التي جحد ها ولا  
ضمان عليه في باقي المال لان الربح  
أمانة في يده فإذا جحده فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن إذا هلك ولو قال المضارب  
لرب المال قد دفعت إليك رأس

مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجع فقال لم أدفعه إليك ولكن هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لأنه صار

جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالجحود وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال لم أدفعه إليك ولكنه هلك فإنه يضمن  
ما ادعى دفعه إلى رب المال لما بينا ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت إلى النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه إلى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لا ناقد بينا أن القول في شرط الربح قول رب المال وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى أمانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح والله عز وجل الموفق  
(فصل) وأما بيان يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ والنهي عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهي فإن كان متاعا لم يصح وله أن يبيعه بالدرهم والدنانير حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم وإن كان عينا صح لكن له صرف الدرهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدرهم لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لان المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أولم يعلم لأنه عزل حكمي فلا يقف على العلم كما في الوكالة الا أن رأس المال إذا صار متاعا فللوكيل أن يبيع حتى يصير ناضالما بينا وتبطل بجنون أحدهما إذا كان مطبقا لأنه يبطل أهلية الامر للآمر وأهلية التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان رجع إلى الاسلام بعد ذلك نفذ كله والتحق رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذلك ان لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه



الرحمة أن ملك المرتد موقوف ان مات أو قتل أو لحق فحكم باللحوق يزول ملكه من وقت الردة إلى ورثته ويصير كأنه مات في ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بأمره لبطلان أهلية الامر ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة فإن كان رأس المال يومئذ قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى وربحه يكون له لأنه زال ملك رب المال عن المال فينعزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير أمرهم وإن كان صار رأس المال متاعا فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك رده فان حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن لا يجوز له التصرف لان الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كان عين المال قائم في يده الا انهم استحسنا فقالوا إن باعه بجنس رأس المال جاز لان على المضارب ان يرد مثل رأس المال فكان له ان يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تقدر في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عند هما فان مات رب المال أو قتل كان موته كموت المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك ان لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثا لورثته فبطل أمره في المال فإن لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا لان وقوف تصرف رب المال نفسه لو قوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة الا انه لا عهدة على المضارب وإنما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لان العهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال و صار كما لو وكل صبيا محجورا أو عبدا محجورا فاما على قولهما فالعهدة عليه لان تصرفه كتصرف المسلم وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا

إذا لحق بدار الحرب وقضى بلحوقه لان رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في  
بطلان تصرفه فان لحق المضارب

بدار الحرب بعد رده فباع واشترى هناك ثم رجع مسلما فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه  
في شيء من ذلك لأنه لما لحق بدار الحرب صار كالحربي إذا استولى على مال انسان ولحق بدار الحرب انه يملكه فكذا  
المرتد وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعا سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لان ردها لا تؤثر  
في ملكها الا ان تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحقها لما ذكرنا ان ذلك  
بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل ان يشتري به شيئا في قول أصحابنا لأنه تعين لعقد  
المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلكه المضارب أو أنفقه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه  
لما قلنا حتى لا يملك ان يشتري به شيئا للمضاربة فان أخذ مثله من الذي استهلكه كان له ان يشتري به على المضاربة  
كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأنه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة اخذ ثمن فيكون على المضاربة  
وروى ابن رستم عن محمد انه لو أقرضها المضارب رجلا فان رجع إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لأنه وان  
تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به وان أخذ مثلها لم يرجع في المضاربة لان المضان قد استقر  
بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في  
الاستهلاك هذا إذا هلك مال المضاربة قبل ان يشتري المضارب شيئا فان هلك بعد الشراء بأن كان مال المضاربة  
ألفا فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على  
رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع وكذلك ان هلكت الثانية التي قبض يرجع بمثلها على رب المال وكذلك  
سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك ابدا حتى يسلم إلى البائع ويكون ما دفعه أولا رب المال وما غرم كله من رأس المال  
وإنما كان كذلك لان المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل غير أن الفرق  
بين الوكيل والمضارب أو الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله إلى الموكل ثم

هلك الثاني لم يرجع على الموكل والمضارب  
يرجع في كل مرة ووجه الفرق ان الوكالة فقد انتهت بشراء الوكيل لان المقصود من  
الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع  
لا الربح فإذا اشترى فقد حصل المقصود فانهى عقد الوكالة بانتهائه ووجب على  
الوكيل الثمن للبائع فإذا هلك في  
يده قبل إن ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فإذا قبضه  
مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له  
عليه شيء آخر فاما المضاربة فإنها لا تنتهى بالشراء لان المقصود منها الربح ولا يحصل  
الا بالبيع والشراء مرة بعد  
أخرى فإذا بقي العقد فكان له ان يرجع ثابنا وثالثا ما غرم رب المال مع الأول يصير  
كله رأس المال لأنه غرم لرب  
المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولان المقصود من هذا العقد هو  
الربح فلو لم يصر ما غرم رب  
المال من رأس المال ويهلك مجاناً يتضرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب  
وهذا لا يجوز ولو قبض  
المضارب الألف الأولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها  
ألفان فهلكت الألفان قبل إن  
ينقدها البائع فإنه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويغرم المضارب من ماله  
خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون  
ربع الجارية للمضارب خاصة وثلاثة أو باعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة  
الا رباة ألفان وخمسمائة  
وإنما كان كذلك لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشترها أرباعاً ربعها للمضارب  
وثلاثة أرباعها لرب المال  
لأنه اشترها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح لأنه اشترها بألفين ورأس المال ألف  
فحصه رب المال من الربح  
خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فما اشترها لرب المال رجع عليه وما اشترها  
لنفسه فضمامه عليه وإنما خرج ربع  
الجارية من المضاربة لان القاضي لما ألزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين  
الا بالقيمة فخرج الربح من  
المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب  
المضاربة فصار ذلك زيادة في رأس  
المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فان بيعت هذا الجارية بأربعة آلاف منها  
للمضارب ألف لان ذلك حصته

من الربح فكان ملكه وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة  
رأس ماله يبقى ربح خمسمائة

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تساوى ألفين والشراء بألف وهي مال المضاربة فضاعت غرمها  
رب المال كلها لأن الشراء إذا وقع بألف فقد وقع بثمن كله رأس المال وإنما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الأول فان هناك الشراء وقع بألفين فظهر ربح المضارب وهلك ربع الجارية فيغرم حصة ذلك  
الربع من الثمن وروى محمد في المضارب إذا اشترى جارية بألفي درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاعت الألفان  
قبل إن ينقدها البائع أنه على أن على المضارب الربع وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال  
محمد ولو اشترى جارية تساوى ألفين بأمة تساوى ألفا وقبض التي اشتراها ولم يدفع أمته حتى ماتتا جميعا في يده فإنه يغرم  
قيمة التي اشترى وهي ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها ولا فضل في ذلك  
عن رأس المال وهذا إنما يجوز وهوان يشترى المضارب جارية قيمتها ألف بألفين إذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل  
والكثير والا فشرء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعا وذكر ابن سماعة عن محمد في موضع آخر في  
نواده في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف  
فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة أعبد قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع قال يغرم ذلك كله على رب المال  
ويكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك في واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز أن يكون  
رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل إن المضارب لم يكن يجوز عتقه في  
شئ من العبيد وهذا يخالف ما ذكره الكرخي فإنه قال إن محمدا يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما  
وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب إذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعبر ما يجب عليه  
ضمانه فإن كان ما يضمنه زائد أعلى رأس المال كان على المضارب حصة ذلك وإلا فلا وهذا بخلاف الأول لأننا  
إذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو

يكون الشرط فيما صار  
مضمونا على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فإنه لم يتعين حقه فيه وأما  
تعليله بعدم نفاذ لعتق فلا يطرد  
لأنه لو اشترى بالألفين جارية تساوى ألفا يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا أن يكون  
جعل نفوذ العتق في الجارية المشترية  
بألفين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه فما لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة  
فلا يلزمه طرده في جميع  
المواضع وقال محمد إذا اشترى المضارب عبدا بألف درهم وهي مال المضاربة ففقد  
المال فقال رب المال اشتريته  
على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشتريته بعد ما ضاع وانا أرى ان المال  
عندي فإذا قد ضاع قبل ذلك  
فالقول قول المضارب لان الأصل في كل من يشتري شيئا انه يعتبر مشتريا لنفسه ولان  
الحال يشهد به أيضا وهو  
هلاك المال فكان الظاهر شاهدا للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد في المضاربة  
الكبيرة إذا اختلفا وقال  
رب المال ضاع قبل إن تشتري الجارية وإنما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع  
المال بعدما اشتريتها وأنا أريد أن  
أخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه على المضارب البينة  
انه اشترى والمال عنده إنما ضاع  
بعد الشراء لان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعى عليه الضمان  
ليرجع عليه بالثمن لأنه يدعى وقوع العقد  
له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو الهلاك شهد لرب المال  
فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب  
لأنها تثبت الضمان فكانت أولى وإذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على  
الناس وامتنع عن التقاضي  
والقبض فإن كان في المال ربح أجبر على التقاضي والقبض وان لم يكن فيه ربح لم  
يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال  
بالمال على الغرماء لأنه إذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الأجير  
والأجير مجبور على العمل فيما التزم  
وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام  
العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن  
غير أنه يؤمر المضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه  
قبضه لان حقوق العقد راجعة إلى

العاقء فلا بثبت ولافة القبض للآمر الا بالحوالة من العاقء ففلمزمه ان ففءله بالمال حتى لا ففوى حقه ولو ضمن العاقء



لرب المال هذا الدين الذي عليه لم يجز ضمانه لان العاقد قد جعله أمينا فلا يملك ان يجعل نفسه ضميئا فيما جعله العاقد  
أمينا ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فإنه يعود دينا فيما خلف المضارب وكذا المودع  
والمستعير والمستبضع وكل من كان المال في يده أمانة إذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون عليه دينا  
في تركته لأنه صار بالتجهيل مستهلكا للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال ولو عين الميت  
المال في حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك أمانة في يد وصيه أو في يد وارثه كما كان في يده ويصدقون على الهلاك  
والدفع إلى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته والله عز وجل أعلم  
\* (كتاب الهبة) \*

الكلام في هذا الكتاب في الأصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون  
ركنا وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء  
لفلان فوهبه منه فلم يقبل إنه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض وأجمعوا على أنه  
إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل إنه لا يحنث وعلى هذا الخلاف إذا قال رجل لآخر وهبت هذا  
الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعنده القول قول المقر له وأجمعوا على أنه لو قال بعت  
هذا الشيء منك فلم تقبل فقال المقر له لا بل قبلت وان القبول قول المقر له (وجه)  
القياس ان الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعا باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس  
الايجاب فلا يكون نفس الايجاب هبة شرعا لهذا أمكن الايجاب بدون القبول تبعا كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة  
في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شريطة القبول وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في  
نفسها فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روى

عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى أن الصعب بن جثامة أهدى إلى النبي عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفي رواية بودان فرده النبي عليه الصلاة والسلام وقال لولا انا حرام والا لقبلنا فقد أطلق الراوي اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من ألفاظ الهبة وروى أن سيدنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضي الله عنها في مرض موته فقال لها انى كنت نحتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وإنما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق رضي الله عنه اسم النحلى بدون القبض والنحلى من ألفاظ الهبة فثبت ان الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب الملك والأصل ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر فما لم يوجد الا يتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض ومن الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لأنه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدورا الواهب والملك محكوم شرعي ثبت جبرا من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا يتصور منع النفس عنه أيضا بخلاف البيع فإنه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا أن الايجاب هناك لا يصير تبعا بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعا فالإيجاب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هو لك أو أعطيته أو نحلته أو أهديته إليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة (أما) قوله وهبت لك فصريح في الباب وقوله ملكتك يجرى مجرى الصريح أيضا لان تملك العين للحال من

(11e)

غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشيء لك وقوله هو لك لان اللام  
المضاف إلى من هو أهل للملك  
لتمليك فكان تمليك العين في الحال بمن غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله  
أعطيتك لان العطية المضافة إلى العين  
في عرف الناس هو تمليكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل  
الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك  
الله كذا ووهبك بمعنى والنحلة هي العطية يقال فلان نحل ولده نحلي أي أعطاه عطية  
والهبة بمعنى العطية وقوله أطعمتك  
هذا الطعام في معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الهبة ويحتمل  
العارية فإنه روى أن سيدنا عمر بن  
الخطاب رضي الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآها تباع في السوق فأراد أن  
يشترها فسال رسول الله صلى الله عليه  
وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع في صدقتك فاحتمل تمليك العين  
واحتمل تمليك المنافع فلا بد من النية  
للتعيين ولو قال منحتك هذا الشيء أو قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا يخلو اما أن  
يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع  
به من غير استهلاكه واما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فإن كان مما  
يمكن الانتفاع به من غير استهلاك  
كالدار والثوب الدابة والأرض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة  
أو هذه الأرض فهو عارية  
لان المنحة في الأصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف إلى ما  
يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه  
من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الأرض زراعتها فكان هذا تمليك  
المنفعة من غير عوض وهو تفسير  
الإعارة وكذا إذا قال لأرض بيضاء هذه الأرض لك طعمة كان عارية لان عين الأرض  
مما لا يطعم وإنما يطعم  
ما يخرج منها فكان طعمة الأرض زراعتها فكان ذلك حينئذ إعارة ولصاحبها أن  
يأخذها إذا لم يكن فيها زرع وإن كان  
فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفي الاستحسان يترك إلى  
وقت الحصاد باجر المثل  
وسنذكر وجهيها في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوبا أو ناقة حلوبا أو بقره حلوبا  
وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه  
الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وإن كان عينا حقيقة

فهو معدود من المنافع عرفا وعادة  
فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو  
منحه جديا أو عنقا كان له عارية  
لان الجدي بعرض أن يصير فحلا والعناق حلوبا وان عنى بالمنحة الهبة في هذه  
المواضع على فهو ما عنى لأنه نوى  
ما يحتمله لفظ وفيه تشديد على نفسه وإن كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك  
كالمأكل والمشروب والدرهم  
والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة  
لان المنحة المضافة إلى مالا يمكن  
الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهي  
تمليكها وتمليك العين للحال من غير  
عوض هو تغييرا لهبة هذا إذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة فأما إذا كان مقرونا بقرينة  
فالقرينة لا تخلو (اما) إن كان  
وقتا (واما) إن كان شرطا (واما) إن كان منفعة فإن كان وقتا بأن قال أعمرتك هذه  
الدار أو صرح فقال  
جعلت هذه الدار لك عمري أو قال جعلتها لك عمرك أو قال هي لك عمرك أو حياتك  
فإذا مت أنت فهي رد على أو قال  
جعلتها لك عمري أو حياتي فإذا مت أنا فهي رد على ورثتي فهذا كله هبة وهي للمعمر  
له في حياته ولو ورثته بعد وفاته  
والتوقيت باطل والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال  
أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها  
فان من أعمر شيئا فإنه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه  
وسلم قال أيما رجل أعمر عمري  
له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا يرجع إلى الذي أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه  
المواريث وعن جابر قال قال رسول  
الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمري حياته فيه له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدللت  
هذه النصوص على جواز الهبة  
وبطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تمليك العين للحال مطلقا  
ثم قوله عمري توقيت التمليك وانه  
تغيير لمقتضى العقد وكذا تمليك الأعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت  
تصرفا مخالفا لمقتضى العقد  
والشرع فبطل وبقي العقد صحيحا وإن كانت القرينة شرطا نظر إلى الشرط المقرون  
فإن كان مما يمنع وقوع التصرف

تمليكا للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما إذا  
قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

جعلت هذه الدار لك رقبى أو قال هذه الدار لك رقبى ودفعتها إليه فهي عارية في يده  
في يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا  
قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل احتج بما روى أن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم  
أجاز العمرى والرقبى ولان قوله داري لك تملك العين لا تملك المنفعة ولما قال رقبى  
فقد علقه بالشرط وانه لا يحتمل  
التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحا ولهذا لو قال داري لك عمري انه تصح الهبة  
ويبطل شرط المعمر كذا هذا  
واحتجا بما روى الشعبي عن شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى  
وأبطل الرقبى ومثلهما لا يكذب  
ولان قوله داري لك رقبى تعليق التملك بالخطر لان معنى الرقبى أنه يقول إن مت أنا  
قبلك فهي لك وان مت أنت قبلي  
فهى لي سمى الرقبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لان كل واحد منهما  
ينتظر موت صاحبه قبل موته  
وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليق التملك بأمر له خطر الوجود والعدم والتملكات  
مما لا تحتمل التعليق بالخطر  
فلم تصح هبة وصحت عارية لأنه دفع إليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا  
بخلاف العمرى لان هناك  
وقع التصرف تملكا للحال فهو بقوله عمري وقت التملك انه لا يحتمل التوقيت فبطل  
وبقى العقد على الصحة ولا حجة  
له في الحديث لان الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهي الانتظار ويحتمل أن تكون  
من الارقاب وهو هبة الرقبة  
فان أريد بها الأول كان حجة له وان أريد بها الثاني لا يكون حجة لان ذلك جائز فلا  
يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على  
الثاني توفيقا بين الحديثين صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين أن لا  
اختلاف بينهم في الحقيقة  
إن كان الرقبى والارقاب مستعملان في اللغة في هبة الرقبة وينبغي أن ينوى فان عنى به  
هبة الرقبة يجوز بلا خلاف  
وان عنى به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين داري لأطولكما حياة  
فهو باطل لأنه لا يدرى أيهما  
أطول حياة فكان هذا تعليق التملك بالخطر فبطل ولو قال داري لك حبس فهذا عارية  
عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي  
يوسف هو هبة وقوله حبس باطل بمنزلة الرقبى (وجه) قوله أن قوله داري لك تملك

وقوله حبيس نفى الملك فلم  
يصح النفي وبقي التمليك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبيس خرج تفسيراً لقوله  
لك فصار كأنه ابتداءً بالحبيس  
فقال داري حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال داري رقبى  
لك كان عارية اجماعاً ذكره  
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ولو وهب جارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها  
أم ولد أو على أن يبيعها لفلان  
أو على أن يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لأن هذه الشروط مما لم  
تمنع وقوع التصرف تملكاً للحال  
وهي شروط تخالف مقتضى العقد فتبطل ويبقى العقد على الصحة بخلاف شروط  
الرقبى على ما بينا وبخلاف البيع  
فإنه تبطله هذه الشروط لأن القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسراً له  
لأن ذكره في العقد لم يصح فيلحق  
بالعدم ويبقى العقد صحيحاً إلا أن الفساد في البيع للنهي الوارد فيه ولا نهى في الهبة  
فيبقى الحكم فيه على الأصل ولأن  
دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا  
فكلوه هنيئاً مريئاً وهذا يجري مجرى  
الترغيب في أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا ندب إلى  
التهادي والهدية هبة وروينا عن  
الصديق رضي الله عنه أنه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنا اني كنت نحتك كذا وكذا  
وعن سيدنا عمر رضي الله عنه  
أنه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة  
يرى أنه أراد به الثواب فهو على  
هبتة يرجع فيها ان لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير  
فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم  
يقرن وعلى هذا يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو وهب حيواناً  
واستثنى ما في بطنه أن الهبة جائزة في  
الأم والولد جميعاً والاستثناء باطل والكمل للموهوب له وجملة الكلام في العقود التي  
فيها استثناء الحمل أنها أقسام ثلاثة  
قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء جميعاً وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء وقسم منها  
يصح ويصح الاستثناء (أما)  
الأول فهو البيع والإجارة والكتابة والرهن لأن الاستثناء لما في البطن بمنزلة شرط فاسد  
وهذه العقود تبطل



بالشروط الفاسدة (وأما) القسم الثاني فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم  
العمد لأن هذه العقود

لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها إذا لم يصح التحق بالعدم فصار كأنه لم يستثن وكذا العتق بان أعتق جارية واستثنى ما في بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا لما قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية به أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لأنه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أبقى ما في بطنها ميراثا لورثته والميراث يجرى فيما في البطن وهذا بخلاف ما إذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلتها لورثته انه تصح الوصية ويبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجرى فيهما الميراث بانفرادهما بدون الأصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلتها لانسان ومات الموصى ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود إلى ورثة الموصى وبمثله لو أوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسألة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افترقا الا لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وإن كانت القرينة ومنفعة بان قال داري لك سكنى أو عمري سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هي لك عمري عارية ودفعها إليه فهذا كله عارية لأنه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى أو عمري سكنى أو صدقة سكنى دل على أنه أراد تملك المنافع لان قوله هذا لك ظاهر وإن كان لتمليك العين لكنه يحتمل تملك المنفعة لان الإضافة إلى المستعير والمستأجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسيرا للمحتمل وبيانا انه أراد به تملك المنفعة وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قول سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسيرا للهبة لان قوله هبة يحتمل هبة العين ويحتمل هبة المنافع فإذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بيانا لمراد المتكلم انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تملكها من غير عوض وهو معنى العارية وإذا قال سكنى هبة فمعناها أن سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمري تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها إليه فهو هبة لأنه ما فسر الهبة بالسكنى لأنه لم يجعله

نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب  
الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين  
وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما  
إذا قال وهبتها لك لتؤجرها ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الإضافة  
بحرف اللام إلى من هو أهل الملك  
للتملك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا  
(فصل) وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى نفس الركن وبعضها يرجع إلى الواهب  
وبعضها يرجع إلى  
الموهوب وبعضها يرجع إلى الموهوب له (أما) الأول فهو أن لا يكون معلقا بماله خطر  
الوجود والعدم من دخول  
زيد وقدم خالد والرقبي ونحو ذلك ولا مضافا إلى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء  
منك غدا أو رأس شهر كذا لان  
الهبة تمليك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى الوقت كالبيع  
(وأما) ما يجرع إلى الواهب فهو أن يكون  
ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي  
والمجنون لأنهما لا يملكان التبرع  
لكونه ضررا محضا لا يقابله نفع دنيوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق  
وكذا والأب لا يملك هبة مال  
الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على  
وجه الأحسن ولأنه لا يقابله نفع  
دنيوي وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولأنه إذا لم  
يقابله عوض دنيوي كان التبرع  
ضررا محضا وترك الرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه  
الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار  
في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك  
طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر  
التصرفات الضارة المحضة وان شرط الأب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي  
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه  
الله يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو  
بغير عوض وعنده يجوز بشرط  
العوض والأصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير  
عوض والأصل عنده أن كل  
من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد ان الهبة تمليك فإذا شرط فيها

العوض كانت تملیکا بعوض وهذا

(١١٨)

تفسير البيع وإنما اختلفت العبارة وباختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظ التملك (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا في الانتهاء بدليل انها تفيد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لان البيع يفيد الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع إلى الموهوب فأنواع (منها) أن يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجد وقت العقد بان وهب ما يثمر نخله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تملك للحال وتمليك مضاف إلى ما بعد الموت والإضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها لا يجوز وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب لأنه لاوجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالإضافة إلى ما بعد زمان الحدوث لان التملك بالهبة مما لا يحتمل الإضافة إلى الوقت فبطل وهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما إذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لأنه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدور القبض بطريقه على ما سنذكره إن شاء الله تعالى وكذلك لو وهب زبدا في لبن أو دهنا في سمس أو دقيقا في حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه لأنه معدوم للحال فلم يوجد محمل حكم العقد للحال فلم ينعقد ولا سبيل إلى الإضافة إلى وقت الحدوث فبطل أصلا بخلاف ما إذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لان الموهوب موجود مملوك للحال الا أنه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فإذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة

والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرارا من وجه ولهذا لم يجوز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لم يجوز بيعها. (ومنها) أن يكون مملوكا في نفسه فلا تجوز هبة المباحات لان الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال (ومنها) أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك وان شئت رددت هذا الشرط إلى الواهب وكل ذلك صحيح لان المالك والمملوك من الأسماء الإضافية والعلاقة التي تدور عليها الإضافة هي الملك فيجوز رد هذا الشرط إلى الموهوب ويجوز رده إلى الواهب في صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضا إذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وان أذن له بالقبض (وجه) القياس ان القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما إذا وهب لمن عليه لان الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة (وجه) الاستحسان ان ما في الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى ان المديون يجبر على تسليمه الا أن قبضه بقبض العين فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة الا أنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما نذكره في موضعه (ومنها) أن يكون محوز أفلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدين ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو جب سبحانه وتعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول الا أن يوجد الحظ من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسم فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة وبما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الغزوات فقام عليه الصلاة

والسلام إلى سنام بعير وأخذ منه

وبرة ثم قال أما انى لا يحل لي من غنيمتكم ولو بمثل هذه الوبرة الا الخمس والخمس  
مردود فيكم ردوا الخيط  
والمخيط فان الغلول عار وشنار على صاحبه إلى يوم القيامة فجاء اعرابي بكبة من شعر  
فقال أخذتها لأصلح بها  
بردعة بعيري رسول الله فقال أما نصيبي فهو لك وسأسلمك الباقي وهذا هبة المشاع  
فيما يقسم وروى أن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه فنظر إلى  
موضع المسجد فوجده بين  
أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستباع أسعد نصيهما ليهب الكل من رسول الله  
صلى الله عليه وسلم فأبيا  
ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبي عليه الصلاة والسلام فوهبا أيضا نصيهما من رسول  
الله صلى الله عليه وسلم  
فقد قبل النبي عليه الصلاة والسلام الهبة نصيب أسعد وقبل في نصيب الرجلين أيضا ولو  
لم يكن جائزا لما قبل لان  
أدنى حال فعل النبي عليه الصلاة والسلام الجواز ولان الشيعاء لا يمنع حكم هذا  
التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك  
والشيعاء لا يمنع الملك ألا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم  
وشرطه هو القبض والشيوخ لا يمنع  
القبض لأنه يحصل قابضا للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما  
لا يقسم وإن كان القبض فيها  
شرطا لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روى أن  
سيدنا أبا بكر رضي الله عنه قال  
في مرض موته لسيدتنا عائشة رضي الله عنها ان أحب الناس إلى غنى أنت وأعزهم على  
فقرا أنت وانى كنت نحلتك  
جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا جذيتيه وإنما هو اليوم  
مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق  
رضي الله عنه القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك لان الحيازة في اللغة جمع الشئ  
المفروق في حيز وهذا معنى القسمة لان  
الأنصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب في حيز وروى  
عن سيدنا عمر رضي الله عنه  
قال ما بال أحدكم ينحل ولده نحلا لا يحوزها ولا يقسمها ويقول إن مت فهو له وان  
مات رجعت إلى وأيم الله لا ينحل  
أحدكم ولده نحلي لا يحوزها ولا يقسمها فيموت الا جعلتها ميراثا لورثته والمراد من



الحيازة القبض هنا لأنه ذكرها  
بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي إلى التكرار أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون  
القبض والقسمة وروى  
عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يحوز ما لم  
يقاسم وكل ذلك بمحضر من أصحاب  
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليهم منكر فيكون اجماعا ولان  
القبض شرط جواز هذا العقد والشيوخ  
يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في  
النصف الشائع وحده لا يتصور  
فان سكنى نصف الدار شائعا ولبس نصف الثوب شائعا محال ولا يتمكن من التصرف  
فيه بالتصرف في الكل لأن العقد  
لم يتناول الكل وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد  
لما قلنا الا ان هناك ضرورة  
لأنه يحتاج إلى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياح مانع من القبض  
الممكن للتصرف ولا سبيل إلى إزالة  
المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فسمت الضرورة إلى الجواز وإقامة صورة التخلية  
مقام القبض الممكن من التصرف  
ولا ضرورة هنا لان المحل محتمل للقسمة فيمكن إزالة المانع من القبض الممكن  
بالقسمة أو نقول الصحابة رضي الله عنهم  
شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده  
من حيث الصورة؟  
دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة  
للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة هنا  
فلزم اعتبار الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صحت  
في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد  
ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي إلى  
تغيير المشروع ولهذا توقف  
الملك في الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبت له ولاية المطالبة بالتسليم  
فيؤدي إلى ايجاب الضمان في عقد  
التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا  
يتصور ايجاب الضمان على المتبرع  
لأن الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما الآية فلا حجة  
له فيها لان المراد من المفروض

الدين لا العين ألا ترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واسقاط الأعيان لا يعقل  
وكذا الغالب في المهر أن يكون

(١٢٠)

دينا وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لأنه اسقاط الدين عنه وانه جائز في المشاع  
(وأما) حديث الكبة فيحتمل ان  
النبي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فوهبوا  
وسلموا الكل جملة وفي  
الحديث ما يدل عليه فإنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسلمك الباقي  
وما كان هو عليه الصلاة والسلام  
ليخلف في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على أن ذلك كان هبة  
مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان  
كبة واحدة لو قسمت على الجم الغفير لا يصيب كلا منهم الا نزر حقير لا ينتفع به  
فكان في معنى مشاع لا ينقسم (وأما)  
حديث أسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشريكاه وهبا نصيبهما منه  
وسموا الكل جملة وهذا  
جائز عندنا ويحتمل ان الانصباء كانت مقسومة مفرزة ويجوز أن يقال في مثل هذا  
بينهم إذا كانت الجملة متصلة  
بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها تضاف إليهم وإن كانت أنصباؤهم مقسومة  
واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع  
الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى  
الموهوب له جاز لان هبة المشاع عندنا  
منعقد موقوف نفاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح إذ الشيوع لا يمنع  
ركن العقد ولا حكمه وهو الملك  
ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فإذا قسم وقبض فقد زال المانع من  
النفاذ فينفذ وحديث الصديق  
رضي الله عنه لا يدل عليه فإنه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها اني كنت نحلتك  
جداً عشرين وسقا من مالي وكان  
ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النحل من أفاظ ولو لم ينعقد لما فعله الصديق رضي  
الله عنه لأنه ما كان ليعقد عقداً  
باطلاً فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على  
القسمة والقبض وهو عين مذهبنا  
والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم إليه ثم وهب منه  
النصف الآخر وسلم إليه جملة  
جاز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم إليه بنحلية الكل ثم وهب منه النصف  
الآخر وسلم لم تجز الهبة لان كل  
واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوى

فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريكه كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة من غير فصل ولان المانع هو الشيعاء عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله (وجه) قوله إن الشيعاء لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جوازه كالمفروض (ولنا) ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع أو لا يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولان التصديق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشروع على ما بينا في الهبة ولو وهب شيئا ينقسم من رجلين كالدار والدرهم والدنانير ونحوها وقبضه لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند أبي يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيئا ينقسم وقبضه أنه يجوز فأبو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض وهما يعتبر انه عند العقد والقبض جميعا فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشيعاء وقت القبض وهما جوازها لأنه لم يوجد الشيعاء في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوز واهبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلعدم الشيوع في وقت القبض (وأما) هما فلانعدامه في الحالين لأنه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تملك كل الدار جملة أو تملك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبي حنيفة تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كأنه أفرد تملك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هي تملك الكل منهما لا تملك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تملك الشائع فيجوز (وجه) قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الأصل وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك توزيع وتفريق واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة الا لضرورة الصحة وفي العدول عن

ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تملك  
الكل منهما وموجب التملك

منها ثبوت الملك لهما في الكل وإنما يثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة واستوائهما في الاستحقاق إذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء كالأخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وإن كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو انفرد أحدهما يستحق كل المال وإذا جاءت المزاحمة مع المساواة في الاستحقاق يثبت عند انقسام الميراث في النصف وكذا الشفيعان يثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاحمة والاستواء في الاستحقاق وإن كان السبب في حق كل واحد منهما صالحاً لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضايق المحل لهذا جاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال إذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جاز لأنه يكون رهن المشاع لهذا لو قضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا تمليك مضاف إلى الشائع فلا يجوز كما إذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على أن هذا تمليك مضاف إلى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منكما اما أن يكون تمليك كل الدار من كل واحد منهما واما أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل إلى الأول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والمحال لا يكون موجب العقد فتعين الثاني وهو أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل الدار مملوكاً لكل واحد منهما لملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة صاحبه بالتهايء أو بالقسمة وهذا آية ثبوت الملك له في النصف وإذا كان هذا تمليك الدار لهما على التناصف كان تمليكا مضافا إلى الشائع كأنه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف

والشيوخ يؤثر في القبض  
الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت  
الملك في كل الدار لكل واحد  
منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والمحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد  
بعقده يقصد أمرا محالا أيضا فكان  
موجب العقد التملك منهما على التناصف لان هذا تملك الدار منهما فكان عملا  
بموجب الصيغة من غير إحالة فكان  
أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لان الرهن  
هو الحبس واجتماعهما على  
الحبس متصور بأن يحبسه معا أو يضعاه جميعا على يدي عدل فتكون الدار محبوسة  
كلها عند كل واحد منهما وهذا  
مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله إذا وهب من  
رجلين فقسم ذلك وسلم إلى كل واحد منهما  
جاز لان المانع هو الشيوخ عند القبض وقد زال هذا إذا وهب من رجلين شيئا مما  
يقسم فإن كان مما لا يقسم جاز  
بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على أصلهما إذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار  
لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز لان قوله  
لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسيرا للحكم الثابت بالعقد إذ لا يمكن جعله تفسير  
النفس العقد لأن العقد وقع تملك الدار  
جملة منهما على ما بينا فجعل تفسيرا لحكمه فلا يوجب ذلك إشاعة في العقد ولو قال  
وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز  
لان الشيوخ دخل على نفس العقد فمنع الجواز ولو قال وهبت لكما هذه الدار ثلثها  
هذه وثلثها لهذا لم يجز عند أبي يوسف  
وجاز عند محمد (وجه) قول محمد ان العقد متى جاز لاثنين يستوى فيه التساوي  
والتفاضل كعقد البيع (وجه) قول أبي  
يوسف ان الجواز عند التساوي بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب  
شيوخا في العقد ولما فضل أحد  
النصيبين عن الآخر تعذر جعله تفسيرا لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل  
أحد النصيبين في معنى  
افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوخ يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع  
ولو رهن من رجلين  
لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا ونصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز  
بالاجماع بخلاف ما إذا

أبهم بان قال وهبت منكما أنه يجوز ولو وهب من فقيرين شيئاً ينقسم فالهبة من فقيرين  
بمنزلة التصدق عليهما لان



الهبة من الفقير صدقة لأنه يتغى بها وجه الله تعالى وسنذكر حكمها إن شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون الثمر والثمر دون الشجر والأرض دون الزرع والزرع دون الأرض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبة المشاع ولو فضل وسلم جاز كما في هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فإن كانا غنيين لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لا التصدق على الغنى ميتة في الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز وعندهما جائزة وإن كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز في الهبة من رجلين وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في كتاب الهبة لا يجوز وفي الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياح كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ما ذكرنا فيما تقدم وهنا يتحقق الشيوع في القبض (وجه) رواية الجامع وهي الصحيحة ان معنى الشيوع في القبض لا يتحقق الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب الصدقة إلى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل بقبضها وكيلين بخلاف التصدق على غنيين لان الصدقة على الغنى يتغى بها وجه الغنى فكانت هدية لا صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يتغى بها وجه الله تعالى والدار الآخرة والهدية يتغى بها وجه الرسول وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع في القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضا وان شئت رددت هذا الشرط إلى الموهوب له لان القابض والمقبوض من الأسماء الإضافية والعلقة التي تدور عليها الإضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده إلى كل واحد منهما في صناعة الترتيب فتأمل والكلام في هذا الشرط في موضعين في بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفي بيان شرائط صحة القبض (أما) الأول فقد اختلف فيه بقال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب

يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك  
رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله إن هذا عقد تبرع  
بتملك العين فيفيد الملك  
قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ما روينا ان سيدنا أبا  
بكر وسيدنا عمر رضي الله  
عنهما اعتبر القسمة والقبض لجواز النحلي بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما  
منكر فيكون اجماعا وروى عن  
سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن عباس رضي الله تعالى  
عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا  
مقبوضة محوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولأنها عقد تبرع فلو صححت بدون القبض  
لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب  
بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية لأنه ليس في ايجاب  
الملك فيها قبل القبض تغييرها  
عن موضعها إذ لا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصى لأنه ميت وكذلك القبض شرط  
جواز الصدقة لا يملك قبل القبض  
عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلي وغيره من أهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة  
إذا علمت وان لم تقبض ولا  
تجوز الهبة ولا النحلي الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي  
رضي الله عنهما قالوا إذا علمت  
الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم  
أنه قال خيرا عن الله سبحانه  
وتعالى يا ابن آدم تقول مالي مالي وليس لك من مالك الا ما أكلت فأفانيت أو لبست  
فأبليت أو تصدقت فأبقيت اعتبر  
الله سبحانه وتعالى الامضاء في الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن  
سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر  
وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان  
التصدق عقد تبرع فلا يفيد  
الحكم بنفسه كالهبة وما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما محمول  
على صدقة الأب على ابنه  
الصغير وبه نقول لا حاجة هناك إلى القبض حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة  
لها عن التناقض  
(والثاني) شرائط صحة القبض فأنواع (منها) أن يكون القبض بإذن المالك لان الاذن  
بالقبض شرط

لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير اذن البائع قبل نقد الثمن  
كان للبائع حق الاسترداد

(١٢٣)

فلأن يكون في الهبة أولى لان البيع يصح بدون القبض والهبة لا صحة لها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطاً لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطاً فيما يتوقف صحته على القبض أولى ولان القبض في باب الهبة يشبه الركن وان لم يكن ركناً على الحقيقة فيشبهه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب أيضاً والاذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فنحو أن يقول اقبض أو أذنت لك بالقبض أو رضيت وما يجرى هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحساناً والقياس أن لا يجوز قبضة بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وإن كان باذن الواهب كالقبول في باب البيع (وجه) الاستحسان ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل إليه ست بدنان فجعلن يزدلفن إليه فقام عليه الصلاة والسلام فنحرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولان الاذن بقبض الواهب صريحا بمنزلة اذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذه (وأما) الدلالة فهي ان يقبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهأ الواهب فيجوز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان الزيادات ولو قبض المشتري المبيع بيعا جائزا بحضرة البائع قبل نقد الثمن قبضة قياساً واستحساناً حتى كان له أن يسترد وفي البيع الفاسد اختلاف روايتي الكرخي والطحاوي رحمهما الله ذكرناهما في البيوع (وجه) القياس ان القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان ان الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لان الاقدام على ايجاب الهبة اذن بالقبض لأنه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان

الاقدام على الايجاب اذنا بالقبض  
دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا بخلاف ما بعد الافتراق لان الاقدام دلالة الاذن  
بالقبض في المجلس لا بعد  
الافتراق ولان للقبض في باب الهبة شبهها بالركن فيشبهه القبول في باب البيع وايجاب  
البيع يكون اذنا بالقبول في المجلس  
لا بعد الافتراق فكذا ايجاب الهبة يكون اذنا بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيئا  
متصلا بغيره مما لا تقع عليه  
الهبة كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الأرض أو حلية السيف  
دون السيف أو القفيز من الصبرة  
أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ففصل  
وقبض فان قبض بغير اذن  
الواهب لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولان  
الجواز في المنفصل عند حضرة  
الواهب للاذن الثابت دلالة الايجاب ولم يوجد ههنا لان الايجاب لم يقع صحيحا حين  
وجوده فلا يصح الاستدلال  
على الاذن بالقبض وان قبض باذنه يجوز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر  
بناء على أن العقد إذا وقع فاسدا  
من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزا وعندنا  
يحتمل الجواز باسقاط المفسد  
مقصورا على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين  
ذكرناهما في كتاب البيع  
وكذلك إذا وهب دينا له على إنسان لآخر انه ان قبض الموهوب له باذن الواهب  
صريحا جاز قبضه استحسانا  
والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وان قبضه بحضرته  
ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياسا  
واستحسانا فرق بين العين والدين (وجه) الفرق ان الجواز في هبة العين عند عدم  
التصريح بالاذن لكون الايجاب  
فيها دلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وايجاب  
الهبة في الدين لغير من عليه  
الدين لا تصح دلالة الاذن بقبضه لان دلالاته بواسطة دلالة قصد التمليك وتمليك الدين  
من غير من عليه الدين لا يتحقق  
الا بالتصريح باذن بالقبض لأنه إذا أذن له بالقبض صريحا قام قبضه مقام قبض الواهب  
فيصير بقبض العين قابضا

للواهب أولا يصير المقبوض ملكا له أولا ثم يصير قابضا لنفسه من الواهب فيصير  
الواهب على هذا التقدير الذي

(١٢٤)

ذكرنا واهبا ملك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض وإذا لم يصرح بالاذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب لان معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل وعلى هذا يخرج ما إذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فإنه لا يجوز لان الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قيل الحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له أولا ويخلى بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار إليه فيجوز الهبة فيها لأنها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة اشكال وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغا جاز وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد لان المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة لان المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعا صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعا لان التسليم قد صح فيهما جميعا فان فرق بينهما في الهبة بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعا وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظر في ذلك وروعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فالهبة في الدار لم تجز لأنها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا أما في المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلأنها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الأصل أيضا يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو حيوانا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما

هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لأنه  
لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو أعتق ما  
في بطن جاريته ثم وهب الام  
يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جازيته لا يجوز منهم من قال في المسألة  
روايتان (وجه) رواية عدم  
الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبهه هبة دار فيها متاع الواهب (وجه)  
رواية الجواز وفي رواية  
الكرخي ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لان حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله  
إياه ظاهر أو هذا معنى الاستثناء  
ولو استثناء لفظا جازت الهبة في الام فكذا إذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال  
في المسألة رواية واحدة وفرق بين  
الاعتاق والتدبير (ووجه) الفرق ان المدبر مال المولى فإذا وهب الام فقد وهب ما هو  
مشغول بمال الواهب فلم يجز  
كهبة دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حر  
جالس وذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا  
ومنها أن لا يكون الموهوب متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لان قبض  
الموهوب وحده لا يتصور وغير ليس  
بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما إذا وهب أرضا فيها زرع  
دون الزرع أو شجرا عليها ثمر دون  
الثمر أو وهب الزرع دون الأرض أو الثمر دون الشجر وخلى بينه وبين الموهوب له أنه  
لا يجوز لان الموهوب متصل  
بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض ولو جذا الثمر وحصد الزرع ثم  
سلمه فارغا جاز لان المانع من النفاذ  
وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعا وسلم متفرقا جاز  
ولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل  
واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض فان جمع  
بينهما في التسليم جازت الهبة  
فيهما جميعا وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا قدم أو آخر سواء بخلاف الفصل  
الأول لان المانع من صحة القبض هنا  
الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما إذا وهب نصف  
الدار مشاعا من رجل ولم يسلم  
إليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل انه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم  
وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا



وعلى هذا يخرج ما إذا وهب صوفا على ظهر غنم انه لا يجوز لان الموهوب متصل  
بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

القبض ولو جزه وسلمه جاز لزوال المانع والله عز وجل أعلم وعلى هذا إذا وهب دابة  
وعليها حمل بدون الحمل لا تجوز  
ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغا جاز لما قلنا بخلاف هبة ما في بطن جاريتيه أو ما  
في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو هبة  
سمن في لبن أو دهن في سمس أو زيت في زيتون أو دقيق في حنطة أنه يبطل وان  
سلطه على قبضه عند الولاية أو عند  
استخراج ذلك لان الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوما لهذا لم يحز بيعها  
فلا تجوز هبتها وهنا بخلافه على ما  
تقدم ومنها أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل  
وأما البلوغ فليس بشرط لصحة  
القبض استحسانا فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطا ولا  
يجوز قبض الصبي وإن كان  
عاقلا (وجه) القياس ان القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه  
في الهبة كما لا يجوز في البيع  
(وجه) الاستحسان ان قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل  
كما يملك وليه ومن هو في  
عياله وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز  
قبض العبد المحجور عليه  
إذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دين أو لا فالقبض إلى  
العبد والملك للمولى في المقبوض  
لان القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه ولان الأصل في بني آدم  
الحرية والرق لعارض  
فكان الأصل فيهم اطلاق التصرف لهم والانهجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن  
الضرر بالمولى ولم يوجد فبقي  
فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد القن للمولى وكذلك  
المكاتب إذا وهب له هبة فالقبض  
إليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن فإذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا  
يملكه المولى لان الهبة كسبه  
والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن  
القبض نوعان قبض بطريق  
الأصالة وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الأصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسه  
وشرط جواز العقل فقط  
على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان نوع يرجع إلى القابض

ونوع يرجع إلى نفس  
القبض أما الأول الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبى وشرط جوازه الولاية  
بالحجر والعيلة عند عدم الولاية  
فيقبض للصبى وليه أو من كان الصبى في حجره وعياله عند عدم الولي فيقبض له أبوه  
ثم وصى أبيه بعده ثم جده أبو أبيه  
بعد أبيه ووصيه ثم وصى جده بعده سواء كان الصبى في عيال هؤلاء أولم يكن فيجوز  
قبضهم على هذا الترتيب حال  
حضرته لان هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز  
قبض الذي يتلوه في الولاية لان  
التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية إلى من يتلوه وإن  
كان دونه كما في ولاية الانكاح ولا  
يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبى في عيال القابض  
أو لم يكن وسواء كان ذا رحم  
محرم منه كالأخ والعم والام ونحوهم أو أجنبيا لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في  
مال الصبى فقيام ولاية التصرف  
لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فإن لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من  
كان الصبى في حجره وعياله استحسانا  
والقياس ان لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبيا كان أو ذا  
رحم محرم منه قياسا واستحسانا  
وإنما كان كذلك لان الذي في عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى انه يؤدبه ويسلمه في  
الصنائع التي للصبى فيها منفعة  
وللصبى في قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعه  
محضة للصبى (وأما) من  
ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلا فلا يجوز قبضه له كالا جنبى والقبض للصبية إذا  
عقلت ولها زوج قد دخل بها  
زوجها أيضا استحسانا لأنها في عياله لكن هذا إذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند  
وجود واحد منهم فلا يجوز قبض  
الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره (وأما) الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض  
فهو ان القبض الموجود في  
الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه  
لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق  
التناوب إذ المتماثلان غير أن ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسده فتثبت  
المنابذة مقتضى المماثلة وإذا كان

أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل إذا كان الموهوب في يد  
الموهوب له وديعة أو عارية

(١٢٦)

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضا نفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العقد  
استحسانا والقياس أن لا يصير قابضا ما لم يحدد القبض وهو ان يخلى بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد (وجه)  
القياس ان يد المودع إن كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كأنه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجه) الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير مضمون إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لان قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لأنه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب في يده مغصوبا أو مقبوضا بيع فاسد أو مقبوضا على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض وزيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهونا في يده ذكر في الجامع أنه يصير قابضا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضا فتماثلان فتاب أحدهما عن الآخر ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة والأقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة وإذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدينه على الراهن وذكر الكرخي انه لا يصير قابضا حتى يحدد القبض بعد عقد الهبة لان قبض الرهن وإن كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل الابراء بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض بغير ضمان فتماثل القبضان فيتناوبان ولو كان مبيعا قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون إقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل إقالة بل يبطل أصلا ورأسا والفرق بينهما ما ذكرنا في

كتاب البيوع ولو نحل ابنه  
الصغير شيئاً جاز ويصير قابضاً له مع العقد كما إذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب  
البيع يهلك من مالا الابن لصيرورته  
قابضاً للصغير مع العقد وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحلى لقوله سبحانه  
وتعالى ان الله يأمر بالعدل  
والاحسان (وأما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل في ذلك أن يسوى بينهم  
في العطفة ولا يفضل  
الذكر على الأنثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في الموارث  
للذكر مثل حظ الأنثيين كذا  
ذكر القاضي الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ  
ينبغي للرجل أن يسوى بين ولده  
في النحلى ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضى أن يكون قوله مع قول أبي  
يوسف وهو الصحيح لما  
روى أن بشيراً أبا النعمان أتى بالنعمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إني  
نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال  
له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه  
الصلاة والسلام فارجه وهذا  
إشارة إلى العدل بين الأولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولان في التسوية تأليف  
القلوب والتفضيل يورث الوحشة  
بينهم فكانت التسوية أولى ولو بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم لأنه تصرف في  
خالص ملكه لاحق  
لاحد فيه الا انه لا يكون عدلاً سواء كان المحروم فقيهاً نقياً أو جاهلاً فاسقاً على قول  
المتقدمين من مشايخنا وأما على  
قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأدبين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة  
(فصل) وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان  
صفته وفي بيان  
ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير  
عوض لان الهبة تملك العين من  
غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال  
أصحابنا هي ثبوت ملك غير  
لازم في الأصل وللواهب ان يرجع في هبته وإنما يثبت لزوم يمتنع الرجوع بأسباب  
عارضه وقال الشافعي رحمه  
الله الثابت بالهبة ملك لازم في الأصل لا يثبت الرجوع الا في هبة الولد خاصة وهي

هبة الولد لولده فنقول يقع

(١٢٧)

الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ثبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحه الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافا للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسألة هبة الأجنبي والوالد وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال العائد في هبته كالعائد في قبته والعود في القى حرام كذا في الهبة ولان الأصل في العقود هو لزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلا (ولنا) الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز ف قوله تعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والتحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال (قال القائل) \* تحيتهم بيض بيض الولاء بدينهم \* لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى أو ردوها لان الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الاعراض لأنه عبارة عن إعادة الشيء وذا لا يتصور في الاعراض والمشارك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فإنه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعا ولان العوض المالي قد يكون مقصودا من هبة الأجنب فان الأسنان قد يهب من الأجنبي احسانا إليه وانعاما عليه وقد يهب له طمعا في المكافأة والمجازاة عرفا وعادة فالموهوب له مندوب إلى ذلك شرعا قال الله تبارك



وتعالى هل جزاء الاحسان الا  
الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع إليكم معروفا فكافؤه فإن لم تجد واما  
تكافؤه فادعوا له حتى يعلم  
انكم قد كافأتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتهادى تفاعل من الهدية  
فيقتضى الفعل من اثنين وقد  
لا يحصل هذا المقصود من الأجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع  
لزومه كالبيع لأنه يعدم الرضا  
والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع إذا وجد  
المشترى بالمبيع عيبا لم يلزمه العقد لعدم  
الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الأول فله تأويلان  
أحدهما انه محمول  
على الرجوع بغير قضاء ولا رضا وذلك لا يجوز عندنا الا فيما وهب الوالد لولده فإنه  
يحل له أخذه من غير رضا الولد  
ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للاتفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفى الحل  
من حيث المروءة والخلف لامن  
حيث الحكم لان نفى الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه  
الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد  
ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة  
والخلف ان تتزوج عليهن بعدما  
اخترن إياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لامن حيث الحكم إذ كان يحل  
له التزوج بغير هن وهذا  
تأويل الحديث والآخر أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا  
شريعة الا ترى أنه قال عليه  
الصلاة والسلام في رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقى ثم يعود في قيئه وفعل  
الكلب لا يوصف بالحرمة  
الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا وقوله فيما يهبه الوالد لولده محمول على  
أخذ مال ابنه عند الحاجة إليه  
لكنه سماه رجوعا لتصوره بصورة الرجوع مجازا وان لم يكن رجوعا حقيقة على ما  
نذكره في تلك المسألة إن شاء الله  
تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصح بدون القضاء والرضا لان  
الرجوع فسخ العقد بعد تمامه  
وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض  
وأما العوارض المانعة من

الرجوع فأنواع منها هلاك الموهوب لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك ولا سبيل إلى  
الرجوع في قيمته لأنها ليست

بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من مالك الواهب باي سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الأشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتا للمورث حقيقة لان الملك عرض يتجدد في كل زمان الا انه مع تجده حقيقة جعل متجددا تقديرا في حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف الملكان واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عينا لم يكن له ان يرجع في عين أخرى فكذا إذا أوجبه ملكا لم يكن له ان يفسخ ملكا آخر بخلاف ما إذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبدان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب إذا وهب له هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك أعتق المكاتب لان الملك الذي أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكأنه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد في الرق فللواهب ان يرجع عند أبي يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على أن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالمولى يملك اكسابه بحكم الملك الأول أو يملكها ملكا مبتدأ فعند أبو يوسف يملكها بحكم الملك الأول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها ملكا مبتدأ فاختلف الملك فمنع الرجوع (وجه) قول محمدان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار أحق باكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكا مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبي يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل إلى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية بأداء بدل الكتابة فإذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعا لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكا مبتدأ ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه ومنها الزيادة في الموهوب زيادة

متصله فنقول جملة الكلام  
في زيادة الهبة انها لا تخلو إما إن كانت متصلة بالأصل وإما إن كانت منفصلة عنه فإن  
كانت متصلة بالأصل فإنها تمنع  
الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أو لا بفعله وسواء كانت متولدة أو غير  
متولدة نحو ما إذا كان الموهوب  
جارية هزيلة فسمنت أو دارا فبنى فيها أو أرضا فغرس فيها غرسا أو نصب دولابا وغير  
ذلك ما يستقى به وهو مثبت  
في الأرض مبنى عليها على وجه يدخل في بيع الأرض من غير تسمية قليلا كان أو  
كثيرا أو كان الموهوب ثوبا  
فصبغه بعصفر أو زعفران أو قطعة قميصا وخاطه أو جبة وحشاه أو قباء لأنه لا سبيل  
إلى الرجوع في الأصل مع  
الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة إذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها الفسخ  
ولا سبيل إلى الرجوع في  
الأصل بدون الزيادة لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد  
فيه أو ينقصه فله ان يرجع  
لان المانع من الرجوع هو الزيادة فإذا لم يزد الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم  
وإن كانت الزيادة منفصلة فإنها  
لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والتمر أو غير متولدة  
كالأرش والعقر والكسب والغلة  
لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وإنما ورد على الأصل ويمكن  
فسخ العقد في الأصل دون الزيادة  
بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالغيب لان المانع هناك هو الربا لأنه  
يبقى الولد بعد رد الام بكل  
الثلث مبيعا مقصودا لا يقابله عوض وهذا تفسير الربا ومعنى الربا لا يتصور في الهبة لان  
جريان الربا يختص بالمعاوضات  
فجاز ان يبقى الولد موهوبا مقصودا بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة في سعر لا  
تمنع الرجوع لأنه تعلق لها  
بالموهوب وإنما هي رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم  
تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع فلا  
تغير ضمان الرهن ولا الغصب ولا تمنع الرد بالغيب وأما نقصان الموهوب فلا يمنع  
الرجوع لان ذلك رجوع في بعض  
الموهوب وله ان يرجع في بعض الموهوب مع بقاءه بكماله فكذا إذا نقص ولا يضمن  
الموهوب له النقصان لان قبض

الهبة ليس بقبض مضمون ومنها العوض لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم  
أنه قال الواهب أحق بهبته

ما لم يثبت منها أي ما لم يعرض ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب وهو الوصول إلى العوض فإذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو أكثر لما روينا من الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط في العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضا والثاني في بيان ماهية هذا التعويض أما الأول فله شرائط ثلاثة الأول مقابلة العوض بالهبة وهو أن يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو أن يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نحللتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أتيتك وما يجرى هذا المجرى لأن العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب لإنسان شيئا وقبضه الموهوب له ثم إن الموهوب له أيضا وهب شيئا للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك ما ذكرنا لم يكن عوضا بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لأنه لم يجعل الباقي مقابلا بالأول لانعدام ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في العقد مملوكا بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضا وإن عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فإن كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضا لأن التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة إذ لو كان ذلك مقصوده لا مسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وإن كان الموهوب تغير عن حاله تغيرا يمنع الرجوع فإن بعض الموهوب يكون عوضا عن الباقي لأنه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضا هذا إذا وهب شيئا واحدا أو شيئين في عقد واحد فاما إذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يكون عوضا وقال أبو يوسف لا يكون عوضا (وجه) قول أبي يوسف ان حق الرجوع ثابت في غير ما عوض

لأنه موهوب وحق الرجوع  
في الهبة ثابت شرعا فإذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعا فلا يقع موقع العوض  
بخلاف ما إذا تغير الموهوب فجعل  
بعضه عوضا عن الباقي انه يجوز و كان مكانا عوضا لان حق الرجوع قد بطل بالتغير  
فجاز أن يقع موقع العوض (وجه)  
قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضا عن الآخر وهذا لأنه  
يجوز أن يكون مقصود الواهب  
من هبته الثانية عود الهبة الأولى لان الانسان قد يهب شيئا ثم يبدو له الرجوع فصار  
الموهوب بأحد العقدين بمنزلة عين  
أخرى بخلاف ما إذا عوض بعض الموهوب عن الباقي هو على حاله التي وقع عليها  
العقد لان بعض الموهوب لا يكون  
مقصود الواهب فان الانسان لا يهب شيئا ليسلم له بعضه عوضا عن باقيه وقوله حق  
الرجوع ثابت شرعا نعم لكن  
الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يمتنع وقوعه عن جهة أخرى كما لو باعه منه ولو  
وهب له شيئا وتصدق عليه بشيء  
فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضا بالاجماع على اختلاف الأصلين (اما) على أصل  
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله  
فلا يشكل لأنهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضا عن الآخر فعند  
اختلاف العقدين أولى  
(وأما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فلان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقع  
موقع العوض والثالث  
سلامة العوض للواهب فإن لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضا وله أن يرجع في  
الهبة لان بالاستحقاق تبين ان  
التعويض لم يصح فكأنه لم يعوض أصلا فله أن يرجع إن كان الموهوب قائما بعينه لم  
يهلك ولم يزدد خيرا ولم يحدث فيه  
ما يمنع الرجوع فإن كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمه كما لو هلك أو  
استهلكه قبل التعويض وكذا إذا ازداد  
خيرا لم يضمن كما قبل التعويض وان استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي عوض  
عن كل الموهوب وان شاء  
رد ما بقي من العوض ويرجع في كل الموهوب إن كان قائما في يده ولم يحدث فيه  
ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا  
الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض (وجه) قوله إن معنى  
المعاوضة ثبت من الجانبين جميعا

فكما أن الثاني عوض عن الأول فالأول يصير عوضاً عن الثاني ثم لو استحق بعض الهبة الأولى كان للموهوب له أن



يرجع في بعض العوض فكذا إذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقا للمعاوضة  
(ولنا) ان الباقي يصلح عوضا عن كل الهبة ألا ترى انه لو لم يعوضه الا به في الابتداء كان عوضا مانعا عن الرجوع  
فكذا في الانتهاء بل أو لي لان البقاء أسهل الا ان للواهب أن يردده ويرجع في الهبة لان الموهوب له غره حيث  
عوضه لا سقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه  
لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لأنه إنما عوض ليسقط حق الرجوع في الهبة  
فإذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتا فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو  
استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع في نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة لأنه إنما  
جعل عوضا عن حق الرجوع في جميع الهبة فإذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص  
في السعر أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا وروى عن محمد في الاملاء  
وإنما لم تمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لأنه تبين له انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد افسد فيثبت الفسخ  
في الزوائد وان قال الموهوب له أرد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطا في  
العقد بل هر متأخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لا سقاط الرجوع وقد حصل له  
سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة فلم يكن له أن يرجع في العوض فإن كان العوض مستهلكا ضمن قابض العوض  
بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة  
العوض كذا ذكر في الأصل من غير خلاف وهو احدى روايتي بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله  
وروى بشر رواية أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة انه لا يضمن شيئا وهو قول أبي يوسف (وجه) رواية  
الأصل ان القبض في العوض ما وقع مجانا وإنما وقع مبطلا حق الرجوع في الأول فإن

لم يسلم المقصود منه بقي القبض  
مضمونا فكما يرجع بعينه لو كان قائما يرجع بقيمته إذا هلك (وجه) الرواية الأخرى ان  
العوض المتأخر عن العقد  
في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب  
غير مضمون بالهلاك هذا إذا كان  
الموهوب أو العوض شيئا لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه (فاما) إذا كان مما يحتمل  
القسمة فاستحق بعض أحدهما  
بطل العوض إن كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة إن كانت هي المستحقة فإذا بطل  
العوض رجع في الهبة وإذا  
بطلت الهبة يرجع في العوض لان بالاستحقاق تبين ان الهبة أو التعويض وقع في مشاع  
يحتمل القسمة وذلك باطل  
الثاني بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح  
بما تصح به الهبة ويطل بما  
تبطل به الهبة لا يخالفها الا في اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت حق الرجوع في  
الأولى ولا يثبت في الثانية (فاما)  
فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة لأنه تبرع بتمليك العين للحال وهذا معنى الهبة  
الا انه تبرع به ليسقط حق الرجوع  
عن نفسه في الهبة الأولى فكانت هبة مبتدأة مسقطه لحق الرجوع في الهبة الأولى ولو  
وجد الموهوب له بالموهوب عيبا  
فاحشا لم يكن له أن يردده ويرجع في العوض وكذلك الواهب إذا وجد بالعوض عيبا لم  
يكن له أن يرد العوض ويرجع  
في الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض إذا لم يكن مشروطا في  
العقد لم يكن عوضا على الحقيقة بل  
كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا في اسقاط الرجوع خاصة فإذا قبض  
الواهب العوض فليس لكل  
واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (اما) الواهب فلانه قد سلم له العوض عن  
الهبة وانه يمنع الرجوع (وأما)  
الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو سقوط حق الرجوع  
فيمنعه من الرجوع لقوله عليه  
الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها وسواء عوضه الموهوب له أو أجنبي  
بأمر الموهوب له أو بغير أمره  
لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب ولا  
على الموهوب له (أما) الواهب

فإنما لم يرجع في هبته لان الأجنبي إنما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام  
تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه

لم يرجع فكذا إذا عوض الأجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها (وأما) المعوض فإنه لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واسقاط حق التبرع قد سلم له ذلك وإنما لم يرجع على الموهوب له (أما) إذا كان بغير أمره فلانه تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونا عليه (وأما) إذا عوض بأمره لا يرجع عليه أيضا الا إذا قال له عوض عنى على أنى ضامن لأنه إذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الأمر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفارة يميني أو أد زكاتي ففعل لا يرجع بذلك على الأمر الا أن يقول له على أنى ضامن لأنه أمره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما إذا أمره غيره بقضاء الدين فقضاه انه يرجع على الأمر وان لم يقل على أنى ضامن نصا لان قضاء الدين مضمون على الأمر فإذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة مما يتجزأ ألا ترى انه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل (وأما) العوض المشروط في العقد فان قال وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ان عقده عقد هبة وجوزه جواز بيع وربما عبروا انه هبة ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل البض ولكل واحد منهما أن يرجع في سلته ما لم يقبضا وكذا إذا قبض أحدهما ولم يقبض الاخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع ويرد كل واحد منهما

بالعيب وعدم الرؤية ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة إذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شريطة القبض ولا يملك الرجوع (وجه) قوله إن معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تمليك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلف العبارة واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك (ولنا) انه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا بشبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملا بشبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الأول صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذي رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الوالد فيما يهب لولده احتج بما روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وهذا نص في الباب (ولنا) ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اتقوا الله وصلوا الأرحام فإنه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة فدخل تحت النص وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث محمول على النهي عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجدته يباع في السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك وسيدنا عمر رضي الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة لكن سماه عودا لتصوره

بصورة العود وهو نهى ندب لان الموهوب له يستحق فيسامحه في ثمنه فيصير  
كالراجع في بعضه والرجوع مكروه وهذا

المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده لان الولد لا يستحق عن المضايقة في الثمن  
لاستيفاء الثمن لمباشرة بينهما عادة فلم يكره  
الشراء حملناه على هذا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي رحم  
محرم فله أن يرجع لقصور معنى  
الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض وكذا إذا وهب لذي محرم لا رحم له  
لانعدام معنى الصلة أصلا  
ولو وهب لعبد ذي رحم ومولاه أجنبيا (فاما) إن كان المولى ذا رحم محرم من  
الواهب والعبد أجنبيا (واما)  
إن كان المولى والعبد جميعا ذوي رحم من الواهب فإن كان العبد ذا رحم محرم من  
الواهب والمولى أجنبيا فله أن  
يرجع بلا خف بين أصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وإنما الواقع للعبد صورة العقد  
بلا حكم وانه لا يفيد معنى  
العلة فانعدم معنى العوض أصلا وإن كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا  
اختلفوا فيه قال أبو حنيفة  
رضي الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمها الله لا يرجع (وجه) قولهما أن  
بطلان حق الرجوع بحصول  
الصلة لأنها في معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة إنما يتحقق لوقوع الحكم  
للقريب والحكم وقع للمولى فصار  
كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة  
رحمه الله أن الملك  
لم يثبت للمولى بالهبة لأنها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض إليه لا إلى المولى وإنما  
ثبت ضرورة تعدد الاثبات  
للعبد فأقيم مقامه وإذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع  
الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة  
لكن الهبة وقعت للمولى من وجه وللعبد من وجه لان الايجاب أضيف إلى العبد الملك  
وقع للمولى إذا لم يكن دين  
فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذي رحم محرم فإن كانا جميعا ذا  
رحم محرم من الواهب فقد ذكر  
الكرخي عن محمدان قياس قول أبي حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر في اسقاط  
الرجوع لان الملك لم يقع  
له وقرابة المولى أيضا لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الأصل في  
الهبة والامتناع معارض المسقط  
ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهند واني انه ليس له أن يرجع في هذه

المسألة في قولهم لان الهبة اما أن  
يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحمة كاملة والصلة الكاملة تمنع  
الرجوع والجواب انه لا يعتبر  
ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعا واعتبار حالهما لا  
يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم  
وعلى هذا التفريع إذا وهب لمكاتب شيئا وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو  
رحم محرم من الواهب انه ان  
أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها إن كان أجنبيا يرجع وإن كان قريبا لا  
يرجع لأنه لما أدى فعتق استقر  
ملكه فصار كأنه الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع إن كان أجنبيا وان ان  
قريبا لا يرجع كذا هذا وان  
عجز ورد في الرق فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى في القرابة  
وعدمها إن كان أجنبيا فللواهب أن  
يرجع وإن كان قريبا فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أو جبت ملكا موقوفا  
على المكاتب وعلى مولاه على  
معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجوده وان عجز ورد في الرق  
يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده  
كأن الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع في الأحوال كلها لان عنده  
كسب المكاتب يكون للمكاتب  
من غير توقف ثم ينتقل إلى المولى بالعجز كأنه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب إلى  
ورثته الثاني الزوجية فلا يرجع  
كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجرى مجرى صلة القرابة  
الكاملة بدليل انه يتعلق بها  
التوارث في جميع الأحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من  
الرجوع فكذا ما يجرى مجراها  
الثالث التوارث فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لأنه  
يطلب بها الثواب كالصدقة  
ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض  
بوعد الله تعالى وان لم يكن  
عوضا في الحقيقة إذا العبد لا يستحق على مولاه عوضا ولو تصدق على غنى فالقياس  
أن يكون له حق الرجوع لان  
التصدق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع الا  
انهم استحسنا وقالوا ليس له



ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الأغنياء ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه  
الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في

يده ففي الصدقة عليه ثواب وإذا كان الثواب مطلوباً من ذلك في الجملة فإذا أتى بلفظة الصدقة دل أنه أراد به الثوب  
وانه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوخ فنقول لا يمنع الرجوع في الهبة فللواهب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً  
وإن كان محتملاً للقسمة بان وهب داراً فباع الموهوب له نصفها مشاعاً كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذا لو لم يبع  
نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلية أنها لا تجوز في المشاع  
الذي يحتمل القسمة لأن القبض شرط جواز العقد والشياع ينحل في القبض الممكن من التصرف والرجوع فسخ  
والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوخ مانعاً من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً  
فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي  
فمسائل أصحابنا تدل على أنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء فإنهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة  
ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع وكذا لا تقف صحته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض  
وكذا لو وهب لانسان شيئاً ووهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة  
لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على أن الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفر انه هبة مبتدأة (وجه) قوله إن  
ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيهما فأشبهه الرد بالعيب فيعتبر عقداً جديداً في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض  
والدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكر محمد في كتاب الهبة ان الموهوب له إذا رد الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث  
وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) ان الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي  
والدليل على أنه مستوفى حق نفسه بالفسخ ان الهبة عنقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً له فلا  
يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي انه يعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث لأنه لاحق  
للمشترى في الفسخ وإنما حقه في صفة السلامة فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق

الفسخ ضرورة فتوقف لزوم  
موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي (وأما) ما ذكر محمد فمن أصحابنا من  
التزم وقال هذا يدل على أن الرجوع  
بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل يدل على أنه فسخ فكان في المسألة  
روايتان (ومنهم) من قال هذا لا يدل  
على اختلاف الروايتين لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهما في الرد في  
حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا  
ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالإقالة فإنها  
فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما وإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد  
الموهوب إلى قديم ملك الواهب  
ويملكه الواهب وان لم يقبضه لان القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم  
الملك كالفسخ في باب البيع  
والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن  
لان قبض الهبة قبض غير مضمون  
فإذ انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير  
مضمونا عليه الا بالتعدي  
كسائر الأمانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به ولكن الموهوب له  
وهب الموهوب للواهب  
وقبله الواهب الأول لا يملكه حتى يقبضه وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو  
بقضاء القاضي وليس للموهوب  
له أن يرجع فيه وكذا الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ  
الهبة لا لفظ الفسخ وملك  
الواهب لا يزول الا بالقبض بخلاف ما إذ تراضيا على الرجوع ان الواهب يملكه بدون  
القبض لان انفاقهما على  
الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم إذا قبضه الواهب قام  
ذلك مقام الرجوع لان  
الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح  
الرجوع فيها  
(فصل) وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ اما بالإقالة أو الرجوع  
بقضاء القاضي أو التراضي  
على ما بينا وإذا انفسخ العقد يعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب نفس الفسخ من  
غير الحاجة إلى القبض لما ذكرنا  
فيما تقدم



(۱۳۴)

\* (كتاب الرهن) \*

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه مرهونا وما يبطل به الركن وما لا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن

والعدل أما ركن عقد الرهن فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بمالك علني من الدين أو

يقول هذا الشيء رهن بدينك وما يجرى هذا المجرى ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت وما يجرى مجراه

فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئا بدراهم ودفع إلى البائع ثوبا وقال له امسك هذا الثوب حتى أعطيك

الضمن فالثوب رهن لأنه أتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني

(فصل) وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى نفس الرهن وبعضها يرجع إلى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع إلى

المرهون وبعضها يرجع إلى المرهون به (أما) الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقا بشرط ولا مضافا إلى

وقت لان في الرهن والارتهان معنى الايفاء والاستيفاء فيشبه البيع وانه لا يحتمل التعليق بشرط والإضافة إلى وقت

كذا هذا (وأما) الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي

لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لان ذلك من

توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة ولان الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا

السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

استقرض بالمدينة من يهودي طعاما ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا في الحضر ولان ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى

توثيق الدين يوجد في الحاليين وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والانكار وتذكره عند السهو والنسيان والتنصيب

على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو اخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى

فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا (وأما) الذي يرجع إلى المرهون فأنواع (منها) أن يكون

محلا قابلا للبيع وهو أن يكون موجودا وقت العقد مالا مطلقا متقوما مملوكا معلوم ما مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ما تلد أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتها ولا رهن صيد الحرم والاحرام لأنه ميتة ولا رهن الحر لأنه ليس بمال أصلا ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق والكاتب لأنهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالا مطلقة ولا رهن بالخمير والخنزير من المسلم سواء كان العاقد ان مسلمين أو أحدهما مسلم لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاءه ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر واستيفاءه الا أن الراهن إذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لان الرهن إذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم وخمر الذمي مضمون على المسلم بالغصب وإذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتها نهما منهم لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لأنها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير اذنه بولاية شرعية كالأب والوصي يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لان الرهن لا يخلو (أما) ان يجرى مجرى الايداع (وأما) ان يجرى مجرى المبادلة والأب يلي كل واحد منهما في مال الصغير فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فان هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الأب هلك بالأقل من قيمته ومما رهن به لان الرهن وقع صحيحا وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الأب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس

(۱۳۵)

له أن يسترده قبل قضاء القاضي لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يؤمر الأب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين إذا لا يمكنه الوصول إلى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الأب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من إنسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم إن المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن انه يرجع بجميع ما قضى على المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصي في جميع ما ذكرنا حكم الأب وإنما يفترقان في فصل آخر وهو انه يجوز للأب أن يرتهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير وإذا هلك يهلك بالأقل من قيمته ومن يسترده إذا كان الأب يشهد على الارتهان وإن كان يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الا بتصديق الولد ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لأجل الولد وإذا هلك بعد ذلك فيهلك بالأقل من قيمته ومن الدين إذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وإن كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدقه الولد بعد الادراك والوصي لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشكل لأنه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما إن كان يجوز البيع والشراء لكن إذا كان خيرا لليتيم ولا خير له في الرهن لأنه يهلك أبدا بالأقل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يحز وكذلك يجوز رهن مال الغير بإذنه كما لو استعار من إنسان شيئا ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ايفاء الدين وقضاؤه والانسان بتسبيل من أن يقضى دين نفسه بمال غيره باذنه ثم إذ أذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما إن كان مطلقا واما كان مقيدا فإن كان مطلقا فالمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأي جنس شاء وفي أي مكان كان ومن أي انسان أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وإن كان مقيدا بان سمي قدرا أو جنسا أو مكانا



أو انسانا يتقيد به حتى لو  
اذن له أن يرهنه بعشرة لم يجزله أن يرهنه بأكثر منهما ولا بأقل لان المتصرف باذن  
يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم  
بتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالأكثر ولا بالأقل أيضا لان المرهون مضمون  
والمالك إنما جعله مضمونا بالقدر وقد  
يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مفيدا وكذلك لو اذن له أن يرهنه  
بجنس لم يجزله أن يرهنه بجنس آخر لان  
قضاء الدين من بعض الأجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقييد بالجنس مفيدا  
وكذا إذا اذن له أن له يرهنه بالكوفة  
لم يجزله أن يرهنه بالبصرة لان التقييد بمكان دون مكان مفيد فيتقيد بالمكان المذكور  
وكذا إذا اذن له ان يرهنه من  
انسان بعينه لم يجزله أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين  
مفيدا فان خالف في شئ مما  
ذكرنا فهو ضامن لقيمته إذا هلك لأنه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا  
وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن  
لان الرهن لم يصح فبقي المرهون في يده بمنزلة المغصوب فكان له أن يأخذه منه  
وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون  
لا قبل الرهن ولا بعد الانفكاك فان فعل ضمن لأنه لم يأذن له الا بالرهن فان انتفع به  
قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته  
برئ من الضمان حين رهن ذكره في الأصل لأنه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه  
فقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان  
كالمودع إذا عاد إلى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما إذا استعار العين لينتفع  
بها فخالف ثم عاد إلى الوفاق انه  
لا يبرأ عن الضمان لان المستعير للانتفاع ليست يده يد المالك بل يد نفسه حيث تعدو  
المنفعة إليه فلم تكن بالعود إلى  
الوفاق رادا للمال إلى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (فأما) المستعير للرهن فيده قبل  
الرهن يد المالك فإذا عاد إلى الوفاق  
فقد رد المال إلى يد المالك فيبرأ عن الضمان وإذا قبض المستعير العارية فهلك في يده  
قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لأنه  
هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لأقبض ضمان  
وكذلك إذا هلك في يده بعده  
مالفكه؟ من يد المرتهن لأنه بالافتكاك من يد المرتهن عاد عارية فكان الهلاك في قبض  
العارية ولو وكل الراهن يعنى

المستعير بقبض الرهن من المرتهن أحدا فقبضه فهلك في يد القابض فإن كان القابض  
في عياله لم يضمن لان يده كيده

(١٣٦)

والمالك رضى بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضيا بيده وان هلك في يد المرتهن وقدرهن على الوجه الذي أذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لأنه قضى دين نفسه من مال الغير بإذنه بالرهن إذا لرهن قضاء الدين ويتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لأنه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لانسان فقضى دين نفسه بمال الوديعة باذن صاحبها فما قضى يكون مضمونا عليه وما لم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك لا يكون متبرعا ويرجع بجميع ما قضى عالي المستعير وذكر الكرخي انه يرجع بقدر ما كان يملك الدين وبه ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعا فيها حتى لو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن الف فقضى المالك ألفين فإنه يرجع على المستعير بألفين وعلى ما ذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فإذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعا فيها (وجه) القول الآخر ان المالك مضطر إلى قضاء كل الدين الذي رهن به لأنه علق ماله عند المرتهن بحيث لا فكاك له الا بقضاء الدين فكان مضطرا في قضاء الكل فكان مأذونا فيه من قبل الراهن دلالة كانه وكله بقضاء دينه فقضاه المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمتنع من قبض الدين من المعير ويجبر على القبض ويسلم الرهن إليه لان له ولاية قضاء الدين لتخاص ملكه وإزالة العلق عنه فلا يكون للمرتهن ولاية الامتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما افتكته فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الضمان إنما وجب على المستعير لكونه قاضيا دين نفسه من مال الغير بإذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والأصل فيه ان كل مالا يجوز بيعه لا

يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك  
في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في  
القبض في مواضع في بيان انه شرط  
جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وماهيته وفي بيان أنواعه (اما)  
الأول فقد اختلف العلماء فيه قال  
عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركنا كالقبول حتى  
أن من حلف لا يرهن فلانا شيئا  
فرهنه ولم يقبضه يحنث عندنا وعنده لا يحنث كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله  
تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ولو  
كان القبض ركنا لصار مذكورا بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة  
معنى فدل ذكر القبض مقرونا بذكر  
الرهن على أنه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح  
قول العامة لقوله تبارك وتعالى  
فرهان مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضا فيقتضى أن يكون القبض فيه  
شرطا صيانة لخبره تعالى عن  
الخلف ولأنه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقدنا على  
أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز  
الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه  
رهنا ليس له ذلك لان هذا شرط  
فاسد أدخله في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقدنا على أن يكون في يد العدل وقبضه  
العدل جاز ويكون قبضه كقبض  
المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح  
قول العامة لقوله تبارك وتعالى  
فرهان مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل برضا المرتهن  
قبض المرتهن معنى ولو قبضه  
العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد على آخر ووضعه في يده جاز لأنه جاز  
وضعه في يد الأول لتراضيهما فيجوز  
وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا إذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد  
المرتهن ووضعه في يده لأنه جاز ووضعه  
في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء كذا إذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن  
يكون في يد الراهن ووضعه في  
يده جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده  
ويد الأجنبي سواء ولو رهن رهنا

وسلط عدلا على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الأجل فالرهن باطل لان صحته  
بالقبض والبيع صحيح لان صحة

التوكيل لا تقف صحته على القبض فصح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن  
مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل  
والوكالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا في الامساك وعدلا في البيع جاز لان كل  
واحد منهما أمر مقصود فيصح  
افراده بالتوكيل (وأما) بيان شرائط صحته فأنواع (منها) أن يكون باذن الراهن لما ذكرنا  
في الهبة ان الاذن بالقبض شرط  
صحته فيما له صحة بدون القبض وهو البيع فلأن يكون شرطا فيما لا صحة له بدون  
القبض أولى ولان القبض في هذا الباب  
يشبه الركن كما في الهبة فيشبهه القبول وذا لا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم  
نقول الاذن نوعان نص وما يجرى  
مجرى النص دلالة فالأول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو اقبض وما  
يجرى هذا المجرى فيجوز قبضه  
سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة ان لا يجوز  
بعد الافتراق والثاني نحو أن  
يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهائه فيصح قبضه استحسانا وقياس قول زفر  
في الهبة أن لا يصح كما  
لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن  
كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل  
أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان انه  
وجدا لاذن ههنا دلالة  
الاقدام على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد إلى ايجاب حكمه ولا ثبوت لحكمه  
الا بالقبض ولا صحة للقبض بدون  
الاذن فكان الاقدام على الايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام دلالة الاذن بالقبض في  
المجلس لا بعد الافتراق فلم  
يوجد الاذن هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن  
الاقدام على ايجابه دليل  
القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيئا متصلا بما لم يقع عليه الرهن  
كالثمن المعلق على الشجر ونحوه مما  
لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز  
قبضه سواء كان الفصل  
والقبض في المجلس أو في غيره لان الايجاب ههنا لم يقع صحيحا فلا يستدل به على  
الاذن بالقبض وان قبض باذنه  
فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في

الهبة والله الموفق (ومنها) الحيازة  
عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع  
صحيح (وجه) قوله إن الشياح  
لا يقدر في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم  
الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع  
المرهون واستيفاء الدين من بدله على ما نذكر والشيوخ لا يمنع جواز البيع وشرطه هو  
القبض وانه ممكن في النصف  
الشائع بتخلية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس  
بمرهون فلا يصح قبضه  
وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أولا يحتملها لان الشيوخ يمنع تحقق قبض الشائع  
في النوعين جميعا بخلاف الهبة فان  
الشيوخ فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على  
ما ذكر نافي كتاب الهبة وانه  
بخص المقسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ما نذكر إن شاء الله تعالى  
وسواء كان مقارنا للعقد أو طرأ عليه  
في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشيوخ الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد  
على الصحة صورته إذا  
رهن شيئا وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء مجتمعا أو متفرقا فباع نصفه  
شائعا أو استحق بعض الرهن  
شائعا (وجه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء  
أسهل من حكم الابتداء لهذا فرق  
الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الأحكام كالعدة الطارئة والإباق الطارئ  
ونحو ذلك فكون الحيازة شرطا  
في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان  
المانع في المقارن كون الشيوخ مانعا  
عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على  
الصحة ولو رهن رجلان رجلا  
عبدا بدين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى أن للمرتهن أن  
يمسكه حتى يستوفى كل الدين وإذا  
قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل  
العبد بما عليه من الدين لا نصفه  
وإن كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون  
مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن

فإنه يجوز رهن مال الغير بإذنه لما بينا واقدامهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن  
من كل واحد منهما فصار كل العبد



رهننا بكل الدين ولا استحالة في ذلك لان الرهن حبس وليس يمتنع أن يكون العبد الواحد محبوسا بكل الدين فلم يكن هذا رهن الشائع فجاز وليس لأحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد إذا قضى ما عليه من الدين لان كله مرهون بكل الدين فما بقي شئ من الدين بقي استحقاق الحبس وكذلك إذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شريكان فيه أو لا شركة بينهما جاز وإذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيئا من الرهن لأنه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد يصلح رهننا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة انها غير جائزة لان الهبة تملك وتمليك شئ واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محال والعاقل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة في كون الشئ الواحد محبوسا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير أنه وإن كان محبوسا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونا الا بحصته حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما بقدره لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا الدين من مالية الرهن وانه لا يفي لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما بقدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بان اشترى رجلان من رجل شيئا فأدى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيئا من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفى ما على الآخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن فما بقي جزء من الثمن بقي استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز لانعدام الشيوع وعلى هذا الأصل تخرج زيادة الدين على الرهن انها لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة الكلام في الزيادات انها أنواع أربعة زيادة الرهن وهي نماؤه كالولد واللبن والثمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن أو في حكم المتولد منه بأن كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو في حكم الجزء كالأرش والعقر وزيادة الرهن على أصل الرهن كما إذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبدا أو غير ذلك رهننا بذلك الدين وزيادة الرهن على

نماء الرهن كما إذا رهن بالدين  
جارية فولدت ولدا ثم ماتت الجارية ثم زاد هنا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما  
إذا رهن عبدا بألف ثم إن الراهن  
استقرض من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بالأول وزيادة جميعا (أما)  
زيادة الرهن فمرهونة عندنا على  
معنى انه يثبت حكم الأصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعي  
رحمه الله ليست بمرهونة  
أصلا والمسألة تأتي في بيان حكم الرهن إن شاء الله تعالى (أما) زيادة الرهن فجائزة  
استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو  
قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثمن وقد مرت المسألة في  
كتاب البيوع (وأما) زيادة الرهن  
على نماء الرهن بعد هلاك الأصل فهي موقوفة ان بقي الولد إلى وقت الفكك جازت  
الزيادة وان هلك لم تجز لأنها إذا  
هلكت تبين انها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (وأما) زيادة  
الدين على الرهن فهي على  
الاختلاف الذي ذكرنا انه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف جائزة  
(وجه) قوله إن الدين في باب الرهن  
كالثمن في باب البيع بدليل انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن ثم  
هناك جازت الزيادة في الثمن  
والمثمن جميعا فكذا هنا تجوز الزيادة في الرهن والدين جميعا والجامع أبين البابين ان  
الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد  
كان العقد ورد علين الأصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عبيدين ابتداء وذا  
جائز كذا هذا (وجه) قولهما ان  
هذا الزيادة لو صحت لا وجبت الشئوع في الرهن وانه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك  
أنها لو صحت لصار بعض العبد  
بمقابلتها فلا يخلو (أما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقاءه مشغولا بالأول  
(أما) أن يفرغ من الأول ويصير  
مشغولا بالزيادة لا سبيل إلى الأول لان المشغول بشئ لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل  
إلى الثاني لأنه رهن بعض  
العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما إذا رهن عبدا واحدا بدينين مختلفين  
لكل واحد منهما بعضه بخلاف  
زيادة الرهن على أصل الرهن لان الزيادة هناك لا تؤدي إلى شئوع الرهن بل إلى شئوع  
الدين لان قبل الزيادة

كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة  
بمقابلة البعض الآخر فيرجع

الشيوع إلى الدين لا إلى الرهن والشيوع في الدين لا يمنع صحة الرهن وفي الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجز لذلك افترق حكم الزياتين ولو رهن مشاعا فقسم وسلم جاز لأن العقد في الحقيقة وقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فإذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فإن كان مشغولا به بأن رهن دار فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أو رهن جوالقا دون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمة مع ما فيه لم يجز لان معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيا دون الدار وخلقى بينه وبين الدار جاز بخلاف ما إذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة وخلقى بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز الرهن فيهما جميعا لأنه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم الآخر فان جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا بالدار (أما) في الدار فلان المانع وهو الشغل قد زال وأن فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يجز الرهن في الدار وجاز في المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فان هناك يراعى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم تجز الهبة في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (أما) في المتاع فلانه غير مشغول بالدار (وأما) في الدار فلأنها وإن كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا والراهن والمرتهن في جوف الدار فقال الراهن سلمتها إليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم وهو

التخلية لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد  
من تسليم جديد بعد الخروج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن  
حتى يلقي الحمل عنها ثم يسلمها إلى  
المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعتها إليه كان رهنا تاما في الحمل لان الدابة  
مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا  
بالدابة كما في رهن الدار التي فيها المتاع بدون المتاع ورهن المتاع الذي في الدار  
بدون الدار ولو رهن سرجا على دابة  
أو لجاما في رأسها أو رسنا في رأسها فدفع إليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم  
يكن رهنا حتى ينزعه من رأس الدابة ثم  
يسلم بخلاف ما إذا رهن متاعا في الدار لان السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح  
رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن  
الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فإنه ليس تبعا للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها  
سرج أو لجام دخل ذلك في  
الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما إذ رهن جارية واستثنى ما في بطنها أو بهيمة  
واستثنى ما في بطنها انه لا يجوز  
الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلانه لو جاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون  
وأما العقد فلان استثناء  
ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشروط الفاسدة كالبيع بخلاف الهبة  
ولو أعتق ما في بطن جاريته  
ثم رهن الام أو دبر ما في بطنها ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام في الهبة وقد مر  
الكلام في الهبة ومنها أن يكون  
المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فإن كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح  
قبضه لان قبض المرهون وحده  
غير ممكن والمتصل به غير مرهون فأشبهه رهن المشاع وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا  
رهن الأرض بدون البناء  
أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الأرض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر  
بدون الشجر انه لا يجوز  
سواء سلم المرهون بتخلية الكل أو لا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع  
صحة القبض ولو جد الثمر  
وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في عقد  
الرهن فرهنهما جميعا وسلم  
متفرقا جاز وان فرق الصفقة بان رهن الزرع ثم الأرض أو الأرض ثم الزرع ينظر ان  
جمع بينهما في التسليم جاز الرهن

فيهما جميعا وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الأول  
لان المانع في الفصلين مختلف

فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل هو الاتصال وانه لا يختلف والمانع من صحة القبض في الفصل الأول هو الشغل وانه يختلف مثال هذا إذا رهن نصف داره مشاعا من رجل ولم يسلم إليه حتى رهنه النصف الباقي وسلم الكل انه يجوز ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا إذا رهن صوفا على ظهر غنم بدون الغنم انه لا يجوز لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جزه وسلمه جاز لان المانع قد زال وعلى هذا أيضا إذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغة جاز لما فلنا بخلاف ما إذا رهن ما في بطن جاريتة أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو رهن سمنا في لبن أو دهنا في سمس أو زيتا في زيتون أو دقيقا في حنطة انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض لأن العقد هناك لم ينعقد أصلا لعدم المحل لكونه مضافا إلى المعدوم ولهذا لم ينعقد البيع المضاف إليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منعقد موقوف نفاذه على صحة التسليم بالفصل والتمييز فإذا وجد فقد زال المانع ولو رهن الشجر بمرضعه من الأرض جاز لان قبضه ممكن ولو رهن شجر أو فيه ثمر لم يسمه في الرهن دخل في الرهن بخلاف البيع انه لا يدخل الثمر في بيع الشجر من غير تسمية لأنه قصد تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحا له بخلاف البيع فإنه يصح في الشجر بدون الثمر ولا ضرورة إلى ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنتك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيئا دخل فيه كل ما كان متصلا به من البناء والغرس لان ذلك يدخل في البيع مع أن القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل في الرهن أولى الا انه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل في البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع انه لا يدخل في رهن الدار ويدخل الثمر في رهن الشجر لان الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر إلى الباقي إن كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء لا يفسد الرهن فيه وإن كان

مما لا يجوز رهنه ابتداء فسد  
الرهن في الكل لأنه لما استحق بعضه تبين ان العقد لم يصح في القدر المستحق وانه لم  
يقع الاعلى الباقي فكأنه رهن هذا  
القدر ابتداء فينظر فيه إن كان محلا لابتداء الرهن يبقى الرهن فيه والا فيفسد في الكل  
كما لو رهن هذا القدر ابتداء الا انه  
إذا بقي الرهن فيه يبقى بحصته حتى لو هلك الباقي يهلك بحصته من الدين وإن كان  
في قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب  
جميع الدين وإذ رهن الباقي ابتداء وفيه وفاء بالدين فهلك يهلك بجميع الدين وان شئت  
ان تجعل الحيازة شرطا مفردا  
وخرجت المشاع على هذا الأصل لأنه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان  
تخريجه على مستقيما فافهم  
ومنها أهلية القبض وهي العقل لأنه يثبت به أهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلا تثبت  
به أهلية الشرط أولى وأما  
تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتفاع  
الموانع وانه يحصل بتخلية الراهن  
بين المرهون والمرتهن فإذا حصل ذلك صار الراهن مسلما والمرتهن قابضا وهذا  
جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي  
يوسف انه يشترط معه النقل والتحويل فما لم يوجد لا يصير قابضا وجه هذه الرواية ان  
القبض شرط صحة الرهن قال  
الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ومطلق القبض ينصرف إلى القبض الحقيقي ولا يتحقق  
ذلك الا بالنقل فاما التخلي  
فقبض حكما لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية ان التخلي بدون النقل والتحويل  
قبض في العرف والشرع أما  
العرف فان القبض يرد على مالا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار يقال هذه  
الأرض أو هذه القرية أو هذه  
الولاية في يد فلان فلا يفهم منه الا التخلي وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فان  
التخلي في باب البيع قبض  
بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة  
وشريعة فيكتفى به وأما بيان أنواع  
القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الأصالة ونوع بطريق الأصالة  
ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق  
الأصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وأما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع إلى  
القابض ونوع يرجع إلى



نفس القبض أما الذي يرجع إلى القابض فنحو قبض الأب والوصي عن الصبي وكذا  
قبض العدل يقوم مقام قبض

المرتهن حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن لان نفس القبض مما  
يحتمل النيابة ولان قبض الرهن قبض  
استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة وأما الذي يرجع إلى نفس القبض فهو ان  
المرهون إذا كان مقبوضا  
عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالأصل فيه ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبه  
ان القبضين إذا تجانسا ناب  
أحدهما عن الآخر وإذا اختلفا ناب الاعلى عن الأدنى وقد بينا فقه هذا الأصل وفروعه  
فيما تقدم وان شئت  
عددت الحيازة والفراغ والتمييز من شرائط نفس العقد فقلت ومن شرائط صحة العقد  
أن يكون المرهون محوزا عندنا  
وبنيت المشاع عليه وان شئت قلت ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعي رحمه الله  
ليس بشرط وبنيت عليه  
المشاع (ولنا) في اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة أخبر الله  
سبحانه وتعالى ان المرهون  
مقبوض فيقتضى كونه مقبوضا ما دام مرهونا لان اخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل  
الحلف والشيوع يمنع دوام القبض  
فيمنع صحة الرهن والثاني ان الله تبارك وتعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا في  
متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في  
اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي حبيسة بكسبها فيقتضى أن  
يكون محبوسا ما دام مرهونا  
والشباع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما  
لا يحتملها لان الشيوع يمنع إدامة  
القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيوع مقارنا أو طارئا في ظاهر الرواية لان كل ذلك  
يمنع دوام القبض وسواء كان  
الرهن من أجنبي أو من شريكه لأنه لو جاز لا مسكه الشريك يوما بحكم الملك ويوما  
بحكم الرهن فتختلف جهة القبض  
والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ويصير كأنه رهنه يوما ويوما لا وذا  
لا يجوز وعلى ها أيضا  
يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لان اتصاله بعين المرهون يمنع من إدامة  
القبض عليه وانه شرط جواز  
الرهن ومنها أن يكون فارغا ما ليس بمرهون ومنها أن يكون منفصلا مميزا عما ليس  
بمرهون وخرجت على كل واحد  
منهما مسائله التي ذكرنا فافهم (أما) الذي يرجع إلى المرهون به فأنواع منها أن يكون

مضمونا والكلام في هذا الشرط يقع في موضعين أحدهما في أصل اشتراط الضمان والثاني في صفة المضمون أما الأول فاصل الضمان هو كون المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عند هلاكه أو بمعنى استيفاء الواجب ولسنا نعنى بالمضمون سوى أن يكون واجب التسليم على الراهن المضمون نوعان دين وعين أما الدين فيجوز الرهن به باي سبب وجب من الاتلاف الغصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها فكان الرهن بها رهنا بمضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتلمه كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه قوله إن سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يكون القول بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين أن يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرن إن شاء الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعى المجانسة قلنا المجانسة قلنا ثابتة من وجه لان الاستيفاء يقع بمالية الرهن لا بصورته والأموال كلها فيما يرجع إلى معنى المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة ويكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما في اتلاف مالا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب الرهن لحاجة الناس إلى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فأمكن القول بالاستيفاء إذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك الرهن في المجلس ثم الصرف والسلم لأنه صار مستوفيا عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان لم يملك حتى افترقا بطلا لفوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس وأما العين فنقول لا خلاف في أنه لا يجوز الرهن بالعين التي هي

أمانة في يد الراهن كالوديعة والعارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر  
ونحوها فإنها ليست بمضمونة أصلاً

وأما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عند هلاكه إن كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة ولا خلاف في أنه يجوز الرهن به وللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يسترد العين فان هلك المرهون في يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للراهن سلم العين إلى المرتهن وخذ منه الأقل من قيمة الرهن ومن الدين لان المرهون عندنا مضمون بذلك فإذا وصل إليه العين يجب عليه رد قدر المضمون إلى الراهن فان هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بها رهنا بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالأقل من قيمته وقيمة العين لان قيمة العين بدلها وبدل الشئ قائم مقامه كأنه هو وأما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالمبيع في يد البائع ليس هو مضمونا بنفسه الا ترى انه لو هلك في يده لا يضمن شيئاً بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشتري إذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر في كتاب الصرف انه يجوز وله ان يحبسه حتى يقبض المبيع وان هلك في يده قبل القبض يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه وله أن يقبض المبيع إذا أوفى ثمنه وعليه أيضاً ضمان الأقل بهلاك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لان اهلاك المبيع قل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري أن يرد الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الأقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لأنه وان هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بعوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسين عن أبي حنيفة انه لا يصح الرهن وبه اخذ الكرخي وجه رواية الحسن ان قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لان المشتري لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن إنما يسقط عنه الثمن لاغير (وجه) ظاهر الرواية ان الاستيفاء ههنا يحصل من حيث المعنى لأن المبيع قبل القبض ان لم يكن مضمونا بالقيمة فهو مضمون بالثمن ألا ترى انه لو هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن

عنه كالعوض عن هلاك المبيع  
فيحصل مستوفيا مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون  
بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج  
امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيئا بدراهم بعينها فأعطى بها رهنا لم يجز عند  
أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر  
يجوز بناء على أن الدارهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات وان عينت فكان  
الواجب على الراهن مثلها  
لا عينها فلم يكن المعين مضمونا فلم يجز الرهن به وعنده يتعين بالتعيين بمنزلة العوض  
فكان المعين مضمونا فجاز الرهن به  
ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لان المكفول به ليس بمضمون على الكفيل الا ترى  
أنه لو هلك لا يجب على  
الراهن شيء ولا يسقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لان الشفعة ليست  
بمضمونة على المشتري بدليل  
أنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يسقط عن المرتهن بشيء بمقابلته فكان رهنا بما ليس  
بمضمون فلم يجز ولا يجوز  
الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون لأنه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط  
عن المرتهن شيء بمقابلته فلم يكن  
مضمونا أصلا فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن بأجرة النائحة والمغنية بان استأجر  
معينة أو نائحة وأعطاهما بالأجرة  
رهنا لان الإجارة لم تصح فلم تجب الأجرة فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولو  
دفع إلى رجل رهنا ليقرضه فهلك  
الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضمونا بالأقل من قيمته ومما سمي من القرض وان حصل  
الارتهان بما ليس بمضمون  
لكنه في حكم المضمون لأنه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان  
والمقبوض على جهة شيء  
كالمقبوض على حقيقته في الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (أما) صفة المضمون  
فنوعان (أحدهما) متفق  
عليه (والثاني) مخلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضمونا في الحال فلا يصح  
الرهن بما يصير مضمونا في الثاني  
كالرهن بالدرك بان باع شيئا وقبض الثمن وسلم البيع إلى المشتري فخاف المشتري  
الاستحقاق فاخذ بالثمن من  
البائع رهنا قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو  
هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك

أولم يوجد وكذا ارتهن بما يثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة  
فان الكفالة بما يصير مضمونا في

الثاني جائزة كما إذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه للحال ولا شيء للحال يستوفي واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الايفاء واستيفاء أشبهه

البيع فلا يحتمل الإضافة إلى المستقبل كالبيع ولان القياس يأبى جوازهما جميعا لان كل واحد منهما يستدعى مضمونا الا أن الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما إذا دفع إلى إنسان رهنا ليقرضه ان الرهن يكون مضمونا وإن كان ذلك رهنا بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضمونا حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء بمنزلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لآخر ضمنت لك مالك على فلان إذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال إذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان في المسألة الأولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف إلى مضمون في الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الأجل على طريق التوسع وإنما تأثير التأجيل في تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لأنه لا مضمون هنالك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما إذا قال إذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدم فلان فكان عدما قبل وجود الشرط فلم توجد الإضافة إلى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لأنها لا تستدعى مضمونا في الحال بل في الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضمونا ظاهرا وباطنا أو كونه مضمونا من حيث الظاهر يكفي لجواز الرهن ذكر محمد في الجامع ما يدل على أن كونه مضمونا في الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضمونا حقيقة فإنه قال إذا ادعى على رجل ألفا وهي قرض عليه فجحدتها المدعى عليه ثم إنه صالح المدعى من ذلك على خمسمائة وأعطاه بها رهنا يساوي خمسمائة ثم تصادقا على أن ذلك المال كان باطلا وانه لم يكن للمدعى عليه شيء ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسمائة لان الدين كان ثابتا على الراهن من



حيث الظاهر ألا ترى أنهما لو اختصما إلى القاضي قبل أن يتصادقا ان القاضي يجبر المدعى عليه على ايفاء الخمسمائة فكان فهذا رهنا بما هو مضمون ظاهرا فيصح يدل عليه أن الرهن بجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلان يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبي يوسف انه لا يضمن شيئا لأنها لما تصدقا على أنه لم يكن عليه شيء تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلا فلم يصح وكذا ذكر في الجامع إذا اشترى من رجل عبدا بألف درهم وقبض العبد وأعطاه بالألف رهنا يساوي ألفا فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على أن العبد حر أو استحق العبد من يده يهلك مضمونا لان الألف كانت مضمونة على الراهن ظاهرا فقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم أو اشترى دنا من خل وأعطاه بالثمن رهنا فهلك الرهن ثم علم أن الشاة ميتة والخل خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبد انسان خطأ وأعطاه بقيمته رهنا ثم علم أن العبد حر كان المرهون مضمونا بالأقل من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف ينبغي أن لا يضمن في هذه المسائل أيضا لأنه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا على مال وأخذ رب المال بالمال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على أن الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهم في صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهنا بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبي يوسف لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فإن لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها انه لا يجوز لأنه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ويجوز الرهن بأرش الجناية لان استيفاء من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى هذا أيضا يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من

الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

(١٤٤)

أيضا يخرج الرهن بالكفالة بالنفس فإنه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن  
(فصل) وأما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفساد (أما الأول  
فله أحكام بعضها يتعلق بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه (أما الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة  
الأول ملك حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفكك أو ملك العين في حق الحبس على سبيل  
الدوام إلى وقت الفكك وكون المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل اللزوم إلى وقت الفكك والعبارات متفقة  
المعاني في متعارف الفقهاء (والثاني)  
اختصاص المرتهن ببيع المرهون اختصاصه بتمنه وهذان الحكمان أصليان للرهن عندنا  
(والثالث) وجوب تسليم المرهون عند الافتكك وقال الشافعي رحمه الله الحكم الأصلي للرهن واحد وهو كون  
المرتهن أحق ببيع المرهون وأخص بتمنه من بين سائر الغرماء (فأما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى أن  
المرهون إن كان شيئا يمن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فإذا أفرغ  
من الانتفاع رده إليه وإن كان شيئا لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده  
من يده احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو  
لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يغلق أي لا يحبس وعندكم  
يحبس فكان حجة عليكم وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن إلى الراهن بلام التمليك وسماه صاحبا له على  
لاطلاق فيقتضى أن يكون هو المالك للرهن مطلقا رقة وانتفاعا وحبسا ولان الرهن شرع توثيقا للدين وملك الحبس  
على سبيل الدوام يضاد معنى الوثيقة لأنه يكون في يده دائما وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهينا للدين لا  
توثيقا له ولان فيما قلت تعطيل العين المنتفع بها في نفسها من الانتفاع لان المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلا  
والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان تعطيل والتعطيل تسييب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى قوله ما

جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا)  
قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة أخبر الله تعالى بكون  
الرهن مقبوضا واخباره سبحانه  
وتعالى لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضا ما دام مرهونا ولان الرهن  
في اللغة عبارة عن الحبس قال الله  
عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أي حبس فيقتضى أن يكون المرهون محبوسا ما  
دام مرهونا ولو لم يثبت ملك  
الحبس على الدوام لم يكن محبوسا على الدوام فلم يكن مرهونا ولان الله تعالى لما  
سمى العين التي ورد العقد عليها رهنا  
وأنه ينبئ عن الحبس لغة كان ما دل عليه اللفظ لغة حكما له شرعا لان للأسماء  
الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ  
الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن  
يكون حكمه ما يقع به التوثيق  
للدين كالكفالة وإنما يحصل التوثيق إذا كان يملك حبسه على الدوام لأنه يمنع عن  
الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء  
الدين في أسرع الأوقات وكذا يقع الامن عن تواء حقه بالجحود والانكار على ما  
عرف ولا حجة له في الحديث  
لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أي لا يملك بالدين كذا قاله أهل  
اللغة غلق الرهن أي ملك بالدين  
وهذا كان حكما جاهليا فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة  
والسلام هو لصاحبه الذي رهنه تفسير  
لقوله لا يغلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أي زوائده وعليه غرمه أي نفقته  
وكنفه وقوله إن ما شرع  
له الرهن لا يحصل بما قلتم لأنه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطريقين لا  
يتوى بل يصير مستوفيا والاستيفاء  
ليس بهلاك الدين (أما) على الطريق الآخر فالهلاك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا  
يكون وإذا هلك فالهلاك ليس  
يضاف إلى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسيب  
ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير  
الراهن موفيا دينه في حق الحبس والمرتهن يصير مستوفيا في حق الحبس والايفاء  
والاستيفاء من منافع الرهن وإذا  
عرف حكم الرهن في حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم  
الأول وهو ملك الحبس فالمسائل

المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفيته أما الذي يتعلق  
بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن ان أجاز جاز لأن عدم النفاذ لمكان حقه فإذا رضى ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهنا سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهنا أولا في جواب ظاهر الرهن وروى عن أبي يوسف أنه لا يكون هنا الا بالشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عند البيع الا أنه إذا شرط عند الإجازة أن يكون مرهونا فلم يرض بزوال حقه عنه الا ببدل وإذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا (وجه) ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه ما زال حقه بالمبيع لأنه زال إلى خلف والزائل إلى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الأصل وسواء قبض الثمن من المشتري أو لم يقبضه لأنه يقوم مقام ما كان مقبوضا وان رده بطل لما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على إجازة المرتهن ان رده بطل وله أن يعيده رهنا وان أجازه جازت الإجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لأنه زال عن ملكه لا إلى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤجره من أجنبي بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الإجازة ولان الإجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان أجاز جازت الإجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الإجازة إذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والأجرة للراهن لأنها بدل منفعة مملوكة له وولاية قبض الأجرة له أيضا لأنه هو العاقد ولا تكون الأجرة ورهنا لان الأجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا (فاما) الثمن في باب البيع فبدل البيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا وكذلك لو آجره من المرتهن صحت الإجازة وبطل الرهن إذا جدد المرتهن القبض للإجازة (أما) صحة الإجازة وبطلان الرهن فلما ذكرنا (أما) الحاجة إلى

تجديد القبض فلان  
قبض الرهن دون قبض الإجارة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الإجارة  
أو بعد انقضائها يهلك أمانة  
ان لم يوجد منع من الراهن وان منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الإجارة ضمن كل  
قيمته لأنه صار غاصبا بالمنع  
وليس له أن يعيره من أجنبي بغير اذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعار وسلم فللمرتهن أن  
بيطل الإجارة ويعيده رهنا وان أجاز  
جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا إذا أعاره بإذن المرتهن بخلاف ما إذا  
آجره فأجاز المرتهن أو آجره باذنه  
أنه يبطل الرهن لان الإجارة عقد لازم ألا ترى ان أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير  
عذر فكان من ضرورة  
جوازها بطلان الرهن فاما الإجارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد في أي  
وقت شاء فجوازها لا يوجب  
بطلان عقد الرهن الا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى  
وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع  
بالمرهون حتى لو كان الرهن عبد أليس له أن يستخدمه وإن كان دابة ليس له أن  
يركبها وإن كان ثوبا ليس له أن يلبسه وإن كان  
دارا ليس له أن يسكنها وإن كان كمان مصحفا ليس له أن يقرأ فيه لان عقد الرهن يفيد  
ملك الحبس لا ملك  
الانتفاع فان انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لأنه صار غاصبا وليس  
له أن يبيع الرهن بغير اذن  
الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فلا يملكه المرتهن من غير  
اذن  
الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان أجازته جاز وكان الثمن رهنا وكذا  
إذا باع باذنه جاز كان ثمنه رهنا  
سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل  
على الشرط الذي ذكرنا لجواز  
الرهن وهو أن لا يكون المرهون دينا والثمن دينا في ذمة المشتري فكيف يصلح رهنا  
(والجواب) أن الدين  
يصلح رهنا في حال البقاء وإن كان لا يصلح ابتداء لأنه في حالة البقاء بدل المرهون  
وبدل المرهون مرهون لأنه قائم  
مقام المرهون كأنه هو بخلاف حالة الابتداء وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان  
ولو هلك في يد المشتري قبل

الإجازة لم يجز الإجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الإجازة والراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن



المشتري لان كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فان ضمن المرتهن جاز البيع والضمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لأنه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لأنه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل إنما يجوز البيع بتضمين المرتهن إذا سلم الرهن إلى المشتري أولاً ثم باعه منه فأما ما إذا باعه ثم سلمه فإنه لا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لأنه سبب وجوب الضمان وملك المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما إذا باع مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشتري بطل البيع لان بتضمين المشتري لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لأنه بدل المرهون ويرجع المشتري على البائع بالثمن لان البيع لم يصح وليس له ان يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير اذن الراهن لان الهبة والتصدق تمليك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كمالا يملك البيع فان فعل وقف على إجازة الراهن ان أجاز جاز وبطل الرهن وان در عاد رهنا كما كان ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الإجازة فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن فلا شك فيه لأنه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (أما الموهوب له والمتصدق عليه فلان الرجوع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والإجارة وليس له أن يؤجره من غير الراهن بغير اذنه لان الإجارة تمليك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فان فعل وقف على إجازة الراهن فان أجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الأجرة للراهن ولا تكون رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لان القبض من حقوق العقد والعقد هو المرتهن ولا يعود رهنا إذا انقضت مدة الإجارة لأن العقد قد بطل فلا يعود الا بالاستئناف وان رد بطل وأعاد رهنا كما كان

ولو أجره بغير اذن الراهن وسلمه إلى المستأجر فهلك في يده فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر وان شاء ضمن المستأجر لو جود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه ان ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه بأجرة قدر المستوفى من المنافع إلى وقت الهلاك لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه أجر ملك نفسه فصح وكانت الأجرة له لأنها بدل منفعة مملوكة له الا انها لا تطيب له وان ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لأنه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا أجرة عليه لان الأجرة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عاد رهنا كما كان لأنه لما استرده فقد عاد إلى الوفاق بعد ما خلف فأشبهه المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق والاجر للمرتهن لكن لا يطيب له كالعاصب إذا أقر المغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير اذنه لما ذكرنا في الإجارة فان أعاره وسلمه إلى المستعير فللراهن أن يبطل الإعارة فان هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فلانه ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه (أما) المستعير فلان الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الإجارة (أما) كون المضان رهنا فلانه بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لأنه عاد إلى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم ولو أعاره باذن الراهن أو بغير اذنه وأجار جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما نذكر بخلاف الإجارة فإنها تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له أن يرهنه بغير اذن الراهن لأنه لم يرض بحبس غيره فان فعل فللراهن الأول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده إلى يد المرتهن الأول لان الرهن الثاني لم يصح فلو هلك في يد المرتهن الثاني قبل الإعادة إلى الأول فالراهن الأول بالخيار ان شاء ضمن المرتهن الأول وان شاء ضمن المرتهن الثاني فان ضمن

المرتهن الأول جاز الرهن الثاني لأنه ملكه المرتهن الأول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك في يد المرتهن

الثاني يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لأنه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثاني بطل  
الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا  
على المرتهن الأول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الأول بما  
ضمن وبدينه (أما)  
الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه (أما) الرجوع بدينه فلان  
الرهن الثاني لم يصح فيبقى  
دينه عليه كما كان وان رهن عند الثاني باذن الراهن الأول جاز الرهن الثاني وبطل  
الرهن الأول (أما) جواز  
الرهن الثاني فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الأول فإذا أجاز الثاني بطل  
الأول ضرورة وصار كان  
المرتهن الأول استعار مال الراهن الأول ليرهنه بدينه فرهنه وليس له أن يودعه عند  
أجنبي ليس في عياله لان  
الراهن لم يرض الا بيده أو بيد من يده في معنى يده ويد الأجنبي الذي ليس في عياله  
ليست في معنى يده فان فعل وهلك  
في يد المودع ضمن كل قيمته لأنه صار غاصبا بالايداع وله أن يدفعه إلى من هو في  
عياله كزوجته وخادمه وأجير  
الذي يتصرف في ماله لان يد هؤلاء كيده الا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان  
الهلك في أيديهم كالهالك في يده  
والأصل في هذا أن للمرتهن ان يفعل في الرهن ما يعد حفظا له وليس له أن يفعل ما  
يعد استعمالا له وانتفاعا به وعلى  
هذا يخرج ما إذا ارتهن خاتما فجعله في خنصره فهلك ضمن كل قيمته لان التختم  
بالخنصر مما يتحمل به عادة  
فكان استعمالا له وهو مأذون في الحفظ لا في الاستعمال ويستوى فيه اليمنى واليسرى  
لان الناس يختلفون في  
التحمل بهذا النوع منهم من يتحمل بالتختم في اليمنى ومنهم من يتحمل به في اليسرى  
فكان كل ذلك  
استعمالا ولو جعله في بقية الأصابع فهلك يهلك هلاك الرهن لان التختم بها غير معتاد  
فكان حفظا لا استعمالا  
ولو لبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه إلى العرف والعادة فإن كان اللابس ممن  
يتحمل بخاتمين يضمن لأنه  
مستعمل له وإن كان ممن لا يتحمل به يهلك بما فيه لأنه حافظ إياه ولو رهنه سيفين  
فتقلد بهما يضمن ولو كانت  
السيف ثلاثة فتقلد بها لم يضمن لان التقلد بسيفين معتاد في الجملة فكان من باب

الاستعمال (فأما) بالثلاثة فليس  
بمعتاد فكان حفظا لا استعمالا وإن كان الرهن طيلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا يضمن  
وان جعله على عاتقه فهلك  
يهلك رهنا لان الأول استعمال والثاني حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن  
القاضي لان بيع ما يخاف  
عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضي له لان له ولاية في مال غيره  
في الجملة فان باع بغير  
اذنه ضمن لأنه لا ولاية له عليه وإذا باع بأمر الحاكم كان ثمنه رهنا في يده لأنه بدل  
المرهون فيكون رهنا وله أن  
يطالب الراهن بإيفاء الدين مع قيام عقد الرهن إذا لم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع  
لتوثيق الدين وليس من  
الوثيقة سقوط المطالبة بإيفاء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال الراهن بعه  
واستوف حقه فقال المرتهن  
لا أريد البيع ولكن أريد حقي فله ذلك لان الرهن وثيقة والبيع يخرج عن كونه رهنا  
فيبطل معنى الوثيقة  
فله أن يتوثق باستيفائه إلى استيفاء الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك إلى  
وقت كذا والا فهو لك بدينك  
أو بيع بحقك لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق  
بالشرط وليس للقاضي أن يبيع  
الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبي  
حنيفة عليه الرحمة وعندهما  
له أن يبيعه عليه وهي مسألة الحجر على الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر وكذلك  
ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس  
للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام في العدل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان ما للعدل  
أن يفعله في الرهن وما ليس  
له أن يفعله فيه والثاني في بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح والثالث في بيان  
ما ينعزل به العدل يخرج  
عن الوكالة وما لا ينعزل (أما) الأول فنقول وبالله التوفيق للعدل أن يمسك الرهن بيده  
ويبد من يحفظ ماله بيده  
وليس له أن يدفعه إلى المرتهن بغير اذن الراهن ولا إلى الراهن بغير اذن المرتهن قبل  
سقوط الدين لان كل واحد منهما  
لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه في يد العدل؟ ولو دفعه إلى أحدهما من غير رضا  
صاحبه فلصاحبه أن يسترده

ويعيده إلى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لأنه صار  
غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع

بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالإجارة والإعارة والرهن وغير ذلك لان الثابت له بالوضع في يده هو حق الامسك  
لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا الا إذا كان مسلطا على بيعه في عقد الرهن أو متأخرا عنه فله أن يبيعه  
لأنه صار وكيلا بالبيع الا أن التسليط إذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن وإذا كان متأخرا عن العقد  
يملك لما ذكرنا وله ان يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها مرهونة تبعا للأصل وكذا له أن يبيع ما هو قائم  
مقام الرهن نحو إن كان الرهن عبدا فقتله عبدا وفقاً عينه لأنه إذا قام مقامه جعل كان الأول قائم ثم إذا سلطه على  
البيع مطلقاً فله أن يبيعه باي جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما وباي قدر كان بمثل قيمته أن بأقل منه قدر  
ما يتغابن الناس فيه وبالنقد والنسيئة عند أبي حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الأجل لان الامر البيع مطلق وإذا باع  
كان الثمن رهنا عنده إلى أن يحل الأجل لان ثمن المرهون مرهون فإذا حل الأجل أو في دين المرتهن إن كان من  
جنسه وان سلط على البيع عند المحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند  
المحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهي  
مسألة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع باي ثمن كان عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بمالا  
يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير الا أنهما جواز ما في مسألة السلم بجنس المسلم فيه لان الامر  
بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب إلى القضاء منه ولو نهاء الراهن عن البيع بالنسيئة فان نهاء عند عقد  
الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لان التوكيل حصل مقيدا فيلزمه مرعاة القيد متأخر إذا كان التقييد مفيدا وهذا  
النوع من التقييد مفيد ولو نهاء متأخرا عن العقد لم يصح نهيهِ لان التقييد المتراخي ابطال من حيث الظاهر كالتخصيص  
المتراخي عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسحاً لا بيانا وإذا كان ابطالا لا يملكه الراهن كمالا يملك  
ابطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل ثم إذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهنا لأنه

صار ملكا للمشتري وصار ثمنه هو الرهن لأنه قام مقامه سواء كان مقبوضا أو غير مقبوض حتى لو ترى عند المشتري كان على المرتهن ويهلك بالأقل من قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر إلى قيمة المبيع بل ينظر إلى الثمن بعد البيع لان الرهن انتقل إلى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهنا فتعتبر قيمة الرهن ثم إن باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وإن باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين وقضى الدين منه لأنه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن ثم استحق في يد المشتري فللمشتري أن يرجع بالثمن على العدل لان العاقد وهو حقوق العقد في باب البيع ترجع إلى العاقد والعدل بالخيار إن شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وإن شاء رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن قبض الثمن من المرتهن لم يصح فله أن يسترد منه وإذا استرده عاد الدين على حاله (أما) الرجوع بما ضمن على الراهن فله أن يرجع بالعهد عليه وإذا رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لأنه صح قبضه هذا إذا سلم الثمن إلى المرتهن فإن كان هلك في يده قبل التسليم ليس له أن يرجع الأعلى الراهن لأنه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهده عمله عليه في الأصل لا على غيره إلا أن له أن يرجع على المرتهن إذا قبض الثمن لما ذكرنا فإذا لم يقبض وجب العمل الأصل فيرجع على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن المشتري وجد به عيبا كان له أن يرده على العدل لان الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع إلى العاقد والعاقد وهو العدل فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي أعطاه والعدل بالخيار إن كان رده عليه بقضاء القاضي إن شاء رجع على المرتهن إن كان سلم الثمن إليه وإن شاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلانه إذا رد عليه بعيب بقضاء القاضي فقد انفسخ البيع فكان له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهنا بالدين (أما) الرجوع على الراهن فلانه



وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهدۃ وإن كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فان رد العدل ما  
قبض من الثمن فلا يرجع على

أحد وإن كان هلك في يده وضمن في ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا في الاستحقاق ويكون المردود رهنا كما كان هذا إذا كان بيع العدل بتسليط مشروط في عقد الرهن فاما إذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سواء قبض المرتهن الثمن أو لم يقبضه لأنه وكيل الراهن وعهدة والوكيل فيما وكل به على موكله في الأصل لأنه عامل له فكان عهدة عمله عليه الا أن التسليط إذا كان مشروطا في العقد يثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما نذكر إن شاء الله تعالى فإذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه وإذا لم يكن مشروطا فيه لم يثبت التعليق فبقي حق الرجوع بالعهدة على الموكل على حكم الأصل وللعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لأنها مرهونة تبعا للأصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعا فله أن يبيعه كما له أن يبيع الأصل وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن بان قتل الرهن أو فقأ عينه فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثاني قائم مقام الأول لحما ودما فصار كان الأول قائم وللعدل أو يمتنع من البيع وإذا امتنع لا يجبر عليه إن كان التسليط على البيع بعد الرهن وإن كان في الرهن لم يكن له أن يمتنع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط إذا لم يكن مشروطا في الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلا محضا بالبيع فأشبه التوكيل بالبيع في سائر المواضع وإذا كان مشروطا فيه كان حق المرتهن متعلقا به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (أما) بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا في رهن عبد المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يد مولاه لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلا في رهن مولاه حتى لو رهن انسان شيئا على أن يضع في يد عبده المأذون يصح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلا في استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الأجنبي في استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الأجنبي

في استيفاء الدين من مولاه  
لذلك افترقا وعن أبي يوسف ان المولى يصلح عدلا في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح  
عدلا في رهن مولاه لان  
المكاتب حريدا فكان كل واحد منهما أجنبيا عما في يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح  
عدلا في رهن الكفيل  
وكذا الكفيل لا يصلح عدلا في رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح  
وكيلا في استيفاء الدين من  
صاحبه لأنه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبتفريغ ذمته عن الدين (أما) الكفيل فبتخليص  
نفسه عن  
الكفالة بالدين وأحد شريكي المفاوضة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة  
لان يد كل واحد منهما يد صاحبه  
فكان ما في يد كل واحد منهما كأنه في يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد  
الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا  
أحد شريكي العنان في التجارة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فإن  
كان من غير التجارة فهو جائز في  
الشريكين جميعا لان كل واحد منهما أجنبي عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن  
يده كيد صاحبه فوجد خروج  
الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب ولا المضارب في  
رهن رب المال حتى لو رهن  
المضارب شيئا من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو  
رهن رب المال على أن يضعه على  
يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد لرب المال وعمل رب المال كعمل  
المضارب فلم يتحقق خروج الرهن  
من يد الراهن فلم يجز الرهن والأب لا يصلح عدلا في رهنه بثمان ما اشترى للصغير بان  
اشترى الأب للصغير شيئا  
ورهن بثمان ما اشترى له على أن يضعه على يد نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لأنه  
لما شرط على أن يضعه في يد نفسه  
فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل  
يصلح الراهن عدلا في الرهن فإن كان  
الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط في عقد الرهن على أن يكون الرهن  
في يده فسد العقد لان قبض  
المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان  
شرط كونه في يده شرطا فاسدا

فيفسد الرهن وإن كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لأن العقد قد صح  
بالقبض والبيع تصرف من الراهن

في ملكه فكان الأصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فإذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (أما) بيان ما  
ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة ومالا ينعزل فنقول التسليط على البيع اما أن يكون في عقد الرهن واما أن يكون متأخرا عنه فإن كان في العقد فعزل الراهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة إذا كانت في العقد كانت تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وإن كان التسليط متأخرا عن العقد فللراهن أن يعزله وينعزل بموت الراهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن التسليط الطارئ على العقد والمقارن إياه سواء لأنه يلتحق بالعقد فيصبر كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد أو في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الراهن رضى به ولم يرض بغيره فإذا مات بطلت الوكالة لكن لا يبطل العقد ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما لأنه جاز الوضع في يد الأول في الابتداء بتراضيهما فكذا في يد الثاني في الانتهاء فان اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثاني أن يبيع الا أن يموت الراهن لان الراهن سبط الأول لا الثاني وعلى هذا تخرج نفقة الراهن انها على الراهن لا على المرتهن والأصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لان الملك له وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن لان اليد له إذا عرف هذا فنقول الرهن إذا كان رقيقا فطعامه وشرابه وكسوته على الراهن وكفنه عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وإن كانت دابة فالعلف وأجرة الراعي عليه وإن كان

بستانا فسقيه وتلقيح نخله  
وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان في قيمة الرهن فضل أو لم يكن لأن هذه  
الأشياء من حقوق الملك ومؤونات  
الملك على المالك والملك للراهن فكانت المؤنة عليه والخراج على الراهن لأنه مؤنة  
الملك (أما) العشر ففي الخارج  
يأخذه الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما إذا استحق بعض الرهن شائعا انه  
يبطل الرهن في الباقي (ووجه)  
الفرق ان الفساد في الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين  
ان الرهن في القدر المستحق  
لم يصح والباقي شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه في الخارج  
لا يخرج عن ملكه بدليل أنه  
يجوز بيعه ويجوز له الأداء من غيره فكان الدفع إلى الامام بمنزلة اخراج الشيء عن  
ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع  
فهو الفرق ولو كان في الرهن نماء فأراد الراهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه في  
نماء الرهن ليس له ذلك لان زوائد  
المرهون مرهونة عندنا تبعا للأصل فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك الانفاق من  
الأصل والحفظ على المرتهن حتى  
لو شرط الراهن للمرتهن اجرا على حفظه فحفظ لا يستحق شيئا من الاجر لان حفظ  
الرهن عليه فلا يستحق  
الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع إذا شرط للمودع اجرا على حفظ  
الوديعة ان له الاجر لان حفظ  
الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لأنها مؤنة الحفظ  
والحفظ عليه وكذا أجرة  
المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبي يوسف ان كراء المأوى على الراهن وجعله  
بمنزلة النفقة وجعل الآبق على  
المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين  
سواء أو قيمة الرهن أقل فالحفظ كله  
على المرتهن وإن كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن وبقدر الزيادة على الراهن  
لان وجوب الجعل على المرتهن  
لكون المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فانقسم الجعل عليهما  
على قدر الأمانة والضمان  
بخلاف أجرة المسكن انها على المرتهن خاصة وإن كان قيمة الرهن فضل لان الأجرة  
إنما وجبت على المرتهن لكونها

مؤنة الحفظ وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجعل فإنما لزمه  
لكون المردود مضمونا

والمضمون بعضه لاكله فيتقدر بقدر الضمان والفداء من الجناية والدين الذي يلحقه  
الرهن بمنزلة جعل الآبق ينقسم  
على المضمون الأمانة وكذلك مداواة الجروح والقروح والأمراض تنقسم عليهما على  
قدر الضمان والأمانة  
كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن  
من باب احياء حقه وهو الدين  
وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير اذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن  
بغير اذنه فهو مقطوع لأنه قضى  
دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضي يرجع على صاحبه لان القاضي له ولاية حفظ  
أموال الناس وصيانتها عن  
الهلاك والاذن وبالانفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالكين  
وكذا إذا فعل أحدهما بأمر  
صاحبه يرجع عليه لأنه صار وكيلا عنه بالانفاق وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة  
رحمهما الله أن الراهن إن كان غائبا  
فأنفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه وإن كان حاضرا لم يرجع عليه وقال أبو يوسف  
ومحمد يرجع في الحالين جميعا  
بناء على أن القاضي لا يلي على الحاضر عنده وعندهما يلي عليه وهي مسألة الحجر  
على الحر وستأتي في كتاب الحجر وعلى  
هذا يخرج زوائد الرهن انها مرهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على  
ضربين زيادة غير متولدة من الأصل  
ولا في حكم المتولد منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الأصل كالولد  
والثمر واللبن والصوف أوفى حكم  
المتولد من الأصل كالأرش والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الأولى انها ليست بمرهونة  
بنفسها ولا في بدل المرهون  
ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال  
أصحابنا رحمهم الله انها مرهونة  
وقال الشافعي رحمه الله ليست مرهونة بناء على أن الحكم الأصلي للرهن عنده هو  
كون المرتهن أخص ببيع المرهون  
وأحق بتمنه من بين سائر الغرماء؟ فقبل البيع لا حق له في الرهن حتى يسرى إلى الولد  
فأشبه ولد الجارية إذا جنت ثم  
ولدت ان حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الام هو وجوب الدفع إلى  
المجني عليه وانه ليس بمعنى ثابت في  
الام فلم يسر إلى الولد كذا هذا الدليل على أن الزيادة ليست مرهونة انها ليست



بمضمونة ولو كانت مرهونة لكانت  
مضمونة كالا صل وعندنا حق الحبس حكم أصلى للرهن أيضا وهذا الحق ثابت في  
الام فيثبت في الولد تبعا للام الا  
أنها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعا للأصل فكانت مرهونة تبعا لا أصلا  
كولد المبيع انه مبيع على أصل  
أصحابنا رضي الله عنهم لكن تبعا لا أصلا فلا يكون له حصة من الثمن الا إذا صار  
مقصودا بالقبض فكذا المرهون  
تبعا لا يكون له حصة من الضمان الا إذا صار مقصودا بالفكاك وإذا كانت الزيادة  
مرهونة عندنا كانت محبوسة مع  
الأصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد  
منهما مرهون والمرهون محبوس  
كله بكل جزء من أجزاء الدين لما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى وينقسم الدين  
على الأصل والزيادة على تقدير  
بقائها إلى وقت الفكاك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة  
يوم الفكاك ونبين ذلك في  
موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا  
كان للمرتهن أن يحبسهما جميعا بالدين  
ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون  
ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما  
الا أنه تعتبر قيمة الرهن الأصلي وقت العقد وقيمة الزيادة وقت الزيادة وأيهما هلك  
يهلك بحصته من الدين بخلاف  
زيادة الرهن والفرق بين الزيادتين يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق  
بكيفية هذا الحكم فنوعان الأول  
ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له أن يمسكه بدين  
وجب له على الراهن قبل الرهن أو  
بعده لأنه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لان ذلك دين لا  
رهن به والثاني ان المرهون  
محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى  
لو قضى الراهن بعض الدين  
كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفى ما بقي قل الباقي أو كثر لان الرهن في  
حق ملك الحبس مما لا يتجزأ  
فما بقي شئ من الدين بقي محبوسا به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوسا بجميع  
الثمن فما بقي شئ من الثمن بقي محبوسا به

كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شئ من رهون بقضاء بعض الدين يتضمن  
تفريق الصفقة من غير

رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيئاً واحداً أو أشياء ليس للراهن أن يسترد شيئاً من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمي لكل واحد منهما شيئاً من المال الذي رهن به أولم يسم في رواية الأصل وذكر في الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيدان ما ذكر في الأصل قول أبي يوسف وما ذكر في الزيادات قول محمد وذكر الجصاص ان في المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيادة أنه لما سمي لكل واحد منهما ديناً متفرقاً أوجب ذلك تفريق الصفقة فصار كأنه رهن كل واحدة منهما بعقد على حدة (وجه) رواية الأصل أن الصفقة واحدة حقيقة لأنها أضيفت إلى الكل إضافة واحدة الا انه تفرقت التسمية وتفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة كما في البيع إذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها إلى أن يستوفى جميع الثمن وان سمي لكل واحد منهما ثمناً على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثاني وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعلى ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لان بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن ثم إن كان الدين حالاً والثمن من جنسه فقد استوفاه إن كان في الثمن وفاء بالدين وإن كان فيه فضل رده على الراهن وإن كان أنقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وإن كان الدين مؤجلاً حبس الثمن إلى وقت حلول الأجل لأنه المرهون فيكون مرهوناً فإذا حل الأجل فإن كان الثمن من جنس الدين صار مستوفياً دينه وإن كان من خلاف جنسه يحبس به إلى أن يستوفى دينه كله وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فان فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وان نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقي من دينه في

مال الراهن وكان بينه وبين  
الغرماء بالحصص لان قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك  
لو كان على الراهن دين  
آخر كان المرتهن فيه أسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لان ذلك الدين  
لا رهن به فيتضارب فيه  
الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو وجوب؟ تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق  
به معرفة وقت وجوب  
التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضى الدين أولاً ثم يسلم  
الرهن لان الرهن وثيقة وفي  
تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولأنه لو سلم الرهن أولاً فمن الجائز ان يموت الراهن قبل  
قضاء الدين فيصير المرتهن  
كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن الا ان المرتهن  
إذا طلب الدين يؤمر باحضار  
الرهن أولاً ويقال له أحضر الرهن إذا كان قادراً على الاحضار من غير ضرر زائد ثم  
يخاطب الراهن بقضاء  
الدين لأنه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز ان الرهن قد هلك  
وصار المرتهن مستوفياً دينه من  
الرهن فيودى إلى الاستيفاء مرتين وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولاً إذا كان ديناً  
ثم يؤمر البائع بتسليم المبيع  
لما ذكرنا في كتاب البيوع الا ان البائع إذا طالبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع  
لجواز ان المبيع قد هلك وسواء  
كان عين الرهن قائماً في يد المرتهن أو كان في يده بد له بعد إن كان البدل من  
خلاف جنس الدين نحو ما إذا كان المرتهن  
مسلطاً على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من  
خلاف جنس الدين فطالبه  
المرتهن بدينه كان للراهن ان لا يدفع حتى يحضره المرتهن لان البدل قائم مقام المبدل  
فكان المبدل فكان المبدل قائم ولو كان  
قائماً كان له ان يمنع ما لم يحضره المرتهن فكذلك إذا قام البدل مقامه ولو كان الرهن  
على يدي عدل وجعلاً للعدل ان  
يضعه عند من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه يجبر الراهن على قضاء  
الدين ولا يكلف المرتهن باحضار  
الرهن لان قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق الا انه رخص له التأخير  
إلى غاية احضار الدين عند

القدرة على الاحضار وهنا قدرة للمرتهن على احضاره لان للعدل ان يمنعه عنه ولو أخذ  
من يده جبرا كان غاصبا

وإلى هذا المعنى أشار محمد في الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شيء لو أخذه كان غاصبا وإذا سقط التكليف  
بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك إذا وضع الرهن على يد عدل فغابا العدل بالرهن ولا  
يدرى أين هو لا يكلف المرتهن باحضار الرهن ويجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن في يد المرتهن  
فالتقيا في بلد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فإن كان الدين مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا  
يجبر المرتهن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير إلى وقت الاحضار  
للضرورة التي ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتهن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة  
بالرهن أو بنقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال  
المرتهن لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه لان الرهن كان قائما والأصل في الثابت بقاؤه فالمرتهن يستصحب حالة  
القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الأصل لأن الظاهر شاهد له ولان الراهن بدعوى  
الهلاك يدعى على المرتهن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه ويحلف على البتات لان يحلف على  
فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتهن لا يصير مستوفيا بالهلاك لأنه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك  
فعله بخلاف ما إذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتهن في هلاك الرهن ان هناك يحلف  
المرتهن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف  
على العلم كما لو ادعى الراهن انه أو في الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وإن كان  
الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يجبر على قضاء الدين وفي الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتهن الرهن لأنه  
ليس في احضاره ضرر زائد وعلى هذا الأصل مسائل في الزيادات ولو اشترى شيئا ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى  
لقيه البائع في غيره مصره الذي وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشتري حتى يحضر

المبيع لا يجبر المشتري على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أولم يكن فرق بين البيع والرهن ووجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة مطلقة وإن كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين في هذا الحكم (فصل) وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون إذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما أن يهلك بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع أحدها في بيان أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثاني في بيان شرائط الضمان والثالث في بيان قدر الضمان وكيفيته أما الأول فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعي رحمه الله يهلك أمانة احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وإنما يكون غرمه عليه إذا هلك أمانة لان عليه قضاء دين المرتهن فاما إذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لأنه يقع تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الرهن بما فيه وفي رواية الرهان بما فيها وهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا رهن بدين عند رجل فرسا بحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتهن بحقه فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقه ولان المرتهن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانيا كما إذا استوفى بالفكاك وتقرير معنى الاستيفاء في الرهن ذكرناه في

مسائل الخلاف وأما الحديث

(١٥٤)



فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أي لا يهلك إذا الغلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لأنه يذهب بالدين فلا يكون هالكاً معنى وقيل معناه أي لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكماً جاهلياً جاء الإسلام فابطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أي نفقته وكنفه ونحن به نقول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوصل إليه في أقرب الأوقات لأنه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين مق مطلق ماله وبعد الرهن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول إلى حقه فحصل معنى التوثيق (فصل) (وأما) شرائط كونه مضموناً عند الهلاك فأنواع منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما إذ أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء ولا ضمان على المرتهن فيه إذا لم يوجد منه منع الرهن عند طلبه استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوى بين الإبراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كأنه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولأن المرهون لما صار مضموناً بالقبض يبقى الضمان ما بقي القبض وقد بقي لانعدام ما ينقضه وجه الاستحسان أن كون المرهون مضموناً بالدين يستدعي قيام الدين لأن الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالإبراء فاستحال أن يبقى مضموناً به وقد خرج الجواب عن قوله إن الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لأننا نقول نعم إذا كان الدين قائماً فإذا أسقط بالإبراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما إذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لأن قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لأن المستوفى يصير

مضمونا على المرتهن بخلاف  
الابراء لأنه مسقط لان الابراء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا إذا لم يوجد من  
المرتهن منع الرهن من الراهن بعد  
طلبه فان وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لأنه صار غاصبا بالمنع  
والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا  
يخرج ما إذا أخذت المرأة بصدقتها رهنا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن  
في يدها أنه لا ضمان عليها في  
نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لأنها لم تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك  
الرهن لسقوطه بالطلاق فلم  
يبق القبض مضمونا وكذلك لو أخذت بالصدقا رهنا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى  
سقط الصداق ثم هلك  
الرهن في يدها لا ضمان عليها لان الصداق لما سقط بالردة لم يبق القبض مضمونا  
فصار كما لو أبرأته عن الصداق ثم هلك  
الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل  
رهنا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى  
وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يحبس الرهن بالمتعة ولو هلك في يدها ولم يوجد  
منهما منع يهلك بغير شئ والمتعة باقية على  
الزوج وهذا قول أبي يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة ولقب المسألة أن  
الرهن بمهر المثل هل يكون رهنا بالمتعة  
عند أبي يوسف لأن يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبي حنيفة في الأصل  
وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع قول  
أبي يوسف وجه قول محمد أن الرهن بالشئ رهن ببدله في الشرع لان بدل الشئ يقوم  
مقامه كأنه هو لهذا كان الرهن  
بالمغصوب رهنا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنا برأس المال عند الإقالة  
والمتعة بدل عن نصف المهر لأنه  
يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا حد البدل في  
أصل الشيوخ ولأبي يوسف أن  
المتعة وجبت أصلا بنفسها لا بدلا عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداء كما أن  
العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق  
زال في حق أحد الحكامين وبقي في حق الحكم الآخر الا أنه لا يعمل فيه الا بعد  
الطلاق فكان الطلاق شرط عمل السبب  
وهذا لا يدل على كونها بدلا كما في سائر الأسباب المتعلقة بالشروط ولو أسلم في  
طعام وأخذ به رهنا ثم تفاسخا العقد

كان له أن يحبس الرهن برأس المال لان رأس المال بدل عن المسلم فيه فان هلك  
الرهن في يده يهلك بالطعام لان

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام وبالإقالة لم يسقط الضمان أصلا لان بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما إذا أبرأه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء لأن الضمان هناك سقط أصلا ورأسا فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبدا وتقابضا ثم تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن لان المشتري بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن فكذا المشتري وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في المسلم ومنها أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فإن لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وان بقي عقد الرهن لان المرهون إنما صار مضمونا بالقبض فإذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شيء من الدين لان قبض الغصب أبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده إلى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وان هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لان المرهون قبل إن يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لانعدام ما ينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض الإعارة وقبض الإعارة ينافي قبض الرهن لأنه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فإذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم إذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الإعارة فعاد قبض الرهن وكذلك إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لان قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينافي قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي بإذن المرتهن أو اعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه إلى المستعير

فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن  
ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن  
العقد كزوائد الرهن ولو كان  
المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولدا فالولد رهن لان الأصل مرهون  
لقيام عقد الرهن حتى لو هلك  
الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لأن الضمان  
وان فات فالعقد قائم وفوات الضمان  
لا يوجب بطلان العقد على ما مر وإذا بقي العقد في الام صار الولد مرهونا تبعا للأم  
فكان له أن يحبسه بجميع المال  
وكذا لو ولدت هذه الابنة ولدا فإنهما رهن بجميع المال وان ما تلم يسقط شيء من  
الدين لان الولد ليس بمضمون الا  
ترى أن الام لو كانت قائمة فهلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا إذا كانت هالكة  
ولا يفتك الراهن واحدا منهما  
حتى يؤدي المال كله لأنهما دخلا جميعا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولو مات  
الراهن والرهن قائم في يده قبل  
أن يردده إلى المرتهن فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وان بطل  
الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن  
أحق به وان لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع  
به فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه  
خرق فاختلفا فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته إلى  
الرهن وقال المرتهن لا بل حدث  
هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لأنهما لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على  
خروجه من الضمان فالراهن يدعى  
عوده إلى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا إذا اتفقا على اللبس واخلتفا في  
وقته فأما إذا اختلفا في أصل  
اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تحرق وقال المرتهن لبسته فتحرق فالقول قول  
الراهن لأنهما اتفقا على دخوله في  
الضمان فالمرتهن بدعواه اللبس يدعى الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول  
قوله وان أقام الراهن البيينة انه  
تحرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البيينة انه تحرق بعد خروجه من الضمان فالبيينة  
بينة الراهن لا بينته مثبتة لأنها  
ثبتت الاستيفاء وبينة المرتهن تنفى الاستيفاء المثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون  
مقصودا فلا تكون الزيادة

المتولدة من الرهن أوما هو في حكم المتولد كالولد والثمر واللبن والصوف والعقر  
ونحوها مضمونا الا الأرش خاصة حتى

لو هلك شئ من ذلك لا يسقط شئ من الدين الا الأرش فإنه إذا هلك تسقط حصته من الدين وإنما كان كذلك لان  
الولد ليس بمرهون مقصود إبل تبعا للأصل كولد المبيع على أصل أصحابنا انه مبيع تبعا  
لا مقصودا والمرهون تبعا  
لا حصة له من الضمان الا إذا صار مقصودا بالفكاك كما أن المبيع تبعا لا حصة له من  
الثلث الا إذا صار مقصودا بالقبض  
بخلاف الأرش لأنه بدل المرهون لان كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبديل الشئ  
قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه  
حكم الأصل والأصل مضمون فكذا بدله بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على  
الرهن انها مضمونة لأنها  
مرهونة مقصود الا تبعا لان الزيادة إذا صحت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على  
الزيادة والزيد عليه على ما نذكر  
في موضعه إن شاء الله تعالى ولو هلك الأصل بقيت الزيادة يقسم الدين على الأصل  
والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر  
قيمة الأصل وقت القبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد  
لان الايجاب والقبول  
لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكاك لان الأصل إنما  
صار مضمونا بالقبض فتعتبر  
قيمة يوم القبض والزيادة إنما يصير لها حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمتها حينئذ  
الا أن هذه القسمة للحال  
ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة إلى الزيادة إلى  
الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن  
والقسمة الحقيقية وقت الفكاك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الأصل بالزيادة والنقصان في  
السعر أو في البدن لان  
الأصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد إنما يأخذ  
قسما من الضمان بالفكاك فتعتبر  
قيمته يوم الفكاك وشرح هذه الجملة إذا رهن جارية قيمتها الف بألف فولدت ولدا  
يساوى ألفا فان الدين يقسم على  
قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام  
سقط نصف الدين وبقي الولد رهنا  
بالنصف الباقي يفتكه الراهن به ان بقي إلى وقت الافتكاك وان هلك قبل ذلك هلك  
بغير شئ وجعل كأن لم يكن  
وعادت حصته من الدين إلى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن

تغيرت قيمته إلى الزيادة فصار  
يساوى الفين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين في الولد والثلث  
في الام وتبين ان الام هلكت  
بثلث الدين وبقي الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوى ثلاثة آلاف بطلت  
قسمة الا ثلاث وصارت  
القسمة أرباعا ثلاثة أرباع الدين في الولد وربع في الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين  
وبقي الولد رهنا بثلاثة  
أرباعه ولو تغيرت قيمته إلى النقصان فصار يساوى خمسمائة بطلت قسمة الأرباع  
وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين  
في الام والثلث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلثي الدين وبقي الولد رهنا بالثلث هكذا  
على هذا الاعتبار وسواء كان  
الولد واحدا أو أكثر ولدوا معا أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الأولاد على قدر  
قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم  
العقد وقيمة الأولاد يوم الفكك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد  
حتى لو ولدت الجارية بينتا وولدت  
بنتها ولدا فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم  
ولا يقسم على الجارية وعلى الولد  
الأصلي ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده  
فكأنهما في الحكم ولدان ولو  
ولدت الجارية ولدا ثم نقصت قيمة الام في السعر أو في البدن فصارت تساوى  
خمسمائة أو زادت قيمتها فصارت  
تساوى ألفين والولد على حاله يساوى ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وإن  
كانت الام على حالها وانتقصت  
قيمة الولد بعبء دخله أو لسعر فصار يساوى خمسمائة صار الدين فيهما أثلاثا الثلثان  
في الام والثلث في الولد ولو  
زادت قيمة الولد فصار يساوى الفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام حتى لو  
هلكت الا يبقى الولد رهنا بالثلثين  
لما ذكرنا ان الأصل إنما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا تتغير القسمة  
والولد إنما يصير له حصة من الضمان  
بالفكك فتعتبر قيمته يوم الفكك ولو اعورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها  
ذهب من الدين بعورها ربعة  
وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون  
وهذا الجواب فيما إذا ولدت



ثم اعورت ظاهر لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما  
خمسمائة فإذا اعورت والعين من

الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل  
وبقى الولد رهنا بقيّة الدين  
وهو ثلاثة الأرباع (فأما) إذا اعورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهوان قبل  
الاعورار كإن كان  
كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقي النصف فإذا ولدت ولدا فينبغي أن يقسم  
النصف الباقي من الدين  
على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب)  
ان ذهاب نصف الدين  
بالاعورار لم يكن حتما بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فإذا ولدت تبين انه لم  
يكن ذهب بالاعورار إلا ربع  
الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم اعورت ولو  
هلك الولد وقد اعورت الام قبل  
الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل  
كأن لم يكن وعادت حصته  
إلى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فإذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي  
النصف الآخر ولو لم  
يهلك ولكنه أعور لم يسقط باعوراره شيء من الدين لأنه لو هلك لا يسقط فإذا أعور  
أولى لكن تلك القسمة التي كانت  
من حيث الظاهر تتغير لأنها تحتمل التغيير بتغير قيمة الولد إلى الزيادة والنقصان لما  
ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا تخرج  
الزيادة في الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبدا  
لأن هذه زيادة مقصودة لورود  
فعل الرهن عليها مقصودا فكانت مرهونة أصلا لا تبعا فكانت مضمونة ويقسم الدين  
على المزيد عليه والزيادة  
وجملة الكلام في كيفية الانقسام ان الراهن لا يخلو (أما) ان زاد في الرهن وليس في  
الرهن نماء (وأما) إن كان فيه نماء  
فإن لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزيد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو  
كانت قيمة الجارية ألفا وقيمة العبد الف  
والدين الف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة  
العبد الزيادة خمسمائة كان الدين  
فيهما أثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لان  
كل واحد منهما مرهون مقصودا  
لا تبعا الا أنه تعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة

وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما إنما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي نماؤه ان القسمة تتغير بتغير قيمتها لأنها مرهونة تبعاً لا أصلاً والمرهون تبعاً لا يأخذ حصة من الضمان الا بالفكك فتعتبر قيمتها يوم الفكك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الأصلي في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما إذا رهن جارية قيمتها الف بألف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ثم زاد الراهن عبداً قيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثاً فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية فرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماؤه بأن اعورت الجارية ثم ولدت ولداً قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكك نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون في الام والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الأصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادة أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الأصالة لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصوداً فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لأنها ليست بمرهونة مقصوداً لانعدام وجود الرهن فيها مقصوداً بل تبعاً للأصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعاً للأصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان

ثابتا في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن للمرتهن من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن

عبدا قيمته ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسمائة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسمائة وعلى قيمة العبد الزيادة وبقي ألف أثلاثا ثلثاها في العبد وثلثها في الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلثي الخمسمائة وذلك ثلاثمائة وثلاثة ثلاثون وثلث ولو هلكت الجارية هلكت بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لان الزيادة زيادة على المرهون والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلثا ولو قضى خمسمائة ثم اعورت الجارية قبل أن يزيد الرهن ثم زاد عبدا قيمته ألف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية العوراء لأنه لما قضى الرهن خمسمائة فرغ نصف الجارية شائعا من الدين وبقي النصف الباقي في نصفها شائعا وذلك خمسمائة فإذا اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون وبقي مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فإذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الأصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسه وذلك خمسون في الأصل هذا إذا زاد وليس في الرهن نماء فأما إذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوي ألفا ثم زاده عبدا قيمته ألف فالرهن لا يخلو اما ان زاد والام قائمة واما ان زاد بعد ما هلكت الام فإن كانت قائمة فزاد لا يخلو اما ان جعله زيادة على الولد أو على الام أو عليهما جميعا أو أطلق الزيادة ولم يسم المزيد عليه انه الام أو الولد فان جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لان الأصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون زيادة معه فيقسم الدين أولا على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكك لما بينا فيما تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة

وهي وقت قبضها لأنها إنما جعلت  
في المضان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة  
لأنه إذا هلك جعل كأن لم يكن  
أصلاً ورأساً فلم تتحقق الزيادة عليه لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه فتبين ان الزيادة  
لم تقع رهناً وان جعله زيادة على  
الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره  
ولأنه لو أطلق الزيادة لوقعت  
على الام فعند التقييد والتنصيب أولى وإذا وقعت زيادة على الام جعل كأنها كانت  
موجودة وقت العقد فيقسم  
الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم  
ما أصاب الام يقسم عليها  
وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكك ولو مات الولد أو  
زادت قيمته أو ولدت ولدا  
فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير ويقسم الدين أولاً على الجارية والعبد نصفين ثم  
ما أصاب الام يقسم  
عليها وعلى ولدها فتعتبر زيادة الولد في حق الام ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد  
حدوث الولد أو قبله لان  
الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلكت الام بعد الزيادة ذهب ما  
كان فيها من الدين وبقي  
الولد والزيادة بما فيهما بخلاف ما إذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لان بهلاك الام لا  
يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهى  
ويتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لأنه إذا هلك التحق بالعدم  
من الأصل وجعل كان  
لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصح رهناً ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء لان  
الولد غير مضمون بالهلاك فإذا  
هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وان جعله  
زيادة على الام والولد جميعاً  
فالعبد زيادة على الام خاصة لا عبارة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وإنما  
يعتبر في حق الام ويدخل  
في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه في  
حال قيام الام فيقسم الدين  
على الأصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة  
ثم يقسم ما أصاب الام

قسمة أخرى بينها وبين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد ويوم الفكك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

ولا الولد فالزيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الانفرد يصلح مزيدا عليه الا أن الام أصل في الرهن والولد تابع فعند الاطلاق جعلها زيادة على الأصل أولى وإذا صارت الزيادة رهنا مع الام يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا إذا كانت الام قائمة وقت الزيادة (فأما) إذا هلكت الام ثم زاد والعبد زيادة على الولد فكانا جميعا رهنا بخمسمائة يفتك الرهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الزيادة تستدعى مزيدا عليه والهالك خرج عن احتمال؟ ذلك فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام وبقي النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد أخذ الراهن العبد بغير شيء لأنه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وعادت حصته إلى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك أمانة الا إذا منعه بعد الطلب لأنه تبين أنه لم يكن رهنا في الحقيقة لما بينا فصار كما إذا رهن بدين ثم تصادقا على أنه لادين ثم هلك الرهن أنه يهلك أمانة لما قلنا كذا هذا الا إذا منع بعد الطلب لأنه صار غاصبا بالمنع فيلزمه ضمان الغصب (وأما) بيان كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلوا ما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من خلاف جنس حقه فإن كان من خلاف جنس حقه فاما أن يكون شيئا واحدا واما أن يكون أشياء فإن كان شيئا واحدا يهلك مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين وتفسيره إذا رهن عبدا قيمته الف بألف فهلك ذهب الدين كله وإن كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب كل الدين أيضا وفضل الرهن يهلك أمانة وإن كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهو رواه عن سيدنا علي رضي الله عنهم ومنهم من قال إنه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أي على المرتهن فضل قيمة الرهن وهكذا روى عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما ومنهم من قال إنه مضمون بالدين بالغا ما بلغ



أي يذهب كل الدين قلت قيمة الدين أو كثرت وهو مذهب شريح وعن سيدنا علي رضي الله عنه رواية أخرى أنه قال يترادان الفضل يعنى إن كانت قيمة الرهن أكثر فللراهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وإن كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي رحمه الله في قوله إن المرهون أمانة لان اختلافهم في كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضمونا فانكار الضمان أصلا يرجع إلى مخالفة الاجماع فكان باطلا ثم الرجحان في كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فإن كانت قيمة الرهن مثل الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله صورة ومعنى أو معنى لا صورة وإذا كان قيمته أكثر لا يتحقق الاستيفاء الا في قدر الدين ولا يتحقق في الزيادة لان استيفاء الأقل من الأكثر يكون ربا وإذا كانت قيمته أقل لا يمكنه تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الأكثر من الأقل لا يتصور هذا إذا كان المرهون شيئا واحدا فاما إذا كان أشياء بأن رهن عبيدين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (اما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيئا من الدين (واما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدرا معلوما من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضمونا بالأقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل واحد منهما مضمونا بالأقل من قيمته ومما سمي له لأنه لما سمي وجب اعتبار التسمية فينظر إلى القدر المسمى لكل واحد منهما فأيهما هلك يهلك بالأقل من قيمته ومن القدر المسمى كما في باب البيع إذا سمي لكل واحد من المبيعين ثمنا أنه ينقسم

الثلث عليهما بالقدر المسمى كذا هذا هذا إذا كان المرهون من خلاف جنس الدين  
وهلك في يد المرتهن فاما إذا كان من

جنسه بأن رهن موزونا بجنسه أو مكيلا بجنسه وهلك في يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة يهلك مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن بمثل وزن الدين وقيمه أقل منه فهلك يذهب كل الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما نذكر فمن أصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن دون القيمة في الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن فاما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنس (وأما) في الانكسار فأبو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء في الوزن والقيمة ولا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بأن لا يؤدي ذلك إلى الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يؤدي إلى الربا فان أدى إلى شئ مما ذكرنا فإنه لا يجعل بالدين أيضا وإذا كانت قيمة الرهن أكثر فأبو يوسف يجعل النقصان الحاصل بالانكسار شائعا في قدر الأمانة والمضمون فما كان في الأمانة يذهب بغير شئ وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمه يصرف النقصان إلى الزيادة وإذا كثر النقصان حتى أنتقص من الدين يخير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين ومن أصل أبي حنيفة أنه يجوز استيفاء الزيوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزيوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا عند محمد الا ان محمدا ترك أصله في الرهن وعند أبي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه فمن أصله أنه لا يجوز استيفاء الزيوف عن الجياد فهذه أصول هذه المسائل (وأما) تخريجها على هذه الأصول فنقول وبالله التوفيق إذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك أو انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يخلو اما أن يكون مثل وزن الدين بأن كان عشرة أو اما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية واما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثني عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار فإن كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمه وفاء بالدين ولا ضرر فيه

بأحد ولا فيه ربا فيهلك بالدين  
على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكاك بلا  
خلاف لأنه لو افتكه اما أن يفتكه  
بجميع الدين واما أن يسقط شئ من الدين بمقابلة النقصان لا سبيل إلى الأول لان فيه  
ضررا بالراهن لفوات حقه عن  
الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل إلى الثاني لأنه يؤدي إلى الربا لان الدين  
والرهن يستويان في الوزن  
والجودة لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون  
ايفاء عشرة بثمانية فتكون ربا فيتخيران  
شاء افتكه بجميع الدين ورضى بالنقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت  
فكانت رهنا مكانه ويصير القلب  
ملكا للمرتهن بالضمان وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان شاء افتكه  
بجميع الدين وان شاء جعله بالدين  
ويصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمد ان ضمان القمية لا يناسب قبض الرهن  
لان ذلك موجب قبض هو تعدى  
كقبض الغصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القمية ويناسبه الجعل بالدين  
لأنه قبض استيفاء وفي  
الجعل بالدين تقرير الاستيفاء (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال  
الجاهلية جاء الاسلام  
وأبطله بقوله لا يغلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبين ان ملك  
الرهن بالدين لا يجوز أن يكون  
حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والحبس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان  
القيمة فيصلح حكما له في الجملة ألا  
ترى ان محمدا يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما نذكر وإن كانت قيمته أقل من  
وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك  
يهلك بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك  
وفي وزنه وفاء الدين وعندهما لا  
يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين  
(اما) ان يهلك بوزنه (واما)  
أن يهلك بقيمته لا سبيل إلى الأول لان فيه ضرر بالمرتهن ولا وجه إلى الثاني لأنه  
يؤدي إلى الربا فيتخير المرتهن بين  
أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنا  
مكانه ولأبي حنيفة رحمه الله ان

قبض الرهن قبل استيفاء والجيد والردئ في الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزيوف  
عن الجياد جائز عنده وان

انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له خيار الجعل بالدين هنا بلا خلاف (أما) على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف فلائهما لا يريان الجعل بالدين أصلا  
ومحمد رحمه الله إن كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لأنه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدي إلى الضرر بالمرتهن حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدي إلى الربا فسمت الضرورة إلى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وإن كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة اعتبارا للوزن وكذلك عند محمد لان الجودة هنا فضل فكان أمانة بمنزلة الفضل في الوزن (أما) على قول أبي يوسف فقليل يضمن المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك بالدين عنده أيضا لأنه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وإنما يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين مع النقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بأن عادت قيمته إلى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت قيمته عشرة أو أكثر من ذلك بأن صارت قيمته ثمانية وعند أبي يوسف ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة أسداس الرهن ملكا للمرتهن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهنا بالدين لان من أصله أن يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شائعا في قدر الأمانة والمضمون والقدر الذي في الأمانة يذهب بغير شئ والقدر الذي في المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكا له وعند محمد ينظر إلى النقصان إن كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتهن ويجبر الراهن على الفكك وان زاد على ذلك يخير بين الفكك وبين الجعل بالدين كما لو كانت قيمته ووزنه سواء لان من أصله أنه يصرف النقصان الحاصل بالانكسار إلى الجودة الزائدة الا إذا كثر النقصان حتى عادت قيمته

إلى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان شاء وان شاء افتكه وقيل إن على قوله له أن يضمه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما في الجعل بالدين من اسقاط حقه عن الجوده هذا إذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فاما إذا كان أقل من وزنه ثمانية فإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهنا والقلب للمرتهن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان شاء افتكه بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وإن كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية في قول أبي حنيفة اعتبارا للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلأنهما لا يجيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلا ورأسا محمد إن كان يجيزه لكن بشرطه انعدام الضرر وفي الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتهن وإن كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضمن القيمة وان انكسر ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع لما ذكرنا وإن كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك بثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته وان انكسر فعند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة وكانت قيمته رهنا والقلب ملكا للمرتهن وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهنا عنده بالدين وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار بالأمانة ان قل النقصان بأن كان درهما أو درهمين ويجبر الراهن على الافتكاك وإن كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين الافتكاك وبين الجعل بالدين هذا إذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فاما إذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فإن كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك أمانة بلا خلاف وان انكسر ضمن خمسة

أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه  
بالدين وإن كانت قيمته أقل من وزنه



وأكثر من الدين بأن كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تهلك  
أمانة عند أبي حنيفة ولا رواية  
عنهما في هذا الفصل وان انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لأنه لا  
يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين  
وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التملك بالدين لما  
فيه من الضرر وإن كانت قيمته مثل  
مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لأنه يعتبر  
الوزن وعندهما يضمن خمسة  
أسداسه ويرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يغرم  
جميع القيمة ولا يمكن الجعل  
بالدين عند محمد لأنه يؤدي إلى الربا وإن كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك  
ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول  
أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يغرم القيمة في الحالين وإن  
كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك  
خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي  
حنيفة ثم في كل موضع ضمن  
المرتهن بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان وصار شريكا فهذا شيوع طارئ فعلى  
جواب ظاهر الرواية يقطع  
القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهنا لان الشيوع يمنع صحة الرهن مقارنة كان  
أو طارئاً وعلى رواية أبي يوسف  
لا حاجة إلى القطع لان الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما الرهن  
الفاقد فلا حكم له حال قيام المرهون  
حتى لا يثبت للمرتهن حق الحبس وللراهن أن يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن  
مثله إن كان له مثل وقيمه ان لم  
يكن له مثل لأنه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة  
وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى  
هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله انه يهلك أمانة لان الرهن إذا لم يصح كان  
القبض قبض أمانة لأنه قبض  
بإذن المالك فأشبهه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ذكر  
في الجامع الكبير ان كل ما هو  
محل للرهن الصحيح فإذا رهنه رهنا فاسدا هلك في يد المرتهن يهلك بالأقل من قيمته  
ومن الدين وكل ما ليس بمحل  
للرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدير وأم الولد وهذا يدل على أن

الفساد كان لمعنى في نفس المرهون  
لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وإن كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا  
(ووجهه) ان المرهون مضمون بالقبض  
ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون المقبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقا  
متقوما كالمقبوض بالبيع الفاسد فان  
وجد الشرط يكون مضمونا وإلا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون (وأما) حكم  
استهلاكه فنقول المرهون  
لا يخلو (أما) أن يكون من بني آدم كالعبد والأمة (وأما) إن كان من غير بني آدم من  
سائر الا موال فإن كان من غير نبي آدم  
فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته إن كان مما لا مثل له ومثله إن كان مما له مثل كما إذا  
لم يكن مرهونا والمرتهن هو الخصم في  
تضمينه وكان الضمان رهنا لأنه بدل المرهون ثم إن كان الضمان من جنس الدين  
والدين حال استوفاه بدينه وإن كان  
الدين لم يحل حسبه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتهن لأنه لو أتلف مالا مملوكا  
متقوما بغير اذن مالكة فيضمن مثله  
أو قيمته كما لو أتلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وان استهلكه الراهن فإن كان الدين حالا  
يطالب بالدين لا فائدة في  
المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان لم يحل أخذ المرتهن منه الضمان فأمسكه إلى أن  
يحل الدين وإذا كان في الرهن  
نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن أو الراهن أو أجنبي بأن كان الرهن شاة قيمتها  
عشرة بعشرة فحلبت أو ولدت فعليه  
ضمانه (أما) وجوب الضمان على الأجنبي والمرتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن  
واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه  
يوجب الضمان (وأما) وجوبه على الراهن فلان المتلف وإن كان مملوكا له لكن  
للمرتهن فيه حق قوى فيلحق بالملك  
في حق وجوب الضمان وإذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا  
عند المرتهن لأنه بدل المرهون  
فيقوم مقامه فان هلك الضمان لا يسقط شيء من الدين لأنه بدل ما ليس بمضمون  
بالدين فكان حكمه حكم الأصل  
والأصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البدل وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين  
لأنها مرهونة مقصودة  
فكانت مضمونة بالهلاك ويفتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة  
تصير مقصودة بالفكاك فيصير

لها حصة من الدين هذا إذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما إذا كان باذن بان قال الراهن  
للمرتهن احلب الشاة فما حلبت

فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فحلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لان الزيادة ملك الراهن فيصح  
اذنه بالاكل والشرب ولا يسقط شئ من دين المرتهن حتى لو جاء الرهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لان اتلاف  
المرتهن باذن الراهن مضاف إلى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شئ من الدين وكان عليه  
ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تهلك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر  
قيمتها فما كان حصة الشاة يسقط وما كان حصة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لان فعل المرتهن لما كان  
مضافا إلى الراهن كان مضمونا عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر إلى قيمة الزيادة فإن كان فيها  
خمسه كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثاه فإذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاؤه وكذلك  
لو استهلكه أجنبي باذن الراهن والمرتهن فالجواب فيه وفي المرتهن إذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو  
استهلكه الراهن باذن المرتهن لا شئ عليه لأن الضمان لوجب لوجب لحق المرتهن لا لحق نفسه لأنه ملكه وقد أبطل  
المرتهن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بأفة سماوية وبقيت الشاة رهنا بجميع  
الدين وإن كان المرهون من بني آدم فجنى عليه فجملة الكلام في جنایات الرهن انها ثلاثة أقسام جنایة غير الرهن على  
الرهن وجنایة الرهن على غير الرهن وجنایة الرهن على الرهن اما جنایة غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما إن كانت الجنایة  
في النفس واما إن كانت فيما دون النفس وكل ذلك لا يخلو اما إن كان عمدا أو خطأ أو في معنى الخطأ والجاني لا يخلو اما إن كان  
حرا أو عبدا فإن كانت في النفس عمدا والجاني حر فللراهن أن يقتص إذا اجتمعا على الاقتصاص في قول أبي حنيفة  
وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمعا عليه وعن أبي يوسف روايتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله  
الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتهن  
لم يذكر الخلاف (وجه) قول محمد ان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولي هنا

غير معلوم لان ملك العين والرقبة  
للراهن وملك اليد والحبس للمرتهن فكان العبد مضافا إلى الراهن من وجه وإلى  
المرتهن من وجه فصار الولي  
مشتبها مجهولا وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب إذا قتل عمدا انه لا  
يقتص من قاتله وان اجتمع عليه  
المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين إذا قتل عمدا ان  
لهما الاقتصاص إذا اجتمعا عليه  
لان هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من  
كل وجه فكان الولي معلوما  
فأمكن القول بوجود القصاص لهما على الشركة لاستوائهما في الملك (وجه) قول  
أبي حنيفة ان الملك للراهن من كل  
وجه وإنما للمرتهن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان الولي معلوما  
وكان ينبغي أن لا تتوقف ولاية  
الاستيفاء على رضا المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه به فإذا رضى فقد زال المانع  
بخلاف عبد المكاتب لان الملك فيه  
للمولى من وجه وللمكاتب من وجه فلم يكن الملك فيه ثابتا للمولى مطلقا ولا  
للمكاتب مطلقا فأشبهه الولي فامتنع  
الاستيفاء وإذا اقتص القاتل سقط الدين لان العبد إنما كان رهنا من حيث إنه مال وقد  
بطلت ماليته بالقتل؟ لا إلى بدل  
إذ القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا إذا  
اجتمعا على القصاص (فاما) إذا  
اختلفا لا يقتص القاتل لأنه لا سبيل إلى اثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا  
للراهن لان في استيفائه  
ابطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول  
في ماله في ثلاث سنين وكانت  
القيمة رهنا ولو اختلفا فأبطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لان  
حق المرتهن وان بطل بالفكك  
لكن بعد ما حكم القاضي ببطان القصاص فلا يحتمل العود وإن كانت الجناية خطأ أو  
شبه عمد فعلى عاقلة القاتل  
قيمه في ثلاث سنين يقبضها المرتهن فتكون رهنا لان العبد وإن كان مضمونا من  
حيث إنه آدمي لامن حيث إنه مال  
على أصل أصحابنا رحمهم الله حتى لا تزداد دية الحر ولكنه مرهون من  
حيث إنه مال لامن حيث إنه آدمي فجاز

أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهنا عند المرتهن ثم إن كان الرهن مؤجلا كانت في يده إلى حل الأجل وإذا حل فان

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقي فيها فضل رده على الراهن  
وإن كانت أقل من الدين استوفى  
منها من الدين بقدرها بالفضل أي يرجع بالبقية على الراهن وإن كانت من خلاف  
جنس الدين حبسها في يده إلى  
وقت الفكك وإن كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما إذا كان مؤجلا فحل سواء وقد  
بيناه وتعتبر قيمة العبد في ضمان  
الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب  
بالاستهلاك وضمان  
الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة  
العبد يوم الرهن ألفا فانتقصت قيمته  
فتراجعت إلى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة وإذا غرم  
خمسمائة بالاستهلاك كانت  
هذه الدراهم رهنا بمثلها من الدين ويسقط الباقي من الدين لأنه يصير مستوفيا كل  
الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من  
خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما إذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به  
لان الدفع لا يؤدي إلى الربا لأنه  
لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باعه جاز وإن كان لا يساويه  
فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتهن  
يغرم قيمته والحكم فيه وفي الأجنبي سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما إذا كان  
الرهن من غير بني آدم سواء  
وقد ذكرناه فيما تقدم هذا إذا كان الجاني حرا (اما) إذا كان عبدا أو أمة يخاطب مولى  
القاتل بالدفع أو بالفداء بقيمة  
المقتول فان اختار الدفع فإن كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع  
رهن بجميع الدين ويجبر الراهن  
على الافتكك بلا خلاف وإن كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بأن كانت قيمة  
المقتول ألفا والدين ألف وقيمة  
المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضا ويجبر الراهن على الافتكك بجميع الدين  
كما كان يجبر على افتكك العبد  
المقتول لو كان حيا بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان لم  
يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول  
فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء تركه للمرتهن بدينه فمحمد مر على  
أصله في الجعل بالدين عند  
تعذر الجبر على الافتكك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولأبي حنيفة وأبي

يوسف انه لما دفع الثاني بالأول قام  
مقام الأول لحما ودما والأول كان رهنا بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكاك  
بجميع الدين فكذا الثاني  
وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم فقتله عبد  
يساوي مائة درهم فدفع به فهو على  
الاختلاف هذا إذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما إذا اختار الفداء فإنه يفديه بقيمة  
المقتول وكانت القيمة رهنا عند  
المرتهن ثم ينظر إن كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وإن كانت من  
خلاف الجنس حبسها رهنا حتى  
يستوفى جميع دينه ويجبر الراهن على الافتكاك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند  
محمد يخير الراهن بين الافتكاك  
بجميع الدين وبين الترك للمرتهن بالدين وقد مرت المسألة هذا إذا كانت الجناية في  
النفس فاما إذا كانت فيما دون  
النفس فإن كان الجاني حرا يجب أرشه في ماله لا على عاقلته سواء كانت الجناية خطأ  
أو عمدا (أما) الوجوب في ماله  
فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطأ والعمد فلان القصاص لا  
يجرى بين الحر والعبد فيما  
دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ في وجوب الأرش فكان الأرش رهنا مع العبد  
لأنه بدل جزء مرهون وإن كان  
الجاني عبدا يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء بأرش الجناية فان اختار الفداء بالأرش كان  
الأرش مع المجني عليه رهنا  
وان اختار الدفع يكون الجاني مع المجني عليه رهنا والخصومة في ذلك كله إلى  
المرتهن لان حق الحبس له والجاني فوت  
الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل الفئات فيقيم مقامه رهنا هذا الذي  
ذكرنا حكم جنانية غير الرهن على  
الرهن (وأما) حكم جنانية الرهن على غير الرهن فجنائته لا تخلو اما إن كانت علي بني  
آدم واما إن كانت علي غير بني آدم  
من سائر الاموال فإن كانت علي بني آدم فلا تخلو اما إن كانت عمدا واما إن كانت  
خطأ أو في معناه فإن كان عمدا  
يقتص منه كما إذا لم تكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى أنه  
لا يمنع إذا لم يكن رهنا وإذا لم يكن  
الملك مانعا فحق المرتهن أولى لأنه دون الملك سواء قتل أجنبيا أو الراهن أو المرتهن  
لان القصاص ضمان الدم ولا حق



للمولى في دمه بل هو أجنبي عنه وكذا للمرتهن من طريق الأولى إذ الثابت له الحق  
والحق دون الملك فصارت جنايته

على الرهن والمرتهن في حق القصاص وجنايته على الأجنبي سواء وإذا قتل قصاصا  
سقط الدين لان هلاكه حصل  
في ضمان المرتهن فسقط ديته كما إذا هلك بنفسه هذا إذا كانت جنايته عمدا (فاما)  
إذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ فإن كانت  
شبه عمد أو كانت عمدا لكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بأن كان صبيا  
أو مجنونا أو كانت  
جنايته فيما دون النفس فإنه يدفع أو يفدى لأن هذه الجنایات من العبيد والإماء توجب  
الدفع أو الفداء ثم ينظر إن كان  
العبد كله مضمونا بأن كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو أن تكون قيمة العبد ألفا  
والدين ألفا أو كان الدين ألفا وقيمة  
العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالفداء لأنه بالفداء يستبقى حق نفسه في الرهن  
بتطهيره عن الجنایة من غير أن يسقط  
حق المرتهن ولو بدئ بالرهان وخوطب بالدفع أو الفداء على ما هو حكم الشرع فربما  
يختار؟ الدفع فيبطل حق المرتهن  
ويسقط دينه فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالفداء أولى وإذا فداه بالأرش فقد  
استخلصه و؟؟ عن الجنایة؟  
وصار كأنه لم يجن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الرهن  
لأنه فدى ملك الغير بغير اذنه فكان  
متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه أجنبي ولأنه بالفداء أصلح الرهن باختياره  
واستبقى حق نفسه فكان عاملا  
لنفسه بالفداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تملك الرقبة وهو لا  
يملك رقبته وان أبى الرهن أن يفدى  
يخاطب الرهن بالدفع أو الفداء لان الأصل في الخطاب هو الرهن لان الملك له وإنما  
يبدأ بالمرتهن بخطاب الفداء صيانة  
لحقه فإذا أبى عاد الامر إلى الأصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما)  
بطلان الرهن فلان العبد زال عن  
ملكه بالدفع إلى خلف فخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال  
حصل بمعنى في ضمان المرتهن  
فصار كأنه هلك في يده وكذلك ان اختار الفداء لأنه صار قاضيا بما فدى المرتهن لان  
الفداء على المرتهن لحصول الجنایة  
في ضمانه الا انه لما أبى الفداء والرهن محتاج إلى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا  
بالفداء فكان مضطرا في الفداء  
فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الرهن مثله فيصير

قصاصا به وإذا صار قاضيا دين المرتهن مما فدى ينظر إلى ما فدى وإلى قدر قيمة العبد وإلى الدين فإن كان الفداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط الدين كله وإن كان الفداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر الفداء وحبس العبد رهنا بالباقي وإن كان الفداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط أكثر منها لأنه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند الفداء وإن كان العبد بعضه مضمونا والبعض أمانة بأن كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفا فالفداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الأمانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالفداء والمعنى من خطاب الدفع في جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس إليه ثم إذا خوطب بذلك (اما) ان اجتمعا على الدفع (واما) ان اجتمعا على الفداء (واما) ان اختلفا فاختر أحدهما الدفع والآخر الفداء والحال لا يخلو اما أن يكونا حاضرين واما إن كان أحدهما غائبا فإن كان حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعوا فقد سقط دين المرتهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على الفداء فدى كل واحد منهما بنصف الأرش وإذا فديا طهرت رقبة العبد عن الجنابة ويكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه فكان مؤديا عن نفسه لاعتن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما الفداء والآخر الدفع فأيهما اختار الفداء فاخياره أولى (اما) المرتهن فلانه بالفداء يستبقي حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن أولى وأما الراهن فلانه يستبقي ملك الرقبة بالفداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وابطال ملك الراهن فلم يكن له في اختيار الدفع نفع بل كان سفها محضا وتعنتا باردا فلا يلتفت إليه فكان للراهن ان يفدى ثم أيهما اختار الفداء فدى العبد بجميع الأرش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر إن كان الذي اختار الدفع هو المرتهن ففدى

بجميع الأرش بقي العبد رهنا كما كان لأنه طهرت رقبته عن الجناية بالفداء فصار كأنه  
لم يحن ويرجع المرتهن على الراهن

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الأمانة ذكر الكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الأولى أنه التزم الفداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لأنه لو لم يلتزم لخطب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع (وجه) الرواية الأخرى أن المرتهن يحتاج إلى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا بإصلاح قدر الأمانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا وإن كان الذي اختار الفداء هو الراهن ففداه بجميع الأرش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا بنصف الفداء دين المرتهن ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل كل الدين سقط الدين كله وإن كان أقل منه سقط من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهنا به هذا إذا كانا حاضرين فاما إذا كان أحدهما حاضرا فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرتهن أو الراهن أما المرتهن فلا شك فيه لأنه لا ملك له في العبد أصلا والدفع تمليك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية الفداء بجميع الأرش فإن كان الحاضر هو المرتهن ففداه بجميع الأرش لا يكون متبرعا في نصف الفداء عند أبي حنيفة وله أن يرجع على الراهن بدينه وبنصف الفداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبسه رهنا بنصف الفداء بعد قضاء الدين وعند أبي يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا في نصف الفداء فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كما لو فداه بحضرة الراهن فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعله متبرعا في الحالين جميعا وأبو حنيفة رضي الله عنه فرق بين حال الحضرة والغيبة فجعله متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وإن كان الحاضر هو الراهن ففداه بجميع الأرش لا يكون متبرعا في نصف الفداء بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف الفداء دين المرتهن كما لو فداه الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كما لو فداه أجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه في حال الحضرة التزم الفداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان

متبرعا والخطاب لا يمكن حالة  
الغيبية وهو محتاج إلى إصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الأمانة  
فكان مضطرا فلم يكن متبرعا هذا  
الذي ذكرنا حكم جناية الرهن (فاما) حكم جناية ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ  
فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب  
المولى بالدفع أو الفداء أما عدم وجوب الفداء على المرتهن فلان خطابه بفداء الرهن  
مع أنه ليس ملكه لحصول  
الجناية من الرهن في ضمان ولم يوجد في الولد لأنه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك  
بغير شيء وأما خطاب المولى بالدفع أو  
الفداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شيء من الدين أما  
خروجه عن الرهن فلزوال ملك  
الراهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك وأما عدم سقوط شيء من الدين فلان الولد  
غير مضمون بالهلاك بخلاف  
الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا  
أفدى فله ذلك لان الولد مرهون  
وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الأصلي للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان  
الفداء منه اصلاحا للرهن  
فكان له ذلك هذا إذا جنى الرهن على أجنبي فاما إذا جنى على الراهن أو على المرتهن  
أما جنائته على نفس المرتهن  
جنائية موجبة للمال أو على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده  
دين بخلاف جناية العبد المغضوب  
على المغضوب منه أو على ماله على أصل أبي حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان  
المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت  
الغصب فتبين أن تلك الجناية لم تكن جناية العبد على مولاه وأما جنائته على نفس  
المرتهن فهدر عند أبي حنيفة وعند أبي  
يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدى ان رضى به المرتهن ويبطل الدين وان قال  
المرتهن لا أطلب الجناية لما في  
الدفع أو الفداء من سقوط حقي فله ذلك وبطلت الجناية والعبد رهن على حاله هكذا  
أطلق الكرخي وذكر  
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وفصل فقال إن كان العبد كله مضمونا بالدين فهو  
على الاختلاف وإن كان  
بعضه مضمونا وبعضه أمانة فجنائته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان  
شئت فافده فان دفعه وقبل

المرتھن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار الفداء فنصف الفداء على  
الرهن ونصفه على المرتھن فما

(١٦٧)

كان حصة المرتهن يبطل وما كان حصة الراهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلافهم في جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم في جنايته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أبي حنيفة وعندهما معتبرة (وجه)

قولهما أن هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما إذا وردت على أجنبي وهذا لان الأصل في الجنایات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا في اعتبار هذه الجناية فائدة لان موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول إلى ملك العبد وإن كان فيه سقوط دينه ولأبي حنيفة أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت في ضمان المرتهن فورودها على غير المالك إن كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتهن يقتضى أن لا تعتبر لأنها توجب الفداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من ايجاب الضمان عليه له وأنه محال فوقع الشك والاحتمال في اعتبارها فلا تعتبر هذا إذا جنى على نفس المرتهن فاما إذا جنى على ماله فإن كانت قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضل فجنايته هدر بالاجماع لأنه لا فائدة في اعتبار هذه الجناية إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتهن ليملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ ثمنه لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر وإن كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية تعتبر الجناية في قدر الأمانة وفي رواية لا يثبت حكم الجناية أصلا وجه

الرواية الأولى أن المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتهن وقدر الأمانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه فأمكن اعتبار الجناية في ذلك القدر فلزم اعتبارها وجه الرواية الأخرى أن ذلك القدر وان لم يكن مضمونا فهو في حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فلا شك انها معتبرة لان المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفي حق المرتهن كونه في ضمانه ولم يوجد شئ من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الأجنبي سواء هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن على بني آدم وأما حكم جنايته على سائر الأموال بان استهلك مالا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية



غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه الا إذا قضى الراهن أو المرتهن دينه فإذا قضاه أحدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكر من الفداء من جنائته علي بني آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتهن الدين بقي دينه وبقي العبد رهنا على حاله لأنه بالفداء استفرغ رقبة العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنا بدينه كما كان لو فداه عن الجناية وان أبي المرتهن أن يقضى وقضاه الراهن بطل دين المرتهن لما ذكرنا في الفداء من الجناية فان امتنعا عن قضاء دينه يباع العبد بالدين ويقضى دين الغريم من ثمنه لان دين العبد مقدم على حق المرتهن ألا ترى انه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن أولى لأنه دونه ثم إذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو اما أن يكون فيه وفاء بدين الغريم واما ان لم يكن فيه وفاء به فإن كان فيه وفاء بدينه فدينه لا يخلو اما أن يكون مثل دين المرتهن واما أن يكون أكثر منه واما أن يكون أقل منه فإن كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله لان العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجد في ضمان المرتهن فصار كأنه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لأنه بدل ملكه لا حق لاحد فيه فيكون له خاصة وإن كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن البعد يكون رهنا عند المرتهن بما بقي لأنه لادين فيه فيبقى رهنا ثم إن كان الدين قد حل أخذه بدينه إن كان من جنس حقه وإن كان من خلاف جنس حقه أمسكه إلى أن يستوفى حقه وإن كان الدين لم يحل أمسكه بما بقي من دينه إلى أن يحل هذا إذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما إذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرف الفضل كله إلى المرتهن بل يصرف نصفه إلى المرتهن ونصفه إلى الراهن لان قدر الأمانة لا دين فيه فيصرف ذلك إلى الراهن وكذلك إن كان قدر المضمون منه والأمانة على التفاضل يصرف الفضل إليهما على قدر تفاوت المضمون والأمانة في ذلك لما قلنا وان لم يكن في ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقي من دينه يتأخر إلى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لأنه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد إنما وجد منه وحكمه تعلق الدين

برقبته واستيفاء الدين منها فإذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقي إلى ما بعد العتق وإذا  
أعتق وأدى الباقي لا يرجع بما أدى

على أحد لأنه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جناية ولد الرهن على سائر الأموال وحكم جناية الام سواء في أنه يتعلق الدين برقبته كما في الام الا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم لان سبب وجوب الدين لم يوجد في ضمان المرتهن ولا الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين وبين ان يستخلفه بقضاء الدين فان قضى الدين بقي الولد رهنا كما كان وان يبيع بالدين لا يسقط شئ من دين المرتهن لأنه ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذي ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن وحكم جناية الرهن على غير الرهن فاما حكم جناية الرهن على الرهن فنقول وبالله التوفيق جناية الرهن على الرهن نوعان جناية على الرهن نفسه وجناية على جنسه أما جنايته على نفسه فهي والهالك بأفة سماوية سواء ثم ينظر إن كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر النقصان وإن كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لا من الأمانة وأما جناية الرهن على نفسه فعلى ضربين أيضا جناية بني آدم على جنسه وجناية البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما جناية بني آدم على جنسه بأن كان الرهن عبدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلو اما إن كانا رهنا في صفقة واحدة واما إن كانا رهنا في صفقتين فإن كانا رهنا في صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنايته لا تخلو من أربعة أقسام جناية المشغول على المشغول وجناية المشغول على الفارغ وجناية الفارغ على الفارغ وجناية الفارغ على المشغول والكل هدر الا واحدة وهي جناية الفارغ على المشغول فإنها معتبرة ويتحول ما في المشغول من الدين إلى الفارغ ويكون رهنا مكانه أما جناية المشغول على المشغول فلأنها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعنى الراهن واما ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لا سبيل إليه في الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجناية المملوك على المملوك ساقطة الاعتبار لحق الملك لان اعتبرها في حقه لوجوب الدفع عليه أو الفداء له وإيجاب شئ على الانسان لنفسه ممتنع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل إلى اعتبار جناية

المشغول على المشغول لحق  
المرتهن لأن الاعتبار لحقه يحول ما في المجني عليه من الدين إلى الجاني والجاني  
مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه  
لا يشتغل بغيره وكذلك جناية المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جناية الفارغ على  
الفارغ فلأنه لا دين للفارغ ليتحول  
إلى الجاني فلا يفيد اعتبارها في حقه وأما جناية الفارغ على المشغول فممكن الاعتبار  
لحق يتحول ما فيه ما الدين إلى  
الفارغ وبيان هذه الجملة في مسائل إذا كان الدين ألفين والرهن عشرين يساوي كل  
واحد منهما ألفا فقتل أحدهما  
صاحبه أو جنبي عليه جناية فيما دون النفس مما قل أرشها أو كثر فجنايته هدر ويسقط  
الدين الذي كان في المجني عليه  
بقدره ولا يتحول قدر ما سقط إلى الجاني لأن كل واحد منهما مشغول كله بالدين  
وجناية المشغول على المشغول هدر  
فجعل كان المجني عليه هلك بأفة سماوية ولو كان الدين ألفا فقتل أحدهما صاحبه فلا  
دفع ولا فداء وكان القاتل رهنا  
بسبعمئة وخمسين لأن في كل واحد منهما من الدين خمسمئة فكان نصف كل واحد  
منهما فارغا ونصفه مشغولا  
فإذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول  
والنصف الفارغ من المجني عليه  
وجناية قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على  
الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه  
شئ من الدين ولا يتحول إلى الجاني وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة  
فيتحول قدر ما كان فيه إلى الجاني  
وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمئة فيبقى رهنا بسبعمئة وخمسين  
ولو فقا أحدهما عين صاحبه تحول  
نصف ما كان من الدين في العين إلى الباقي فيصير الباقي رهنا بستمئة وخمسة  
وعشرين وبقي المفقوء عينه رهنا  
بمائتين وخمسين لأن العبد الفاقئ جنى على نصف العبد الآخر لأن العين من الآدمي  
نصفه إلا أن ذلك النصف  
نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والفاقئ جنى على النصف المشغول  
والفارغ جميعا والفاقئ نصفه  
مشغول ونصفه فارغ إلا أن جناية المشغول على قدر المشغول والفارغ وجناية الفارغ  
على قدر الفارغ والمشغول

فقدر جناية الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين إلى الفاقئ وذلك مائة وخمسة

وعشرون وقد كان في الفاقئ خمسمائة فيصير الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين  
ويبقى المفقوء عينه رهنا بمائتين  
وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وإن كان العبدان  
رهنا في صفتين فإن كان  
فيهما فضل على الدين بأن كان الدين ألفا وقدر كل واحد منهما ألفا فقتل أحدهما  
الآخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف  
الفصل الأول لان الصفقة إذا تفرقت صارت بمنزلة ما لو رهن كل واحد منهما رجلا  
على حدة فجنى أحدهما  
على الآخر وهناك يثبت حكم الجناية كذا ههنا بخلاف ما إذا اتحدت الصفقة وإذا  
اعتبرت الجناية هنا يخير  
الراهن والمرتهن فان شاء جعل القاتل مكان المقتول فبطل ما كان في القاتل من الدين  
وان شاء فديا القاتل بقيمة  
المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل  
على الدين بأن كان الدين الفين  
وقيمة كل واحد منهما ألفا فقتل أحدهما الآخر فان دفعاه في الجناية قام المدفوع مقام  
المقتول ويطلق الدين  
الذي كان في القاتل وان قالا نفدي فالفداء كله على المرتهن بخلاف الفصل الأول لان  
هناك كل واحد منهما ليس  
بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فإذا حل الدين دفع الراهن  
ألفا وأخذ عبده وكانت  
الألف الأخرى قصاصا بهذه الألف إذا كان مثله ولو فقأ أحدهما عين الآخر قيل لهما  
ادفعاه أو افدياه فان  
دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين وكان الفداء رهنا  
مع المفقوء عينه لان الجناية  
معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن إذا جنى على عبد أجنبي فان قال المرتهن أنا لا  
أفدى ولكني أدع الرهن على حاله  
فله ذلك وكان الفاقئ رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المفقوء من  
الدين لان اعتبار الجناية إنما كان لحق  
المرتهن لا لحق الراهن فإذا رضى المرتهن بهدر الجناية صار هدرًا وان قال الراهن أنا  
أفدى وقال المرتهن لا أفدى كان  
للراهن أن يفديه وهذا إذا طلب المرتهن حكم الجناية لأنه إذا طلب حكم الجناية  
فحكمها التخيير وان أبى الراهن الفداء  
وقال المرتهن أنا أفدى والراهن حاضر أو غائب فهو على ما بينا في العبد الواحد (وأما)

جناية البهيمة على جنسها فهي  
هدر لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال جرح العجماء جبار أي هدر  
والعجماء البهيمة والجناية إذا  
هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك بآفة سماوية سواء وكذلك جنائيتها  
على خلاف جنسها هدر  
لعموم الحديث وأما جناية بني آدم عليها فحكمها وحكم جنائته على سائر الأموال  
سواء قد بينا ذلك  
(فصل) وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ويطلق به عقد الرهن وما لا  
يخرج ولا يطلق فنقول  
وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه مرهونا ويطلق الرهن بالإقالة لأنها فسخ العقد  
ونقضه والشئ لا يبقى مع  
ما ينقضه الا أنه لا يطله بنفس الإقالة من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن  
بعد الإقالة حتى كان للمرتهن  
حبسه بعد الإقالة لأن العقد لا ينعقد في الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه  
أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا  
يخرج ما إذا رهن عبدا يساوى ألفا بألف فقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بجارية وقال  
للمرتهن خذها مكان الأولى ورد  
العبد إلى لاشك ان هذا جائز لان هذا إقالة العقد في الأول وانشاء العقد في الثاني وهما  
يملكان ذلك الا أنه لا يخرج  
الأول عن ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك في يده قبل الرد يهلك  
بالدين لما ذكرنا أن القبض في هذا الباب  
يجرى مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض  
وكذا لا يدخل الثاني في الضمان الا  
برده الأول حتى لو هلك الثاني في يده قبل رد الأول يهلك أمانة لان الراهن لم يرض  
برهنيتها على الجميع وإنما رضى برهن  
أحدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الأول والأول كان مضمونا بالقبض فما لم يخرج  
عن كونه مضمونا ببعض  
القبض فيه لا يدخل الثاني في الضمان ولو هلكا جميعا في يد المرتهن فسقط الدين  
بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير  
شئ لأنها أمانة هلكت في يده فتهلك هلاك الأمانات ولو قبض الراهن العبد وسلم  
الجارية خرج عن الضمان لأنه  
خرج عن كونه مرهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لأنه  
رهنها بالدين الذي كان العبد

مرهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فإن كانت قيمة العبد  
خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة

(١٧٠)



الجارية ألف فهلكت تهلك بالألف لأنه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداء  
الا أن شرط كونه مضمونا  
رد الأول لأنه لم يرض برهنهما جميعا الا أن يكون الثاني بدل الأول بل هو مقصود  
بنفسه في كونه رهنا فكان المضمون  
قدر قيمته لا قدر قيمة الأول ولو كان العبد يساوي ألفا والجارية تساوي خمسمائة فرد  
العبد على الراهن وقبض  
الجارية فهي رهن بالألف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا ان الثاني أصل  
بنفسه لكونه مرهونا بعقد  
على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك في يد  
المرتهن بعد ما استوفى دينه فعليه رد  
ما استوفى ويخرج بالابراء عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن  
خلافًا لزفر والمسألة مرت في  
مواضع آخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالإعارة ويخرج بالإجارة بان أجره الراهن من  
أجنبي بإذن المرتهن أو  
المرتهن باذن الراهن أو استأجره المرتهن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما  
تقدم ويخرج بالكتابة والهبة  
والصدقة إذا فعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الراهن أو المرتهن باذن  
الراهن أو باعه العدل لان  
ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لأنه زال إلى خلف وهو الثمن فبقي  
العقد عليه وكذا في كل  
موضع خرج واختلف بدلا ويخرج بالاعتاق إذا كان المعتق موسرا بالانفاق وإن كان  
معسرا فكذلك عندنا  
وعند الشافعي رحمه الله لا يخرج بناء على أن الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ (وجه)  
قوله إن هذا اعتاق تضمن  
ابطال حق المرتهن ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان حقه متعلق بالرهن ويبطل  
بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من  
الابطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما إذا كان الراهن موسرا لان هناك لم  
يوجد الا بطل لأنه يمكنه  
الوصول إلى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) ان اعتاقه صادف موقوفا هو مملوكه  
رقبة فينفذ كاعتاقه الآبق  
والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لان المرهون مملوك للراهن عينا ورقبة ان لم يكن  
مملوكا يدا وحبسا وملك الرقبة  
يكفي لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق العبد المستأجر والآبق وقوله يبطل حق المرتهن قلنا

نعم لكن ضرورة بطلان ملك  
الراهن وذا لا يمنع النفاذ كما في موضع الاجماع مع ما ان الثابت للراهن حقيقة الملك  
والثابت للمرتهن حق الحبس  
ولا شك ان اعتبار الحقيقة أولى لأنها أقوى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد قيام ملك  
الرقبة واليد جميعا لان القدرة  
على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد في المرهون لأنه في يد المرتهن فإذا نفذ اعتاقه  
خرج العبد عن أن يكون مرهونا  
لأنه صار حرا من كل وجه والحر من وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل  
وجه أولى ولهذا لم يصلح رهنا  
في حالة الابتداء فكذا في حالة البقاء ثم ينظر إن كان الراهن موسرا والدين حال يجبر  
الراهن على قضائه لأنه لا معنى  
لايجاب الضمان وكذلك إن كان الدين مؤجلا وقد حلال الأجل وإن كان لم يحل  
غرم الراهن قيمة العبد وأخذه  
المرتهن رضا مكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلأنه أبطل  
على المرتهن حقه حقا قويا هو في  
معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماليته من وجه فجاز أن  
يكون مضمونا بالاتلاف وأما  
كونه رهنا فلأنه بدل العبد وفي الحقيقة بدل ماليته فيقوم مقامه وإذا حل الأجل ينظر إن  
كانت القيمة من جنس  
الدين يستوفى منها دينه فإن كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وإن  
كانت قيمته أقل من الدين  
يرجع بفضل الدين على الراهن وإن كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين  
حتى يستوفى دينه (وأما)  
عدم وجوب السعاية على العبد فلأنه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف  
لان الاتلاف وجد من الراهن  
لامن العبد ومؤاخذة الانسان بالضمان من غير مباشره سبب منه خلاف الأصل وكذلك  
لو كان الراهن موسرا  
وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لان العبرة لوقت الاعتاق لأنه وقت مباشرة سبب  
وجوب الضمان وإن كان معسرا  
فللمرتهن أن يرجع بدينه على الراهن ان شاء وان شاء استسعى العبد في الأقل من قيمته  
ومن الدين ويعتبر في العبد أيضا  
أقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق ويسعى في الأقل منهما ومن الدين حتى لو كان  
الدين الفين وقيمة العبد وقت

الرهن ألفا فإزدادت قيمته في يد المرتهن حتى صارت تساوى ألفين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد في ألف قدر

قيمته وقت الرهن ولو انتقصت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سعى في خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما)

اختيار الرجوع على الراهن فلانه أبطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا

العبد مملوكة للمرتهن من وجه لأنه صار مستوفيا لدينه من ماليته فإذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة

عند العبد فوصلت إلى العبد بالاتلاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك

الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين في الحقيقة على الراهن وإنما العبد جعل محلا

لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين

وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى في حال الاعسار لا في

حال اليسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد

بقدر الثمن وإن كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خروج عن ملك البائع من

كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد وإنما للبائع مجرد حق الحبس فإذا خرج عن محلية الحبس

بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب أما ههنا فبخلافه (وأما) السعاية في

الأقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند

العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم إذا سعى العبد يرجع بما سعى على الراهن لأنه قضى دين الراهن من خالص

ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضي ألزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال

نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث إذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقي

بعد السعاية شيء من الدين رجع المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعتاق بأن كان الدين ألفا

وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص في السعر حتى عادت قيمة إلى خمسمائة ثم أعتقه

الراهن وهو معسر سعى في قدر قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لأنه لم يصل إليه من حقه الا قدر خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبد يساوى مائة درهم فدفعت مكانه فاعتقه الراهن وهو معسر يسعى في قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة لأنه لما دفع به فقد قام مقام الأول لحما ودما فصار رهنا بجميع المال كان الأول قائم وتراجع سعره إلى مائة فاعتقه الراهن وهو معسر ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن أن يرجع ببقية دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوى ألفا بألف فولدت ولدا يساوى ألفا فاعتقها المولى وهو معسر سعيا في ألف لأن الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته ألفان فدفعت بها ثم أعتقه المولى سعى في ألف درهم لأنه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحما ودما وهي كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى لعبد رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله إن المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية على العبد وقوله في الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت إلى تكذيب العبد بخلاف ما بعد الاعتاق لأنه هناك أقر بما لا يملك للحال انشاءه لزوال ملك الولاية بالاعتاق هذا إذا أعتقه فاما إذا دبره فيجوز تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على ما بينا فيما تقدم والتدبير خرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا في

حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف في أن الراهن إذا كان معسرا يسعى (وأما)  
إذا كان موسرا ذكر الكرخي

رحمه الله انه يسعى وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يسعى وسوى  
بين المرتهن وبين الاعتاق وهو ان  
الدين إن كان حالا أخذ المرتهن جميع دينه من الراهن وإن كان مؤجلا أخذ قيمة العبد  
من الراهن ويكون رهنا  
مكانه كما في الاعتاق (وجه) ما ذكره الكرخي ان الدين على المولى وكسب المدبر  
ملك المولى لأنه بالتدبير لم  
يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية إلى المرتهن  
قضاء دين المولى من مال المولى  
فيستوى فيه حال الأسعار واليسار بخلاف كسب المعتق لأنه كسب الحر من كل وجه  
وكسب الحر من كل  
وجه ملكه فكانت السعاية ملكه ولاصل أن لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال  
نفسه الا عند العجز عن  
القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهي حالة الاعسار (وجه) ما ذكره القاضي أن السعاية  
وإن كانت ملك المولى لكن  
لا صنع للعبد في الكتابة بسبب وجوبها إذ لا صنع له في التدبير بل هو فعل المولى  
ومهما أمكن ايجاب الضمان على من  
وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من ايجابه على من لا صنع فيه أصلا ورأسا  
فإذا كان المولى معسرا كان  
الامكان ثابتا فلا معنى لايجاب السعاية على العبد ثم إذا سعى في حالة الاعسار يسعى  
في جميع الدين بالغا ما بلغ لان  
السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له  
أن يستوفيه بتمامه سواء كان  
الدين حالا أو مؤجلا لما قلنا وقيل إن كان الدين حالا فكذلك فاما إذا كان مؤجلا فلا  
يسعى الا في قدر قيمته ويكون  
رهنا مكانه وهكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي (ووجه) الفرق على هذا  
القول إن الدين إذا كان حالا  
كان واجب القضاء للحال على سبيل التضييق وهذا مال المولى فيقضى منه دينه على  
الكمال وإذا كان مؤجلا لا يجب  
قضاؤه للحال أصلا ولا يجب على سبيل التضييق الا أن الراهن بالتدبير فوت حق  
المرتهن فتجب إعادة حقه إليه  
بعوض يقوم مقامه جبرا للفئات فيتقدر الجائز بقدر الفئات فيستسعيه بقدر قيمته ويكون  
رهنا مكانه ولا يرجع المدبر  
بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين

(أحدهما) ان المدبر يسعى في جميع الدين بالغا ما بلغ ولا ينظر إلى القيمة والمعتق يسعى في الأقل من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما يسعى على المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع إلى حرف واحد وهوان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه إذ الفأئ بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما يسعى على المولى لأنه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعاية ملكه على الخصوص لأنه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتهن من وجه المحتبس عنده وهو مال فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى إذا كان معسرا لأنه قضى ديننا واجبا عليه من مال نفسه مضطرا فيملك الرجوع في الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله أعلم وعلى ما ذكره الكرخي رحمه الله يقع الفرق بينهما في موضع ثالث أيضا وهو ان المدبر يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا إذا أعتق أو دبر فاما إذا استولد بأن كان الرهن جارية فحبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلوا ما إن كانت قبل وضع الحمل واما إن كانت بعده فإن كانت قبل وضع الحمل صحت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية أم ولد له وخرجت عن الرهن (أما) صحة الدعوة فلان الجارية ملكه من كل وجه والملك من وجه يكفي لصحة الدعوة فالملك من كل وجه أولى وثبوت النسب حكم صحة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب وخروج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاء وهو صيرورتها أم ولد له لان أم الوالد لا تصلح للرهن ألا ترى انها لا تصلح رهنا ابتداء فكذا في حال البقاء ولا سعاية على الولد لأنه صار حرا قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية فحكها حكم العبد المرهون إذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وإن كانت الجارية وضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد صحت دعوته وثبت النسب وصار حرا وصارت الجارية أم ولده وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الأول الا أن هنا



صار الولد حرا بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصة من الرهن فيقسم الدين عليها  
على قدر قيمتهما الا أن قيمة

الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المدبر في جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الولد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك الا أن هناك ينظر إلى ثلاثة أشياء إلى قيمة العبد وقت الرهن وإلى قيمته وقت الاعتاق وإلى الدين فيسعى في الأقل من الأشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط إلى قيمة الولد وقت الدعوة وإلى حصته من الدين فيسعى في أقلهما إذا كان الراهن معسرا ويرجع بما سعى عليه

(فصل) (وأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق إذا كان الدين ألف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به فقال الراهن انه رهن بخمسمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لأنها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذي لك على وهو الف والرهن يساوى ألفا وقال المرتهن ارهنته بخمسمائة والرهن قائم فقد روى عن أبي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لأنهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فأشبهه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على أن الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقاما البينة بينة المرتهن لأنها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلفا في قيمة الهالك ان القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتني هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لأنهما اختلفا في قدر المعقود عليه وانه يوجب

التحالف كما في باب البيع ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الأصل لأنها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لأنهما أنفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لأنها تثبت استيفاء الدين وبينة المرتهن تنفى ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل أن يقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعى دخوله في الضمان وهو ينكر ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبدا فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفا فذهب بالاعورار النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وإنما ازداد بعد ذلك فإنما ذهب من حقي الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لأنه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهدا له وان أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لأنها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلفا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع إلى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه مضمونا بنفسه بخروجه عن كونه رهنا بالمبيع وتحول الضمان إلى الثمن فالراهن يدعى تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما إذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت زيادة ضمان وبينة المرتهن تنفى تلك الزيادة فالمثبتة أولى لان اتفاهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول في الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان إلى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه إذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصار كأنه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان إلى أن تحي بينته أو يصدقه لما ذكرنا انه كان مضمونا فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل إذا قال بعته بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم

يكن على العدل الا تسعمائة

(١٧٤)

ويكون الرهن رهننا بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة لان قول العدل مقبول في براءة نفسه غير مقبول في اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا في الرجوع على الراهن وذكر في الأصل إذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بينة انه باعه بتسعة وأقام الراهن بينة انه مات في يد المرتهن أخذ بينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ بينة الراهن (وجه) قوله إن بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى (وجه) رواية الأصل ان بينة المرتهن تثبت أمرا لم يكن وهو تحول الضمان من العين إلى الثمن وبينة الراهن تقرر ضمانا كان ثابتا قبل الموت فكانت المثبتة أولى والله تعالى أعلم كتاب المزارعة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في معنى المزارعة لغة وشرعا وفي بيان شرعيتها وفي بيان ركن المزارعة وفي بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يجيز المزارعة والشرائط المفسدة لها وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة وفي بيان المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة وفي بيان الذي يفسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفي بيان حكم المزارعة المنفسخة (اما) الأول فالمزارعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف إلى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وایجاده وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعه له شرعا فان قيل المزارعة من باب المفاعلة فيقتضى وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره بدليل انه يسمى هو مزارعا دون رب الأرض والبذر وضمن لاعمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل الامن واحد كالمداواة والمعالجة وإن كان الفعل لا يوجد الامن الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولا أحد يقصد مقاتلة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثاني إن كان أصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا

من اثنين لامن المزارعة مفاعلة  
من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا والانبات المتصور من العبد هو التسبيب  
لحصول النبات وفعل التسبيب  
يوجد من كل واحد منهما الا ان التسبيب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين من  
العمل باعطاء الآلات  
والأسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لو  
جود فعل الزرع منه بطريق  
التسبيب الا انه اختص العامل بهذا الاسم في العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه  
على ما عرف في أصول الفقه  
(فصل) وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير  
مشروعة وبه أخذ الشافعي رحمه  
الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها مشروعة (وجه) قولهما ما روى أن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخل  
خيبر معاملة وأرضها مزارعة وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هي  
شريعة متوارثة لتعامل  
السلف والخلف ذلك من غير إنكار (وجه) قول أبي حنيفة ان عقد المزارعة استئجار  
ببعض الخارج وانه منهي  
بالنص والمعقول (اما) النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرافع  
بن خديج في حائط لا تستأجره  
بشئ منه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان  
والاستئجار ببعض الخارج في معناه  
والمنهى غير مشروع (واما) المعقول فهو ان الاستئجار ببعض الخارج من النصف  
والثلث والربع ونحوه استئجار  
ببدل مجهول وانه لا يجوز كما في الإجارة وبه تبين ان حديث خيبر محمول على  
الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع  
عن التناقض والدليل على أنه لا يمكن حمله على المزارعة انه عليه الصلاة والسلام قال  
فيه أقركم ما أقركم الله وهذا منه عليه  
الصلاة والسلام بجهيل المدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقي ترك  
الانكار على التعامل وذا يحتمل أن  
يكون للجواز ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع  
الاحتمال

(17e)

(فصل) وأما ركن المزارعة فهو الايجاد والقبول وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا ويقول العامل قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فإذا وجدا تم العقد بينهما

(فصل) وأما الشرائط فهي في الأصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يجيز المزارعة وشرائط مفسدة له (أما) المصححة فأنواع بعضها يرجع إلى المزارع وبعضها يرجع إلى الزرع وبعضها يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة وبعضها يرجع إلى الآلة للمزارعة وبعضها إلى الخارج وبعضها يرجع إلى المزروع فيه وبعضها يرجع إلى مدة المزارعة (أما) الذي يرجع إلى المزارع فنوعان الأول أن يكون عاقلا فلا تصح مزارعة المحنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعا واحدا لأن العقد شرط أهلية التصرفات و (أما) البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعا واحدا لان المزارعة استتجار ببعض الخارج والصبي المأذون يملك الإجارة لأنها تجارة فيملك المزارعة كذلك الحرية ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعا واحدا لما ذكرنا في الصبي المأذون والثاني أن لا يكون مرتدا على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة وعند هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال بيان ذلك أنه إذا دفع المرتد أرضا إلى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجل وأخرجت الأرض زرعاً ثم قتل المرتد أو مات على الردة أو لحق بدر الحرب وقضى بلحاظه بدار الحرب فهذا على وجهين أما ان دفع الأرض والبذر جميعا مزارعة أو دفع الأرض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شئ لورثة المرتد لان مزارعته كانت موقوفة فإذا مات أو لحق بدار الحرب تبين انه لم يصح أصلا فصار كأن العامل زرع أرضه ببذر مغصوب ومن عصب من آخر حبا وبذر به أرضه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لأنه مغصوب استهلكه وله مثله فيلزمه مثله ثم ينظر إن كانت الأرض نقصتها المزارعة فعليه



ضمان النقصان لأنه أتلف  
مال الغير بغير اذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما وراء قدر البذر ونقصان الأرض  
لأنه حصل بسبب خبيث  
فكان سبيله التصديق وإن كانت لم ينقضها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف  
وان أسلم فالخارج بينهما على  
الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لأنه لما أسلم تبين ان  
المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي  
يوسف ومحمد الخارج على الشرط كيف ما كان لان تصرفات المرتد نافذة عندهما  
بمنزلة تصرفات المسلم فتكون  
حصته له فان مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وان دفع إليه الأرض دون البذر  
فالخارج له أيضا لأنه اما ظهر انه لما لم  
تصح المزارعة صار كأنه غصب أرضا وبذرها ببذر نفسه فأخرجت ولو كان كذلك  
كان الخارج له كذا هذا الا انه  
يأخذ من ذلك قدر بذره ونفقته وضمان النقصان إن كانت المزارعة نقصتها ويتصدق  
بالفضل لما ذكرنا وإن كانت  
لم تنقصها فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون  
الخارج كله للعامل ولا يلزمه نقصان  
الأرض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل وبين ورثة المرتد على الشرط  
(وجه) القياس ما ذكرنا انه يصير  
بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضا فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها الزراعة كان  
الخارج كله له ولا يلزمه شيء  
كذا هذا (وجه) الاستحسان ان انعدام صحة تصرف المرتد بعد الموت واللحاق ليس  
لمكان انعدام أهليته لان الردة  
لا تنافي انعدام الأهلية بل لتعلق حق ورثته بماله لوجود أمانة الاستغناء بالردة لأن  
الظاهر أنه لا يسلم بل يقتل أو يلحق  
بدار الحرب فيستغنى عن ماله فيثبت التعلق نظرا لهم ونظرهم هنا في تصحيح التصرف  
لا في ابطاله ليصل إليهم شيء  
فأشبه العبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل انه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى  
تجب الأجرة لان الحكم  
يبطلان تصرفه لنظر المولى ونظره ههنا في التصحيح دون الابطال كذا هذا وإذا أسلم  
المرتد فالخارج على الشرط  
سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضائها نقصت الزراعة الأرض أولم تنقصها  
كما ذكرنا في الوجه الأول

وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان أسلم أو قتل أو لحق لان تصرفاته نافذة  
بمنزلة تصرفات المسلم هذا إذا

دفع مرتد أرضه مزارعة إلى مسلم فاما إذا دفع مسلم أرضه مزارعة إلى مرتد فهذا على وجهين أيضا اما ان دفع الأرض والبذر جميعا أو دفع الأرض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فعمل المرتد فأخرجت الأرض زرعاً كثيراً ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لان انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين رده بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد ههنا ليس تصرفا في ماله بل على نفسه بإيفاء المانع ولا حق لو رثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الأرض دون البذر فعمل المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرعاً ففي قياس أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة ان الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الأرض لان عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج حادثا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهوان هذا الخارج من اكساب رده وكسب الردة في عند أبي حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر لما مر من قبل فالحاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الأرض لان ضمان النقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير اذنه ولم يوجد إذا المزارعة حصلت بإذن المالك وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما إذا كان مسلما لما ذكرنا وان أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا إذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) إذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف لأنه اما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها دفعا واحدا بالاجماع لان تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعا واحدا بمنزلة مزارعة المسلمة (فصل) وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع لان حال المزروع

يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الأرض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافا إلى التزامه الا إذا قال له ازرع فيها ما شئت فيحوز له أن يزرع فيها ما شاء لأنه اما فوض الامر إليه فقد رضى بالضرر الا أنه لا يملك الغرس لان الداخلة تحت العقد الزرع دون الغرس (فصل) وأما الذي يرجع إلى المزرع فهو أن يكون قابلا لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرد العادة لان مالا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا لان الزرع إذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل الزراعة (فصل) وأما الذي يرجع إلى الخارج من الزرع فأنواع (منها) أن يكون مذكورا في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لان المزارعة استئجار والسكوت عن ذكر الأجرة يفسد الإجارة (ومنها) أن يكون لهما حتى أو شرطا أن يكون الخارج لاحد هما يفسد العقد لان معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى أو شرطا أن يكون من غيره لا يصح العقد لان المزارعة استئجار ببعض الخارج به تنفصل عن الإجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحوه لان ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الأجرة في الإجازات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأ شائعا من الجملة حتى لو شرط لا حدهما ققزانا معلومة لا يصح العقد لان المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة تعقد إجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الإجارة فلان الإجارة تملك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لان البذر إن كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو نماء بذره وإن كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره فكانت المزارعة استئجارا اما للعامل واما للأرض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة



(177)

فلان الخارج يكون مشتركا بينهما على الشرط المذكور وإذا ثبت ان معنى الإجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من الخارج ينفي لزوم معنى الشركة لاحتمال ان الأرض لا تخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا إذا شرط في المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا إذا ذكر جزأ شائعا وشرط معه زيادة أقفزة معلومة انه الا يصح لما قلنا وعلى هذا إذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا تصح المزارعة لجواز أن لا تخرج لأرض الا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولان هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لا عين البذر لان عينة تهلك في التراب وذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة لان قدر رأس المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط لان المضاربة تقتضي الشركة في الربح لا في غيره ودفعت رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح (فأما) المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق بين الفصلين وكذا إذا شرط ما على الماذيات والسواقي لا يصح العقد لان ما على الماذيات والسواقي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روى أنهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لاحد هما ما على الماذيات والسواقي فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية ابطله (فصل) وأما الذي يرجع إلى المزروع فيه وهو الأرض فأنواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو نزة لا يجوز العقد لان المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج والأرض السبخة والنزة لا تجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) إذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (ومنها) أن تكون معلومة فإن كانت مجهولة لا تصح المزارعة لأنها تؤدي إلى المنازعة ولو دفع الأرض مزارعة على أن ما يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيرا فكذا يفسد العقد لان المزروع فيه مجهول لان كلمة من للتبعيض

فيقع على بعض الأرض وانه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة  
وبعضها شعيرا لان التنصيب على  
التبويض تنصيب على التجهل واو قال على أن ما زرعت فيها حنطة فكذا وما زرعت  
فيها شعيرا فكذا جاز لأنه  
جعل الأرض كلها ظرفا لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فانعدم التجهيل ولو قال على أن  
أزرع فيها بغير كراب فكذا  
ذكر في الأصل انه جائز وهذا مشكل لان المزروع فيه من الأرض مجهول فأشبهه ما إذا  
قال ما زرع فيها حنطة فكذا  
وما زرع فيها شعيرا فكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين  
الفصلين على وجه لم يتضح  
ولو قال على أنه ان زرع حنطة فكذا وان زرع شعيرا فكذا وان زرع سمسا فكذا ولم  
يذكر منها فهو جائز الانعدام  
جهالة المزروع فيه وجهالة الزرع للحال ليس بضائر لأنه فوض الاختيار إليه فأبي ذلك  
اختاره يتعين ذلك العقد باختياره  
فعلا كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا جاز لأنه لو  
زرع الكل حنطة أو الكل  
شعيرا لجاز فإذا زرع البعض حنطة والبعض شعيرا أولى (ومنها) أن تكون الأرض  
مسلمة إلى العامل مخلاة  
وهو أن يوجد من صاحب الأرض التخلية بين الأرض وبين العامل حتى لو شرط العمل  
على رب الأرض لا تصح  
المزارعة لانعدام التخلية فكذا إذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعا لما قلنا ولهذا  
لو شرط رب المال في عقد  
المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لأنه شرط يمنع وجود ما هو شرط  
لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا  
وعلى هذا إذا دفع أرضا وبذرا وبقرا على أن يزرع العامل وعبد رب الأرض وللعامل  
الثلث ولرب الأرض الثلث  
ولعبد الثلث فهو جائز على ما اشترط لان صاحب الأرض صار مستأجرا للعامل ببعض  
الخارج الذي هو نماء  
ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطا على نفسه لان العبد المأذون له يد  
نفسه على كسبه لا يد النيابة عن  
مولاه فيصير بمنزلة الأجنبي فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب  
العبد لمولاه وإن كان البذر من  
العامل لا تصح المزارعة لأنه يصير مستأجرا للأرض والبقرة والعبد ببعض الخارج الذي

هو نماء ملكه وذا

(۱۷۸)



لا يصح على ما نذكر ويكون الخارج له وعليه أجر مثل الأرض والبقر والعبد لان هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما يذكر في موضعه وكذا لو كان شرط عمل رب الأرض مع ذلك كان له أيضا أجر مثل عمله لان هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم

(فصل) وأما الذي يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه في باب المزارعة مقصودا من حيث إنها إجارة أحد أمرين اما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الأرض واما منفعة الأرض بأن كان البذر من العامل لان البذر إذا كان قبل رب الأرض يصير مستأجرا للعامل وإذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للأرض وإذا اجتمعا في الاستئجار فسدت المزارعة فأما منفعة البقر فان حصلت تابعة صحت المزارعة وان جعلت مقصودة فسدت

(فصل) وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الأرض والبذر والبقر والآلة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لان صاحب الأرض يصير مستأجرا للعامل لاغير ليعمل له في أرضه ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والباقي كله من جانب وهذا أيضا جائز لان العامل يصير مستأجرا للأرض لا غير ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الأرض والبذر والبقر والآلة والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لان هذا استئجار للعامل غير مقصودا فأما البذر فغير مستأجر مقصود أولا يقابله شيء من الأجرة بل هي توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل لأنه آلة للعمل فلا يقابله شيء من العمل كمن استأجر خياطاً فخاط بإبرة نفسه جاز ولا يقابلها شيء من الأجرة ولأنه لما كان تابعا للمعقود عليه فكان جاريا مجرى الصفة للعمل كان العقد عقدا على عمل جيد والأوصاف لا قسط لها من العوض فأمكن أن تنعقد إجارة ثم تتم شركة بين منفعة الأرض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الأرض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز في

ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يجوز (وجه) قوله إنه لو كان الأرض والبذر من جانب جاز وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا إذا كان الأرض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الأرض (وجه) ظاهر الرواية ان العامل هنا يصير مستأجرا للأرض والبقر جميعا مقصودا ببعض الخارج لأنه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لاختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض فبقيت أصلا بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلا ومقصودا واستئجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز لوجهين أحدهما ما ذكرنا أن المزارعة تنعقد إجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الأول لأنه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الأرض ومنفعة العامل والثاني أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفا للقياس لان الأجرة معدومة وهي مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذي ورد النص فيه وذلك فيما إذا كانت الآلة تابعة فإذا جعلت مقصودة يرد إلى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والأرض والعمل من جانب وهذا لا يجوز أيضا لان صاحب البقر يصير مستأجرا للأرض والعامل جميعا ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا لما وروى عن أبي يوسف في هذين الفصلين أيضا انه يجوز لان استئجار كل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الانفراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الأرض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الأرض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضا لما مروى في عين هذا ورد الخبر بالفساد فإنه روى أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله



(۱۷۹)

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم  
وعلى قياس ما روى عن أبي  
يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط في عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل  
أحدهما والبعض من قبل الآخر  
وهذا لا يجوز لأن كل واحد منهما يصير مستأجرا صاحبه في قدر بذره فيجتمع  
استئجار الأرض والعمل من جانب  
واحد وانه مفسد (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والبذر والبقر من جانب دفع  
صاحب الأرض أرضه إليه على  
أن يزرعها ببذره وبقره مع هذا الرجل الآخر على أن ما خرج من شيء فثلثه لصاحب  
الأرض وثلثاه لصاحب البذر  
والبقر وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح في حق صاحب الأرض والعامل الأول فاسد في  
حق العامل الثاني ويكون  
ثلث الخارج لصاحب الأرض وثلثاه للعامل الأول وللعامل الثاني أجر مثل عمله وكان  
ينبغي أن تفسد المزارعة في  
حق الكل لأن صاحب البذر وهو العامل الأول جمع بين استئجار الأرض والعامل وقل  
ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد  
للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها في حق صاحب  
الأرض والعامل الأول وإنما  
كان كذلك لأن العقد فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول وقع استئجارا للأرض  
لاغير وانه صحيح وفيما بين  
العاملين وقع استئجار الأرض والعامل جميعا وانه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد  
الواحد له جهتان جهة الصحة  
وجهة الفساد خصوصا في حق شخصين فيكون صحيحا في حق أحدهما فاسدا في  
حق الآخر ولو كان البذر في هذه  
المسألة من صاحب الأرض صحت المزارعة في حق الكل والخارج بينهم على الشرط  
لأن صاحب الأرض في هذه  
الصورة يعتبر مستأجرا للعاملين جميعا والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح في صحة  
العقد وإذا صح العقد كان الخارج  
على الشرط  
(فصل) وأما الذي يرجع إلى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر في العقد تابعا فان جعل  
مقصود أفي العقد تفسد المزارعة  
وقد تقدم بيانه في الفصل المتقدم بما فيه كفاية  
(فصل) وأما الذي يرجع إلى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصح

المزارعة الابعد بيان المدة لأنها  
استئجار ببعض الخارج ولا تصح الا جارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة  
أن لا تصح الابعد بيان المدة لأنها  
استئجار العامل بعض الخارج فكانت إجارة بمنزلة المزارعة الا انها جازت في  
الاستحسان لتعامل الناس ذلك من  
غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة في أول السنة لان وقت ابتداء  
المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء  
المزارعة فمتفاوت حتى أنه لو كان في موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو  
على أول زرع يخرج كذا ذكر محمد  
ابن سلمة أن بيان المدة في ديارنا ليس بشرط كما في المعاملة  
(فصل) وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها في بيان الشرائط  
المصححة (منها) شرط كون  
الخارج لاحد هما لأنه شرط يقطع الشركة التي هي من خصائص العقد (ومنها) شرط  
العمل على صاحب الأرض لان  
ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لان فيه جعل منفعة البقر معقودا  
عليها مقصودة في باب المزارعة  
ولا سبيل إليه (ومنها) شرط العمل والأرض جميعا من جانب واحد لان ذلك خلاف  
مورد الشرع الذي هو خلاف  
القياس على ما مر في الفصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد  
القسمة لأنه ليس من عمل المزارعة  
(ومنها) شرط الحصاد والرفع إلى البيدر والدياس والتذرية لان الزرع لا يحتاج إليه إذ لا  
يتعلق به صلاحه والأصل  
أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تناهيه وادراكه وجفافه مما يرجع إلى اصلاحه من  
السقي والحفظ وقلع الحشاوة  
وحفر الأنهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع لان ما هو المقصود من الزرع  
وهو النماء لا يحصل بدونه عادة  
فكان من توابع المعقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل  
يكون بعد تناهى الزرع وادراكه  
وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه الخلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على  
شرط الخارج لأنه ليس من عمل  
المزارعة ولهذا قالوا لو دفع أرضا مزارعة وفيها زرع قد استحصد لا يجوز لانقضاء  
وقت عمل الزراعة إذ العمل

(180)

فيه بعد الادراك مما لا يفيدته وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل إلى البيت ونحوه  
مما يحتاج إليه لا حراز المقسوم فعلى  
كل واحد منهما في نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبي يوسف  
انه أجاز شرط الحصاد  
ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر  
يفتون به أيضا وهو  
اختيار نصير بن يحيى بن محمد بن سلمة من مشايخ خراسان والجداذ في باب المعاملة  
لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) في  
ظاهر الرواية فلا يشكل وأما على رواية أبي يوسف فلانعدام التعامل فيه ولو باع الزرع  
قصيلا فاجتمعا على أن  
يقضاه كان القصل على كل واحد منهما في قدر شرط الحب لأنه بمنزلة شرط  
الحصاد (ومنها) شرط التبن لمن لا يكون  
البذر من قبله وجملته ان هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان شرطا أن يكون التبن واما  
ان سكتنا عنه واما ان شرطا أن  
يكون لأحدهما دون الآخر فان شرطا أن يكون بينهما لاشك أنه يجوز لأنه شرط مقرر  
مقتضى العقد لان الشركة في  
الخارج من الزرع من معاني هذا العقد على ما مروان سكتنا عنه يفسد عند أبي يوسف  
وعند محمد لا يفسد ويكون  
لصاحب البذر منهما وذكر الطحاوي ان محمدا رجع إلى أبي يوسف (وجه) قول  
محمد ان ما يستحقه صاحب  
البذر يستحقه ببذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة (وجه)  
قول أبي يوسف ان كل  
واحد منهما أعنى الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة  
السكوت عن الحب وذا مفسد بالاجماع  
فكذا هذا وان شرطا أن يكون لأحدهما دون الآخر فان شرطاه لصاحب البذر جاز  
ويكون له لان صاحب البذر  
يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده الا تأكيدا وان شرطاه لمن لا  
بذر له فسدت المزارعة لان  
استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لأنه نماء ملكه ونماء ملك الانسان ملكه  
فصار شرط كون التبن لمن لا  
بذر من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وذا مفسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب  
الأرض على المزارع عملا  
تبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الحائط والسرقد واستحداث حفر النهر ورفع

المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره  
ومنفعته إلى ما بعد انقضاء المدة لأنه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو في  
الأصل من وجهين (أما) ان  
شرطاه في العقد وأما ان سكتنا عنه فان سكتنا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى  
يجبر المزارع عليه امتنع أولا  
فسنذكره في حكم المزارعة الصحيحة إن شاء الله تعالى وان شرطاه في العقد فلا يخلو  
أيضا من وجهين اما ان شرطاه  
مطلقا عن صفة التثنية وأما ان شرطاه مقيدا بها فان شرطاه مطلقا عن الصفة قال بعضهم  
انه يفسد العقد لان أثره يبقى إلى  
ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل  
السقي على وجه لا يبقى له أثر  
ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطاه مع التثنية فسدت المزارعة  
لان التثنية اما أن تكون عبارة عن  
الكراب مرتين مزة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الأرض على صاحبها مكروبة وهذا  
شرط فاسد لاشك فيه لما  
ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من  
عمل المزارعة في هذه السنة وأما أن  
يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين الزراعة انه عمل يبقى أثره ومنفعته إلى ما بعد المدة  
فكان مفسدا حتى أنه لو  
كان في موضع لا يبقى لا يفسد كذا فقال بعض مشايخنا ولو دفع الأرض مزارعة على  
أنه ان زرعها بغير كراب فللمزارع  
الربع وان زرعها بكراب فله الثلث وان كربها وثناها فله النصف فهو جائز على ما  
شرطا كذا ذكر في الأصل وهذا  
مشكل في شرط الكراب مع التثنية لأنه شرط مفسد فينبغي أن يفسدها هذا الشرط وإذا  
عمل يكون له أجر مثل عمله  
فأما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لأنه غير مفسد وبعضهم  
صححوا جواب الكتاب وفرقوا  
بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع في الأصل فقال ولو زرع بعض  
الأرض بكراب وبعضها  
بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جائز والشرط بينهما في كل الأرض نافذ على ما شرطا  
كذا ذكر في الأصل وهذا بناء  
على الأول لأنه ان شرط التثنية في كل الأرض عند اختياره ذلك يصح في البعض  
بالطريق الأولى



(فصل) وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجيزها فنقول وبالله التوفيق  
للمزارعة الصحيحة أحكام

(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع إليه لاصلاحه فعلى المزارع لأن العقد تناوله وقد بيناه (ومنها)

ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقيين وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما وكذلك الحصاد

والحمل إلى البيدر والدياس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) أن

يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ومنها) انها إذا لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء لواحد منهما لا أجر العمل ولا أجر الأرض سواء كان البذر

من قبل العامل أو من قبل من رب الأرض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يحب فيها أجر المثل وان لم تخرج الأرض شيئاً

والفرق أو الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شيء والواجب

في المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل في في الذمة لا في الخارج فانعدام الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق (ومنها)

ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة

وقال لا أريد زراعة الأرض له ذلك سواء كان له عذر أو لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة

لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد الا باتلاف

ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه إذ الانسان لا يجبر على اتلاف ملكه

ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لأنه ليس في لزوم المعنى إياهم اتلاف ملكهم فكان الشروع في حقهم

ملزماً ولا يفسخ الا من عذر كما في سائر الإجازات وسواء كان المزارع كرب الأرض أو لم يكر بها لان ما ذكرنا من

المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما نذكره في حكم المزارعة المنفسخة إن شاء الله تعالى

ومنها ولاية جبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرطاً الكراب في العقد واما ان سكتنا عن شرطه

فان شرطاً، يجبر عليه لأنه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتنا عنه ينظر إن كانت

الأرض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعا معتادا يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وإن كانت مما لا يخرج أصلا أو يخرج ولكن شيئا قليلا لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا إذا امتنع المزارع عن السقي وقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه إن كان الزرع مما يكتفى بماء السماء ويخرج زرعا معتادا بدونه لا يجبر على السقي وإن كان مع السقي أجود فإن كان مما لا يكتفى به يجبر على السقي لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والحط عنه وعدم الجواز والأصل فيه ان كلما احتتمل انشاء العقد عليه احتتمل الزيادة ومالا فلا والحط جائز في الحالين جميعا كما في الزيادة في الثمن في باب البيع إذا عرف هذا فنقول الزيادة والحط في المزارعة على وجهين اما أن يكون من المزارع واما أن يكون من صاحب الأرض ولا يخلو اما أن يكون البذر من قبل المزارع واما أن يكون من صاحب الأرض بعد ما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد فإن كان من بعد ما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلا فزاد المزارع صاحب الأرض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضى به صاحب الأرض لا تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الأرض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الأول زيادة على الأجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز ألا ترى انهما لو أنشأ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثاني حط من الأجرة وانه لا يستدعى قيام المعقود عليه كما في باب البيع هذا إذا كان البذر من قبل العامل فإن كان من قبل صاحب الأرض فزاد صاحب الأرض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا إذا زاد أحدهما بعد ما استحصد الزرع فان زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضا بخلاف الفصل الأول (فصل) وأما حكم المزارعة الفاسدة فأنواع (منها) انه لا يحب على المزارع شئ من

أعمال المزارعة لان

(١٨٢)

وجوبه بالعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الأرض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لو قوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فإذا لم يصح الشرط استحققه صاحب الملك ولا يلزمه التصديق بشئ لأنه نماء ملكه (ومنها) أن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض كان للعامل عليه أجر المثل لان البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض كان هو مستأجرا للعامل فإذا فسدت الإجارة وجب أجر مثل عمله وإذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الأرض أجر مثل أرضه لان البذر إذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجرا للأرض فإذا فسدت الإجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض واستحق الخارج وغرم للعامل اجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لأنه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الأرض وإذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الأرض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الأرض ويطيب ذلك له لأنه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لأنه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصديق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الأرض لان المزارعة عقد إجارة والأجرة في الإجارة الفاسدة لا تجب الا بحقيقة الاستعمال ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة إذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الإجارة الصحيحة على ما عرف الإجازات (ومنها) أن أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم تخرج الأرض شيئا بعد ان استعملها المزارع وفي المزارعة الصحيحة إذ لم تخرج شيئا لا يجب شئ لواحد منهما وقد مر الفرق فيما تقدم (منها) ان أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدرا بالمسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا إذا كانت الأجرة وهو حصة كل واحد منهما مسماة في العقد

فإن لم يكن يجب أجر المثل تاما بالاجماع  
(وجه) قول محمد رحمه الله أن الأصل في الإجارة وجوب أجر المثل لأنها عقد  
معاوضة وهو تمليك المنفعة بعوض  
ومبنى المعاوضات على المساواة بين البديلين وذلك في وجوب أجر المثل لأنه المثل  
الممكن في الباب إذ هو قدر قيمة  
المنافع المستوفاة الا أن فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد  
من تسمية البديل تصحيحا للعقد  
فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فإذا لم يصح العقد لفوات شرط من شرائطه  
وجب المصير إلى البديل الأصلي  
للمنافع وهو أجر المثل ولهذا إذا لم يسم البديل أصلا في العقد وجب أحر المثل بالغا ما  
بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان  
الأصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لأنه هو المثل  
بالقدر الممكن لكن مقدرًا بالمسمى لأنه كما  
يحب اعتبار المماثلة في البديل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية  
بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف  
العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر ما رضى  
بالزيادة على المسمى والآجر  
ما رضى بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين  
ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان  
أولى بخلاف ما إذا لم يكن البديل مسمى في العقد لان البديل إذا لم يكن مسمى أصلا  
لا حاجة إلى اعتبار التسمية  
فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق  
(فصل) وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع إلى صاحب  
الأرض وبعضها يرجع إلى  
المزارع (أما) الأول الذي يرجع إلى صاحب الأرض فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له  
الامن ثمن هذه الأرض تباع  
في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر إذا أمكن الفسخ بأن كان قبل الزراعة أو بعدها إذا  
أدرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد  
لأنه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضي  
بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة  
ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بأن كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ  
الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ  
إلى أن يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار إلى وقت الادراك

تأخير حق صاحب الدين

(١٨٣)

وفيه رعاية الجانبين فكان أولى ويطلق من الحبس إن كان محبوسا إلى غاية الا ادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المطل وانه غير مما طل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الأرض شرعا والممنوع معذور فإذا أدرك الزرع يرد إلى الحبس ثانيا لبيع أرضه ويؤدى دينه بنفسه والا فيبيع القاضي عليه (وأما) الثاني الذي يرجع إلى المزارع فنحو المرض لأنه معجز عن العمل والسفر لأنه يحتاج إليه وترك حرفة إلى حرفة لان من الحرف مالا يغنى من جوع فيحتاج إلى الانتقال إلى غيره ومانع يمنعه من العمل على ما عرف في كتاب الإجارة (فصل) وأما الذي يفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع (منها) الفسخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح وأن يكون بلفظ الفسخ والإقالة لان المزارعة مشتملة على الإجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والإقالة وأما الدلالة فنوعان الأول امتناع صاحب البذر عن المضي في العقد بان قال لا أريد مزارعة الأرض يفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم في حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضي فيه من غير عذر ويكون ذلك فسحا منه دلالة والثاني حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الأرض والبذر مزارعة وبيان ذلك ان العبد المأذون إذا دفع الأرض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة يفسخ العقد حتى يملك منع المزارع من المزارعة لأن العقد لم يقع لازما من جهة العبد لأنه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولن كان البذر من جهة المزارع لا يفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لأن العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا إذا دفع الأرض مزارعة فاما إذا أخذها مزارعة فإن كان البذر من قبله انفسخ العقد لأنه إذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لفوات المعقود عليه وإن كان البذر والأرض من قبل صاحب البذر لا يفسخ العقد بالحجر لأنه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله أن



يفسخ مالا يفسخ بالحجر هذا إذا حجر على العبد المأذون قاما إذا لم يحجر عليه  
ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد  
بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك إلا أنه لم يحجر عليه فالنهى باطل وكذلك نهى الأب  
الصبي المأذون قبل عقد المزارعة  
أو بعده لأن النهي عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن  
بالتجارة مما  
لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لأنها إذا انقضت فقد انتهى العقد  
وهو معنى الانفساخ (ومنها)  
موت صاحب الأرض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو بقل  
لأن العقد أفادا لحكم له  
دون وارثه لأنه عاقد لنفسه والأصل أن من عقد لنفسه بطريق الأصالة فحكم تصرفه يقع  
له لا لغيره الا لضرورة  
(ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حد الحصاد أو لم  
يبلغ لما ذكرنا  
(فصل) وأما بيان حكم المزارعة المنسوخة فنقول وبالله التوفيق لا يخلو من وجهين اما  
ان انفسخت قبل الزراعة  
أو بعدها فان انفسخت قبل الزراعة لا شئ للعامل وان كرب الأرض وحفر الأنهار  
وسوى المسنيات بأي طريق  
انفسخ سواء انفسخ بصريح الفسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين  
لان الفسخ يظهر أثره في  
المستقبل بانتهاء حكمه في الماضي فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب في  
العقد الصحيح المسمى وهو بعض  
الخارج ولم يوجد فلا شئ وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى عليه  
أن يرضى العامل فيما إذا امتنع عن  
المضي في العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فإنه يشبه التعزير وانه حرام وان  
انفسخت بعد الزراعة فإن كان  
الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد فالحصاد والخارج بينهما على الشرط وإن كان لم يدرك  
فكذا الجواب في  
صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقي إلى  
وقت الحصاد عليهما وعلى  
المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلما  
مران انفساخ العقد يظهر  
أثره في المستقبل لا في الماضي فبقي الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ (وأما)

العمل فيما بقي إلى وقت الحصاد

(١٨٤)

عليهما لأنه عمل في مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض لأن العقد قد انفسخ وفي القلع ضرر بالمزارع وفي الترك بغير أجر ضرر بصاحب الأرض فكان الترك بأجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما إذا مات صاحب الأرض والزرع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لان هناك انفسخ العقد حقيقة لوجود سبب الفسخ وهو الموت الا انا بقيناه تقديرا دفعا للضرر عن المزارع لأنه لو انفسخ لثبت لصاحب الأرض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في بقاء العقد تقديرا فإذا بقي العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان اتفق أحدهما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضي فهو متطوع ولو أراد صاحب الأرض أن يأخذ الزرع بقل لم يكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقل فصاحب الأرض بين خيارات ثلاث ان شاء قلع الزرع فيكون بينهما وان شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شاء أنفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لان فيه رعاية الجانبين (وأما) في موت أحد المتعاقدين أما إذا مات رب الأرض بعد ما دفع الأرض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقل تترك الأرض في يدي المزارع إلى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان في الترك إلى وقت الحصاد نظرا من الجانبين. وفي القلع اضرارا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرا في هذه السنة في هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقل وراثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الأرض فالامر إلى ورثة المزارع لان في القلع ضرا بالورثة ولا ضرر بصاحب الأرض في الترك إلى وقت الادراك وإذا ترك لا أجر للورثة فيما يعملون لأنهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرا فكأنه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لأن العقد ينفسخ حقيقة الا انا بقيناه باختيارهم نظرا لهم فان امتنعوا عن العمل ففي الزرع مشتركا فاما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الأرض

قدر حصتهم من الزرع البقل  
أو ينفق من مال نفسه إلى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لان فيه رعاية  
الجانبيين والله تعالى أعلم  
(كتاب المعاملة)

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في  
المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو  
مفاعلة من العمل وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر  
شرائط الجواز وأما شرعيتها  
فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف  
ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه  
الله مشروعة واحتجوا بحديث خبير انه عليه والسلام دفع نخيلهم معاملة ولا بي حنيفة  
رحمه الله أن هذا

استئجار ببعض الخارج وانه منهي عنه على ما ذكرنا في كتاب المزارعة وقد مر  
الجواب عن الاستدلال بحديث خبير  
فلا نعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير  
تفاوت وأما الشرائط المصححة لها  
على قول من يجيزها فما ذكرنا في كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا  
يجوز عقد من لا يعقل فأما البلوغ  
فليس بشرط وكذا الحرية على نحو ما مر في كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا  
مرتدين في قول أبي حنيفة على  
قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وفقت المعاملة ثم إن كان  
المرتد هو الدافع فان أسلم  
فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخارج كله للدافع لأنه نماء  
ملكه وللآخر أجر المثل إذا  
عمل وعندهما الخارج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين  
كما إذا كانا مسلمين وإن كان  
المرتد هو العامل فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الردة أو  
لحق فالخارج بين الدافع المسلم  
وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر في المزارعة هذا إذا كانت  
المعاملة بين مسلم ومرتد فاما إذا كانت  
بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط لما مر في كتاب المزارعة  
ويجوز معاملة المرتدة دفعا واحدا

(180)

بالاجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمرة بالعمل فإن كان المدفوع نخلا فيه طلع أو بسرقد احمر أو اخضر الا انه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وإن كان قد تناهى عظمه الا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة لأنه إذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة علم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرطا أن يكون لأحدهما فسدت لما علم (ومنها) أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لما علم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة في كتاب المزارعة (ومنها) التسليم إلى العامل وهو التخلية حتى لو شرطا العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تخرج في أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطا لان ترك البيان يؤدي إلى الجهالة كما في المزارعة الا انه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى أنه لو وجد التعامل به في موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتى محمد بن سلمة على ما مر في المزارعة ولو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة نابتة ولم يسم المدة فإن كان شيئا ليس لابتداء نباته ولا لانتهاؤه جده وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وإن كان وقت جده معلوما يجوز ويقع على الجذة الأولى كما في الشجرة المثمرة (فصل) وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها في الشرائط المصححة للعقد لان ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للفساد (منها) شرط كون الخارج كله لأحدهما (ومنها) شرط أن يكون لأحدهما قفزان مسماة (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطاف على العامل بلا خلاف لأنه ليس من المعاملة في شيء ولانعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما

(ومنها) شرط عمل تبقى منفعته بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقة ونصب العرايش وغرس الأشجار وتقليب الأرض وما أشبه ذلك لأنه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات المعقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لأن العامل أجير رب الأرض واستئجار الانسان للعمل في شئ هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى أن النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما إلى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثاه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن في المعاملة معنى الإجارة ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الا جير شريك المستأجر وإذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف في الإجازات ولا يشبه هذا المزارعة لان الأرض إذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما إلى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج لأنه تجوز المزارعة لان هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل في شئ الأجير فيه شريك المستأجر لانعدام الشركة في البذر وهنا تحقق لثبوت الشركة في النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشئ من الخارج لأنه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرطا أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان استحقاق كل واحد منهما أعنى من الشريكين لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستئجار ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشتري ما يلحق به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف ثمنه لأنه اشترى مالا متقوما على الشركة بأمره فيرجع عليه وسواء كان العمل في عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله إلى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل لاحد هما فضلا لان كل واحد منهما أجير صاحب الأرض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيقدر بقدر الشرط ولو شرط لاحد العاملين مائة درهم على رب الأرض والآخر ثلث الخارج ولرب الأرض الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما أجرة مشروطة فيجب على

حسب ما يقتضيه الشرط ولو

(١٨٦)



شرطا لصاحب النخل الثلث ولاحد العاملين الثلثين وللآخر أجر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة ان من دفع الأرض مزارعة على أن لرب الأرض وللزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه بثلث الخارج ان المزارعة جائزة بين رب لأرض والمزارع فاسدة في حق الثالث لان المعاملة استتجار العامل والأجرة تجب على المستأجر دون الأجير بمقابلة العمل والعمل للمستأجر فكانت الأجرة عليه فإذا اشترطها على الأجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الأجرة على غيره ولا سبيل إليه ففسد العقد وهذا هو الموجب للفساد في حق الثالث في باب المزارعة لأنه صح فيما بين صاحب الأرض والمزارع لأنه جعل بمنزلة عقدين ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح ويتضح إن شاء الله تعالى (فصل) وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجيزها فأنواع (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج إليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقي واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لأنها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد وكلما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والأرض من السرقين وتقليب الأرض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيهما لأن العقد لم يتناوله لا مقصود أو لا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه إذا لم يخرج الشجر شيئا فلا شيء لواحد منهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق في كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الامن عذر بخلاف المزارعة فإنها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقد مر الفرق (ومنها) ولاية جبر العامل على العمل الامن عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز والأصل فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل

الزيادة وإلا فلا والحط جائز في الموضوعين أصله بالزيادة في الثمن والمثمن فإذا دفع نخلا بالنصف معاملة فخرج الثمر فإن لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لان الانشاء للعقد في هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الأرض شيئاً ولا تجوز الزيادة من رب الأرض للعامل شيئاً لأن هذه زيادة ففي الأجرة لان العامل أجير والمحل لا يحتمل الزيادة ألا ترى انه لا يحتمل الانشاء والأول حط من الأجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الحط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع إلى غيره معاملة الا إذا قال له رب الأرض اعمل فيه برأيك لان الدقع إلى غيره اثبات الشركة في مال غيره بغير اذنه فلا يصح وإذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصح وان لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل إلى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الأول ولان استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضا لان عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافا إليه وله على العامل الأول أجر مثل عمله يوم عمل لأنه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر في يد العامل الأخير من غير عمله وهو في رؤس النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تفويت يد المالك ولو هلك من عمله في أمر فيه أمر العامل الأول فالضمان لصاحب النصل على العامل الآخر فون الأول لان الخلاف قطع نسبة عمله إليه فبقي فبقي متلفا على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الأول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لأنه إذا لم يوجد منه بخلاف منه بخلاف بقي عمله مضافا إليه كأنه عمل لنفسه فكان له أن يضمه وله أن يضمن الثاني لأنه في معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الأول لم يرجع على الآخر بشئ لأنه عمل بأمر الأول فلو رجع عليه لرجع هو عليه أيضا فلا يفيد وان اختار تضمين الآخر يرجع على الأول لأنه غره في هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا إذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما إذا قال وشرط

النصف فدفعه إلى رجل آخر بثلاث

(١٨٧)

الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الأول لان شرط الثلث يرجع إلى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقي له السدس ضرورة وذكر محمد رحمه الله في الأصل انه إذا لم يقل اعمل فيه برأيك وشرط له شيئاً معلوماً وشرط الأول للثاني مطلق ذلك فهما فاسدان وضمن على العامل الأول (فصل) وأما حكم المعاملة الفاسدة فأنواع ذكرناها في المزارعة منها أنه لا يجبر العامل على العمل لان الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح ومنها أن الخارج كله لصاحب الأرض لان استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشيء منه لأنه حصل عن خالص ملكه ومنها أن أجر المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل اما ذكرنا في المزارعة ومنها أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئاً بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق في كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب مقدراً بالمسمى لا يتجاوز عنه عند أبي يوسف وعن محمد يجب تاماً وهذا الاختلاف فيما إذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فإن لم تكن مسماة في العقد يجب أجر المثل تاماً بلا خلاف وقد مرت المسألة كتاب المزارعة (فصل) وأما المعاني التي هي عذر في فسخها فما ذكرنا في كتاب المزارعة ومن الاعذار التي في جانب العامل أن يكون سارقاً معروفاً بالسرقة فيخاف الثمر والسعف (فصل) وأما الذي يفسخ به عقد المعاملة فأنواع منها صريح الفسخ ومنها الإقالة ومنها انقضاء المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر في كتاب المزارعة (فصل) وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم

\* (كتاب الشرب) \*

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الشرب لغة وشرعاً وفي بيان أنواع المياه وفي بيان حكم كل نوع منها أما الأول فالشرب في اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى عز

شأنه قال هذه ناقة لها شرب  
ولكم شرب يوم معلوم وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالأيام لان الله  
سبحانه وتعالى عز اسمه  
أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت  
شريعة لنا مبتدأة وبها استدل  
محمد رحمه الله في كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالأيام وفي عرف الشرع  
عبارة عن حق الشرب والسقي وأما  
بيان أنواع المياه فنقول المياه أربعة أنواع الأول الماء الذي يكون في الأواني والظروف  
والثاني الماء الذي يكون في  
الآبار والحياض والعيون والثالث ماء الأنهار الصغار التي تكون لأقوام مخصوصين  
والرابع ماء الأنهار العظام  
كجیحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة  
أما الأول فهو مملوك  
لصاحبه لاحق لا حد فيه لأن الماء وإن كان مباحا في الأصل لكن المباح يملك  
بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكا لغيره كما إذا  
استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الأشياء وكذا  
السقاؤون يبيعون المياه  
المحرورة في الظروف به جرت العادة في الأمصار وفي سائر الأعصار من غير تكبير فلم  
يحل لا حد أن يأخذ منه فيشرب  
من غير اذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فمنعه فإن لم يكن عنده  
فضل فليس له أن يقاتله أصلا لان  
هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلاكه وهذا لا يجوز وإن كان عنده  
فضل ماء عن حاجته  
فللممنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما إذا أصابته مخمصة  
وعند صاحبه فضل طعام فسأله فمنعه  
وهو لا يجد غيره وأما الثاني الماء الذي يكون في الحياض والآبار والعيون فليس  
بمملوك لصاحبه بل هو مباح في  
نفسه سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة لكن له حق خاص فيه لأن الماء في الأصل  
خلق مباحا لقول النبي عليه

الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكأ والنار والشركة العامة تقتضي الإباحة إلا أنه إذا جعل في إناء وأحرزه به فقد استولى عليه وهو عليه وهو غير مملوك لاحد فيصير مملوكا للمستولي كما في سائر المباحات الغير المملوكة وإذا لم يوجد ذلك بقي على أصل الإباحة الثابتة بالشرع فلا يحوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب بأنفسهم وسقي دوابهم منه لأنه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر وهو فضل مائها الذي يخرج منها فلهم ان يسقوا منها لشفاهم ودوابهم فاما لزروعهم وأشجارهم فله ان يمنع ذلك لما في الاطلاق من ابطال حقه أصلا الا إذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول في أرضه إذا لم يضطروا إليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضرار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له لما ان تأذن بالدخول واما ان تعطى بنفسك فإن لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم ان يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم والأصل فيه ما روى أو قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضي الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز في الأواني والطعام حالة المخمصة لأن الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا ملك هناك بل هو على الإباحة الأصلية على ما بينا فإذا منعه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما إذا منعه ماله المملوك وأما الثالث الماء الذي يكون في الأنهار التي تكون لأقوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع إلى نفس الماء وبعضها يرجع إلى الشرب وبعضها يرجع إلى النهر أما الذي يرجع إلى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الأصل بالنص وإنما يأخذ حكم الملك بالاحراز بالأواني فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال اسقني يوما من نهرك على أن أسقيك يوما من نهر كذا لا يحوز لان هذا مبادلة الماء بالماء

فيكون يبيعا أو إجارة الشرب بالشرب  
وكل ذلك لا يجوز ولا تجوز اجارته لان الإجارة تمليك المنفعة لا تمليك العين  
بمنافعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضا  
أو بئرا ليسقى منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه  
السّمك لان هذا استئجار  
السّمك وكذا لو استأجر أجمة ليحتطب لان هذا استئجار الحطب والأعيان لا تحتمل  
الإجارة وليس لصاحب  
النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقى الزرع  
والأشجار لان له فيه حقا خاصا وفي  
اطلاق السقي ابطال حقه لان كل أحد يتبادر إليه فيسقى منه زرعه وأشجاره فيبطل حقه  
أصلا ولو أذن بالسقي  
والنهر خاص له جاز لأنه أبطل حق نفسه وأما الذي يرجع إلى الشرب فهو أنه لا يجوز  
بيعه منفردا بأن باع شرب يوم  
أو أكثر لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي والحقوق لا تحتمل الافراد بالبيع والشراء  
ولو اشترى به دارا وعبدا  
وقبضهما لزمه رد الدار والعبد لأنه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما في  
سائر البياعات الفاسدة ولا شيء  
على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الأرض مع الشرب جاز تبعا للأرض ويجوز  
ان يجعل الشيء تبعا لغيره  
وإن كان لا يجعله مقصودا بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب في بيع الأرض  
الا بالتسمية صريحا أو بذكر  
ما يدل عليه بأن يقول بعثها بحقوقها أو بمرافقها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها  
وخارج عنها من حقوقها فإن لم يذكر  
شيئا من ذلك لا يدخل لان اسم الأرض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا تجوز  
اجارته مفردا لان الحقوق  
لا تحتمل الإجارة على الانفراد كما لا تحتمل البيع وكذا لو جعله أجرة في إجارة الدار  
والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان  
الأجرة في باب الإجارة كالثمن في باب البيع وانه لا يصلح ثمنا في البياعات فلا يصلح  
أجرة في الإجازات ولو أنتفع  
بالدار والعبد لزمه أحر مثله لأنه استوفى منفعة المعقود عليه عقدا فاسدا فيلزمه أجرة  
المثل كما في سائر الإجازات  
الفاسدة ولو استأجر الأرض مع الشرب جاز تبعا للأرض كما في البيع على ما ذكرنا  
ولو استأجر أرضا ولم يذكر

الشرب والمسيل أصلا فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما في البيع وفي  
الاستحسان كانا له ويدخلا تحت



إجارة الأرض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لان الإجارة تملك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا بذكر الأرض دلالة بخلاف البيع لان البيع تملك العين والعين تحتمل الملك بدونه ولا تجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تملك والحقوق المفردة لا تحتمل التملك ولا يجوز الصلح عليه بان صالح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس وما دونه لان الصلح في معنى البيع الا أنه يسقط القصاص ويكون الصلح كأنه على العفو لما ذكرنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات وتجب على القاتل والجراح الدية وأرش الجناية ولا تصح تسميته في باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لان النكاح تصرف تملك وأنه لا يحتمل التملك وإذا لم تصح التسمية يجب العوض الأصلي وهو مهر المثل ولا تصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر أن تسميته في معرض التملك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فمن حيث إنه لم يحتمل التملك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلا فيظهر في وجوب رد المأخوذ وهذا أصلي في باب الخلع محفوظ أنه شيء تعذر تسليم البديل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ومورثه لان الإرث لا يقف على الملك لا محالة بل يثبت في حق المال كما يثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شره جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وإن كان تملكا لكنها تملك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وإنما يملك بعد الموت فأشبه الميراث فإذا احتل الإرث احتل الوصية التي هي أخت الميراث وإذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا ميراثا لورثة الموصى له لان الشرب بعين مال بل هو حق مالي وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب

ولو أوصى أن يتصدق بالشرب  
على المساكين لم يصح لأنه لما لم يحتمل التملك بالتصدق استوى فيه الحال  
والإضافة إلى ما بعد الموت بالوصية ويسقى  
كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا في قدر الشرب ولا بينة لأحدهم  
تحكم الأراضي فيكون الشرب بينهم  
على قدر أراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة إذا اختلفوا في طريق مشترك  
بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة  
الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وإنما كان كذلك لاختلاف المقصود إذ المقصود من  
الشرب السقي والسقي يختلف  
باختلاف الأراضي والمقصود من الطريق هو المروز وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو  
كان الاعلى منهم لا يشرب ما لم  
يسكر النهر عن الأسفل بأن كانت أرضه ربوة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته  
لان في سكر النهر حتى يشرب الاعلى  
منع الأسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا إذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز  
ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب  
على النهر المشترك رحي أودالية أو سانية نظر فيه فإن كان لا يضر بالشرب والنهر وكان  
موضع البناء أرض صاحبه والا  
فلا لان رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء  
ولا سبيل إلى التصرف في الملك  
المشترك والحق المشترك الا برضا الشركاء وأما الذي يرجع إلى النهر فالأصل فيه أن  
النهر الخاص لجماعة لا يملك  
أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين سواء أضربهم التصرف أولا لان رقبة النهر  
مملوكة لهم وحرمة التصرف في  
المملوك، لا تقف على الاضرار بالمالك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهرا  
صغيرا من النهر المشترك فيسوق  
الماء إلى أرض أحيائها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف  
في محل مملوك على الشركة  
من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد  
واحد أن يزيد فيها كوة من  
غير رضا الشركاء ليس له ذلك وإن كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم في النهر  
باجراء زيادة ماء فيه من غير  
رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحي فإن كان موضع البناء مملوكا له والماء  
يدير الرحي على سببه له ذلك

وإن كان موضع البناء مشتركاً أو تقع الحاجة إلى تعريج الماء ثم الإعادة ليس له ذلك  
لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول حقهم إليهم بالتعريج كما إذا حفر نهرا في أرضه وأراد أن يعرج الماء إليه ثم يعيده إلى النهر وكذلك لو أراد أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لأحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم لان القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر الأعظم ولاحد الشريكين أرض في أعلى النهر والآخر أرض في أسفله فأراد صاحب الاعلى أن يسد شيئا من تلك الكوي لما يدخل من الضرر في أرضه ليس له ذلك الا برضا شريكه لأنه يتضرر به شريكه فلا يجوز له دفع الضرر عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتهايئا حتى يسد في حصته ما شاء لم يكن له ذلك الا برضا الشريك لما قلنا وان تراضيا على ذلك زمانا ثم بدا لصاحب الأسفل أن ينقض فله ذلك لان المراضاة على مالا يحتمل التملك تكون مهياة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجنبي إليها كوة وحفر نهرا منه إلى أرضه برضا منهما ومضى على ذلك زمان ثم بدا لأحدهما أن ينقض فله ذلك لان العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات لورثتهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الأعظم ولكل رجل نهر من هذا النهر فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الأسفل لصاحب الاعلى أنكم تأخذون أكثر من نصيبكم لان دفعة الماء وكثرته في أول النهر ولا يأتينا ولا وهو قليل فأرادوا المهياة أياما معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء والنهر على حاله لان ملكهم ف رقبة النهر لا في نفس الملاء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهريه لم يكن له ذلك لأنه يدخل فيها الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر في أسفل النهر جاز ولو زاد في عرضه لا يجوز لان الكوى من حقوق النهر فيملكه بملك النهر بخلاف الزيادة في العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الأعظم بين قوم فخافوا أن ينبثق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فإن كان ضررا عاما يجبرون على أن يحصنوه بالحصص وان لم يكن فيه ضرر عام لا يجبرون عليه لان الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر

على التحصيل من باب دفع  
الضرر عن الجماعة فجاز وإذا لم يكن الضرر عاما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر  
بالتحصيل جبرا عليه لزيادة الانتفاع  
بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لأرض رجل فاختلف صاحب الأرض  
والنهر في مسناة فالمسناة  
لصاحب الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله له أن يغرس فيها طينه ولكن ليس له ان  
يهدمها وعند أبي يوسف ومحمد  
المسناة لصاحب النهر حرىما لنهره وله أن نغرس فيها ويلقى طينه ويجتاز فيها وان لم  
يكن ملاصقا بل كان بين النهر  
والأرض حائل من حائط ونحوه كانت المسناة لصاحب النهر بالاجماع وبعض  
مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على أن  
النهر هل له حرىم أم لا بأن حفر بحل نهرها في أرض موات باذن الامام عند أبي حنيفة  
لا حرىم له وعند هما له حرىم  
(ووجه) البناء عليه انه لما لم يكن للنهر حرىم عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهد  
الصاحب الأرض فكان القول  
قوله ولما كان له حرىم عندهما كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيكون القول قوله  
وبعضهم لم يصححوا البناء وقالوا  
لا خلاف ان للنهر حرىما في أرض الموات لان للبئر والعين حرىما فيها بالاجماع وقد  
روى عليه الصلاة والسلام  
انه جعل لهما حرىما لحاجتهما إلى الحفر لتعذر الانتفاع بها بدون الحفر لان حاجة  
النهر إلى الحرىم كحاجة البئر والعين  
بل أشد فكان جعل للبئر والعين حرىما جعلاً للنهر من طريق الأولى دل ان البناء على  
هذا الأصل غير  
صحيح فكان هذا خلافا مبتدأ (وجه) قولهما انه لما كان للنهر حرىم بالاتفاق كان  
الظاهر شاهدا لصاحب النهر  
فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البئر  
والعين عند الاختلاف كذا هذا  
ولأبي حنيفة ان المسناة إذا كانت مستوية بالأرض فالظاهر أنها ملك صاحب الأرض إذ  
لو كانت حرىما للنهر  
لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهد الصاحب الأرض الا أنه لا يملك  
هدمها لتعلق حق صاحب  
النهر بها وفي الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف في ملكه لتعلق حق  
الغير كحائط لانسان عليه جذوع

لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر  
وليس على أصحاب الشفة في الكرى

شئ لان هذا من حقوق الملك ولا ملك لأهل الشفة في رقبة النهر بل لهم حق شرب الماء والسقي للدواب فقط  
واختلف في كيفية الكرى عليهم قال أبو حنيفة عليهم أن يكروا من أعلاه وإذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان  
الكرى على من بقي وقال أبو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأراضي حتى أن  
النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيهم عليه لاخر كرى فوهة النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم  
على كل واحد منهم العشر فإذا جاوزوا شرب الأول سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على تسعة أسهم فإذا جاوزوا  
شرب الثاني سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبي حنيفة (وأما) عندهما  
فالكري بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر إلى أسفله (وجه) قول أبي حنيفة ان الكرى من حقوق الملك والملك  
في الأعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر إلى شرب أولهم فكانت مؤنته على الكل فأما بعده فلا ملك لصاحب  
الاعلى فيه إنما له حق وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لا على صاحب الحق ولهذا كانت  
مؤنة الكرى على أصحاب النهر ولا شئ على أهل الشفة أو الملك لأصحاب النهر ولأهل الشفة حق الشرب وسقى  
دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما)  
الأنهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لاحد فيها ولا في رقبة النهر وكذا ليس لأحد حق خاص  
فيها ولا في الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن ينتفع بهذه الأنهار بالشفة والسقي وشق النهر منها إلى  
أرضه بان أحيا أرضا ميتة باذن الامام له أن يشق إليها نهرا من هذه الأنهار وليس للامام ولا لاحد منعه إذا لم يضر  
بالنهر وكذا له أن ينصب عليه رحى ودالية وسانية إذا لم يضر بالنهر لأن هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت  
الاختصاص بها لاحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشرط عدم  
الضرر بالنهر كالانتفاع بطريق العامة وان أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه لما

بيننا انه حق لعامة المسلمين  
وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الأعظم وسئل  
أبو يوسف عن نهر مرو وهو  
نهر عظيم أحيا رجل أرضا كانت مواتا فحفر لها نهرا فوق مرو من موضع ليس يملكه  
أحد فساق الماء إليها من ذلك  
النهر فقال أبو يوسف إن كان يدخل على أهل وضرر في مائهم ليس له ذلك وإن كان  
لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن  
يمنعوه لما قلنا وسئل أيضا إذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة هل له أن يزيد  
فيها فقال إن زاد ملكه وذلك  
لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد  
واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له  
ذلك وإن كان لا يضر بالنهر (ووجه) الفرق أن الزيادة في الفصل الأول تصرف في حق  
مشترك بين العامة وحرمة  
التصرف في حقوق العامة لا تثبت الا بشرطية الضرر والزيادة في الفصل الثاني الثاني  
تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة  
الماء في النهر والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمة على الضرر بالمالك هو  
الفرق ولو جزر ماء هذه الأنهار عن  
أرض فليس لمن يليها أن يضمها إلى أرض نفسه لأنه يحتمل أن يعود ماؤها إلى مكانه  
ولا يحد اليه سبيلا فيحمل على  
جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بإزائها من الجانب الآخر أرض موات لا  
يستضر أحد بحمل الماء عليه فله  
ذلك ويملكه إذا أحياه باذن الامام أو بغير اذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت  
هذه الأنهار إلى الكرى فعلى  
السلطان كراها من بيت المال لان منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنتها من بيت  
المال لقوله عليه الصلاة والسلام  
الخراج بالضمان وكذا لو خيف منها الغرق فعلى السلطان اصلاح مسناتها من بيت  
المال اما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم  
\* (كتاب الأراضي) \*

الكلام في موضعين في بيان أنواع الأراضي وفي بيان حكم كل نوع منها (اما) الأول  
فالأراضي في الأصل  
نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب  
والمباحة نوعان أيضا نوع هو من





مرافق البلدة محتطبا لهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهو المسمى  
بالموات (أما) بيان حكم  
كل نوع منها (أما) الأراضي المملوكة العامرة فليس لأحد أن يتصرف فيها من غير اذن  
صاحبها لان  
عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الأرض الخراب الذي انقطع مأؤها ومضى على  
ذلك سنون لان الملك  
فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها وهبتها واجارتها وتصير ميراثا إذا مات  
صاحبها الا أنها إذا كانت خرابا  
فلا خراج عليها إذ ليس على الخراب خراج الا إذا عطلها صاحبها مع التمكن من  
الاستنماء فعليه الخراج وهذا  
إذا عرف صاحبها فإن لم يعرف فحكمها حكم اللقطة يعرف في كتابه إن شاء الله  
تعالى وأما الكلاء الذي ينبت  
في أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا إذا قطعه صاحب الأرض واخرج فيملكه  
هذا جواب ظاهر الرواية  
عن أصحابنا رضي الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أنه إذا  
سقاه وقام عليه ملكه والصحيح  
جواب ظاهر الرواية لان الأصل فيه هو الإباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء  
في ثلاث الماء والكلاء  
والنار والكلاء اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد والشركة العامة هي الإباحة إذا  
قطعه واحرزه لأنه استولى  
على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز في الأواني والظروف وسائر  
المباحات التي هي غير مملوكة لاحد والنار  
اسم لجو هو مضى دائم الحركة علوا فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها  
لان النبي عليه الصلاة والسلام  
أثبت الشركة فيها فأما الجمر فليس بنار وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر  
أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل  
ملكه لاحتشاش الكلاء فإذا كان يجده في موضع آخر له أن يمنع من الدخول وإن كان  
لا يجده فيقال لصاحب  
الأرض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه إليه كالماء الذي في الآبار  
والعيون والحياض التي  
في الأراضي المملوكة على ما ذكرنا في كتاب الشرب ولو دخل انسان أرضه بغير اذنه  
واحتش ليس لصاحبه  
أن يسترده لأنه مباح سبقت يده إليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان

لم يثبت على ملك أحد  
ولا تجوز اجارته لان الأعيان لا تحتمل الإجارة على ما ذكرنا في كتاب الشرب  
والجواب في الكلاء في البيع  
والإجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب في الشرب لان كل واحد  
منها غير مملوك  
وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلاء على هذا  
وكذلك الآجام المملوكة  
في حكم السمك لان السمك أيضا مباح الأصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد  
البحر وطعامه متاعا لكم  
وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا  
بالاخذ والاستيلاء لما بينا  
ولو حظر السمك في حظيرة فإن كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفس الحظر  
لوجود الاستيلاء واثبات  
اليد عليه ولهذا لو باعه جاز وإن كان لا يمكن أخذه الا بصيد لا يملكه صاحب  
الحظيرة لأنه ما استولى عليه ولا يملك  
المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير إذا  
باضت؟ أو فرخت في أرض  
انسان أنه يكون مباحا ويكون للاخذ لا لصاحب الأرض سواء كان صاحب الأرض  
اتخذ له وكرا أم لا وقال  
المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه إن كان اتخذ له ملكا له يسترده من الآخذ  
وهذا غير سديد لقوله عليه  
الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك في المباح إنما يثبت بالاستيلاء عليه والآخذ هو  
المستولي دون صاحب  
الأرض وان اتخذ له وكرا وكذلك صيد التجأ إلى أرض رجل أو دره فهو للاخذ لما  
قلنا ولو رد صاحب الدار  
باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه  
وكذلك لو نصب شبكه فتعقل  
بها صيد تعقلا لاخلاص له فهو لناصب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كمن  
أرسل بازي انسان بغير  
اذنه فاخذ صيدا أو أغرى كلبا لانسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمغرى لا  
لصاحبه ولو نصب فسطاطا فجاء  
صيد فتعقل به فهو للاخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر  
السبب الموضوع

للشئ اكتساب (فاما) نصب الفسطاظ فما وضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه  
على الاستيلاء

والاخذ حقيقة ولو حفر حفيرة فوق فيها صيد فإن كان حفرها لاجتماع الماء فيها فهو  
للاخذ لأنه بمنزلة الاصطياد  
وإن كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة (واما) الآجام المملوكة في حكم  
القصب والحطب فليس لأحد  
أن يحتطب من أجمة رجل الا باذنه لان الحطب والقصب مملوكان لصاحب الأجمة  
ينبتان على ملكه وان لم يوجد منه  
الا بنات أصلا بخلاف الكالأ في المروج المملوكة لان منفعة الأجمة هي القصب  
والحطب فكان ذلك  
مقصودا من ملك الأجمة فيملك بملكها (فاما) الكلاء فغير مقصود من المرح المملوك  
بل المقصود هو الزراعة ولو  
أن بقارا رعى بقرا في أجمة مملوكة لانسان فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد  
من القصب لما ذكرنا أن منفعة  
الأجمة القصب والحطب وهما مملوكا لصاحب الأجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه  
يوجب الضمان بخلاف  
الكالأ في المروج لأنه يثبت على الإباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة  
بينهما أنه يجوز له دفع القصب  
معاملة ولا يجوز دفع الكالأ معاملة والأصل المحفوظ فيه أن القصب والحطب يملكان  
بملك الأرض والكالأ  
لا (وأما) مالا ينبت عادة الا بصنع العبد كالثقة والقصيل وما بقي من حصاد الزرع  
ونحو ذلك في أرض مملوكة  
يكون مملوكا ولصاحب الأرض أن يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لان الانبات يعد  
اكتسابا له فيملكه ولان  
الأصل أن يكون من المملوك مملوكا الا أن الإباحة في بعض الأشياء تثبت على مخالفة  
الأصل بالشرع والشرع ورد  
بها في أشياء مخصوصة فيقتصر عليها (وأما) أرض الموات فالكلام فيها في مواضع في  
تفسير الأرض الموات  
وفي بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات وفي بيان ما يثبت به الملك في  
الموات وما يثبت به الحق فيه دون  
الملك وفي بيان حكمه إذا ملك (أما) الأول فالأرض الموات هي أرض خارج البلد لم  
تكن ملكا لأحد ولا  
حقا له خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها  
محتطبا بها لأهلها أو مرعى لهم  
لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها لان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق

أهل البلدة كفناء دارهم وفي  
الاقطاع ابطال حقهم وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها  
المسلمون لا تكون أرض موات  
حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لأنها حق لعامة المسلمين في الاقطاع ابطال  
حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط  
أن يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوي رحمه الله فإنه قال وما قرب من العامر  
فليس بموات وكذا روى  
عن أبي يوسف رحمه الله ان أرض الموات بقعة أو وقف على أذناها من العامر رجل  
فنادي بأعلى صوته لم يسمعه  
من العامر وفي ظاهر الرواية ليس بشرط حتى أن بحرا من البلدة جزر مأؤه أو أجمعة  
عظيمة لم تكن ملكا لاحد  
تكون أرض موات في ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبي يوسف وقول الطحاوي لا  
تكون والصحيح جواب  
ظاهر الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فإذا لم يكن ملكا لاحد ولاحقا خاصا لم  
يكن منتفعا به كان بعيدا عن  
البلدة أو قريبا منها (وأما) بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات فالامام يملك  
اقطاع الموات من مصالح  
المسلمين لما يرجع ذلك إلى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للامام  
ككبرى الأنهار العظام واصلاح  
قناطرها ونحوه ولو أقطع الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض لها لي ثلاث  
سنين فإذا مضى ثلاث  
سنين فقد عاد مواتا كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس  
لمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان  
الثلاث سنين مدة لا بلاء الاعذار فإذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا  
يريد عمارتها بل تعطيلها  
فبطل حقه وتعود إلى حالها مواتا وكان الامام أن يعطيها غيره (وأما) بيان ما يثبت به  
الملك في الموات ومالا  
يثبت ويثبت به الحق فالملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند أبي حنيفة  
وعند أبي يوسف ومحمد  
رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الاحياء واذن الامام ليس بشرط (وجه) قولهما قوله عليه  
الصلاة والسلام من  
أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحيي لمحي من غير  
شريطة اذن الامام ولأنه مباح استولى

عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو حش كلاً وقوله عليه الصلاة والسلام  
ليس لعرق ظالم فيه

حق روى منونا ومضافا فالمنون هو أن تنبت عروق أشجار انسان في أرض غيره بغير  
اذنه فلصاحب الأرض  
قلعها حشيشا ولأبي حنيفة عليه الرحمة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال  
ليس للمرء الا ما طابت به  
نفس امامه فإذا لم يأذن فلم تطلب نفسه به فلا يكون له ولان الموات غنيمة فلا بد  
للاختصاص به من اذن الامام  
كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب من أهل الحرب بايجاف الخليل  
والركاب والموات كذلك  
لان الأرض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهرا  
فكانت كلها غنائم فلا  
يختص بعض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد  
والحطب والحشيش لأنها لم تكن  
في يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها (وأما) الحديث  
فيحتمل أنه يصير به شرعا  
ويحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون  
حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه  
الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به في ايجاب السلب  
للقاتل على ما ذكر في كتاب  
السير أو يحمل ذلك على حال الاذن توفيقا بين الدلائل ويملك الذمي بالاحياء كما  
يملك المسلم لعموم الحديث ولو  
حجر الأرض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء عبارة عن وضح  
أحجار أو خط حولها  
يريد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها وشئ من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن  
صار أحق بها من غيره  
حتى لم يكن لغيره أن يزعمه لأنه سبقت يده إليه والسبق من أسباب الترجيح في  
الجملة قال النبي عليه الصلاة  
والسلام منى مباح من سبق وعلى هذا المسافر إذا نزل مباحة أو رباط صار أحق بها  
ولم يكن يحبى بعده  
أن يزعمه عنها وإذا صار أحق بها فلا يقطعها الامام غيره الا إذا عطلها المتحجر ثلاث  
سنين ولم يعمرها (وأما) بيان  
حكم أرض الموات إذا ملكت فيختص بها حكمان أحدهما حكم الحریم والثاني  
الوظيفة من العشر والخراج أما  
الأول فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل الحریم والثاني في قدره (أما) أصله فلا



خلاف في أن من  
حفر بئرا في أرض الموات يكون لها حریم حتى لو أراد أحد أن يحفر في حریمه له أن  
يمنعه لان النبي عليه الصلاة  
والسلام جعل للبئر حریما وكذلك العين لها حریم بالاجماع لأنه عليه الصلاة والسلام  
جعل لكل أرض حریما  
(وأما) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه (وأما) تقديره فحریم العين خمسمائة ذراع بالاجماع  
وبه نطقت السنة وهو قوله  
عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحریم بئر العطن أربعون ذراعا بالاجماع  
نطقت به السنة قال النبي عليه  
الصلاة والسلام وحریم بئر العطن أربعون ذراعا وأما حریم بئر الناضح فقد اختلف فيه  
عند أبي حنيفة رحمه الله  
أربعون ذراعا وعندهما ستون ذراعا احتجا بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه  
قال وحریم بئر الناضح  
ستون ذراعا (وجه) قول أبي حنيفة ان الملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام أو  
بغير اذنه ولم يوجد منه احياء  
الحریم وكذا اذن الامام يتناول الحریم مقصودا الا أن دخول الحریم لحاجة البئر إليه  
وحاجة الناضح تندفع بأربعين  
ذراعا من كل جانب كحاجة العطن فبقي الزيادة على ذلك على حكم الموات  
والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة  
والسلام ذلك في بئر خاص وللإمام ولاية ذلك (وأما) حریم النهر فقد اختلف أبو  
يوسف ومحمد في تقديره  
فعند أبي يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف  
من ذلك الجانب وعند  
محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه (وأما) النهر إذا حفر في أرض  
الموات فمنهم من ذكر الخلاف  
فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حریما بلا خلاف لما قلنا (وأما) الثاني  
حكم الوظيفة فان أحيائها  
مسلم قال أبو يوسف إن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية وإن كانت من حيز  
أرض الخراج فهي خراجية وقال  
محمد ان أحيائها بماء العشر فهي عشرية وان أحيائها بماء الخراج فهي خراجية وان  
أحيائها ذمي فهي خراجية كيف  
ما كان بالاجماع وهي من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عز شأنه أعلم



\* (كتاب المفقود) \*

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله  
(أما) الأول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت  
(فصل) وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله انه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة انه تجرى عليه أحكام الاحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة وتجرى عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة لان الثابت باستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن وملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لابقائه وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة إلى الاثبات واستصحاب الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم يحتمل انه حي ويحتمل انه ميت وهذا يمنع التوارث والبيونة لأنه إن كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين امرأته وإن كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والإرث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البيونة على الأصل المعهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فإذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه إلى أن يظهر حاله انه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال حتى أن من هلك وترك ابنا مفقودا وابنتين وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فان القاضي يقضى لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني إلى أن يظهر حاله لأنه إن كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن وإن كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين فيدفع ذلك إليهما ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حاله فإن لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان إليهما والباقي لابن الابن وكذا لو أوصى له بشيء يوقف وكذا إذا فقد المرتد ولا يدري انه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

(فصل) وأما بيان ما يصنع بماله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ لأنه مال

لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظرا له كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لاولى لهما ومنها انه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه لان ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه لان يدهما يد نيابة عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة إلى حفظ القاضي ومنها انه ينفق على زوجته من ماله إن كان عالما بالزوجية لان الانفاق عليها احياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه

عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها انه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والإناث وعلى أولاده الفقراء الزماني من الذكور والفقيرات من الإناث سواء كن زماني أولا وعلى والديه المحتاجين إن كان عالما بالنسب لان نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية احياء لهم واحياء نفسه واجب فكذا احياء جزئه وكله فكان الانفاق

عليهم من ماله احياء لهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وان لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضروا رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فافر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب أنفق عليهم من ذلك المال لان للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فإذا أقر ان هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الاخذ

وكذا في الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فإذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الاخذ وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنه وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول

ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز ان يحضر المفقود فيقيم البينة على أنه كان طلق امرأته أو



كان أعطاهم النفقة معجلة هذا إذا أقر الرجل فاما إذا أنكر هما جميعا أو أقر بأحدهما دون الآخر فأقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لأنه يكون قضاء على الغائب وله من غير أن يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا خصماء عن الغائب في اثبات الزوجية وايجاب النفقة عليه وكذا الأولاد والوالدون والمرأة ليسوا خصماء للغائب في اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان أعطوهم شيئا فهو من أنفسهم لأنهم متطوعون في ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوي الأرحام لان نفقتهم ليست بعلقة الجزئية والعضوية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان الا ترى انهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم فيأخذوا من ماله عند حاجتهم إليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الانفاق من ماله قضاء على الغائب والأصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضي له ان ينفق منه ومالا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضي ان ينفق منه ثم القاضي إنما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا إذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاما أو ثيابا هي من جنس كسوتها فاما إذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لأنه لا يمكنه الانفاق الا بالبيع وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الانفاق فافترق الحالان وإنما ملك بيع ما يتسارع إليه الفساد لان ذلك وإن كان بيعا صورة فهو حفظ وامسك له معنى والقاضي يملك حفظ مال المفقود وأما الأب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير اذن القاضي بالاجماع وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي وعندهما لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار لما علم في كتاب النفقات والله تعالى أعلم (فصل) وأما حكم ماله فهو انه إذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش إليها عادة

يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده  
 ومدبره وتبين امرأته ويصير ماله ميراثا لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شئ لمن مات  
 قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة في  
 ظاهر الرواية تقديرا وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من  
 وقت ولادته وذكر محمد في  
 الأصل انه فقد رجل بصفين أو بالجمل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة  
 عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت  
 وفاة سيدنا علي رضي الله عنه في سنة أربعين ووفاة أبي حنيفة رضي الله عنه في سنة  
 مائة وخمسين وروى عن محمد  
 رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فإذا مضت المدة المقدره يحكم بموته وتثبت جميع  
 الأحكام المتعلقة بالمدة كما إذا قامت البينة  
 على موته والله سبحانه وتعالى أعلم  
 \* (كتاب اللقيط) \*  
 الكلام في اللقيط في مواضع في تفسير اللقيط لغة وعرفا وفي بيان حاله وفي بيان ما  
 يتعلق به من الأحكام أما في  
 اللغة فهو فعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخذ  
 والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ  
 والمرفوع عادة لما انه يؤخذ فيرفع وأما في العرف فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو  
 الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع  
 عادة فكان تسميته لقيطا باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشئ  
 باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال  
 الله تعالى جل شأنه انى أراني أعصر خمرا وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم  
 ميتون سمي العنب خمرا والحي  
 الذي يحتمل الموت ميتا باسم العاقبة كذا هذا  
 (فصل) وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله في الحرية والرق  
 وحاله في النسب أما حاله في  
 الحرية والرق فهو انه حرمن حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي  
 الله عنهما انهما حكما بكون اللقيط  
 حرا ولان الأصل هو الحرية في بني آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة  
 والسلام وحواء وهما كانا

حرين والمتولد من الحرين يكون حرا وإنما حدث الرق في البعض شرعا بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر  
الباعث على الحراب فيجب العمل بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الأحرار من أهلية  
الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الأحكام المختصة بالأحرار إلا أنه  
لا يحد قاذف أمه لأن احصان المقذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احصانها لانعقاد القذف عليه  
لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره أنه عبده لا يسمع منه إلا ببينة لأن حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا  
يقدر على ابطال هذا الظاهر إلا بدليل ولو بلغ فأقر أنه عبد فلان نظر في ذلك إن كان لم يجر عليه شيء من أحكام الأحرار  
بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لأنه لم تعرف حريته إلا بظاهر الحال فإذا أقر بالرق  
فالظاهر أنه لا يقر على نفسه بالرق كاذبا فصح اقراره إلا أنه لا يعتبر في ابطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة  
والاعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تنفسخ وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في  
أحد قوليهِ ينفسخ (وجه) قوله إنه لما أقر بالرق فقد ظهر أنه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما إذا قامت البينة  
على رقه ولنا أن هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لأن حريته ثابتة من حيث الظاهر يصدق في حق ذلك الغير  
لما عرف أن الاقرار تصرف على نفس المقر فإذا تضمن ابطال حقة حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك  
الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع الثمن على البائع لما قلنا  
كذا هذا والاستدلال بالبينة غير سديد لأن الشاهد غير متهم في شهادته على غيره فاما المقر في اقراره على غيره فمتهم فهو  
الفرق وإن كان قد أجرى عليه شيء من ذلك لا يصح اقراره لأنه إذا أجرى عليه شيء من أحكام الأحرار فقد ظهرت  
حريته عند الناس كافة فظهر أنه حر الأصل فلا يملك ابطالها بالقرار بالرق وأما حاله في الاسلام والكفر فان وجدته  
مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم يكون مسلما حتى لو مات



يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين وان وجدته ذمي في بيعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا تحكيما للظاهر كما إذا وجدته مسلم في بيعة أو كنيسة أو في قرية من أهل الذمة يكون ذميا ولو وجدته ذمي في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم يكون مسلما كذا ذكر في كتاب اللقيط من الأصل واعتبر المكان وروى ابن سماعة عن محمد انه اعتبر حال الواحد من كونه مسلما أو ذميا وفي كتاب الدعوى اعتبر الاسلام إلى أيهما نسب إلى الواحد أو إلى المكان والصحيح رواية هذا الكتاب لان الموجود في مكان هو في أيدي أهل الاسلام وتصرفهم أيديهم واللقيط الذي هو في يد المسلم وتصرفه يكون مسلما ظاهرا والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو في يد الذمي وتصرفه يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان أولى فان وجدته مسلم في مصر من أمصار المسلمين فبلغ كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لأنه لم يعرف اسلامه حقيقة وإنما حكم به تبعا للدار فلم تتحقق رده فلا يقتل أما حاله في النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى انسان نسبة الملتقط أو عتقه تصح دعوته ويثبت النسب منه لما علم في كتاب الدعوى وأما الأحكام المتعلقة به فأنواع منها أن التقاطه أمر مندوب إليه لما روى أن رجلا أتى سيدنا عليا رضي الله عنه بلقيط فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب إلي من كذا وكذا عد جملة من أعمال الخير فقد رغب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير على المبالغة في الندب إليه ولأنه نفس لا حافظ لها بل هي في مضیعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى ومن أحيائها فكأنما أحيانا الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بامساكه من غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لأنه هو الذي أحياه بالتقاطه ومن أحياء أرضا ميتة فهي له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه مباح الاخذ سبقت يد الملتقط إليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان نفقته من بيت المال لان ولاءه

له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له  
لأن الظاهر أنه ماله فيكون له

كثيابه التي عليه وكذا إذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وبكون النفقة من ماله لان الانفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة إذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه ولو أنفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضي له ان يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه لأنه يكون متطوعا فيه ومنها ان عقله لبيت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ومنها ان ولاءه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يوالي من شاء إذا بلغ الا إذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يوالي أحدا لأن العقد يلزم بالعقل على ما نذكر في كتاب الديات إن شاء الله تعالى لما علم في الولاة ومنها ان وليه السلطان له الولاية في ماله ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الله ورسوله ولي من لا ولي له والخال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله وليس للملتقط ان يفعل شيئا من ذلك لأنه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة له ويسلمه في صناعة ويؤجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضة إليه من غير ضرر فأشبهه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعى يحتمل الثبوت شرعا لأنه مجهول النسب على ما يأتي في كتاب الدعوى حتى لوداعي الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة وبينته نسبه منه والقياس ان لا تسمع الا ببينة وجه القياس ظاهر لأنه يدعى أمرا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح وذلك بالبينة ولم يوجد وجه الاستحسان انه عامل أخبر بأمر محتمل الثبوت وكل من أخبر عن أمر والمخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالمخبر هو الأصل الا إذا كان في تصديقه ضرر بالغير وههنا في التصديق واثبات النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدينية وتصديق المدعى في دعوى ما

ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل  
ينتفع به لا يقف على البينة وسواء كان المدعى مسلماً أو ذمياً أو عبداً حتى لو ادعى  
نسبه ذمياً تصح دعوته حتى يثبت نسبه  
منه لكنه يكون مسلماً لأنه ادعى شيئاً يتصور انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة  
وهو نسب الولد وكونه كافراً  
ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه نفعاً للقيط وهو كونه ابناً له ولا يمكن تصديقه في  
الآخر لكونه ضرراً به وهو كونه  
كافراً فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم  
بكفره وليس من ضرورة كون الولد  
منه أن يكون كافراً ألا ترى أنه يحكم بإسلامه وبإسلام أمه وإن كان الأب كافراً هذا  
إذا أقر الذمى أنه ابنه ولا بينة له فان  
أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الإقرار ووجه الفرق  
بين الإقرار وبين الشهادة أنه  
متهم في إقراره بما يتضمنه إقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمة في الشهادة لما  
مر ولو ادعى عبد أنه ابنه صحت دعوته  
وثبت نسبه منه لكنه يكون حراً لما ذكرنا في دعوى الذمى لأنه ادعى شيئاً أحدهما  
نفع للقيط والآخر مضرة وهو  
الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمى ولو ادعاه رجلان  
أنه ابنهما ولا بينة لهما فإن كان أحدهما  
مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لأنه أنفع للقيط وكذلك إذا كان أحدهما حراً والآخر  
عبداً فالحر أولى لأنه أنفع له  
وإن كانا مسلمين حرين فإن وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا  
وعند الشافعي رحمه الله يرجع  
إلى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لأن الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل  
بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما  
بالعلامة لأنه إذا رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على أن يده عليه سابقة فلا بد لزولها  
من دليل والدليل على جواز  
العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبراً عن أهل تلك المرأة أن قميصه قد من قبل  
فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان  
قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من  
كيد كن أن كيد كن عظيم حكى  
الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز ولم يغير عليهم  
والحكيم إذا حكى عن منكر غيره فصار

الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك  
بالعلامة كذا ههنا وان لم

يصف أحدهما العلامة يحكم بكونه ابنا لهما ليس أحدهما بأولى من الآخر فان أقام أحدهما البينة فهو أولى به وان أقاما جميعا البينة يحكم بكونه ابنا لهما لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في مثل هذا أنه قال إنه ابنيهما يرثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فان ادعاه أكثر من رجلين فأقام البينة روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه تسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا إذا كان المدعى رجلا فإن كانت امرأة فادعته انه ابنها فان صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت البينة صحت دعوتها وإلا فلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما نذكره في كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت إحداهما البينة فهي أولى به وان أقامت جميعا فهو ابنيهما عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبي حفص يجعل ابنيهما وفي رواية أبي سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم \* (كتاب اللقطة) \*

الكلام في اللقطة في مواضع في بيان أنواعها وفي بيان أحوالها وفي بيان ما يصنع بها أما الأول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكة ونوع من الحيوان وهو الضالة من الإبل والبقر والغنم من البهائم الا انه يسمى لقطة من اللقط وهو الاخذ والرفع لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب اللقيط

(فصل) وأما بيان أحوالها منها في الأصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده أما قبل الاخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح الاخذ وقد يكون حرام الاخذ أما حالة النذب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فآخذها لصاحبها أفصل من تركها لأنه إذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها احياء لمال المسلم معنى فكان مستحبا والله تعالى أعلم وأما حالة الإباحة فهو ان لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله إذا خاف عليها يجب أخذها وان لم يخف يستحب أخذها وزعم

أن الترك عند خوف الضيعة يكون  
تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا  
بل هو امتناع من حفظ غير  
ملزم والامتناع من حفظ غير ملزم لا يكون تضييعا كالاتناع عن قبول الوديعة وأما  
حالة الحرمة فهو ان يأخذها لنفسه لا  
لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوي الضالة الا ضال  
والمراد أن يضمها إلى نفسه لأجل  
نفسه لا لأجل صاحبها بالرد عليه لان الضم إلى نفسه لأجل صاحبها ليس بحرام ولأنه  
أخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه  
فيكون بمعنى الغصب وكذا لقطة البهيمة من الإبل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي  
رحمه الله لا يجوز التقاطها  
أصلا واحتج بما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الإبل  
فقال مالك ولها معها حذاؤها  
وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى يلقاها ربها نهى عن التعرض لها وأمر بترك  
الاخذ فدل على حرمة الاخذ  
(ولنا) ما روى أن رجلا وجد بعيرا بالحرّة فعرفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضى الله تعالى  
عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل  
لسيدنا عمر قد شغلني عن ضيعتي فقال سيدنا عمر أرسله حيث وجدته ولان الاخذ  
حال خوف الضيعة احياء لمال  
المسلم فيكون مستحبا وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحا على ما ذكرنا  
وأما الحديث فلا حجة له فيه لان  
المراد منه أن يكون صاحبه قريبا منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها  
ربها وإنما يقال ذلك إذا كان  
قريبا أو كان رجاء اللقاء ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سأله عن  
ضالة الغنم قال خذها فإنها لك أو  
لأخيك أو للذئب دعاه إلى الاخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود في  
الإبل والنص الوارد فيها أولى أن  
يكون واردا في الإبل وسائر البهائم دلالة الا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في  
الجواب من حيث الصورة  
لهجوم الذئب على الغنم إذا لم يلحقها ربها عادة بعيدا كان أو قريبا وكذلك الإبل لأنها  
تذهب عن نفسها عادة هذا الذي

(۲۰۰)



ذكرنا حال ما قبل الاخذ وأما حال ما بعده فلما بعد الاخذ حالان في حال هي أمانة  
وفى حال هي مضمونة أما حالة الأمانة  
فهي أما يأخذها لصاحبها لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد  
المودع وأما حالة الضمان فهي أن  
يأخذها لنفسه لان المأخوذ لنفسه مغضوب وهذا لا خلاف فيه وإنما الخلاف في شئ  
آخر وهو أن جهة الأمانة إنما  
تعرف من جهة الضمان اما بالتصديق أو بالاشهاد عند أبي حنيفة وعند هما بالتصديق أو  
باليمين حتى لو هلكت فجاء  
صاحبها وصدقه في الاخذ له يجب عليه الضمان بالاجماع وان لم يشهد لان جهة  
الأمانة قد ثبتت بتصديقه وان كذبه  
في ذلك فكذا عند أبي يوسف ومحمد أشهد أولم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع  
يمينه وأما عند أبي حنيفة فان  
أشهد فلا ضمان عليه لأنه بالاشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد أمانة  
وان لم يشهد يجب عليه الضمان  
ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لأنه أقر بالغصب والمغضوب  
مضمون على الغاصب وجه قولهما  
أن الظاهر أنه أخذه لا لنفسه لان الشرع إنما مكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان اقدمه  
على الاخذ دليلا على أنه أخذ  
بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولكن مع الحلف أن القول  
قول الأمين مع اليمين ولأبي  
حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الصمان في  
الأصل الا أنه إذا كان الاخذ  
على سبيل الأمانة بان أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سببا وذلك إنما يعرف  
بالاشهاد فإذا لم يشهد لم يعرف كون  
الاخذ لصاحبه فبقي الاخذ سببا في حق وجوب الضمان على الأصل والثاني أن الأصل  
ان عمل كل انسان له  
لا لغيره بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وقوله تعالى لها ما كسبت  
وعليها ما اكتسبت فكان  
أخذه اللقطة في الأصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه سبب  
لوجوب الضمان لأنه غصب وإنما  
يعرف الاخذ لصاحبها بالاشهاد فإذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه عليه الضمان ولو  
أخذ اللقطة ثم ردها إلى  
مكانها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في

الموطأ وبعض مشايخنا رحمهم الله  
قالوا هذا الجواب فيما إذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها  
فاما إذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم  
ردها إلى مكانها يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا  
التأويل وقال الشافعي  
رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان أولم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من  
مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول  
الوديعة فإذا ردها إلى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فأشبهه الوديعة إذا ألقاها  
المودع على قارعة الطريق حتى  
ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فإذا ردها إلى مكانها  
فقد فسخ التبرع من الأصل فصار  
كأنه لم يأخذها أصلا وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وإنما تبرع به وقد رده بالرد إلى  
مكانها فارتد وجعل كان لم يكن هذا إذا  
كان أخذها لصاحبها ثم ردها إلى مكانها فضاعت وصدقه صاحبها فيه أو كذبه لكن  
الملتقط قد كان أشهد على ذلك  
فإن كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أولم  
يشهد ويكون القول قوله مع يمينه  
أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا ثم تفسير الاشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط  
بمسمع من الناس اني التقطت لقطه  
أو عندي لقطه فأبي الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندي شيء فمن رأيتموه يسأل  
شيئا فدلوه على فإذا قال ذلك ثم  
جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وإن  
كان عنده عشر لقطات لان اسم  
الشيء واللقطة منكر إن كان يقع على شيء واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا  
الموضع يراد بها كل الجنس في  
العرف والعادة لافرد من الجنس إذ المقصود من التعريف ايصال الحق إلى المستحق  
ومطلق الكلام ينصرف إلى  
المتعارف والمعتاد فكان هذا اشهادا على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان  
أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان  
الا بالرد على المالك لأنه ظهر انه أخذها غصبا فكان الواجب عليه الرد إلى المالك  
لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد  
ما أخذت حتى ترده فإذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كما في الغصب وكذلك  
إذا أخذ الضالة أرسلها إلى

مكانها الذي أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لان هذا أحد نوعي اللقطة وقد روينا في هذا الباب عن سيدنا عمر رضي

(٢٠١)

الله عنه أنه قال لواجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان

(فصل) وأما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ اللقطة فإنه يعرفها لما روى عن رسول الله لي

الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولاً حين سئل عن اللقطة وروى؟ أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن عمر رضي الله تعالى

عنهما فقال إنني وجدت لقطة فما تأمرني فيها فقال عرفها سنة وروينا عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير

الضال ثم نقول الكلام في التعريف في موضعين أحدهما في مدة التعريف والثاني في بيان مكان التعريف أما مدة

التعريف فيختلف قدر المدة لاختلاف قدر اللقطة إن كان شيئاً له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعداً يعرفه حولاً وإن كان

شيئاً قيمته أقل من عشرة يعرفه أياماً على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال التعريف على

خطر المال إن كان مائة ونحوها عرفها سنة وإن كان عشرة ونحوها عرفها شهراً وإن كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال

عشرة وإن كان درهماً ونحوه عرفه ثلاثة أيام وإن كان دانقاً ونحوه عرفه يوماً وإن كان تمرة أو كسرة تصدق بها وإنما

تكمل مدة التعريف إذا كان مما لا يتسارع إليه الفساد فإن خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف

فالأسواق وأبواب المساجد لأنها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر ثم إذا عرفها فإن جاء

صاحبها وقام البينة أنها ملكه أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وإن لم يقيم البينة

ولكنه ذكر العلامة بان وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها يحل للملتقط أن يدفع إليه وإن شاء أخذ منه كفيلاً

لأن الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجملة كما في اللقيط إلا أن هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لأن هناك

يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع

العلامة ولكن يحل له الدفع وله أن يأخذ كفيلاً لجواز محيئ آخر فيدعيها ويقيم البينة ثم إذا عرفها ولم يحضر صاحبها

مدة التعريف فهو بالخيار إن شاء أمسكها إلى أن يحضر صاحبها وإن شاء تصدق بها

على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها  
فإن كان غنيا لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعي رحمه الله إذا عرفها حولا ولم  
يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها  
وإن كان غنيا وتكون قرضا عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم  
قال لمن سأله عن اللقطة عرفها  
حولا فإن جاء صاحبها والا فشأنك بها وهذا اطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال  
عن حاله أنه فقيرا وغنى بل إن  
الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل  
اللقط فمن التقط شيئا فليعرفه سنة  
فإن جاءه صاحبها فليردها عليه وإن لم يأت فليصدق والاستدلال به من وجهين  
أحدهما أنه نفى الحل مطلقا وحالة الفقر  
غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثاني أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة الفقير  
دون الغنى وإن الانتفاع بمال  
المسلم بغير اذنه لا يجوز الا لضرورة ولا ضرورة إذا كان غنيا وأما الحديث فلا حجة  
له فيه لأن قوله عليه الصلاة  
والسلام فشأنك بها ارشاد إلى الاشتغال بالحفظ لأن ذلك كان شأنه المعهود باللقط  
إلى هذه الغاية أو يحمله على هذا  
توفيقا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض وإذا تصدق بها على الفقراء فإذا جاء  
صاحبها كان له الخياران شاء أمضى  
الصدقة وله ثوابها وإن شاء ضمن الملتقط أو الفقير إن وجدته لأن التصدق كان موقوفا  
على اجازته وأيهما ضمن لم يرجع  
على صاحبه كما في غاصب الغاصب وإن كان فقيرا فإن شاء تصدق بها على الفقراء  
وإن شاء أنفقها على نفسه  
فإذا جاء صاحبها خيره بين الاجر وبين ان يضمناها له على ما ذكرنا وكذلك إذا كان  
غنيا جاز له أن يتصدق بها على  
أبيه وابنه وزوجته إذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في  
لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع  
بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لقطة الحرم تعرف  
أبدا ولا يجوز الانتفاع بها  
بحال واحتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في صفة مكة ولا تحل  
لقطتها الا لمنشد أي لمعرف  
فالمنشد المعرف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم  
الا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا

من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له في الحديث لأننا نقول  
بموجبه أنه لا يحل التقاطها الا

(٢٠٢)

للتعريف وهذا حال كل لقطة الا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين

ان ذا لا يسقط التعريف وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفنا وتنفرد بحكم آخر وهو النفقة فان انفق عليها بأمر القاضي يكون دينا على مالکها وان أنفق بغير اذنه يكون متطوعا فينبغي أن يرفع الامر إلى القاضي ينظر في ذلك فإن كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة أمره بان يؤجرها وينفق عليها من أجرتها نظرا للمالك وإن كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة وخشي أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها

وحفظ ثمنها مقامها في حكم الهلاك وان رأى الأصلح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره بان ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك دينا على صاحبها حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن وان أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع إليه قدر ما أنفق والله سبحانه وتعالى أعلم

\* (كتاب الإباق) \*

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الآبق وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع به وفي بيان حكم ماله (أما) الأول فالآبق اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطة قبل الاخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله في كتاب اللقطة (فصل) وأما بيان ما يصنع به فيقول وبالله التوفيق إذا أخذ الآبق لصاحبه فان شاء الآخذ أمسكه على صاحبه حتى يجيء فيأخذه وان شاء ذهب به إلى صاحبه فرده عليه فان أمسكه فجاء انسان وادعى أنه عبده فان أقام البينة دفعه إليه وأخذ منه كفيلا ان شاء لجواز أن يجيء آخر فيدعيه ويقيم البينة فله أن يستوثق بكفيل وان لم يكن له بينة ولكن أقر العبد بذلك دفعه إليه أيضا لأنه ادعى شيئا لا ينازعه فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلا ان شاء لما قلنا وما أنفق عليه فإن كان باذن القاضي يرجع به على صاحبه وإلا فلا لأنه يكون متطوعا فان طال المدة ولم يجيء له طالب باعه القاضي وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه لان ذلك حفظ له معنى فان باعه

وأخذ ثمنه ثم جاء انسان وأقام  
البينة أنه عبده دفع الثمن إليه وليس له أن ينقض البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية  
لأنه من باب  
حفظ ماله إذ لو لم يبع لانت النفقة على جميع قيمة فيضيع المال فكان يبعه حفظا له  
من حيث المعنى والقاضي  
يملك مال الغائب ولهذا يبع ما يتسارع إليه الفساد ولو زعم المدعى أنه قد كان دبره  
أو كاتبه لم يصدق في نقض  
البيع لما قلنا وينفق القاضي عليه في مدة حبسه إياه من بيت المال ثم إذا جاء صاحبه  
أخذه من صاحبه أو من ثمنه  
ان باعه لان الانفاق عليه احياء ماله فيكون عليه وإذا جاء بالآبق له أن يمسكه بالجعل  
لأنه إذا جاء به فقد استحق الجعل  
على مالكة فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو هلك في  
حال الحبس لا ضمان عليه لكن  
يسقط الجعل كما لا ضمان على البائع بهلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن  
عن المشتري ولا يقبل كتاب  
القاضي إلى القاضي في الرقيق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقبل في  
العبد ولا يقبل في الجارية وهذه  
المسألة في كتاب القاضي في بيان شرائط قبول كتاب القاضي إلى القاضي  
(فصل) وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحسانا والكلام في الجعل  
في مواضع في بيان  
أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان ما يستحق عليه وفي بيان  
قدر المستحق (أما) أصل  
الاستحقاق فثابت عندنا استحسانا والقياس ان لا يثبت أصلا كما لا يثبت برد الضالة  
وقال الشافعي رحمه الله يثبت  
بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الآخذ الجعل المالك وجب وإلا فلا (وجه) قول  
الشافعي رحمه الله أنه رد  
مال الغير عليه محتسبا فلا يستحق الاجر كما لورد الضالة الا إذا شرط فيجب عليه  
بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام  
المسلمون عند شروطهم (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبي عمر  
والشيباني أنه قال كنت قاعدا عند عبد الله



ابن مسعود فجاء رجل فقال قدم فلان بإباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجرا فقال  
عبد الله رضي الله عنه وجعلا ان  
شاء من كل رأس درهما ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان جعل الآبق  
طريق صيانة عن الصياع لأنه  
لا يتوصل إليه بالطلب عادة إذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا  
يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة  
الاخذ والرد عليه مجانا عوض عادة وإذا علم أن له عليه جعلا يحمله مشقة الاخذ والرد  
طمعا في الجعل فتحصل  
الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع وصيانة المال  
عن الضياع واجب فكان  
المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة إذا ضلت فإنها  
ترعى في المراعى المألوفة فيمكن  
الوصول إليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الاخذ فلا حاجة إلى الصيانة بالجعل فان  
أخذه أحد كان في الاخذ والرد  
محتسبا فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه  
لأنه طريق الصيانة على المالك  
وهو معنى التسبب  
(فصل) وأما شرائط الاستحقاق فأنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل  
عنده وهو معنى الشرط  
ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فمات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق  
الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه  
غيره فرده على المالك فالجعل للثاني ولا شئ للأول لأنه لما أبق من يده فقد انفسخ  
ذلك السبب أو بقي ذلك سببا  
محضا لانعدام شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان  
الأول صاحب سبب محض  
والسبب المحض لا حكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحدا  
والآبق اثنين فله جعلان لوجود  
سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والآبق واحدا فلهما  
جعل واحد بينهما نصفان  
لاشتراكهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والآبق واحد أو المالك  
اثنين فعليهما جعل واحد على  
قدر ملكيهما ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد  
على المالك من حيث المعنى بالرد

على التركة ثم إن كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعبد حتى يعطى الجعل لما ذكرنا وإن لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لأنه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمرتهن هذا إذا جاء به أجنبي فوجد المالك قد مات فأما إذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا كان المالك حيا وقت الاخذ وعند أبي يوسف لا جعل له وإن كان حيا وقت الاخذ إذا مات قبل الوصول إليه (وجه) قوله إنه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لأنه رد على نفسه (وجه) قولهما أن المجيء به من مسيرة ثلاثة أيام مثلا في حال حياة المالك على قصد الرد رد على المالك فيستحق الجعل كما إذا وجده حيا ولهذا لو كان الراد أجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولاه قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن المجيء به على قصد الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل برد الأبق المرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك إلا انه يجب على المرتهن لان منفعة الصيانة رجعت إليه ألا ترى انه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته فإذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالغاً أو صبياً حراً أو عبداً لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد إلا أن الجعل لمولاه لأنه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثاً أو أجنبياً لأنه إذا كان في عياله كان الرد منه بمنزلة رد المالك ولأنه إذا كان في عياله كان الرد عليه عاملاً لنفسه لان منفعة الرد تعود إليه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والأصل أن الراد إذا كان في عيال المالك لا جعل له كائناً ما كان وإن لم يكن في عياله فله الجعل كائناً ما كان إلا الابن يرد أبوه والزوج يرد أبوه زوجته انه لا جعل لهما وإن لم يكونا في عيالهما لان الابن وإن لم يكن في عيال أبيه فالرد منه يجرى مجرى الخدمة لأبيه والابن لا

يستحق الاجر بخدمة أبيه لأنها

(٢٠٤)

مستحقة عليه ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الأب مع ما أن  
الأولاد في العادات يحفظون  
أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الإرث فكان رادا عبد نفسه معنى إذ كان بالرد  
عاملا لنفسه فلا يستحق  
الاجر وكذلك الزوج إذا رد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لأنه ينتفع بمالها عادة  
وكذلك لا تقبل شهادة كل  
واحد منهما الآخر فلا يستحق الجعل (وأما) الأب إذا رد عبد ابنه فإن كان في عياله  
لاجعل له لان الأجنبي الذي  
في عياله لاجعل له فالقراية أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل لان الأب لا يستخدم  
طبعاً وشرعاً وعقلاً ولهذا لو خدم  
بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء  
لا يحفظون أموال الأولاد  
لانتفاع بها بطريق الإرث لان موتهم يتقدم موت الأولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد  
والعمل لنفسه لذلك افترق  
الأمران وعلى هذا سائر ذوي الأرحام من الأخ والعم والنخال وغيرهم أن الراد إن كان  
في عيال المالك لاجعل له لما  
قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل وعلى هذا الوصي إذا رد عبد اليتيم لاجعل له لان  
اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق  
عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي إذا رد عبد اليتيم لان رده عبده كرده  
(ومنها) أن يكون المردود  
مرفوقاً مطلقاً كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتباً لاجعل له لأنه ليس بمرفوق  
على الاطلاق بل هو فيما يرجع  
إلى مكاسبه حر ولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لي حراً  
لا بالنية بخلاف المدبر وأم الولد  
ولان استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة إلى الصيانة في المكاتب  
لأنه لا يهرب عادة لأن العقد  
في جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة يعجز نفسه بالآباء عن الكسب  
بخلاف المدبر وأم الولد لأنهما  
يستخدمان عادة فلعلهما يكلفان مالا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة  
إلى الصيانة بالجعل كما في القن  
الا أن القرق بينهما وبين القن انه إذا جاء بالقن وقد مات المولى قبل أن يصل إليه فله  
الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد  
وقد مات المولى قبل الوصول إليه لاجعل له (ووجه) الفرق ظاهر لأنهما يعتقان بموت

السيد فلم يوجد رد المرقوق أصلا فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم (فصل) وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك إذا ابق من يده لان الجعل مؤنة الرد ومنفعة الرد عائدة إلى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود إليه باعتبار الحبس الذي هو وسيلة إلى استيفاء الدين فإن كان في قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الراهن والله عز وجل أعلم (فصل) وأما بيان قدر المستحق فينظران رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله أربعون درهما لما روينا من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد زيادته وينقص بنقصانه هذا إذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فإن كانت مثل الجعل أو أنقص منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاما وإن كانت قيمة العبد درهما واحدا واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال من كل رأس أربعين درهما اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة أو اعتبرنا الرأس دون القيمة لأنه إن كان يصاب من وجه يضيع من وجه آخر فلا فرق بين الضياع بترك الاخذ والامسك وبين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيدا والحديث محمول على ماذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهما توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان والله عز وجل أعلم

\* (الكتاب السباق) \*

الكلام في هذا الكتاب في موضعين في تفسير السباق وفي بيان شرائط جوازه (أما)  
الأول فالسباق فعال من  
السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الإبل ونحو ذلك فيقول إن سبقتك  
فكذا أو إن سبقتني فكذا  
ويسمى أيضا رهانا فعلا من الرهن  
(فصل) وأما شرائط جوازه فأنواع (منها) أن يكون في الأنواع الأربعة الحافر والخف  
والنصل والقدم لا في  
غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصال إلا  
أنه زيد عليه السابق في القدم  
بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها ففيما وراءه بقي على أصل النفي ولأنه لعب  
واللعب حرام في الأصل إلا أن اللعب  
بهذه الأشياء صار مستثنى من التحريم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام  
إلا ملاعبة الرجل امرأته  
وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الأشياء  
المخصصة فبقيت الملاعبة بما  
وراءها على أصل التحريم إذا لاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وكذا المسابقة بالخف  
صارت مستثناة من الحديث  
وبما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال إن العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه  
وسلم كانت تسبق كلما دفعت في  
سباق فدفعت يوما في إبل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة إذ سبقت فقال رسول  
الله صلى الله عليه وسلم إن  
الناس إذا رفعوا شيئا أو أرادوا رفع شيء وضعه الله وكذا سبق بالقدم لما روت سيدتنا  
عائشة رضي الله عنها أنها قالت  
سبقت النبي عليه الصلاة والسلام فسبقته فلما حملت اللحم سابقته فسبقتني فقلت هذا  
بتلك فصارت هذه الأنواع  
مستثناة من التحريم فبقي ما ورائها على أصل الحرمة ولأن الاستثناء يحتمل أن يكون  
لمعنى لا يوجد في غيرها وهو  
الرياضة والاستعداد لأسباب الجهاد في الجملة فكانت لعبا صورة ورياضة وتعلم أسباب  
الجهاد فيكون جائزا إذا  
استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكن اللعب إذا تعلق به عاقبة حميدة لا يكون  
حراما ولهذا استثنى ملاعبة  
الأهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهوة الداعية إلى الوطء الذي هو سبب

التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه الأشياء فلم يكن في معنى المستثنى فبقي تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا إذا وجد فيه محلا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخل فيه محلا لا يجوز لأنه في معنى القمار نحو أن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلي عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلا شئ عليك فهو جائز لان الخطر إذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحتمل على التحريض على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بمال نفسه وذلك مشروع كالتنفيذ من الامام وبل أولى لان هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل والامام بالتنفيذ فيما لغيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا بالجواز أولى وكذلك إذا كان الخطر من الجانبين ولكن أدخلنا فيه محلا بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل إن سبق أخذ الخطر وان لم يسبق لا يغرم شيئا فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريض على استعداد أسباب الجهاد خصوصا من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام إذا حرض واحد من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أولا فله من النقل كذا ونحوه جاز كذا هذا وبل أولى اما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الأشياء الأربعة حتى لو كانت فيما يعلم أنه يسبق غالبا لا يجوز لان معنى التحريض في هذه الصورة لا يتحقق فبقي الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله تعالى أعلم

\* (كتاب الوديعة) \*

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان حال المعقود عليه وفي بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول لغيره أودعتك هذا الشيء أو احفظ هذا الشيء لي أوخذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجرى مجراه ويقبله الآخر فإذا وجد ذلك فقد

تم عقد الوديعة

(فصل) وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الايداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل

لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الايداع من الصبي المأذون

لان ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعي رحمه

الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما نذكر في كتاب المأذون وكذا حرите ليست بشرط فيملك العبد المأذون

الايداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان

حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول

الوديعة من الصبي المأذون لأنه من أهل الحفظ ألا ترى انه أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الاذن له سفها

(وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه لأنه لا يحفظ المال عادة ألا ترى انه منع منه ماله ولو قبل

الوديعة فاستهلكها فإن كانت الوديعة عبداً أو أمة يضمن بالاجماع وإن كانت سواهما فان قبلها بإذن الولي فكذلك

وأن قبلها بغير اذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يضمن (وجه) قوله أن ايداعه لو صح فاستهلك

الوديعة يوجب الضمان وان لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قلبه ولو استهلكها قبل العقد لوجب

عليه الضمان إذا كانت الوديعة عبداً أو أمة (وجه) قولهما أن إيداع الصبي المحجور الهلاك للمال معنى فكان فعل

الصبي اهلاك مال قائم صورة لا معنى فلا يكون مضمونا عليه ودلالة ما قلنا إنه لما



وضع المال في يده فقد وضع في يدمن  
لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعا ولا شك انه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعا  
لان الصبي ليس من أهل وجوب  
الشرائع عليه والدليل على أنه لا يحفظ الوديعة عادة انه منع عنه ماله ولو كان يحفظ  
المال عادة لدفع إليه قال الله تبارك وتعالى  
فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم وبهذا فارق المأذون لأنه يحفظ المال عادة  
ألا ترى انه دفع إليه ماله ولو لم  
يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع إليه سفها بخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدا أو أمة  
لان هناك لا يجب عليه ضمان  
المال أيضا وإنما يجب عليه ضمان الدم لأن الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الآدمي  
لا ضمان المال والعبد من حيث إنه  
آدمي قائم من كل وجه قبل الايداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست  
بشروط لصحة العقد حتى  
يصح القبول من العبد المأذون ويترتب عليه أحكام العقد لأنه يحتاج إلى الايداع  
والاستيداع على ما نذكر في كتاب  
المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لأنه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها  
فاستهلكها فإن كانت عبدا أو  
أمة يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وإن كانت سواهما فان قبلها بإذن وليه يضمن  
بالاجماع وان قبلها بغير اذن وليه  
لا يؤاخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يؤاخذ به في الحال  
والكلام في الطرفين على حسب  
ما ذكرنا في الصبي المحجور  
(فصل) وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لان الايداع من جانب  
المالك استحفاظ ومن جانب  
المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون  
عند شروطهم والكلام في  
الحفظ في موضعين أحدهما فيما يحفظ به والثاني فيما فيه يحفظ (أما) الأول  
فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون  
مطلقا أو مقيدا فإن كان مطلقا فللمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو  
الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه

طعامه وشرابه وكسوته كائنا من كان قريبا أو أجنبيا من ولده وامراته وخدمه وأجيريه لا الذي استأجره بالدرهم والدنانير ويبد من ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشريكة المفاوض والعنان وعبد المأذون وعبد المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يحفظ الا بيد نفسه الا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل في ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الايداع من غيره كما لا يملك الايداع سائر الأجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والانسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة ويبد هؤلاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضا فكان الحفظ بأيديهم داخلا تحت العقد دلالة وكذا له ان يرد الوديعة على أيديهم حتى لو هلك قبل الوصول إلى المالك لا ضمان عليه لان يدهم يد المودع معنى فما دام المال في أيديهم كان محفوظا بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة إلى غيرهم الا لعذر حتى لو دفع تدخل في ضمانه لان المالك ما رضى بيده الا يرى أنه لا يرضى مال نفسه بيده فإذا دفع فقد صار مخالفا فتدخل الوديعة في ضمانه الا إذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق أو كان في السفينة فخاف الغرق فدفعه إلى غيره لان الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريقا للحفظ فكان الدفع بإذن المالك دلالة فلا يضمن فلو أراد السفر فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعه فضاعت في يد الثاني فالضمان على الأول لاعلى الثاني عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد المالك بالخياران شاء ضمن الأول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني يرجع به على الأول (وجه) قولهما وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الأول فلانه دفع مال الغير إلى غيره بغير اذنه وأما الثاني فلانه قبض مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فيخير المالك ان شاء ضمن الأول وان شاء ضمن الثاني كمودع الغاصب مع الغاصب غير أنه ان ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني لأنه ملك الوديعة بآء الضمان فبين انه أودع ماله نفسه إياه فهذا مودع هلك الوديعة في يده فلا شئ

عليه وان ضمن الثاني يرجع بالضمان على الأول لان الأول غره بالايداع فيلزمه ضمان الغرور كأنه كفل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد إذ ضمان الغرور ضمان كفالة لما علم (وجه) قول أبي حنيفة ان يد المودع الثاني ليست بيد مانعة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك فلا يصلح أن يكون سببا لوجوب الضمان لأنه من باب الاحسان إلى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي ان لا يجب الضمان على الأول أيضا لان الايداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسنا فيه الا انه صار مخصوصا عن النص فبقي المودع الثاني على ظاهره ولو أودع غيره وادعى انه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك الا ببينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لان الدفع إلى غيره سبب لوجوب الضمان في الأصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق الا بحجة هذا إذا هلك الوديعة في يد المودع الثاني فاما إذا استهلكها فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الأول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع غير أنه ان ضمن الأول يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول لان سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجازا للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الأول الا الدفع إلى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الاعجاز الا انه ألحق ذلك بالاعجاز شرعا في حق اختيار التضمين صورة لأنه باشر سبب الاعجاز فكان الضمان في الحقيقة على الثاني لان اقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الأول على الثاني ولم يرجع الثاني على الأول بخلاف مودع الغاصب إذا هلك المغصوب في يده ان المالك يتخير بين ان يضمن الغاصب أو يضمن المودع فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا إذا أودع رجل من رجلين مالا فإن كان محتملا للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لأنه لما أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعا فلا بد وأن تكون الوديعة في حفظهما جميعا ولا تتحقق الا بالقسمة ليكون

النصف في يد هذا والنصف في يد ذاك

(٢٠٨)

والمحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين ولو سلم أحدهما النصف إلى صاحبه  
فضاعت فمن المسلم نصف الوديعة عند  
أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئا بالاجماع ولو كانت  
الوديعة مما لا يحتمل القسمة  
فلكل واحد منهما ان يسلم الكل إلى صاحبه وإذا فعل فضاعت لا ضمان عليه بالاجماع  
وجه قولهما ان المالك لما  
استحفظها فقد رضى بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما إذا لم تكن الوديعة  
محتملة للقسمة (وجه) قول أبي حنيفة  
ان المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لا في كلها فكان راضيا بثبوت  
يد كل واحد منهما على  
البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه لما استحفظهما جميعا فلا بد أن يكون المال في  
حفظهما جميعا ولا يمكن أن يكون كله  
في يد كل واحد منهما للاستحالة فيقسم النصف في يد أحدهما والنصف في يد  
الأخر فإذا كان المحل محتملا  
للقسمة لم يكن راضيا بكون الكل في يد أحدهما فإذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه  
فإذا ضاع ضمن بخلاف ما إذا  
لم يكن محتملا للقسمة لأنه إذا لم يحتمل تعذر أن يكون كله في حفظ كل واحد  
منهما على التوزيع في زمان واحد فكان  
راضيا بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهاين فلم يصر مخالفا بالدفع فهو  
الفرق وعلى هذا الخلاف الذي  
ذكرنا المرتهان والوكيلان بالشراء إذا كان المرهون والمشتري مما يحتمل القسمة  
فسلمه أحدهما إلى صاحبه وأما  
الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فإن كان العقد مطلقا فله ان يحفظها فيما  
يحفظ فيه مال نفسه من داره وحنوته  
وكيسه وصندوقه ولأنه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له ان يحفظ  
في حرز غيره لان حرز غيره  
في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضا الا إذا استأجر حرزا  
لنفسه فله ان يحفظ فيه لان  
الحرز في يده فما في الحرز يكون في يده أيضا فكان حافظا بيد نفسه فملك ذلك وله  
ان يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها  
عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أولم يكن وعند أبي يوسف ومحمد أن  
كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة  
بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع

الشافعي رحمه الله فوجه قوله إن  
المسافرة بالوديعة تضييع المال لان المفازة مضيعة قال النبي عليه أفضل التحية المسافر  
وماله على قلب الا ما وقى  
الله فكان التحويل إليها تضييعا فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقا  
عن تعيين المكان فلا  
يجوز التعيين الا بدليل قوله المفازة مضيعة قلنا ممنوع أو تقول إذا كان الطريق مخوفا  
أما إذا كان أمنا فلا والكلام  
فيما إذا كان الطريق أمنا والحديث محمول على ابتداء الاسلام حين كانت الغلبة  
للكفرة وكانت الطريق  
مخوفة ونحن به يقول وأما الكلام مع أصحابنا رضي الله عنهم فوجه قولهما أن في  
المسافرة بما له حمل ومؤنة  
ضررا بالمالك لجواز ان يموت المودع في السفر فيحتاج إلى الاسترداد من موضع لا  
يمكنه ذلك الا بحمل ومؤنة عظيمة  
فيتضرر به ولا كذلك إذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولأبي حنيفة على نحو ما ذكرنا مع  
الشافعي رحمه الله ان الامر بالحفظ  
لا يتعرض لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قولهما فيه ضرر قلنا  
هذا النوع من الضرر ليس  
بغالب فلا يجب دفعه على أنه إن كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الامر ومن لم  
ينظر لنفسه لا ينظر له هذا إذا كان  
العقد مطلقا عن شرط في الفصلين جميعا فاما إذا شرط فيه شرطا نظر فيه إن كان  
شرطا يمكن اعتباره ويفيد اعتبارا لا  
فلا بيان ذلك إذا أمره بالحفظ وشرط عليه ان يمسكها بيده ليلا ونهارا ولا يضعها  
فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته  
أو فيما يحرز فيه ماله عادة فضاعت لا ضمان عليه لان امساك الوديعة بيده بحيث لا  
يضعها أصلا غير مقدور له عادة فكان  
شرطا لا يمكن مراعاته فيلغو ولو امره بالحفظ ونهاه ان يدفعها إلى امرأته أو عبده أو  
ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ  
مال نفسه بيده عادة نظر فيه إن كان لا يجد بدا من الدفع إليه له ان يدفع لأنه إذا لم  
يجد بدا من الدفع إليه كان النهي عن  
الدفع إليه نهيا عن الحفظ فكان سفها فلا يصح نهيه وان كالم يجد بدا من الدفع إليه  
ليس له ان يدفع له ان يدفع يدخل في  
ضمانه لأنه إذا كان منه بد في الدفع إليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان الأيدي في  
الحفظ متفاوتة والأصل في

الشروط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه  
لأنه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد

(٢٠٩)

لان الحفظ في المصر أكمل من الحفظ في السفر إذا السفر موضع الخطر الا إذا خاف التلف عليها فاضطر إلى الخروج بها  
فخرج لا تدخل في ضمانه لان الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما إذا وقع في داره حريق أو كان في سفينة  
فخاف الغرق فدفعها إلى غيره ولو قال له احفظ الوديعة في دارك هذه فحفظها في دار له أخرى فإن كانت الداران في  
الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل في ضمانه لان التقييد غير مفيد وإن كانت الأولى أحرز من الثانية دخلت  
في ضمانه لان التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو أمره ان يضعها في داره في هذه القرية ونهاه عن أن يضعها  
في داره في قرية أخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له اخبأها في هذا البيت وأشار إلى بيت معين في داره فخبأها في  
بيت آخر في تلك الدار لا تدخل في ضمانه لان البيتين من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدارين فلا  
يكون التعيين مفيد حتى لو تفاوتتا بأن كان الأول أحرز من الثاني تدخل في ضمانه والأصل المحفوظ في هذا الباب  
ما ذكرنا أن كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند  
الشافعي رحمه الله تجب مراعاة الشروط في المواضع كلها حتى أن المأمور بالحفظ في بيت معين لا يملك الحفظ في بيت آخر  
من دار واحدة وجه قوله إن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك هذا الأصل الا لضرورة ولم  
توجد وصار كالدارين والجواب نعم إذا تعلق به عاقبة حميدة فاما إذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لان التعيين عند  
انعدام التفاوت في الحرز يجرى مجرى العبث كما إذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ في هذه الزاوية من  
البيت ولا تحفظ في الزاوية الأخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتتا في الحرز يصح بخلاف الدارين  
والأصل في الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيدا حتى لو لم يختلف فالجواب فيها كالجواب في البيتين على ما مر  
(فصل) وأما بيان حال الوديعة فحالها انها في يد المودع أمانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديعة أمانة في يده ويتعلق  
بكونها أمانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه ان الله



يأمركم ان تؤدوا الأمانات إلى أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا إذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما إذا كانت مشاعا لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بأن أودع رجلان رجلا وديعة دراهم أو دنانير أو ثيابا وغاب ثم جاءه أحدهما وطلب بعضها وأبى المستودع ذلك لم يأمره القاضي بدفع شئ إليه ما لم يحضر الغائب عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك ويدفع إليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلاف حتى لو هلك الباقي في يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعا ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جاء الغائب فليس للقابض ان يشارك صاحبه في الباقي وجه قولهما ان الاخذ بأخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له ذلك من غير حضرة الغائب كما إذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فإنه يدفع إليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان المودع لو دفع شيئا إلى الشريك الحاضر لا يخلو اما ان يدفع إليه من النصيبين جميعا واما أن يدفع إليه من نصيبه خاصة لاوجه إلى الأول لان دفع نصيب الغائب إليه ممتنع شرعا ولا سبيل إلى الثاني لان نصيبه شائع في كل الألف لكون الألف مشتركة بينهما ولا يتميز الا بالقسمة والقسمة على الغائب غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قالوا إذا جاء الغائب وقد هلك الباقي له ان يشارك القابض في المقبوض ولو نفذت القسمة لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده ألف درهم فجاءه رجلان وادعى كل واحد منهما انه أودعه إياها فقال المودع أودعها أحد كما ولست أدري أيكما هو فهذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين اما أن اصطلح المتداعيان على أن يأخذا الألف وتكون بينهما واما أن لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الألف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلحا على ذلك فلهما ذلك وليس للمودع ان يمتنع عن تسليم

الألف إليهما لأنه أقران الألف لآحد هما وإذا اصطلحا على أنها تكون بينهما لا يمنعان  
عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

المودع بعد الصلح وان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الألف له لا يدفع إلى أحدهما شيئا لجهالة المقر له بالوديعة ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما فالامر لا يخلو اما أن يحلف لكل واحد منهما واما أن ينكل لكل واحد منهما واما ان يحلف لاحدهما وينكل للآخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصومتها للحال إلى وقت إقامة البينة كما في سائر الأحكام وهل يملكان الاصطلاح على أخذ الألف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد على قولهما لا يملكان وعلى قول محمد يملكان وهي مسألة الصلح بعد الحلف وقد مرت في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالألف بينهما نصفين ويضمن ألفا أخرى بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الألف له فإذا نكل له والنكول بذل أو اقرار فكأنه بذل لكل واحد منهما ألفا أو أقر لكل واحد منهما فيقضى عليه بينهما بألف ويضمن أيضا ألفا أخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما ألف كاملة ولو حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى بالألف للذي نكل له ولا شيء للذي حلف له لان النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الأداء إلى المالك لان الله امر بأداء الأمانات إلى أهلها مالكها حتى لو ردها إلى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها إلى من في عيال المالك دخلت في ضمانه حتى لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير لوجاء بمتاع العارية وألقاها في دار المغير أو جاء بالدابة فأدخلها في إصطبله كان ردا صحيحا لان ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح الا انها صارت مخصوصة عن عموم الآيات فبقيت الوديعة على ظاهره ولان القياس في الموضوعين ما ذكرنا من لزوم الرد إلى المالك الا انا استحسنا في العارية للعادة الجارية فيها بردها إلى بيت المالك أو بدفعها إلى من في عياله حتى لو كانت العارية شيئا نفيسا كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك في الأشياء النفيسة ولم تجربه العادة في مال الوديعة فتبقى على أصل القياس ولان مبنى الايداع على الستر والاعفاء عادة فان الانسان إنما يودع مال غيره

سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلو رده على غير المالك لا تكشف إذ السر إذا جاوز اثنين يفشو فيفوت المعنى المجعول له الايداع بخلاف العارية لان مبنائها على الا اعلان والاظهار لأنها شرعت لحاجة المستعير إلى استعمالها في حوائجه ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد إلى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه إذا ضاعت في يد المودع بغير صنعه لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع غير المغل الضمان ولان يده يد المالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وكذلك إذا دخلها نقص لان النقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع إذا اختلفا فقال المودع هلكت أو قال رددتها إليك وقال المالك بل استهلكتها فالقول قول المودع لان المالك يدعى على الأمين أمرا عارضا وهو التعدي المودع مستصحب لحال الأمانة فكان متمسكا بالأصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة قائمة فيستحلف دفعا للتهمة وكذلك إذا قال المودع استهلكت من غير اذني وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال إنها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها إليك لكني أوهمت لم يصدق وهو ضامن لأنه نفى الرد بدعوى الهلاك ونفى الهلاك بدعوى الرد فصار نافيا ما أثبتته مثبتا ما نفاه وهذا تناقض فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولأنه لما ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحدة منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله (فصل) وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الأمانة إلى الضمان فأنواع منها ترك الحفظ لأنه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدلها وذلك بطريق الكفالة ولهذا لو رأى انسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ للمالك بان خالفه في الوديعة بأن كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو

عبدا فاستعمله أو أودعها من ليس في

(٢١١)

عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فإذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك  
فدخلت في ضمانه وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخارى  
وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فإنه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول في  
الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع إذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها إليك وقال المالك  
استهلكتها إن كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وإن كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول  
الوديعة في ضمانه بالخلاف وان خالف في الوديعة ثم عادا لوفاق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعي  
لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتحديد ولم  
يوجد فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقربها وكذلك المستعير والمستأجر إذا خالفا ثم عادا إلى الوفاق لا يبرأ عن الضمان  
لما قلنا كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع إذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف  
ودلالة انه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ  
مال المالك له بأمره لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت في ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول  
في ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفا وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حالة الخلاف لكن  
هذا لم يوجب ارتفاع العقد أليس ان من وكل انسانا ببيع عبده بألفي درهم فباعه بألف وسلمه إلى المشتري دخل العبد  
في ضمانه لان عقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير إلى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقي العقد حتى لو أخذه كان له  
بيعه بألفين كذا هذا على أنا ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن في قدر ما فات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك في  
زمان الخلاف لا فيما بقي في المستقبل كما إذا استحفظه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ في بعض الشهر ثم اشتغل به في  
الباقى بقي العقد في الباقي يستحق الأجرة بقدره والجامع بينهما أن الارتفاع لضرورة

فوات حكم العقد فلا يظهر الا في قدر الفائت بخلاف الإجارة والإعارة لان الإجارة تمليك المنفعة وهي تمليك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فإذا بلغ المكان المذكور فقد انتهى العقد لانتهاه حكمه فلا يعود الا بالتجديد وكذا الإعارة لأنها تمليك المنفعة عندنا الا انها تمليك المنفعة بغير عوض والإجارة تمليك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقا أو شهر أو زمان ما بعد الخلاف داخل في المطلق والوقت فلا ينقضي بالخلاف بل يتقرر فهو الفرق ومنها جحود الوديعة في وجه المالك عند طلبه حتى لو قامت البينة على الايداع أو نكل المودع عن اليمين أو أقر به دخلت في ضمانه لأن العقد لما ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقي مال الغير في يده بغير اذنه فيكون مضمونا عليه فإذا هلك تقرر الضمان ولو جحد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو قبل الجحود أو مطلقا فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو مطلقا لا ينتفع ببينته لأن العقد ارتفع بالجحود أو عنده قد خلت العين في ضمانه والهالك بعد ذلك يقرر الضمان لا ان يسقطه وان أقام البينة على أنها هلكت قبل الجحود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهالك قبل الجحود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحود فلا يرتفع بالجحود فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهالك قبل الجحود ولا بينة له وطلب اليمين من المودع حلفه القاضي بالله تعالى ما يعلم أنها هلكت قبل جحوده لأنه الأصل في باب الاستحلاف أن الذي يستحلف عليه لو كان أمرا لو أقر به الحالف للزمه فإذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل الجحود لقبيل منه ويسقط الضمان عن المودع فإذا أنكر يستحلف لكن على العلم لأنه يستحلف على فعل غيره هذا إذا جحد حال حضرة المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمة الله يضمن

في الحالين جميعا وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يخلف بالحضرة  
والغيبة كسائر الأسباب وجه قول



أبي يوسف ان الجحود سبب للضمان من حيث إنه يرفع العقد بالعزل على ما بينا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع العقد ولان الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفا وعادة لان مبنى الايداع على الستر والاختفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظا معنى فكيف يكون سببا لوجوب الضمان ومنها الاتلاف حقيقة أو معنى وهو اعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو طلب الوديعة فمنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم إليه حتى هلكت يضمن لأنه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها للحال فد خلت في ضمانه فإذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى انه كان بادن المالك لا يصدق الا ببينة لان الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الأصل قوله كان بإذن المالك دعوى أمر عارض فلا تقبل الا بحجة وكذلك المودع إذا خلط الوديعة بماله خلطا لا يتميز يضمن لأنه إذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلانا فيضمن ويصير ملكا بالضمان وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع أسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان فلانعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته وأما كونه شريكا لصاحبها فلوجود معنى الشركة وهو اختلاط الملكين ولو أودعه رجلان كل واحد منهما ألف درهم فخلط المودع المالين خلطا لا يتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ويضمن المودع لكل واحد منهما ألفا ويكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هما بالخيار ان شاء اقتسما المخلوط نصفين وان شاء ضمنا المودع الفين وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات إذا خلط الجنس بالجنس خلطا لا يتميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما ان الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول إليها بعرض الخلط فان شاء اقتسما لاعتبار جهة القيام وان شاء ضمنا لاعتبار جهة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله انه لما خلطهما خلطا لا يتميز فقد

عجز كل واحد منهما عن الانتفاع  
بالمخلوط فكان الاتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا يثبت  
اختيار التضمين عند هما واختيار  
التضمين لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافا ولو أودعه رجل حنطة  
وأخر شعير فخلطهما فهو  
ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لان الخلط اتلاف وعندهما لهما ان  
يأخذ العين ويبيعاها ويقتسما  
الثلث على قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان  
قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير وهو  
يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لان قيمة  
الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك  
الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو أنفق المودع بعض الوديعة ضمن  
قدر ما أنفق ولا يضمن الباقي لأنه لم  
يوجد منه الاتلاف قدر ما أنفق ولو رد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف  
الكل منه النصف بالاتلاف  
والنصف الباقي بالخلط لكون الخلط اتلافا على ما بينا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة  
لينفقها فلم ينفقها ثم ردها إلى  
موضعها بعد أيام فضاعت لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه  
قوله إنه أخذها على وجه التعدي  
فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) ان نفس الاخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف  
فلا توجب الضمان والأصل  
فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تبارك وتعالى عز شأنه  
عفا عن أمتي ما حدثت به  
أنفسها ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضى أن يكون ما حدثت به النفس  
عفوا على العموم الا ما خص بدليل  
وعلى هذا الخلاف إذا أودعه كيسا مسدودا فحله المستودع أو صندوقا مقفلا ففتح  
القفل ولم يأخذ منه شيئا حتى ضاع  
أو مات المودع فإن كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لان هذا عين ماله ومن  
وجد عين ماله فهو أحق به على  
لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته  
يخاص الغرماء لأنه لما مات مجهلا  
للوديعة فقد أتلها معنى لخروجها من أن تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل  
وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الورثة

انها هلكت أوردت على المالك لا يصدقون على ذلك لان الموت مجهلا سبب  
لوجوب الضمان لكونه اتلافا فكان

(٢١٣)

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل الا بحجة ويحاص المودع الغرماء لأنه دين الاستهلاك على ما ذكرنا  
فيساوي دين الصحة والله سبحانه وتعالى أعلم  
\* (كتاب العارية) \*

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العارية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار ومالا يملكه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان حال المستعان وفي بيان ما يوجب تغير حاله أما ركنها فهو الايجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس أن يكون ركننا وهو قول زفر كما في الهبة حتى أن من حلف لا يعير فلانا فاعاره ولم يقبل يحنث كما إذا حلف لا يهب فلا نا شيئاً فوهبه ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة والايجاب هو أن يقول أعرتك هذا الشيء أو منحتك هذا الثوب أو هذا الدار أو أطعمتك هذا الأرض أو هذه الأرض لك طعمة أو أخدمتك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك على هذه الدابة إذا لم ينوبه الهبة أو داري لك سكنى أو داري لك عمري سكنى أما لفظ الإعارة فصريح في بابها وأما المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع الانسان بها زمانا ثم يردّها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبي عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة ومنحة الأرض زراعتها قال النبي عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أحاك وكذا الاطعام المضاف إلى الأرض هو اطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفا وعادة وهو معنى العارية وأما اخدام العبد إياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله داري لك سكنى أو عمري سكنى هو جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعتها المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الإعارة وأما قوله حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الإعارة والهبة فأى ذلك نوى فهو على ما نوى لأنه نوى ما يحتمل لفظه وعند الاطلاق ينصرف إلى العارية لأنها أدنى فكان الحمل عليها أولى ولو قال داري لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهي مسألة كتاب الهبة

(فصل) وأما الشرائط التي يصير الركن بها إعارة شرعا فأنواع منها العقل فلا تصح الإعارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الإعارة من الصبي المأذون لأنها من توابع التجارة وانه يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها وعن الشافعي لا يملك وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها العبد المأذون لأنها من توابع التجارة فيملك بملك ذلك ومنها القبض من المستعير لان الإعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها أن يكون المستعار مما يمكن الانتفاع بدون استهلاكه فإن لم يكن لا تصح اعارته لان حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين الا إذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما ذكره في موضعه

(فصل) وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته أما الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة عندنا وعند الشافعي إباحة المنفعة حتى يملك المستعير الإعارة عندنا في الجملة كالمستأجر يملك الإجارة وعنده لا يملكها أصلا كالمباح له الطعام لا يملك الإباحة من غيره وجه قول الشافعي دلالة الاجماع والمعقول اما الاجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تمليك المنفعة لما جاز من غير أجل كالإجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك كالمستأجر وأما المعقول فهو أن القياس يأبى تمليك المنفعة لان بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع لأنه بيع ما ليس عند الانسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه الا انها جعلت موجودة عند العقد في باب الإجارة حكما للضرورة ولا ضرورة إلى الإعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكا لا إباحة كما في الأعيان وإنما

صح من غير أجل لان بيان الأجل للتحرز عن الجهالة المفضية إلى المنازعة والجهالة في باب العارية لا تفضي إلى المنازعة لأنها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى الا يملك الإجارة لأنها عقد لازم والإعارة عقد غير لازم فلو ملك الإجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الإجارة وهذا لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة فلا ينعقد في حق الحكم الا عند وجود المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الانسان وعلى هذا تخرج إعارة الدراهم والدنانير انها تكون قرضاً لا إعارة لان الإعارة لما كانت تمليك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصلين ولا يمكن الانتفاع الا باستهلاكها ولا سبيل إلى ذلك الا بالتصرف في العين لا في المنفعة ولا يمكن تصحيحاً إعارة حقيقية فتصحح قرضاً مجاز الوجود معنى الإعارة فيه حتى لو استعار حلياً ليتجمل به صح لأنه يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه بالتجمل فأمكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة إلى الحمل على المجاز وكذا إعارة كل مالا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيات والموزونات يكون قرضاً لا إعارة لما ذكرنا ان محل حكم الإعارة المنفعة لا بالعين الا إذا كان ملحقا بالمنفعة عرفاً وعادة كما إذا منح انساناً شاة أو ناقة لينتفع بلبنها ووبرها مدة ثم يردها على صاحبها لان ذلك معدود من المنافع عرفاً وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال هل من أحد يمنح من إبله ناقة أهل بيت لادر لهم وهذا يجرى الترغيب كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة وكذا لو منح جد يا أو عناقاً كان عارية لأنه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار ومالا يملكه فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه ان عقد الإعارة لا يخلو من أحد وجهين اما إن كان مطلقاً واما إن كان مقيداً فإن كان مطلقاً بان أعار دابته انساناً ولم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل فله ان يستعملها في أي مكان وزمان شاء وله ان

يركب أو يحمل لان الأصل في المطلق أن يحرى على اطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقا فكان له أن يستوفيهما على الوجه الذي ملكها الا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطبق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلا ونهارا ما لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن لأن العقد وان خرج مخرج الاطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصا وله أن يعير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أو لا لأن اطلاق العقد يقتضى ثبوت الملك للمستعير فكان هو في التملك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفا في ملك نفسه الا أنه لا يملك الإجارة لما قلنا فان أجر وسلم إلى المستأجر ضمن لأنه دفع مال الغير إليه بغير اذنه فصار غاصبا فان شاء ضمنه وان شاء ضمن المستأجر لأنه قبض مال الغير بغير اذنه كالمشترى من الغصب الا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر فإن كان عالما بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير وان لم يكن عالما بذلك يرجع عليه لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغرورا من جهة فلا يرجع عليه وهل يملك الايداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لأنه يملك الإعارة فالإيداع أولى لأنها دون الإعارة وقال بعضهم لا يملك استدلالا بمسألة مذكورة في الجامع الصغير وهو أن المستعير إذا رد العارية على يد أجنبي ضمن ومعلوم أن الرد على يده ايداع إياه ولو ملك الايداع لما ضمن وإن كان مقيدا فيراعى فيه القيد ما أمكن لان أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف الا إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلغا الوصف لان ذلك يجرى مجرى العيب ثم إنما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقا فيما وراءه فيراعى عند الاطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة في مسائل إذا أعار انسانا دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره وكذلك إذا أعاره ثوبا



(۲۱۵)



على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه الا إذا تعذر اعتباره  
واعتبار هذا القيد ممكن لأنه  
مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والثياب ركوبا ولبسا فلزم اعتبار القيد فيه فان  
فعل حتى هلك ضمن  
لأنه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت فإن كانت الدابة مما تطيق حملهما  
جميعا يضمن نصف قيمة  
الدابة لأنه لم يخالف الا في قد النصف وإن كانت الدابة مما لا تطيق حملهما ضمن  
جميع قيمتها لأنه استهلكها ولو أعاره  
دارا ليسكنها بنفسه فله يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون  
فيه عادة فلم يكن التقييد بسكناه  
مفيدا فيلغو الا إذا كان الذي يسكنها إياه حدادا أو قصارا ونحوهما ممن يوهن عليه  
البناء فليس له أن يسكنها إياه  
ولا أن يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة  
كما في الإجارة ولو أعاره دابة  
على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة  
لان الحنطة أثقل من الشعير  
فكان اعتبار القيد مفيدا فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله  
أن يحمل عليها عشرة  
مخاتيم شعير أو دخنا أو أرزا أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها  
استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك  
حتى انها لو عطبت لا يضمن استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر لأنه خالف  
وجواب الاستحسان أن  
هذا وإن كان خلافا صورة فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضيا به دلالة فلم  
يكن التقييد بالحنطة مفيدا  
وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها  
عشرة مخاتيم من حنطة غيره  
فإنه لا يكون مخالفا حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على أن يحمل عليها عشرة  
مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل  
عليها حطبا أو تبنا أو آجرا أو حديدا أو حجارة سواء كان مثلها في الوزن أو أخف لان  
ذلك أشق على الدابة أو أخكى  
لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على أن يحمل عليها مائة من قطنا  
فحمل عليها مثله من الحديد  
وزنا فعطبت يضمن لان القطن ينبسط على ظهر الدابة فكان ضرورته أقل من الحديد

لأنه يكون في موضع واحد  
فكان ضرورة بالدابة أكثر والرضا بأدنى الضررين لا يكون رضاها علاهما فكان التقييد  
مفيدا فيلزم اعتباره  
ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على  
المسمى في القدر فعطبت نظر في ذلك  
فإن كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل مالا تطيق  
الدابة اتلاف للدابة وإن كانت الدابة  
مما تطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على أن يحمل عليها عشرة  
مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر  
مختوما فعطبت يضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمتها لأنه لم يتلف منها الا هذا  
القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على أن  
تستعملها في مكان كذا في المصر يتقيد به وله ان يستعملها في أي وقت شاء باي شيء  
شاء لان التقييد لم يوجد الا  
بالمكان فبقي مطلقا فيما وراءه لكنه لا يملك ان يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوز  
ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل في ضمانه ولو أعادها إلى المكان  
المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلكت من قبل التسليم إلى المالك يضمن وهذا  
قول أبي حنيفة عليه الرحمة الآخر  
وكان يقول أولا يبرأ عن الضمان كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ثم رجع ووجه  
بين العارية والوديعة قد  
ذكرناه في كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على أن يستعملها يوما يبقى  
مطلقا فيما وراءه لكنه يتقيد بالزمان  
حتى لو مضى اليوم ولو يردّها على المالك حتى هلكت يضمن لما قلنا وكذلك لو  
قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال  
بان قال على أن يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلكت يضمن لان  
الامساك منه خلاف فيوجب الضمان  
ولو اختلف المعير أو المستعير في الأيام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول  
المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع  
من المعير فكان القول في المقدار والتعيين قوله لكن مع اليمين دفعا للتهمة  
(فصل) وأما صفة الحكم فهي ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لأنه ملك لا  
يقابله عوض فلا يكون لازما  
كالملك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها  
وقتا وعلى هذا إذا استعار من آخر  
أرضا ليبنى عليها أو ليغرس فيها ثم بدا للمالك ان يخرجها فله ذلك سواء كانت العارية

مطلقة أو موقته لما قلنا غير أنها ان

(٢١٦)

كانت مطلقة له ان يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء لان في الترك ضررا بالمعير لأنه لا نهاية له وإذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئا من قيمة الغرس والبناء لأنه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتا فأخرجه قبل الوقت بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الأبد وإن كانت موقته فأخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرجه ولا يجبر على النقض والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الأرض قيمة غرسه وبنائه قائما سليما وترك ذلك عليه لأنه لما وقت للعارية وقتا ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كفيلا عنه فيما يلزمه من العهدة إذ ضمان الغرور كفالة فكان له أن يرجع عليه بالضمان ويملك صاحب الأرض البناء والغرس بأداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك بأداء الضمان وان شاء أخذ غرسه وبنائه ولا شئ على صاحب الأرض ثم إنما يثبت خيار القلع والنقض للمستعير إذا لم يكن القلع أو النقض مضرا بالأرض فإن كان مضرا بها فالخيار للمالك لان الأرض أصل والبناء والغرس تابع لها فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الأصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقض هذا إذا استعار أرضا للغرس أو البناء فاما إذا استعار أرضا للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الأرض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك في يده إلى وقت الحصاد باجر المثل استحسانا في القياس أن يكون له ذلك كما في البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الامكان وذلك ممكن في الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لاشك فيه وجانب المالك بالترك إلى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن في الغرس والبناء لأنه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الأصل أولى وقالوا في باب الإجارة إذا نقضت المدة والزرع بقل لم يستحصد انه يترك في يد المستأجر إلى وقت الحصاد باجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر

بل يجبر على القلع  
(فصل) واما بيان حال المستعار فحاله انه امانة في يد المستعير في حال الاستعمال  
بالاجماع فاما في غير حال الاستعمال  
فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى  
الله عليه وسلم استعار من صفوان  
درعا يوم حنين فقال صفوان اغصبا يا محمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية  
مضمونة ولأن العين مضمونة الرد حال  
قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لأن العين اسم للصورة  
والمعنى وبالهلاك ان عجز عن  
رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لان قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في  
الغصب ولأنه قبض مال الغير  
لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من  
المستعير سبب وجوب الضمان فلا  
يجب عليه الضمان كالوديعة والإجارة وإنما قلنا ذلك لأن الضمان لا يجب على المرء  
بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهرا  
هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سببا لوجوب الضمان اما العقد فلانه عقد  
تبرع بالمنفعة تملكها أو إباحة على  
اختلاف الأصلين واما القبض فلو جهين أحدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح  
سببا لوجوب الضمان  
فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه  
وصيانتة عن الهلاك وهذا  
احسان في حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان  
وقال تبارك وتعالى ما على  
المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان فمع  
الاذن أولى الثاني ان القبض  
المأذون فيه لا يكون تعديا لأنه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الاعلى المتعدى قال الله  
تبارك وتعالى ولا عدوان الا على  
الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا إن وجب عليه رد العين  
حال قيامها لم يجب عليه رد  
القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هي الدراهم  
والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى  
لها صورة ومعنى غير العين الأولى فالعجز عن رد أحد العينين لم يوجب رد العين  
الأخرى وفي باب الغصب لا يجب عليه

ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لما علم وهنا لم  
يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

ثم نقول إنما وجب عليه ضمان الرد لأن العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا إذا هلكت في تلك الحالة ضمن وأما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان لما ذكرنا فمع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روى أنه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل إليه فأمنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حيننا فقال هل عندك شئ من السلاح فقال عارية أو غصبا فقال عليه الصلاة والسلام عارية فاعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا إحداهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع ما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد وبه نقول فلا يحتمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال العارية مؤداة (فصل) وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعار من الأمانة إلى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لأنه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولان حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير أوردتها بنفسه إلى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحسانا والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا إذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا إذا خالف الا أن في باب الوديعة إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم

وهنا لا يبرأ وقد تقدم الفرق كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد  
أذن له بذلك وجحد  
المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب  
لوجوب الضمان في الأصل  
فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم  
\* (كتاب الوقف والصدقة) \*

أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفيته وفي بيان شرائط الجواز  
وفي بيان حكم الوقف الجائز  
وما يتصل به (أما) الأول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في  
حق وجوب التصديق  
بالفرع ما دام الواقف حيا حتى أن من وقف داره أو أرضه يلزمه التصديق بغلة الدار  
والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر  
بالتصدق بالغلة ولا خلاف أيضا في جوازه في حق زوال ملك الرقبة إذا اتصل به قضاء  
القاضي أو اضافه إلى ما بعد  
الموت بأن قال إذا مت فقد جعلت داري أو أرضي وقفًا على كذا أو قال هو وقف في  
حياتي صدقة بعد وفاتي واختلفوا  
في جوازه مزيلا لملك الرقبة إذا لم توجد الإضافة إلى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم  
حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة  
لا يحوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته وإذا مات يصير ميراثا لورثته وقال أبو  
يوسف ومحمد وعامة العلماء رضى  
الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية عن أبي  
حنيفة لافرق بين ما إذا وقف في حالة  
الصحة وبين ما إذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعا إذا لم  
توجد الإضافة ولا حكم الحاكم وروى  
الطحاوي عنه انه إذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة  
الوصية بعد وفاته وأما عند هما  
فهو جائز في الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف إذا بنى رباطا أو خانانا للمجتازين أو  
سقاية للمسلمين أو جعل أرضه  
مقبرة لا تزول رقبة هذه الأشياء عن ملكه عند أبي حنيفة الا إذا اضافه إلى ما بعد  
الموت أو حكم به حاكم وعندهما



يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل دارة أو أرضه مسجدا يجوز وتزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وافرازه والاذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجدا وليس له أن يرجع عنه على ما ذكره (وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فإنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولان الوقف ليس الا إزالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصا فأشبهه الاعتاق وجعل الأرض أو الدار مسجدا أو الدليل عليه أنه يصح مضافا إلى ما بعد الموت فيصح منجزا وكذا لو اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير الجائز لا يحتمل الجواز لقضاء القاضي ولأبي حنيفة عليه الرحمة ما روى عن عبد الله بن عباس رضي الله انهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفيا شرعا وعن شريح أنه قال جاء محمد ببيع الحبس وهذا منه رواية عن النبي عليه الصلاة والسلام انه يجوز بيع الموقوف لان الحبس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول إذا الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوسا فيجوز بيعه وبه تبين ان الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الوقف (وأما) وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنما جاز لان المانع من وقوعه حبسا عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم لم يقع حبسا عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم انا معاصر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقاف الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتتمل

انها كانت قبل نزول سورة النساء  
فلم تقع حبسا عن فرائض الله تعالى وما كان بعد وفاته عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن  
ورثتهم أمضوها بالإجازة  
وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وإنما جاز مضافا إلى ما بعد الموت لأنه لما أضافه إلى ما  
بعد الموت فقد أخرجه منخرج  
الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق  
الوصية ألا ترى لو  
أوصى بثلث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يحوز وأما إذا حكم  
به حاكم فإنما جاز لان حكمه  
صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده إليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما إليه  
اجتهاده جائز كما في  
سائر المجتهدات  
(فصل) وأما شرائط الجواز فأنواع بعضها يرجع إلى الواقف وبعضها يرجع إلى نفس  
وبعضها يرجع  
الموقوف (أما) الذي يرجع إلى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح  
الوقف من الصبي والمجنون  
لان الوقف من التصرفات الضارة لكونه إزالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا  
من أهل التصرفات الضارة  
ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه  
العبد لأنه إزالة الملك والعبد ليس  
من أهل الملك وسواء كان مأذونا أو محجورا لان هذا ليس من باب التجارة ولا من  
ضرورات التجارة فلا يملكه  
المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرج الوقف من يده  
ويجعل له قيما ويسلمه إليه عند أبي  
حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي  
الله عنه وقف وكان يتولى أمر  
وقفه بنفسه وكان في يده وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه كان يفعل كذلك  
ولان هذا إزالة الملك لا إلى حد فلا  
يشترط فيه التسليم كالاعتاق واهما أن الوقف اخراج المال عن الملك على وجه  
الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر  
التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل انهما أخرجاه  
عن أيديهما وسلماه إلى  
المتولي بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيئا أو تصدق أولم يسلم إليه وقت

الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

(٢١٩)

ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيما ويسلمه إليه وفي المسجد أن يصلى فيه جماعة بأذان وإقامة باذنه كذا ذكر القاضي في شرح الطحاوي وذكر القدوري رحمه الله في شرحه إذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحد كان تسليما

ويزول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئا عند أبي يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا اخراج المال إلى الله تعالى وجعله خالصا له وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الاخلاص فيمنع جواز الوقف كما إذا جعل أرضه أو داره مسجدا وشرط من منافع ذلك لنفسه شيئا وكما لو أعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولأبي يوسف ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه وقف وشرط في وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلي أمر وقفه بنفسه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الواقف إذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه إلى ما هو أفضل منه يجوز لان شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى انه يباع باب المسجد إذا خلق وشجر الوقف إذا يبس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا عند أبي حنيفة ومحمد فإن لم يذكر ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمى جهة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وان لم يسمهم (وجه) قول أبي يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكر أو تسمية ولان قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وان لم يسمهم هو الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ولهما ان التأيد شرط جواز الوقف لما نذكر وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع إلى نفس الوقف فهو التأيد وهو أن يكون مؤبدا حتى لو وقت لم يجز لأنه إزالة الملك لا إلى حد فلا تحتمل التوقيت كالاعتاق وجعل الدار مسجدا

\* (فصل) \* وأما الذي يرجع إلى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصودا لما ذكرنا ان التأيد شرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبد لكونه

على شرف الهلاك فلا يجوز  
وقفه مقصودا الا إذا كان تبعا للعقار بأن وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبدة فيجوز  
كذا قاله أبو يوسف وجوازه  
تبعا لغيره لا يدل على جوازه مقصودا كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق انه لا يجوز  
مقصودا أو يجوز تبعا للأرض  
الدار وإن كان شيئا جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدوم لحفر القبور ووقف  
المرجل لتسخين الماء ووقف الجنابة  
وثيابها ولو وقف أشجارا قائمة فالقياس أن لا يجوز لأنه وقف المنقول وفي الاستحسان  
يجوز لتعامل الناس ذلك وما  
راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله  
تعالى عند أبي حنيفة لأنه  
منقول وما جرت العادة به وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ويجوز عندهما بيع ما هرم  
منهما أو صار بحال لا ينتفع به فيباع  
ويرد ثمنه في مثله كأنهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص وهو ما روى عن  
النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال  
أما خالد فقد احتبس أكرعا وأفراسا في سبيل الله تعالى ولا حجة لهما في الحديث  
لأنه ليس فيه انه وقف ذلك فاحتمل  
قوله حبسه أي أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي  
حنيفة (وأما) على قولهما  
فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من  
أصحاب أبي حنيفة (ومنها) أن  
يكون الموقوف مقسوما عند محمد فلا يجوز وقف المشاع وعند أبي يوسف هذا ليس  
بشرط ويجوز مقسوما كان أو  
مشاعا لان التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع يخل بالقبض والتسليم وعند أبي  
يوسف التسليم ليس بشرط أصلا  
فلا يكون الخلل فيه مانعا وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه ملك مائة سهم  
بخير فقال له رسول الله صلى الله عليه  
وسلم احبس أصلها فدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد رحمه  
الله يحتمل انه وقف مائة سهم قبل  
القسمة ويحتمل انه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على أنه ان ثبت أن  
الوقف كان قبل القسمة فيحمل انه  
وقفها شائعا ثم قسم وسلم وقد روى أنه فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعا  
ثم قسم وسلم

\* (فصل) \* وأما حكم الوقف الجائر وما يتصل به فالوقف إذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك فحكمه أن يزول

الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بغلته بالتصدق عليه لان الوقف حبس الأصل وتصدق بالفرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن والواجب أن يبدأ بصرف الفرع إلى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ما وهي من بنائه وسائر مؤناته التي لا بد منها سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لان الوقف صدقة جارية في سبيل الله تعالى ولا تجرى ولا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته ان نفقته على الموصى له بالخدمة لما كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيرا آجرها القاضي وعمرها بالأجرة لان استبقاء الوقف واجب ولا يبغى الا بالعمارة فإذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالإجارة كالعبد والدابة إذا امتنع صاحبها عن الانفاق عليها أنفق القاضي عليها بالإجارة كذا هذا وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج إليه وان استغنى عنه أمسكه إلى وقت الحاجة إلى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه إلى مستحقي الوقف لان حقهم في المنفعة والغلة لافى العين بل هي حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجدا فحرب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود إلى ملكه ويكون مسجدا أبدا عند أبي يوسف وعند محمد يعود إلى ملكه (وجه) قول محمد انه أزال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب إلى الله تعالى بمكان يصلى فيه الناس فإذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود إلى ملكه كما لو كفن ميتا ثم أكله سبع وبقي الكفن يعود إلى ملكه كذا هذا ولأبي يوسف انه لما جعله مسجدا فقد حرره وجعله خالصا لله تعالى على الاطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود إلى ملكه كالاعتاق بخلاف تكفين الميت لأنه ما حرر الكفن وإنما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكا له وقوله أزال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فان المجتازين يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهة القرية قد صحت بيقين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف دارا أو أرضا

على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز وعلى  
قول محمد لا يجوز بناء على أن  
المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثا بالخراب وعند محمد يصير ميراثا وقال أبو بكر  
الأعمش ينبغي أن يجوز بالاتفاق  
وقال أبو بكر الإسكاف ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق  
(فصل) وأما الصدقة إذا قال داري هذا في المساكين صدقة تصدق بثمانها وان تصدق  
بعينها جاز لان الناذر  
بالنذر يتقرب إلى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القربة يحصل بالتصدق بثمان الدار وبل  
أولى ولو تصدق بعين الدار جاز  
لأنه أدى المنصوص عليه ولو قال داري هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق  
بالسكنى والغلة عند أبي حنيفة لان  
المنذور به صدقة موقوفة والوقف حسب الأصل وتصدق بالفرع ولو قال مالي في  
المساكين صدقة تصدق بكل مال  
تجب فيه الزكاة استحسانا والقياس أن يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل  
(وجه) الاستحسان أن  
ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم إنجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى  
في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة  
ونحو ذلك تصرف إلى بعض الأموال دون الكل فكذا ايجاب العبد ولو قال ما أملكه  
فهو صدقة تصدق بجميع ماله  
ويقال له أمسك قد ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالا فإذا اكتسب مالا  
تصدقت بمثل ما أمسكت  
لنفسك لأنه أضاف الصدقة إلى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه  
يقال له أمسك قدر النفقة لأنه  
لو تصدق بالكل على غيره لاحتاج إلى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة  
والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول  
والله عز وجل أعلم  
\* (كتاب الدعوى) \*

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الدعوى وفي بيان شرائط الركن  
وفي بيان حد المدعى



والمدعى عليه وفي بيان حكم الدعوى وما يتصل به وفي بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفي بيان علائق اليمين وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفي بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لاغير وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لي على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأني عن حقه ونحو ذلك فإذا قال ذلك فقد تم الركن (فصل) وأما الشرائط المصححة للدعوى فأنواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لأنهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها أن يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالمجهول والعلم بالمدعى إنما يحصل بأحد أمرين أما الإشارة وأما التسمية وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما أن يكون عينا واما أن يكون دينا فإن كان عينا فلا يخلو اما إن كان محتملا للنقل أولم يكن محتملا للنقل فإن كان محتملا للنقل فلا بد من احضاره لتمكين الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الا إذا تعذر نقله كحجر الرحي ونحوه فان شاء القاضي استحضره وان شاء بعث إليه أمينا وان لم يكن محتملا للنقل وهو العقار فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لان العقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف في أنه لا يكتفي فيه بذكر حد واحد وكذا بذكر حدين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم نعم وقال زفر رضي الله عنه لاوهى مسألة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع المحدود وبلده ليصير معلوما هذا إذا كان المدعي عينا فإن كان دينا فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الأشياء ومنها ان يذكر المدعى في دعوى العقار انه في يد المدعى عليه لان الدعوى لا بد وأن تكون على خصم والمدعى عليه إنما يصير خصما إذا كان بيده فلا بد وان يذكر انه في يده ليصير خصما فإذا ذكر وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فإنه يحلف من غير الحاجة إلى إقامة البينة من المدعى

على أنه في يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه في يد هذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز أن يكون صاحب اليد غيره واصطلحا على ذلك فلو سمع القاضي بينته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنا متعذر لأنه لا قضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لا يخلوا ما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فالامر فيه ظاهر وان نكل فكذا لان القاضي لا يقضى بشئ وإنما يأمره بأن يخرج من الدار ويخلى بينها وبين المدعى ومنها ان يذكرانه يطالبه به لان حق الانسان إنما يجب ايفاؤه بطلبه ومنها أن يكون بلسانه عينا إذا لم يكن به عذر الا إذا رضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم في كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى الا بين يدي القاضي كما لا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة الاعلى خصم حاضر الا إذا التمس المدعى بذلك كتابا حكما لقضاء به فيجيبه القاضي إليه فيكتب إلى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعي رحمه الله انه ظهر صدق المدعى في دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء بينته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وإن كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب في خبره بالبينة فيظهر صدقه في دعواه كما إذا كان المدعى عليه حاضرا يحققه أن المدعى لا يخلوا ما أن يكون مقرا واما أن يكون منكرا فإن كان مقرا فكان المدعى صادقا في دعواه فلا حاجة إلى القضاء وإن كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهرة للحق فجاز (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسيدنا علي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين ما لم تسمع كلام الآخر

نهاه عليه الصلاة والسلام عن القضاء

(٢٢٢)

لاحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه  
قضاء لاحد الخصمين قبل سماع  
كلام الآخر فكان منهيًا عنه ولان القاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى  
جل شأنه يا داود ان جعلناك  
خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص  
اقض بين هذين قال أقضى  
وأنت حاضر بينا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن  
الثابت ولا ثبوت مع احتمال  
العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكما  
بالحق فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم  
بها أصلا الا انها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة  
الغيبة وقد خرج الجواب عن  
كلامه ثم إنما لا يحوز القضاء عندنا على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر فإن كان  
يجوز لأنه يكون قضاء على الحاضر  
حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصي والوارث ومن كان بينه وبين الغائب  
اتصال فيما وقع فيه الدعوى لان  
الوكيل والوصي نائبان عنه بصريح النيابة والوارث نائب عنه شرعا وحضرة النائب  
كحضرة المنوب عنه فلا يكون  
قضاء على الغائب معنى وكذا إذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه  
الدعوى بأن كان ذلك سببا لثبوت  
حق الغائب لان الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت  
حق الغائب فكان الكل حق  
الحاضر لان كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقا به فيكون قضاء على الحاضر  
حتى أن من ادعى على آخر انه  
أخوه ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لأنه دعوى على الغائب لأنه يريد اثبات  
نسبه من أب المدعى عليه وأمه  
وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لأنه لم توجد الإنابة ولاحق يقضى به على  
الوارث ليكون ثبوت النسب من  
الغائب من ضروراته تبعا له فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو نفقة عند  
الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته  
لأنه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته الا باثبات نسبه من  
الغائب فينصب خصما عن  
الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعا له ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال

لا يصح اقراره بخلاف ما لو ادعى  
على رجل انه أبوه أو ابنه انه يصح من غير دعوى المال الحاضر لأنه ليس فيه حمل  
نسب الغير على الغير فكان دعوى على  
الحاضر ألا ترى انه لو أقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالاخوة وعلى هذا تخرج  
المسائل الخمسة وتوابعها على  
ما نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا  
يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة  
وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فامر القاضي بدفعها  
إليه ثم ادعى انه كان اشتراها منه  
قبل ذلك لا تسمع دعواه لان اقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لأن  
الشراء يوجب الملك للمشتري فكان  
مناقضا للاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن اليمين فقضى عليه  
بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه  
منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار  
وروى عن أبي يوسف أنه  
تسمع دعواه وتقبل بينته هذا إذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما إذا ادعى  
انه اشتراه منه بعد ذلك  
تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لانعدام  
التناقض لاختلاف الزمان  
ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو مفصولا لأنه لم يسبق  
منه ما يناقض الدعوى بل سبق  
منه ما يقررها لان سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان  
اشتريته منه موصولا فالقياس  
أن لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولا لا تصح قياسا  
واستحسانا وجه القياس أن قوله هو  
لفلان اقرار منه بكونه ملكا لفلان في الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لأن الشراء  
يوجب كونه ملكا للمشتري فلا يصح  
كما إذا قال مفصولا وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه في  
متعارف الناس وعاداتهم انه  
كان لفلان فاشتريته منه قال الله عز وجل واذكروا إذ أنتم قليل مستضعفون في الأرض  
أي إذ كنتم قليلا إذ لم يكونوا  
قليلًا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيحا له ولإعادة جرت في المفصول  
فحمل على حقيقته وهو

بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا إذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعده  
تسمع دعواه لانعدام التناقض

(٢٢٣)

على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهما بثمن معلوم تسمع لأنه لما لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحا له هذا  
إذا قال هذا الشيء لفلان ولو يقل لا حق لي فيه فان قال لا حق لي فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله  
لاحق لي فيه لتأكيد البراءة الا إذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فتسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل دينا فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء قط فأقام المدعى البيينة وقضى القاضي بذلك ثم أقام المدعى عليه البيينة أنه كان قد قضاه إياه تسمع دعواه  
وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وإنما قضاه إياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا أعرفك  
فأقام المدعى البيينة وقضى القاضي بينته ثم أقام المدعى عليه البيينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله  
لا أعرفك يناقض دعوى القضاء لأن الظاهر أنه لا يقضى الا بعد معرفته إياه فكان في دعوى القضاء مناقضا فلا  
تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبدا بعينه والعبد في يد البائع فأنكر البائع البيع فأقام المشتري البيينة وقضى  
القاضي به ثم وجد به عيبا فأراد أن يرده على البائع فأقام البائع البيينة على أن المشتري كان أبرأه عن كل عيب لم تسمع دعواه  
ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى الابراء عن العيب لان الابراء يقتضى وجود البيع فكان مناقضا  
في دعوى الابراء فلا تسمع وعلى هذا مسائل والأصل في هذا الباب أنه إذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه  
يمنع صحة الدعوى الا في النسب والعتق فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال المجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو  
ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا مجهول النسب إذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الأصل تسمع دعواه حتى  
تقبل بينته لان بيان النسب مبنى على أمر خفى وهو العلوق منه إذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله  
غير معتبر كما إذ اختلعت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع وأقامت البيينة على ذلك  
تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها أن يكون المدعى مما يحتمل للشبوت لان  
دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد

مثله لمثله هذا ابني لا تسمع  
دعواه لاستحالة أن يكون الأكبر سنا ابنا لمن هو أصغر سنا منه وكذا إذا قال لمعروف  
النسب من الغير هذا ابني  
والله تعالى أعلم  
(فصل) وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلف عبارات المشايخ في تحديد  
هما قال بعضهم المدعى  
من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه وقال  
بعضهم المدعى من يلتمس قبل  
غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم  
ينظر إلى المتخاصمين أيهما كان  
منكرا فالآخر يكون مدعيا وقال بعضهم المدعى من يخبر عما في يد غيره لنفسه  
والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه  
لنفسه فينصلا بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره  
والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره  
(فصل) وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها وجوب الجواب على المدعى  
عليه لان قطع الخصومة  
والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضي الجواب  
قبل طلب المدعى ذكر في  
أدب القاضي انه يسأله وذكر في الزيادات أنه لا يسأله ما لم يقل المدعى أسأله عن  
دعوى وعلى هذا إذا تقدم الخصمان  
إلى القاضي هل يسأل المدعى عن دعواه في أدب القاضي انه يسأله وفي الزيادات أنه لا  
يسأله ويعرف ذلك في كتاب  
أدب القاضي وسيأتي وإذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقرأ وسكت أو  
أنكر فان أقر يؤمر بالدفع إلى  
المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فإن كان للمدعى بينة أقامها ولو قال لا بينة لي ثم  
جاء بالبينه هل تقبل روى  
الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول  
محمد أن قوله بينة لي اقرار على نفسه  
والانسان لا يتهم في اقراره على نفسه فالإتيان بالبينه بعد ذلك رجوع عما أقربه فلا  
يصح وجه رواية الحسن عن  
حنيفة ان من الجائز أن تكون له بينة لم يعملها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدي  
هؤلاء وهو لا يعلم به ثم على بعد ذلك بها  
فأمكن التوفيق فلا يكون الا بيان بالبينه بعد ذلك رجوعا فتقبل وان لم يكن له بينة



وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما

(٢٢٤)

يحتمل التحليف فان سكت عن الجواب يأتي حكمه إن شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه

(فصل) وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمرا خفيا فيحتاج إلى اظهاره وللبينة قوة الاظهار لأنها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لأنه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر واليمين وإن كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعة وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعى انه لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله احتج لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة إنما كانت حجة المدعى لكونها مرجحة جنسية الصديق على جنسية الكاذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البينة فكان ينبغي ان يكتفى بها الا انه ضم إليها الشهادة نفيا للتهمة (ولنا) الحديث المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لأنه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضى استغراق كل الجنس فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول

من قضى بهما معاوية رضي الله عنه  
وكذا ذكر ابن جريج عن عطاء بن أبي رباح أنه قال كان القضاء الأول ان لا يقبل الا  
شاهد ان وأول من قضى  
باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع ما انه ورد مورد الآحاد ومخالفا للمشهور  
فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد  
ويمين اما ليس فيه انه فيه قضى وقد روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين في  
الأمان وعندنا يجوز القضاء  
في بعض أحكام الأمان بشاهد واحد إذا كان عد لابان شهد انه أمن هذا الكافر تقبل  
شهادته حتى لا يقتل لكن  
يسترق واليمين من باب ما يحتاط فيه فحمل على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن  
التناقض وبهذا يتبين بطلان  
مذهب الشافعي رحمه الله في رده اليمين إلى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبي  
عليه الصلاة والسلام ما جعل  
اليمين حجة الا في جانب المدعى عليه فالرد إلى المدعى يكون وضع الشيء في غير  
موضعه وهذا حد الظلم وعلى هذا  
يخرج مسألة الخارج مع ذي اليد إذا أقام البينة أنه لا تقبل بينة ذي اليد لأنها جعلت  
حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدع  
بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقت بينته بالعدم فخلت بينة المدعى عن  
المعارض فيعمل بها وقد تخرج  
المسألة على أصل آخر نذكره في موضعه إن شاء الله وإذا عرفت ان البينة حجة  
المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من  
معرفة علائقهما وعلائق البينة قد مر ذكرها في كتاب الشهادات ونذكر هنا علائق  
ليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام  
في اليمين في مواضع في بيان ان اليمين واجبة وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان  
الوجوب وفي بيان كيفية الوجوب  
وفي بيان حكم أدائه وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب  
فالحديث المشهور وهو قوله عليه  
الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما  
شرائط الوجوب فأنواع منها الانكار  
لأنها وجبت للحاجة إلى دفع التهمة وهي تهمة الكذب في الانكار فإذا كان مقرا لا  
حاجة لان الانسان لا يهتم في  
الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة  
فهو السكوت عن جواب

المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار  
فلا بد من حمل السكوت على

(٢٢٥)

أحدهما والحمل على الإنكار أولى لأن العاقل المتدين لا يسكت عن الظهار الحق  
المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد  
يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الإنكار أولى  
فكان السكوت انكار ادلالة ولو لم  
يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف  
المشايع فيه قال بعضهم هذا انكار  
وقال بعضهم هذا اقرار والأول أشبه لان قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب  
والسكوت انكار على ما مر  
ومنها الطلب من المدعى لأنها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان  
قبل غيره واجب الايفاء عند طلبه  
ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لي  
بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف  
المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى  
كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه  
فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولأبي حنيفة ان البينة في كونها حجة المدعى  
كالأصل لكونها كلام غير الخصم  
واليمين كالخلف عليها لكونها كلام الخصم فلهذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف  
المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة  
على الأصل تمنع المصير إلى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل  
خالصا فلا يجوز الاستحلاف في  
الحدود الخالصة حقا لله عز وجل كحد الزنا والسرقه والشرب لان الاستحلاف لأجل  
النكول ولا يقضى بالنكول  
في الحدود الخالصة لأنه بذل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهه العدم  
والحدود لا تحتل البذل ولا  
ثبتت دليل فيه شبهه لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان في  
السرقه يحلف على أخذ المال وكذا  
لا يمين في اللعان لأنه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف ظاهر  
الرواية لأنه ليس من  
الحدود المتمحضة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فأشبهه التعزير وفي التعزير يحلف  
كذا هذا ويجرى  
الاستحلاف في القصاص في النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها أن  
يكون المدعى محتملا  
للاقرار به شرعا بأن كان لو أقر به لصح اقراره به فإن لم يكن لم يجر فيه الاستحلاف

حتى أن من ادعى على رجل انه أخوه ولم يدع في يده ميراثا فأنكر لا يحلف لأنه لو أقر له بالاخوة لم يجز اقراره لكونه اقرارا على غيره وهو أبوه ولو ادعى انه أخوه وان في يده مالا من بركة أبيه وهو مستحق لنصفه بإرثه من أبيه فأنكر يحلف لأجل الميراث لا للاخوة لأنه لو أقر أنه أخوه صح اقراره في حق الإرث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث إليه ولم يصح في حق النسب حتى لا يقضى بأنه أخوه وعلى هذا عبد في يد رجل ادعاه رجلان فأقر به لأحدهما وسلم القاضي العبد إليه فقال الآخر لا بينة لي وطلب من القاضي تحليف المقر لا يحلفه في عين العبد لأنه لو أقر به لكان اقراره باطلا فإذا أنكر لا يحلف الا أن يقول الذي لم يقر له انك أتلفت على العبد بالرارك به لغيري فاضمن قيمته لي يحلف المقر بالله تعالى ما عليه رد قيمة ذلك العبد على هذا المدعى ولا رد شئ منها لأنه لو أقر باتلافه لصح وضمن القيمة فإذا أنكر يستحلفه ولو ادعى رجل انه زوجه ابنته الصغيرة وأنكر الأب لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح اقراره به عنده فإذا أنكر لا يستحلف والثاني ان الاستحلاف لا يجرى في النكاح وعندهما مجرى لكن عند أبي يوسف يحلف على السبب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما ذكره في موضعه هذا إذا كانت صغيرة عند الدعوى فإن كانت كبيرة وادعى أن أباهما زوجها إياه في صغرها لا يحلف عند أبي حنيفة لما قلنا من الطريقين وعندهما لا يحلف أيضا لاحد طريقين وهوانه لو أقر عليها في الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لأنها لو أقرت لصح اقرارها وعندهما الاستحلاف يجرى فيه لكن عند أبي يوسف تحلف على السبب بالله عز وجل ما تعلم أن أباهما زوجها وهي صغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجها عبده فأنكر المولى لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح اقراره والثاني انه لا استحلاف في النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضا لكن لطريق واحد وهوانه لو أقر عليه لا يصح اقراره

ولو ادعى رجل على رجل انه زوجه أمتة لا يحلف المولى عند أبي حنيفة وعند هما  
يحلف لطريق واحد وهوان

(٢٢٦)

الاستحلاف لا يجرى في النكاح عنده وعندهما يجرى ومنها أن يكون المدعى مما  
يحتمل البذل عند أبي  
حنيفة مع كونه محتملا للاقرار وعند هما أن يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتمل  
البذل أولا وعلى هذا يخرج  
اختلافهم في الأشياء السبعة انها لا يجرى فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي النكاح  
والرجعة والفئى الايلاء  
والنسب والرق والولاء والاستيلاء أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة انها امرأته  
أو تدعى امرأة على رجل  
انه زوجها ولا بينة للمدعى وطلب يمين المنكر وأما الرجعة فهو أن يقول الزوج  
للمطلقة بعد انقضاء عدتها قد كنت  
راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن إقامة البينة فطلب يمينها وأما الفئى في الايلاء  
فهو أن يكون الرجل آلى من  
امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت فئت إليك بالجماع فلم تبيني فقالت لم تفئ  
إلى ولا بينة للزوج فطلب يمينها  
وأما النسب فنحو ان يدعى على رجل انه أبوه أو ابنه فأنكر الرجل ولا بينة له وطلب  
يمينه وأما الرق فهو ان يدعى  
على رجل انه عبده فأنكر وقال إنه حر الأصل لم يجر عليه رق أبد أولا بينة للمدعى  
فطلب يمينه وأما الولاء فإنه يدعى  
على امرأة انه أعتق أباه وان أباه مات وولاه بينهما نصفان فأنكرت أن يكون أعتقه  
وأن يكون ولاؤه ثابتا منه ولا  
بينة للمدعى فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاء فهو ان تدعى أمة  
على مولاه فتقول أنا أم ولد  
لمولاي وهذا ولدى فأنكر المولى لا يجرى الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند  
أبي حنيفة وعندهما يجرى  
والدعوى من الجانبين تتصور في الفصول الستة وفي الاستيلاء لا يتصور الا من جانب  
واحد وهو جانب الأمة فاما  
جانب المولى فلا تتصور الدعوى لأنه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما  
ذكرنا ان النكول بذل عنه وهذه  
الأشياء لا تحتمل البذل وعند هما اقرار فيه شبهة وهذه الأشياء تثبت بدليل فيه شبهة  
وجه قولهما ان نكول  
المدعى عليه دليل كونه كاذبا في إنكاره لأنه لو كان صادقا لما امتنع من اليمين  
الصادقة فكان النكول اقرار دلالة الا  
انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الأشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى



انها تثبت بالشهادة على  
الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولأبي حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتكم البذل  
لان العاقل الدين  
كما يتخرج عن اليمين الكاذبة يتخرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان  
حملة على البذل أولى لأننا لو  
جعلنا اقرارا لكذبناه لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلا لم نكذبه لأنه يصير في التقدير  
كأنه قال ليس هذالك  
ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة إلى التكذيب وإذا  
ثبت ان النكول بذل وهذه  
الأشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لأنه إنما يستحلف  
المدعى لينكل المدعى عليه  
فيقضى عليه فإذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف  
(فصل) وأما بيان كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) في بيان صفة  
التحليف نفسه انه كيف يحلف  
والثاني في بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الأول) فالامر لا يخلو اما  
إن كان الحالف مسلما واما ان كافرا  
فإن كان مسلما فيحلفه القاضي بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روى أن رسول  
الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن  
ركانة أو ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردت بالبتة ثلاثا وان شاء غلظ لان  
الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة قانه  
روى رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ان سوريا الأعور وغلظ فقال عليه الصلاة  
والسلام الذي أنزل التوراة على  
سيد ناموسي عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا في كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر إلى  
حال الا حلف إن كان ممن لا يخاف  
منه الاجترأ على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وإن  
كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان  
من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذبا فإذا غلظ عليه اليمين يمتنع وقال  
بعضهم إن كان المال المدعى يسيرا  
يكتفى فيه بالله عز وجل وإن كان كثيرا يغلظ وصفة التغليظ أن يقول والله الذي لا إله  
إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن  
الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما يعد تغليظا في اليمين  
وإن كان الحالف كافرا فإنه يحلف بالله عز  
وجل أيضا ذميا كان أو مشركا لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى

جل شأنه ولئن سألتهم من

(۲۲۷)

خلق السماوات والأرض ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة  
الإله إلا الدهرية والزناقة  
وأهل الإباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحلتهم في عصر من الاعصار إلى  
يومنا هذا ونرجو من فضل الله  
عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما انتحلوه إلى  
انقضاء الدنيا وان رأى القاضي ما  
يكون تغليظا في دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن  
صوريا دل ان كل ذلك سائغ فيغلظ  
على اليهودي بالله تعالى عز وجل الذي أنزل التوراة على سيد ناموسي عليه الصلاة  
والسلام وعلى النصراني بالله الذي  
أنزل الإنجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسي بالله الذي خلق  
النار ولا يحلف على الإشارة  
إلى مصحف معين بأن يقول بالله الذي أنزل هذا الإنجيل أو هذه التوراة لأنه قد ثبت  
تحريف بعضها فلا يؤمن أن تقع  
الإشارة إلى المحرف فيكون التحليف به تعظيما لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث  
هؤلاء إلى بيوت عبادتهم من  
البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين  
على المسلم بزمان ولا مكان عندنا  
وقال الشافعي رحمه الله إن كان بالمدينة يحلف عند المنبر وإن كان بمكة يحلف عند  
الميزاب ويحلف بعد العصر  
والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة  
على المدعى واليمين على المدعى  
عليه مطلقا عن الزمان والمكان وروى أنه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار إلى  
مروان بن الحكم فقضى على زيد  
ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيدا حلف له مكاني فقال له مروان لا والله الا عند  
مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان  
حقه لحق وأبى ان يحلف عند المنبر لجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لا  
زمان لما احتمل ان يأباه زيد بن ثابت  
ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى  
الإشراك في التعظيم والله عز وجل  
أعلم (وأما) بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف فنقول الدعوى لا تخلو اما  
إن كانت مطلقة عن سبب واما إن كانت  
مقيدة بسبب فإن كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبدا أو جارية أو أرضا وأنكر

المدعى عليه فلا خلاف في أنه يحلف على الحكم وهو ما وقع عليه الدعوى فيقال بالله ما هذا العبد أو جارية أو الأرض لفلان هذا ولا شيء منه وإن كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفا أو غصبه ألفا أو أودعه ألفا وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في أنه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه ألفا أو ما غصبته ألفا أو ما أودعني ألفا الا ان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغضب وقد يودع ولا يكون عليه لما انه أبرأه عن ذلك أورد الوديعه وأنا لا أبين ذلك لثلا يلزمني شيء فحينئذ يحلف على الحكم وقال محمد يحلف على الحكم من الابتداء بالله ماله عليك هذه الألف التي ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب تحليف على مالا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالا براء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على نفى السبب ويمكنه الحلف على نفى الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبي يوسف ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفي باب القسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلا فيحب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل تحت الدعوى في هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عليه وان لم يمكنه وعرض فحينئذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء إذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشيء الا ان يعرض الخصم والتعريض في هذا أن يقول قد يبيع الرجل الشيء ثم يعود إليه بهبة أو فسخ أو إقالة أو يبيع أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لا أبين ذلك كي يلزمني شيء فحينئذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذي يدعى وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثا أو خالعا على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثا أو ما خالعا الا ان يعرض

الزوج فيقول الانسان قد يخالع

(٢٢٨)

امرأته ثم تعود إليه وقد يطلقها ثلاثا ثم تعود إليه بعد زوج آخر فحينئذ يحلف بالله عز وجل ما هي حرام عليك بثلاث تطليقات أو بالله عز وجل ما هي مطلقة منك ثلاثا أو ما هي حرام عليك بالخلع أما هي بائن منك ونحو ذلك من العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الأمة بان ادعت أمة على مولاهما انه أعتقها وهو منكر عند أبي يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما أعتقها الا ان يعرض لأنه يتصور النقص في هذا والعود إليه بان ارتدت المرأة ولحقت بدر الحرب ثم سبها أو سبها غيره فاشتراها فحينئذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذي يدعى العتق هو العقد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما أعتقه في الرق القائم للحال في ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلما أو كان كافرا يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود إلى الرق لان الذمي إذا نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبى يسترق بخلاف المسلم فإنه يجبر على الاسلام ويقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تفريع على قولهما لان أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو اما أن تكون من الرجل أو من المرأة فإن كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فحينئذ يحلف على الحكم بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبي حنيفة لو قال الزوج أنا أريد أتزوج أختها أو أربعا سواها قان القاضي لا يمكنه من ذلك لأنه اقرار لهذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربعا سواها وإن كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فأنكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا أن يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لو قالت المرأة اني أريد ان أتزوج فان القاضي لا يمكنها من ذلك لأنها قد أقرت ان لها زوجا فلا يمكنها من التزويج بزواج آخر فان قالت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت في عهدته أبد الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة فإنه يقول القاضي للزوج

طلقها فان أبى أجبره القاضي عليه فان قال الزوج لو طلقته للزمني المهر فلا أفعل ذلك يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتي فأنت طالق فتطلق لو كانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شئ لان المهر لا يلزم بالشك فان أبى يجبره على ذلك فإذا فعل تخلص عن تلك العهدة لو كانت الدعوى على إجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا إذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان صحيحا وهو الإجارة يحلف وما كان فاسدا وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلا لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وانه وجبت الدية فأنكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت الا إذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وإنما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداء أو تجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذكر إن شاء الله تعالى

(فصل) وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقا بل موقتا إلى غاية احضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لأنه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية إقامة البينة والجامع أن حقه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هي الأصل في الحجة لأنها كلام الأجنبي قاما اليمين فكالخلف عن البينة لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف فكأنه لم يوجد أصلا ولو قال المدعى للمدعى عليه احلف وأنت برئ من هذا الحق الذي ادعيتته أو أنت برئ من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بينته لان قوله أنت برئ يحتمل البراءة للحال أي برئ عن دعواه وخصومته

للحال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى  
أعلم

(٢٢٩)



(فصل) واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه إذا نكل عن اليمين فإن كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغي للقاضي أن يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات قان حلفت والا قضيت عليك لجواز أن يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضي لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاء ومهابة المجلس في المرة الأولى فكان الاحتياط أن يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضي يقضى عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين إلى المدعى فيحلف فيأخذ احتج الشافعي رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كذبا في الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا في الانكار تورعا عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن يرد اليمين إلى المدعى ليحلف فيقضى له لأنه ترجح جنبه الصديق دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين إلى المدعى فإنه روى أن سيدنا عثمان رضي الله عنه ادعى على المقداد ما لا بين يدي سيدنا عمر رضي الله عنه فأنكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روى أن شريحا قضى على رجل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقال شريح مضى قضائي وكان لا تخفى قضاياها على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا منهم على جواز القضاء بالنكول ولأنه ظهر صدق المدعى في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو أقام البينة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصديق في خبره انكاره المدعى عليه وقد عارضه النكول لأنه كان صادقا في إنكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه في دعواه وقوله يحتمل انه نكل تورعا عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر أن الانسان لا يرضى بفوات حقه تحرزا عن

مباشرة أمر مشروع ومثل هذا  
الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البينة حجة القضاء بالاجماع وإن كانت  
محتملة في الجملة لأنها خبر من ليس  
بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا  
هذا وأما الحديث فنقول  
البينة حجة المدعى وهذا لا ينقى أن يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا  
يحتمل أنه لم يذكره لما قلتم ويحتمل انه لم  
يذكره نصا مع كونه حجة تسليطا للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأي  
والاستنباط فلا يكون حجة مع  
الاحتمال وأما رد اليمين على المدعى فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث  
المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد  
من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن أقاويل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم  
تأويله ان المقداد رضي الله عنه  
ادعى الايفاء فأنكر سيدنا عثمان رضي الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول  
هذا إذا نكل عن اليمين في دعوى  
المال فإن كان النكول في دعوى القصاص فنقول لا يخلو اما أن تكون الدعوى في  
القصاص في النفس واما أن تكون تكون  
فيما دون النفس فإن كان في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا  
بالمال لكنه يحبس حتى يقر أو يحلف  
أبدا وإن كان الدعوى في القصاص في الطرف فإنه يقضى بالقصاص في العمل وبالدية  
في الخطأ وعندهما لا يقضى  
بالقصاص في النفس والطرف جميعا ولكن يقضى بالأرش والدية فيهما جميعا بناء على  
أن النكول بذل عند أبي حنيفة  
رحمه الله والطرف يحتمل البذل والإباحة في الجملة فان من وقعت في يده آكلة  
والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له  
قطعها صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك مسلك الأموال لأنه خلق وقاية للنفس  
كالمال فاما النفس فلا تحتل  
البذل والإباحة بحال وكذا المباح له القطع إذا قطع لا ضمان عليه والمباح له القتل إذا  
قبل يضمن فكان الطرف جاريا  
مجري المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول فأمكن القضاء بالنكول في الطرف  
دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف في النفس  
عنده كما لا يستحلف في الأشياء السبعة لان الاستحلاف للتوسل إلى المقصود  
المدعى وهو احياء حقه بالقضاء

بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلا عنده فكان ينبغي ان لا يستحلف الا انه  
استحسن في الاستحلاف فيها لان

(٢٣٠)

الشرع ورد به في القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيما لأمر الدم وتفخيما  
لشأنه لكون اليمين الكاذبة مهلكة  
فصار بالنكول مانعا حقا مستحقا عليه مقصودا فيحبس حتى يقر أو يحلف بخلاف  
الأشياء السبعة فان الاستحلاف  
فيها للتوسل إلى استيفاء المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة إلى هذا المقصود وعند  
هما النكول اقرار فيه شبهة العدم  
لأنه اقرار بطريق السكوت وانه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات وإذا سقط القصاص  
للشبهة يجب المال بخلاف  
شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل في باب القصاص أصلا  
لأن التعذر هناك من جهة من له  
القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهرة للحق وهي شهادة شهود أصول مذكور  
والتعذر هنا من جهة من عليه القصاص  
وهو عدم التنصيص على الاقرار والأصل ان القصاص إذا بطل من جهة من له القصاص  
لا تجب الدية وإذا بطل من  
جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة إذا حلف على المال ونكل يقضى  
بالمال لا بالقطع لان النكول حجة في  
الأموال دون الحدود الخالصة وأما في حد القذف إذا استحلف على ظاهر الرواية فكل  
يقضى بالحد في ظاهر الأقاويل  
لأنه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم  
هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه  
بشئ ولا يحلف لأنه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة  
يحلف ويقضى بالمال دون القطع  
والله سبحانه وتعالى أعلم  
(فصل) وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما  
للمدعى فنقول وبالله بالتوفيق  
انه يخرج عن كونه خصما للمدعى بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبينة أو  
بالاقرار أو بعلم القاضي نحو ما إذا ادعى  
على رجل دارا أو ثوبا أو دابة فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أودعنيه وجملة  
الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما  
أن يدعى عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعى عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا  
ولم يدع عليه فعلا فقال الذي في  
يده أودعنيها فلان الغائب أو رهنها أو آجرها أو أعارها أو غصبتها أو سرقها أو أخذتها  
أو انتزعتها أو ضلت منه فوجدتها

وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقام البينة أولم يقيم وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام البينة أولم يقيم هذا إذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتتيال فإن كان تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضا وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسألة المعروفة بالمخمسة والحجج تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد بأن قال هذا ملكي غصبه مني فلان لأنه لم يدع على ذي اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلاف الذي ذكرنا فاما إذا ادعى فعلا على ذي اليد بان قال هذه داري أو دابتي أو ثوبي أو دعتكها أو غصبتنيها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتهنتها مني وقال الذي في يديه انها لفلان الغائب أو دعيها منه ونحو ذلك وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق ان ذا اليد في دعوى الملك المطلق إنما يكون خصما بيده ألا ترى انه لو لم يكن المدعى في يده لم يكن خصما فإذا قام البينة على أن اليد لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فإنما يكون خصما بفعله لا بيده ألا ترى أن الخصومة متوجهة عليه بدون يده وإذا كان خصما بفعله بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقي خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله بان قال غصبت مني أو أخذت فأقام ذو اليد البينة على الايداع تندفع الخصومة لأنه ادعى الفعل على على مجهول وانه باطل فالتحق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لأنه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالقياس ان تندفع الخصومة كما في الغصب والاخذ وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فرقا بين الغصب والاخذ وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ووجه الفرق يعرف في الجامع ولو قال المدعى هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه وقال الذي في يده أو دعني فلان الذي ادعيت الشراء من جهته أو سرقتها منه أو غصبتها تندفع عنه الخصومة من غير إقامة البينة على ذلك لأنه ثبت كون يده يد غير بتصادقهما أما المدعى عليه فظاهر وأما المدعى فبدعواه الشراء منه

لأن الشراء منه لا يصح بدون

(٢٣١)

اليد وكذا لو أقام الذي في يديه البينة على اقرار المدعى بذلك لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة كذا هذا وكذلك إذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه حجة متعدية إلى الناس كافة بمنزلة البينة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعى فبعلم القاضي أولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان الغائب لا تندفع الخصومة لأنه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا مقر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعى البينة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه أودعني عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بينة لأنهما تصادقا على الوصول إليه من يد عبد الله فأثبتا اليد له وهو غائب وعلى هذا الأصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم (فصل) وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين القائميتين على أصل الملك والثاني في بيان حكم تعارض البينتين القائميتين على قدر الملك أما الأول فالأصل ان البينتين إذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح أحدا هما على الأخرى يعمل بالراجح لان البينة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحقا بالعدم إذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ان الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب (أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذي اليد واما أن تكون من الخارجين على ذي اليد (واما) أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فإن كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما

البينة فلا يخلو اما ان قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك مؤقت واما ان قامت أحدهما على ملك مطلق والأخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو اما إن كانت بسبب واما إن كانت بغير سبب فان قامت على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد أولى (وجه) قوله إن البينتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بينة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل بيئته في دعوى النكاح (ولنا) ان البينة حجة المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وذو اليه ليس بمدع فلا تكون البينة حجته والدليل على أنه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعى انه اسم لمن يخبر عما في يده غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لأنه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بيئته بالعدم فبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بينة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما إذا وقتت البينتان نصا ووقتت بينة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سبق اليد لأنهم شهد واله بالملك المطلق ولا تحل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فإذا شهد والخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد ذي اليد ظاهرا ثابت للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة وإذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى بيئته لأنه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم أنها انتقلت من يده إليه فوجب إعادة يده ورد المال إليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة انه بأي طريق انتقل إليه كما إذا عاين القاضي كون المال في يد انسان ويدعيه لنفسه ثم رآه في يد غيره فإنه يأمره بالرد إليه إذا ادعاه ذلك الرجل إلى أن يبين سببا صالحا للانتقال إليه وكذا إذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعى فإنه يؤمر بالرد إليه إلى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال إليه كذلك هذا وصار كما إذا ارخا نصا وتاريخ أحدهما أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى



بـخـلاـف النـتـاـج لان هـنـاك لـم يـثـبـت

(٢٣٢)

سبق الخارج لانعدام تصور السبق والتأخير فيه لان النتاج مما لا يحتمل التكرار فيطلب  
الترجيح من وجه آخر  
فتترجح بينة صاحب اليد باليد وهنا بخلافه هذا إذا قامت البيتان على ملك مطلق عن  
الوقت من غير سبب فأما إذا  
قامتا ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى للخارج لأنه بطل اعتبار  
الوقتتين للتعارض فبقي  
دعوى ملك مطلق وإن كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للاسبق وقتاً أيهما كان في  
قول أبي حنيفة وأبي  
يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى وروى ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا القول  
عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل  
من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا في النتاج والصحيح جواب ظاهر الرواية لان  
بينة صاحب الوقت الأسبق  
أظهرت الملك له في وقت لا ينازعه في أحد فيدفع المدعى إلى أن يثبت بالدليل سببا  
للانتقال عنه إلى غيره وان أقامت  
إحدهما على ملك مطلق والأخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عند  
هما ويقضى للخارج وعند أبي  
يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان وروى عن أبي حنيفة رحمه الله مثله (وجه)  
قول أبي يوسف أن بينة  
صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعى الملك  
المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة  
وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك ولهذا لو  
ادعى كل واحد من الخارجين على  
ثالث وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقتت بينة أحدهما  
وأطلقت الأخرى انه يقضى  
لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتل السبق والتأخير لان الملك المطلق  
يحتمل التأخير والسبق لجواز أن  
صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك  
الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقي  
دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين إذا ادعى الشراء من رجل واحد  
لان البائع إذا كان واحداً  
فقد اتفقا على تلقي الملك منه ببيعه وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب  
الوقت أسبق ولا تاريخ مع  
الاخر وشراؤه أمر حادث ولا نعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا إذا قامت

البينتان من الخارج وذي اليد  
على ملك مطلق أو مؤقت من غير سبب فأما إذا كان في دعوى ذلك بسبب فإن كان  
السبب هو الإرث فكذلك  
الجواب حتى لو قامت البينتان على ملك مطلق بسبب الإرث بأن أقام كل واحد منهما  
البينة على أنه ملكه مات أبوه  
وتركه ميراثا له يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامت  
على ملك مؤقت واستوى الوقتان  
لأنه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقي دعوى مطلق الملك وإن كان أحدهما أسبق من  
الآخر يقضى لأسبقهما  
وقتا أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الأول وفي قول محمد الآخر  
يقضى للخارج لان دعوى الإرث  
دعوى ملك الميت فكل واحدة من البينتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام  
الميت في ملك الميت فكان  
الوارثين ادعيا ملكا مطلقا أو مؤقتا من غير سبب وهناك الجواب هكذا في الفصول  
كلها من الاتفاق والاختلاف الا  
في فصل واحد وهو ما إذا قامت احدى البينتين على ملك مطلق والأخرى على ملك  
موقت فان هنا يقضى للخارج  
بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له في دعوى المورثين وهذا على أصل أبي حنيفة  
ومحمد يطرد على أصل أبي  
يوسف فيشكل وإن كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من  
صاحب اليد بألف درهم  
ونقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراها من الخارج ونقده الثمن وأقام كل واحد  
منهما البينة على ذلك فان أقاما  
البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البينتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف  
ولا يجب لواحد منهما على  
صاحبه شئ ويترك المدعى في يد في يد ذي اليد وعند محمد يقضى بالبينتين ويؤمر  
بتسليم المدعى إلى الخارج (وجه) قول  
محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البينتين  
بتصحيح العقدين بأن يجعل كان  
صاحب اليد اشتراه أولا من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم  
يقبضه حتى باعه من صاحب اليد  
فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ وقبض وفي هذا التقدير بصحيح العقدين  
فوجب القول به ولا وجه

للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولاً من صاحب اليد ولم  
يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

(٢٣٣)

في هذا التقدير افساد العقد الأخير لأنه بيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذي قلنا وإذا صح العقد ان يبقى المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم إلى الخارج (وجه) قول أبي يوسف وأبي حنيفة ان كل مشتري يكون مقرا بكون البيع ملكا للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما اقرار بملك المبيع لصاحبه فكان البيتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبينتين أصلا وان وقت البيتان ووقت الخارج أسبق فإذا لم يذكر واقبضا يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد وإذا لم يجز بقي على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكر والقبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان (وأما) إذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضا يقضى بها للخارج لأنه إذا كان وقته يجعل سابقا في الشراء كأنه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع إليه وكذلك ان ذكروا قبضا لأنه يقدر كأنه اشترى من صاحب اليد أولا وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت إلى يد صاحب اليد بوجه آخر وإن كان السبب هو النتاج وهو الولادة في الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البيتان على النتاج واما ان قامت إحدهما على النتاج والأخرى على الملك المطلق فان قامت البيتان على النتاج فلا يخلو اما إن كانت البيتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتا قان لم يوقتا وقتا يقضى لصاحب اليد لان البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك وقد استوت البيتان في اظهار الأولية فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضى بينته وقد روى عن جابر رضي الله عنه أن رجلا ادعى

بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة في يد رجل وأقام البينة عليه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تنهاتر البيتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فإنه نص على لفظة القضاء والترك في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذا في الحديث الذي روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد دل ان ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق عن النتاج فيبينة النتاج أولى لما قلنا إنها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلقي منه وأما ان وقت البيتان فان اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقي دعوى الملك المطلق وان اختلفا بحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذي وافقه السن لأنه ظهر أن البينة الأخرى كاذبة بيقين هذا إذا علم منها فأما إذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لأنه يحتمل أن يكون سنهما موافقا لهذا الوقت ويحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت ويحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا فيسقط اعتبارهما كأنهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر الرواية لأنه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البيتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تنهاتر البيتان قال وهو الصحيح (ووجهه) أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البيتين فالتحقنا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البيتين أصلا ورأسا وكذلك لو اختلفا في جارية فقال الخارج انها ولدت في ملكي من أمتي هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعزى وأقام كل واحد

منهما بينة انه له جزه في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام  
كل واحد منهما البينة انه له عزله

(٢٣٤)

من قطن هوله يقضى لصاحب اليد والأصل أو المنازعة إذا وقعت في سبب ملك لا  
يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج  
فيقضى لصاحب اليد فإذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى النتاج  
ويقضى للخارج وان أشكل  
الامر في الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا إذا اختلفا في  
اللبن فأقام كل واحد منهما البينة  
انه له حلب في يده وفي ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب  
مرتين فكان في معنى النتاج  
وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى  
لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا  
وكذلك لو اختلفا في جبن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه في ملكه يقضى  
لصاحب اليد لان اللبن الواحد  
لا يحتمل أن يصنع جبنا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا في الأرض والنخل وادعى  
كل واحد منهما انه أرضه  
غرس النخل فيها يقضى بها للخارج لان هذا ليس في معنى النتاج لان النتاج سبب  
لملك الولد والغرس ليس بسبب  
لملك الأرض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى النتاج وكذلك لو  
اختلفا في الحبوب النابتة والقطن  
الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرعه في أرضه فإنه يقضى بالأرض والحب والقطن  
للخارج وكذلك لو اختلفا في  
البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا في حل مصوغ ادعى  
كل واحد منهما انه صاغه في  
ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن في معنى النتاج ولو اختلفا  
في ثوب خز أو شعر وأقام كل  
واحد منهما البينة انه له نسجه في ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضى  
لصاحب اليد لأنه بمنزلة النتاج  
وان علم أنه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا إن كان مشكلا وكذلك لو اختلفا في  
سيف مطبوع وادعى كل واحد  
منهما انه طبع في ملكه يرجع في هذا إلى أهل العلم بذلك ولو اختلفا في جارية وأقام  
كل واحد منهما البينة أن أمها أمته  
وانها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج  
بل هو دعوى الملك المطلق  
وهو ملك الام والبينة بينة الخارج في الملك المطلق فيقضى بالأم للخارج ثم يملك



الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا في الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان إحداهما بيضاء والأخرى سوداء وهما في يد رجل فأقام الخارج البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بينة الخارج قامت على النتائج في البيضاء وبينه ذي اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة النتائج أولى كذا بينة ذي اليد قامت على النتائج في السوداء وبينه الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبينة النتائج أولى ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه الجبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه الجبن في ملكه فيقضى للخارج لان البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبينة الخارج أولى في دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبدا في يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه وأقام ذو اليد البينة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد في ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة في ملك بائعه بمنزلة دعوى من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد في ملك المورث والواهب والموصى فإنه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارج مع ذي اليد كل واحد منهما النتائج فقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتائج وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على النتائج فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الأول لا يكون قضاء على المدعى الثاني فلم يكن الثاني مقضيا عليه فتسمع البينة منه فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضا بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وإن كانت بينة النتائج توجب الملك بصفة الأولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا

يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

(٢٣٥)

حق العبد لقدر على ابطاله كالرق وإذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حقوقه  
خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم  
عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل  
لاستوائهم في العبودية كالورثة  
لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم  
مقام الكل لاستوائهم في الخلافة  
بخلاف الملك فإنه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا  
بالإنابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه  
شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء  
من ذلك فالقضاء على غيره يكون  
قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود  
ان هذه الحنطة من زرع حصد  
من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذها لأنه يحتمل أن يكون البذر  
لغيره وملك الزرع يتبع ملك  
البذر لاملك الأرض ألا ترى ان الأرض المغصوبة إذا زرعها الغاصب من بذر نفسه  
كانت الحنطة له لو شهدوا  
ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة  
والتمر يتبع ملك الزرع والنخل  
ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لأنهم لو شهدوا انه حصد من  
أرضه لم يقض له فهذا  
أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف خلاب شاته وصوف شاته لم يقض له  
لجواز أن تكون الشاة له وحلابها  
وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك  
فاما دعوى الخارجين على ذي  
اليد الملك فنقول لا تخلو في الأصل من أحد وجهين اما ان يدعى كل واحد منهما  
قدر مال يدعى الآخر واما  
ان يدعى أكثر مما يدعى الآخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فهو  
على التفصيل الذي ذكرنا  
أيضا وهوان البينتين اما ان قامت على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك  
موقت واما ان قامت إحداهما  
على ملك مطلق والأخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت  
البينتان على ملك مطلق من  
غير سبب فإنه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعي رحمه الله قولان

في قول تنهاتر البينتان ويترك  
المدعى في يد صاحب اليد وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما  
وجه قول الشافعي رحمه الله  
ان العمل بالبينتين متعذر لنتاف بين موجبهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة  
لاثنين على الكمال في زمان واحد  
فيبطلان جميعا إذ ليس العمل بإحدهما أولى من العمل بالأخرى لاستوائهما في القوة  
أو ترجح إحدهما بالقرعة  
لورود الشرع بالقرعة في الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليلين  
واجب بالقدر الممكن فان أمكن  
العمل بهما من كل وجه يعمل من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه  
يعمل بهما من وجه كما في  
سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد والأقيسة  
الشرعية إذا تعارضت وهنا  
ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك في كل المحل أمكن العمل بهما باظهار الملك  
في النصف فيقضى لكل واحد منهما  
بالنصف ولو قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب  
لأنه إذا لم يثبت سبق  
أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحقق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق وإن  
كان وقت أحدهما أسبق  
من الآخر فالأسبق أولى بالاجماع ولا يجيء هنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة من  
الخارج مسموعة بلا  
خلاف والبينتان قامتتا من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح إحدهما بالتاريخ لأنها  
أثبتت الملك في وقت  
لا تعارضها فيه الأخرى فيؤمر بالدفع إليه إلى أن يقوم الدليل على أنه بأي طريق انتقل  
إليه الملك وان أرخت  
إحدهما وأطلقت الأخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبي حنيفة ولا عبرة  
للتاريخ وعند أبي يوسف  
يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة  
القائمة على الملك المطلق  
أقوى لان الملك المطلق ملكه من الأصل حكما ألا ترى انه يظهر في الزوائد وتستحق  
به الأولاد والاكساب وهذا  
حكم ظهور الملك من الأصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القائمة  
عليه أقوى فكان القضاء بها أولى

(وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ما ذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ

بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض فكان صاحب التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضا ان الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقا ويحتمل أن يكون متأخرا لاحتمال أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ فبقي دعوى الملك المطلق هذا إذا قامت البيئتان من الخارجين على ذي اليد على الملك من غير سبب فإن كان ذلك بسبب فنقول لا يخلو اما ان ادعى الملك بسبب واحد من الإرث أو الشراء أو النتاج ونحوها واما ان ادعياه بسببين فان ادعى الملك بسبب واحد فإن كان السبب هو الإرث فإن لم توقت البيئتان فهو بينهما نصفان اما ذكرنا ان الملك الموروث هو ملك الميت بعد موته وانه وإنما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجهز من التركة ويقضى منها ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضر أو ادعى ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فإن كان وقتهما واحدا فكذلك لما مرو إن كان أحد الوقتين أسبق يقضى لم هو أسبق وقتا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن الموروث ملك الميت والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخا لملك الوارث فسقط التاريخ لملكه والتحق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما إذا أرخا ملك الميتين فيقضى لأسبقهما تاريخا ذكره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث بإقامة البينة يظهر الملك للمورث لا لنفسه فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقضى لأسبقهما وقتا لاثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الاخر كذا هذا ولو وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى يقضى بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحق بالعدم وأما عند هما فيصير كان المورثين الخارجين حضرا وادعى ملكا فارخه أحدهما ولم يؤرخه الآخر وهناك كان

المدعى بينهما نصفين فكذا هنا  
لأنهما ادعيا تلقى الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وإن كان السبب هو الشراء  
فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار  
في يد ثالث واما أن تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من  
واحد واما ان ادعياه من اثنين فإن كانت  
في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد فإن كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه  
بثمن معلوم ونقد الثمن  
مطلقا عن التاريخ وذكر القبض يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قول تنهاتر  
البيتان وفي قول  
يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التنهاتر وقد تقدمت وإذا قضى  
بالدار بينهما نصفين يكون لهما  
الخياران شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء نقض لان غرض  
كل واحد منهما من الشراء  
الوصول إلى جميع المبيع ولم يحصل فأوجب ذلك خللا في الرضا فلذلك أثبت لهما  
الخيار فان اختار كل واحد منهما  
أخذ نصف الدار رجع على البائع بنصف الثمن لأنه لم يحصل له الا نصف المبيع وان  
اختار الرد رجع كل واحد منهما  
بجميع الثمن لأنه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والآخر الاخذ فإن كان ذلك بعد  
قضاء القاضي وتخيره إياهما  
فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضي بذلك أوجب انفساخ  
العقد في حق كل واحد منهما في  
النصف فلا يعود الا بالتحديد كما إذا قضى القاضي بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم  
أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه  
الا نصف الدار فاما إذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير القاضي فلآخران يأخذ  
جميع المبيع بجميع الثمن  
لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فإذا انقطعت فقد زال المانع  
كأحد الشفيعين إذا سلم الشفعة قبل  
قضاء القاضي بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك إذا ادعى كل واحد منهما  
الشراء من رجل آخر سوى  
صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل  
واحد منهما والكلام في توابع  
الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو  
البائع تقبل من غير ذكر الملك له

والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبائع لأن  
المبيع في الفصل الأول في يد البائع



واليد دليل الملك فوقعت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع  
فدعت الحاجة إلى ذكره لصحة  
البيع هذا إذا لم تؤرخ البيئتان فاما إذا أرختا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط  
اعتبارهما بالتعارض فبقي  
دعوى مطلق الشراء وإن كانت إحداهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لأنها تظهر  
الملك في وقت لا تعارضها فيه  
الأخرى فتندفع بها الأخرى ولو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى فالمؤرخة أولى لأنها  
تظهر الملك في زمان  
معين والأخرى لا تتعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضها مع الشك  
والاحتمال ولو لم تؤرخ البيئتان  
ولكن ذكرت إحداهما القبض فهي أولى لأنها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع  
صاحب القبض أسبق  
فيكون أولى وكذلك لو ذكرت إحداهما تاريخا والأخرى قبضا فبينة القبض أولى الا ان  
تشهد بينة التاريخ ان  
شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع وكذا لو أرخت تاريخا  
واحدا وذكرت إحداهما  
القبض فبينة القبض أولى الا إذا كان وقت الآخر أسبق هذا إذا ادعى الشراء من واحد  
وهو صاحب اليد أو  
غيره فاما إذا ادعى الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على  
ذلك يقضى بينهما  
نصفين لأنهما ادعىا تلقى الملك من؟ البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين  
الخارجين حضرا وأقاما البينة على  
ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا ويثبت لهما الخيار والكلام  
في الخيار على نحو ما ذكرنا  
ولو وقتت البيئتان فإن كان وقتهما واحدا فكذلك وإن كان أحدهما أسبق من الآخر  
فالأسبق تاريخا أولى  
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الأصول بخلاف الميراث أنه  
يكون بينهما نصفان عنده ووجه  
الفرق له ذكره الداري وهو أن المشتري يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك  
للميت عن محمد في الاملاء انه سوى  
بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخا ملك البائعين  
وان وقتت إحداهما ولم توقت  
الأخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما إذا ادعىا

الشراء من رجل واحد  
فوقت بينة أحدهما وأطلقت الأخرى أن بينة الوقت أولى ووجه الفرق انهما إذا ادعيا  
الشراء من اثنين فقد  
ادعيا تلقى الملك من الباعين فتاريخ احدى البينتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل  
يجوز أن يكون شراء صاحبه  
أسبق من شرائه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما  
إذا ادعيا الشراء من واحد لان  
هناك اتفقا على تلقي الملك من واحد فتاريخ احدى البينتين أوجب تلقي الملك منه في  
زمان لا ينازعه فيه أحد فيؤمر  
بالدفع إليه حتى يقوم على التلقي منه دليل آخر هذا إذا كانت الدار في يد ثالث فإن  
كانت في يد أحدهما فان ادعيا  
الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أولم يؤرخ وسواء ذكر شهود  
القبض أولم يذكر لان القبض  
من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا بينة تحتمل  
الصدق والكذب فكان  
القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر  
ومن التاريخ أيضا والقبض  
الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعيا الشراء من اثنين يقضى للخارج وسواء وقت  
البيئات أولا أو وقتت  
إحدهما دون الأخرى الا إذا وقتتا وقت صاحب اليد أسبق لأنهما ادعيا تلقى الملك من  
البايعين فقاما مقام الباعين  
فصار كان الباعين حضرا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف  
ما إذا كان البائع واحدا  
لأنهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهته ولأحدهما يد فيجعل كان شراء  
صاحب اليد أسبق وإن كان السبب  
هن النتاج بان ادعى كل واحد من الخارجين انها دابته نتجت عنده فان أقام كل واحد  
منهما البينة على ملك مطلق  
يقضى بينهما نصفين لاستواء الحجيتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل المحل  
فليعمل بهما بالقدر الممكن وان أقاما  
البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم  
وان أشكل فعند أبي حنيفة  
يقضى لأسبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن إذا أشكل يحتمل أن  
يكون موافقا لوقت هذا

ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كأنهما سكتا عن  
الوقت أصلا وجه قول أبي

(٢٣٨)

حنيفة رحمه الله أن وقوع الاشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل  
تحكيمه فبقي الحكم للوقت  
فالأسبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذي اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ما  
ذكرنا في الخارج مع ذي اليد  
وان أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على ملك مطلق فبينة النتاج أولى لما مر هذا  
إذا ادعى الخارجان الملك  
من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والنتاج فإن كان بسببين مختلفين  
فنقول لا يخلو اما إن كان  
من اثنين واما إن كان من واحد فإن كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان  
ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة  
من فلان وادعى الاخر ان فلانا آخر وهبها له وقبضها منه قضى بينهما ادعيا تلقى الملك  
من البائع  
والواهب فقاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البينة على ملك مرسل وكذا لو  
ادعى ثالث ميراثا عن أبيه فإنه  
يقسم بينهم أثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم أرباعا لما قلنا وإن كان ذلك من  
واحد ينظر إلى السببين فإن كان  
أحدهما أقول يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استويا في القوة يعمل بهما بقدر  
الامكان على ما هو سبيل  
دلائل الشرع بيان ذلك إذا أقام أحدهما البينة انه اشترى هذه الدار من فلان ونقده الثمن  
وقبض الدار وأقام  
الآخر البينة ان فلانا ذاك وهبها له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لأنه يفيد الحكم  
بنفسه والهبة لا تفيد الحكم الا  
بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء  
مع الرهن والقبض لأن الشراء  
يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البينتان مع  
القبض يقضى بينهما  
نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما  
(فأما فيما) يحتمل القسمة كالدار  
ونحوها فلا يقضى لهما بشئ على أصل أبي حنيفة رحمه الله في الهبة من رجلين  
لحصول معنى الشيوخ (وقيل) لافرق  
بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها هنا لان هذا في معنى الشيوخ الطارئ لقيام  
البينة على الكل وانه لا يمنع  
الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض أو الهبة والصدقة مع القبض يقضى

بينهما نصفين لاستواء السببين لكن هذا إذا لم يكن المدعى في يد أحدهما فإن كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس أن تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاحان بأن ادعت امرأتان وأقامت كل واحدة منهما البينة على أنه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة أو الرهن فالنكاح أولى لأنه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي يوسف وللمرأة نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى وللمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد ان الشراء أقوى من النكاح بدليل انه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا لا تصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كما لو تزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من النكاح (وجه) قوله أبي يوسف ان النكاح مثل الشراء فان حل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا إذا ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فأما إذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها وأقاما البينة على ذلك فإنه يقضى لمدعي الكل بثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف بربعها عند أبي حنيفة وعندهما يقضى لمدعي الكل بثلثي الدار ولمدعي النصف بثلثها وإنما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة ان ينظر إلى القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالما لمدعيه (وتفسير) القسمة على طريق العدل والمضاربة ان تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما في الميراث والديون المشتركة

المتزاحمة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعى أحدهما

(٢٣٩)

كل الدار والآخر لا ينازعه الا في النصف فبقي النصف الآخر خاليا عن المنازعة فيسلم  
لمدعي الكل لأنه يدعى  
شيئا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئا لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الآخر استوت  
فيه منازعتهما فيقضى بينهما  
نصفين فكانت القسمة أرباعا ثلاثة أرباع الدار المدعي الكل وربعا لمدعي النصف  
ولما كانت القسمة عند هما على  
طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحدهما  
يدعى كل الدار والآخر يدعى  
نصفها فيجعل أحسهما سهما فجعل نصف الدار بينهما وإذا جعل نصف الدار بينهما  
صار الكل سهمين فمدعي الكل  
يدعى سهمين ومدعي النصف يدعى سهما واحدا فيعطى هذا سهما وذاك سهمين  
فكانت الدار بينهما أثلاثا  
ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي النصف والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة لان  
الحاجة إلى القسمة لضرورة  
الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة لمدعي الكل الا في النصف  
فلا يتحقق التعارض الا فيه  
فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملا  
بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب  
هذا إذا كانت الدار في يد ثالث فإن كانت في أيديهما بينة مدعي الكل أولى لأنه  
خارج لأنه يدعى على صاحبه النصف  
الذي في يده ومدعي النصف لا يدعى شيئا هو في يد صاحبه لأنه لا يدعى الا النصف  
والنصف في يده فكان مدعي الكل  
خارجا ومدعي النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذي  
في يد صاحبه ويترك  
النصف الذي في يده على حاله هذا إذا ادعى الخارجان شيئا في يد ثالث فأنكر الذي  
في يده فأقام البينة فإن لم يقم لهما  
بينة وطلبا يمين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعا يقضى لهما  
بالنكول لان النكول حجة عندنا فان  
حلف لاحد هما ونكل للآخر يقضى للذي يكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل  
واحد منهما يترك المدعى  
في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينهما  
ويقضى لهما بخلاف ما إذا أقاما البينة  
وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على أنه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا إذا

أقام أحد المدعين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجه) الفرق ان بالترك في المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعين مقضيا عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضيا عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضيا عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا إذا ادعى التلقي من جهة المستحق أو ادعى التناج وكذا لو ادعى بائع المقضى عليه أو بائع بائعه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن الا إذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعة أيضا هكذا فرق بين هذا وبين لحرية الأصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجه) الفرق بين الملك والعتق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا إذا أنكر الذي في يده فان أقر به لأحدهما (فقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما إن كان قبل إقامة البينة واما إن كان بعد إقامة البينة فان أقر قبل إقامة البينة جاز اقراره ودفع إلى المقر له لان المدعى في يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد إقامة البينة قبل التزكية لم يجز اقراره لأنه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقراره على غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع إلى المقر له لان اقراره في حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع إلى المقر له في الحال فإذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لأنه تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم وان أقر بعد إقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا إن اقراره لم يصح فكان ملحقا بالعدم هذا كله إذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخارجين على ذي اليد فأما إذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بأن كان المدعى في أيديهما فان



أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده  
ترك في يده وهو معنى قضاء الترك

(٢٤٠)

ولو أقام كل واحد منهما البينة انه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه لان كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم تقم لاحد هما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لأحدهما بعد ذلك بينة تقبل لأنه لم يصر مقضيا عليه حقيقة هذا إذا لم توقت البينتان فان وقتا فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا فالأسبق أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وان وقت إحداهما دون الأخرى يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك فالأصل فيه ان البينة المظهرة للزيادة أولى كما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بألفي درهم وقال المشتري اشتريته منك بألف درهم زيادة الف وكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بألف وأقاما البينة يقضى ببينة المشتري لأنها تظهر زيادة قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على الف وقالت المرأة على الفين وأقاما البينة يقضى ببينة المرأة لأنها تظهر فضلا ثم إنما كانت بينة الزيادة أولى لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة ولا يلزم على هذا الأصل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشتري بألفين وأقاما البينة انه يقضى ببينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لان البينة إنما تقبل من المدعى لأنها جعلت حجة المدعى في الأصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود حد المدعى فيه وهو أن يكون مخيرا في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشتري فمجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو

مدعى عليه والبينة حجة المدعى لا حجة المدعى عليه في الأصل لذلك قضى ببينة الشفيح لا ببينة المشتري بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن لان هناك البائع هو المدعى لان المخير في الخصومة ان شاء خاصم وان شاء لا وفيما إذا اختلفا في قدر المبيع المدعى هو المشتري الا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذا في باب النكاح المدعى في الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أحل الثمن في أصل الأجل أو في قدره وأقاما البينة أن البينة بينة المشتري لأنها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا في مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشتري انه لم يمض لأنها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في المسلم فيه في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما ان البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالاجماع لأنهما اتفقا على أن المسلم إليه لم يقبض الا رأس مال واحد وان اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويقضى بسلمين (وجه) قول محمد ان كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لاختلاف البدلين فيعمل بهما جميعا ويقضى بسلمين إذ لا تنافي بينهما ولهما انهما اتفقا على عقد واحد وإنما اختلفا في قدر المعقود عليه قدرا أو جنسا أو صفة وبينه رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم إليه عندهما وعنده تقبل البينتان جميعا ويقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا إذا تصادقا ان رأس المال كان ديناً فان تصادقا انه عين واختلفا في المسلم فيه فإن كان رأس المال عينا واحدة يقضى بسلم واحد كما إذا قال رب السلم أسلمت إليك هذا الثوب في كره حنطة وقال المسلم إليه في كره شعير فالبينة بينة رب السلم لان رأس المال إذا كان عينا واحدة لا يمكن ان يجعل عقد ين يجعل عقدا واحدا وبينه رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول وإذا كان عينين بان قال رب السلم أسلمت إليك هذا الفرس في كره حنطة

وقال المسلم إليه هذا الثوب في كـر شعير يقضى بسلمين بالاجماع لأنه يمكن ان يجعل  
عقد ين فيجعل سلمين هذا كله

(٢٤١)

إذا كانت الدعوى دعوى الملك فاما دعوى اليد بان تنازع رجلان في شئ يدعيه كل واحد منهما انه في يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة إلى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان أقاما جميعا البينة يقضى بكونه في أيديهما لاستوائهما في الحجة وان أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لأحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله إذا قامت البيتان على الملك أو على اليد فاما إذا قامت إحدى البيتين على الملك والأخرى على اليد فبينة الملك أولى نحو ما إذا أقام الخارج البينة على أن الدار له منذ سنتين وأقام ذو اليد البينة على أنها في يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطللة كيد الغصب والسرقة واليد المحقة قد تكون يد ملك وقد تكون يد إعارة وإجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينتها معارضة لبينة الملك (واما) دعوى النسب فالكلام في النسب في الأصل في ثلاثة مواضع في بيان ما يثبت به النسب وفي بيان ما يظهر به النسب وفي بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثاني في بيان ما يثبت به نسبه من المرأة اما الأول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشا له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصارا كما في قوله عز وجل وأسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فإنها تسمى فراش الرجل وإزاره ولحافه وفي التفسير في قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشا لما انها تفرش وتبسط بالوطئ عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش

والحجر للزاني فاقتضى ان  
لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه إذ القسمة تنفى  
الشركة والثاني انه عليه الصلاة والسلام  
جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزاني بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر  
لان مثل هذا الكلام  
يستعمل في النقي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد  
لمن ليس بصاحب الفراش  
لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا إذا زنى رجل  
بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزاني  
لم يثبت نسبه منه لانعدام الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها  
يتبع الولادة على ما نذكر إن شاء الله  
تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبدا صبيا في يد رجل انه ابنه من الزنا لم  
يثبت منه كذبه المولى  
فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لأنه أقر انه مخلوق من  
مائه وان ملك أمه لم تصر أم ولد له لان  
أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لأب المدعى أو  
عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال  
هو ابني من الزنا يثبت نسبه منه وهو مخطئ في قوله من الزنا لأنه يصير متملكا الجارية  
عندنا قبيل الاستيلاء أو مقارنا  
له ولا يتحقق الوطئ زنا مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الأب فقال هو ابني منها  
ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى  
ثبت نسبه منه ويكون عبد المولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال وإذا ملكه  
المدعى يثبت النسب ويعتق  
عليه لان الاقرار بالبنوة مطلقا عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهي  
الفراش الا انه لم يظهر نفاذه للحال لقيام  
ملك المولى فإذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد أو شراء  
فاسد وادعى شبهة بوجه من الوجوه أو  
قال أحلها لي الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب ما دام عبدا  
فإذا ملكه يثبت النسب ويعتق  
عليه لأن العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقة  
بالحقيقة فكان هذا اقرار بالنسب  
بجهة مصححة للنسب شرعا الا انه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فإذا زال ظهر  
وعتق لأنه ملك ابنه وان ملك انها كانت

أم ولد له لأنه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت  
وهو الاقرار بالنسب بجهة

(٢٤٢)

مصححة له شرعا الا انها توقف على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الأول لان هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلا لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجهة مصححة شرعا وعلى هذا إذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لان الفراش له على هذا إذا ادعى رجل صبيا في يد امرأة فقال هو ابني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقرانه ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعى النكاح والنكاح لا بد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الأول هو من النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وإن كان ذلك منهما تناقضا لان التناقض ساقط الاعتبار شرعا في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعا في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش إنما عرفناه بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لمالك الفراش ولا فراش للمرأة لأنها مملوكة وليست بمالكة فبقي الحكم في جانبها متعلقا بالولادة وإذا عرفت ان سبب الولد من الرجل لا يثبت الا إذا صارت المرأة فراشا له فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشا وكيفية عمله في ذلك فنقول وبالله التوفيق المرأة تصير فراشا بأحد أمرين أحدهما عقد النكاح والثاني ملك اليمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقدا موضوعا لحصول الولد شرعا قال النبي عليه الصلاة والسلام تناكحوا توالدوا تكثروا فاني أباهي بكم الأمم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سببا مفضيا إلى حصول الولد فكان سببا لثبات النسب بنفسه ويستوى فيه النكاح الصحيح والفساد إذا اتصل به الوطئ لان النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العق من أهله في محله والفساد ما فاته شرط من شرائط الصحة



وهذا لا يمنع انعقاده في حق  
الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطئ لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطئ  
في حالة الحيض والنفاس  
وسواء كانت المنكوحة حرة أو أمة لان المقصود من فراش الزوجية لا يختلف واما  
ملك اليمين ففي أم الولد يوجب  
الفراش بنفسه أيضا لأنه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضيا  
إلى حصول الولد كملك النكاح  
الا انه أضعف منه لأنه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل  
إلى غيره بالتزويج وينتفى بمجرد  
النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح واما في الأمة فلا يوجب الفراش بنفسه  
بالاجماع حتى لا تصير الأمة فراشا  
بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشا بالوطئ اختلف فيه قال أصحابنا رضی الله  
تعالى عنهم لا تصير فراشا الا  
بقريئة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمة تصير فراشا بنفس الوطئ من غير دعوة وعبارة  
مشايخنا رحمهم الله في هذا  
الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف فراش وسط فالقوي فراش المنكوحة  
حتى يثبت النسب  
من غير دعوة ولا ينتفى الا باللعان والوسط فراش الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة  
وينتفى بمجرد النفي من غير  
لعان والضعيف فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافا للشافعي  
(وجه) قوله إن ثبات النسب  
منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطئ من غير دعوة لان الوطئ سبب  
لحصول الولد قصد منه ذلك أولا (ولنا)  
ان وطئ الأمة لا يقصد به حصول الولد عادة لأنها لا تشتري للوطئ عادة بل الاستخدام  
والاسترباح ولو وطئت  
فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر في الإماء  
هو العزل  
والعزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سببا لحصول الولد الا بقريئة الدعوة  
ولأنه لما ادعى علم بقريئة الدعوة  
انه وطئها ولم يعزل عنها والوطئ من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى  
لو كان المولى وطئها وحصنها ولم  
يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والاقرار  
به لأنه إذا كان كذلك فالظاهر أنه

ولده فلا يحل له نفيه فيما وبين الله تعالى بلا خلاف بين أصحابنا رضى الله تعالى عنهم  
واختلفوا فيما إذا وطئها

(٢٤٣)

وحصنها ولكن عزل عنها أولم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النفي وقال أبو يوسف رحمه الله أحب إلى أن يدعو إذا كان وطئها ولم يعزل عنها وإن لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب إلى أن يعتق ولدها ويستمتع بأمه إلى أن يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتمال كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة أنه إذا لم يحصنها احتمال كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما أن الثابت بيقين لا يزول بالشك وجه قول محمد أنه إذا احتمال كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمال كونه منه لا يجوز له النفي أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لأن الاستمتاع بالأمة وأم الولد مباح ويعتقها وعند موته صيانة عن استرقاق الحر بعد موته عسى ويستوى في فراش الملك ملك كل المحل وبعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب وبيان ذلك في مسائل إذا حملت الجارية في ملك رجلين فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لأن ماله من الملك أوجب النسب بقدره إلا أن النسب لا يتجزأ فمتى ثبت في البعض يتعدى إلى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهي من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فهو ابنهما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما ويعين بقول القائل وجه قوله إن خلق ولد واحد من ماء فحليلين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك إلا في الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد الآمن أحدهما ويعرف ذلك بقول القائل فان الشرع ورد بقبول قول القائل في النسب فإنه روى أن قائفا مر بأسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطي وجوههما وأرجلهما بادية فقال إن هذه الأقدام يشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم وفرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه

الصلاة والسلام قول القائف  
حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه  
روى أنه وقعت هذا الحادثة  
في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شريح لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين  
تهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه كان  
ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا لان سبب  
استحقاق النسب بأصل الملك قد  
وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصة للنسب ثم يتعدى لضرورة عدم  
التجزى فيثبت نسبه من كل واحد  
منهما على الكمال وأما فرح النبي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل انه لم  
يكون لاعتباره قول القائف  
حجة بل لوجه آخر وهوان الكفار كانوا يطعنون في يسب أسامة رضي الله عنه وكانوا  
يعتقدون القيافة فلما قال القائف  
ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم  
فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن  
بما هو دليل الزوال عندهم والمحمتم لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين  
ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه  
جميعا معا فهو ابنهم جميعا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة وقال  
أبو يوسف لا يثبت من أكثر من  
اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبي يوسف أن القياس يأبى ثبوت  
النسب من أكثر  
من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي الا انا تركنا القياس في رجلين باثر سيدنا عمر رضي  
الله تعالى عنه فبقي حكم الزيادة  
مردودا إلى أصل القياس وجه قول محمد ان الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد  
وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من  
ماء على حدة وقد جاء عن إبراهيم النخعي رحمه الله انه أثبت النسب من ثلاثة فاما  
الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فنادر  
غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة ولا بي حنيفة أن الموجب  
لثبات النسب لا يفصل بين  
عدد الاثنين والخمسة فالفصل بين عدد وعدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت  
الانصباة متفقة أو مختلفة بأن كان  
لاحد هم السدس وللآخر الربع والآخر الثلث والآخر ما بقي فالولد ابنهم جميعا فحكم  
النسب لا يختلف لان سبب

ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم  
الاستيلاء فيثبت في نصيب كل

(٢٤٤)

واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى إلى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الأب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا فالأب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله يثبت النسب منهما جميعا وجه قوله إنهما استويا في سبب الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجانب الأب لان نصف الجارية ملكه حقيقة وله حق تملك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الأب أولى ويتملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لأنه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الأجنبيين ويضمن كل واحد منها للآخر نصف العقر لان الوطئ من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الأجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصا كما في الأجانب وهذا بخلاف حالة الانفراد فان أمة لرجل إذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه ولا عقر على عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار متملكا الجارية ضرورة صحة الاستيلاء سابقا عليه أو مقارنا له لانعدام حقيقة الملك فجعل الوطئ في الملك وههنا الاستيلاء صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة إلى التملك لصحة الاستيلاء وانه صحيح بدونه وإنما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لأنه يحتمل التجزي على ما ذكرنا هو الفرق وكذلك الجد عند عدم الأب لأنه بمنزلة الأب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد جارية فجاءت بولد فادعياه معا والأب حي يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الأب بمنزلة الأجنبي ولو ادعى الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالمالك أولى لان له حقيقة الملك ولأب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقي أولى هذا كله إذا كان الشريكان المدعيان حرين مسلمين فإن كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لان اثبات النسب منه أنفع حيث يصل هو إلى حقيقة الحرية وأمه إلى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا والآخر عبدا مكاتبا فالحر أولى لان الولد يصل إلى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما

مكاتبها والا آخر عبدا فالمكاتب  
أولى لأنه حر يدا فكان أنفع للولد ولو كانا عبيدين يثبت النسب منهما جميعا لكن هل  
يشترط فيه تصديق المولى فيه  
روايتان ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما إذا كان العقد  
محجورا وحمل الأخرى على ما إذا  
كان مأذونا عملا بهما جميعا ولو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى  
استحسانا والقياس أن يثبت نسبه  
منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد  
استويا في الملك فيستويان في  
حكمه كما في سائر الأحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من  
المسلم أنفع للصبى لأنه يحكم بالسلامة  
تبعاله وكذلك لو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالقياس ان يثبت النسب منهما  
لاستوائهما في الملك وفي  
الاستحسان الكتابي أولى لأنه أقرب إلى الاسلام من المجوسي فكان أنفع للصبى ولو  
كان أحدهما عبدا مسلما أو  
مكاتبها مسلما والآخر حرا كافرا فالحر أولى لان هذا أنفع للصبى لأنه يمكنه ان يكتسب  
الاسلام بنفسه إذا عقل  
ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذميا والآخر مرتدا فهو ابن المرتد  
لان ولد المرتد على حكم الاسلام  
ألا ترى انه إذا بلغ كافرا يجبر على الاسلام وإذا أجبر عليه فالظاهر أنه يسلم فكان هذا  
أنفع للصبى هذا كله إذا خرجت  
دعوة الشريكين معا فاما إذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كائنا من كان  
فهو أولى لان النسب إذا ثبت من  
انسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا إذا حملت الجارية في  
ملكهما فجاءت بولد فادعاه  
أحدهما أو ادعياه جميعا فاما إذا كان العلوق قبل الشراء بان اشترياها وهي حامل  
فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما  
حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمنان نصف قيمة الام موسرا كان أو  
معسرا فلا يختلف ويختلف حكم  
العقر والولد فلا يجب العقر هنا ويجب هناك لان الاقرار بالنسب هنا لا يكون اقرار  
بالوطئ لتيقنا بعدم العلوق في الملك  
بخلاف الأول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدهما لان ابتداء العلوق لم  
يكن في ملكه فلم يجز اسناد

الدعوى إلى حالة العلق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة  
انشاء الاعتاق ولو أعتق هذا

(٢٤٥)



الولد يضمن نصيب شريكه منه إن كان موسرا ولم يضمن إن كان معسرا كذا هذا بخلاف ما إذا علقت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة حال العلق فسقط الضمان وهنا لا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعياه فهو ابنهما ولا عقر فواحد منهما على صاحبه كما في الأول ولا يفترقان الا في الولاء فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاء فيعلق الولد حرا والدعوة هنا دعوة تحرير وانه يوجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر فقد تيقنا أن علق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لأنها صارت أم ولد له فصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لأنه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملا فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحرير فإذا ادعاه فقد حرره والتحرير اتلاف نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق إليه لا إلى القرابة هذا إذا ولدت الجارية المشتركة ولدا فادعاه أحد الشريكين أو ادعياه جميعا فأما إذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فنقول هذا في الأصل لا يخلو اما أن ولدتها في بطن واحد واما أن ولدتها في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت أحدهما الأخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الآخر لاستحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكانت دعوة أحدهما دعوة الاخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لأنه ثبت نسب المدعى ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر وعتقا جميعا لعلوقهما حري الأصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة

الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم  
هذا إذا ولدتهما في بطن واحد فأما إذا ولدتهما في بطنين مختلفين فإن خرجت  
الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الأكبر  
من مدعى الأكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف  
العقر المدعى الأصغر وهل  
يثبت نسب الولد الأصغر من مدعى الأصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى  
الأكبر وفي الاستحسان يثبت  
وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الأكبر لثبوت نسب الأكبر منه فمدعى  
الأصغر يدعى ولد أم ولد الغير  
من ادعى ولد أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن  
مدعى الأكبر غير مدعى  
الأصغر حيث أخرج الدعوة إلى دعوته فصار مدعى الأصغر بتأخير دعوة الأكبر مغرورا  
من جهته وولد المغرور ثابت  
النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الأصغر العقر لمدعى الأكبر لكن نصف العقر أو كله  
ففيه اختلاف الروايتين والتوفيق  
+ بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الأصغر جواب حاصل ما عليه من  
العقر بعد القصاص وهو النصف  
ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الأكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الأصغر  
فالنصف بالنصف يلتقيان  
قصاصا فلا يبقى على مدعى الأصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين  
الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى  
الأصغر قيمة الولد الأصغر لأنه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة  
رضى الله تعالى عنهم فإذا على  
مدعى الأصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الأكبر نصف قيمة الجارية  
لصيورتها أم ولد له فيصير  
نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الأكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذي على  
مدعى الأصغر ويتدان  
الفضل هذا إذا خرجت الدعوتان جميعا معا فادعى أحدهما الأكبر والآخر الأصغر فاما  
إذا سبق أحدهما بالدعوة  
فان ادعى السابق الأكبر أولا فقد ثبت نسب الأكبر منه وعتق وصارت الجارية تأم ولد  
له وغرم لشريكه نصف  
قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك إذا ادعى الآخر الأصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير  
فلا بد من التصديق لثبات

النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا إذا ادعى السابق بالدعوة الأكبر

أولا فاما إذا ادعى الأصغر أولا ثبت نسب الأصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له  
وضمن نصف قيمتها  
ونصف عقرها لشريكه الآخر والأكبر بعد رقيق بينهما لأنه ولد جارية مملوكة بينهما لم  
يدعه أحد فإذا ادعاه الشريك  
الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك  
الآخر بالخيار إن شاء  
أعتق نصيبه وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسرا وإن كان معسرا فله خيار  
الاعتاق والاستسعاء لا غير  
وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما إن كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير  
وإن كان معسرا فله الاستسعاء على  
ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحدهما الأكبر ابني والأصغر ابن شريكى ثبت نسب  
الأكبر منه وصارت الجارية  
أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشريكه والأصغر ولد أم ولده أقر  
بنسبه لشريكه فان صدقه  
شريكه ثبت نسبه منه ولا يعتق وإن كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال  
الأصغر ابني والأكبر ابن  
شريكى ثبت نسب الأصغر منه ونسب الأكبر موقوف على تصديق شريكه ولو قال  
أحدهما الأصغر ابني والأكبر ابن  
شريكى أو قدم وأخر فقال الأكبر ابن شريكى والأصغر ابني ثبت نسب الأصغر منه  
واعتق وصارت الجارية أم  
ولد له وعتق وضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الأكبر موقوف  
على تصديق شريكه فان  
صدقه ثبت النسب منه ويغرم لمدعى الأصغر نصف قيمة الأكبر وإن كذبه صار كعبد  
بين شريكين شهد أحدهما  
على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد  
انسان ثلاثة أولاد فادعى  
أحدهم فنقول لا يخلو أما إن ولدوا في بطن واحد وأما أن ولدوا في بطون مختلفة ولا  
يخلو أما إن ادعى أحدهم بعينه وأما  
إن ادعى أحدهم بغير عينه فان ولد وافى بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال أحد  
هؤلاء ابني أو عين واحدا منهم  
فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت  
نسب الباقيين لأنهم توأم علقوا  
من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب وإذا ثبت نسبهم صارت الجارية

أم ولد له هذا إذا ولد وافى  
بطن واحد واما إذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الأكبر ولدى ثبت نسبه منه وصارت  
الجارية أم ولد له وهل يثبت  
نسب الأوسط والأصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما  
حكم الام وفي الاستحسان  
لا يثبت وجه القياس ظاهر لأنه لما ثبت نسب الأكبر فقد صارت الجارية أم ولد له  
فكان الأوسط والأصغر ولد  
أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاهما من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه ولم  
يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه  
وان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحد هم بالدعوة فان ذلك  
دليل نفي البواقي إذ لو لم يكن  
كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى هذا إذا  
ادعى الأكبر فاما إذا ادعى  
الأوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والأكبر رقيق لأنه ولد  
على ملكه ولم يدعه أحد وهل  
يثبت نسب الأصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا إذا ادعى الأوسط  
فاما إذا ادعى الأصغر فهو  
حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والأكبر والأوسط رقيقان اما ذكرنا هذا إذا ادعى  
أحدهم بعينه فاما إذا  
ادعى بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان  
عتقت الجارية بلا شك لأنه لما  
ادعى نسب أحدهم فقد أقران الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم  
الأولاد في العتق فقد ذكرنا  
الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق عبد  
صغير بين اثنين أعتقه أحدهما  
ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رضوان الله ونصف ولائه للآخر وعندهما  
لا يثبت نسبه بناء على أن  
الاعتاق يتجزأ عنده فيبقى نصيب المدعى على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يتجزأ  
ويعتق الكل فلم يبق  
للمدعى فيه ملك فلم تصح دعوته وإن كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى  
الملك له في نصيبه وعندهما ان  
صدقه العبد ثبت النسب وإلا فلا لأنه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج  
على الأصل الذي ذكرنا

دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك  
اليد ثابت له وانه كاف لثبات

(٢٤٧)

النسب ولو ادعى المضارب ولد جارياً المضاربة لم تصح دعوته إذا لم يكن في المضارب ربح لأنه لا بد لثبات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلاً لا ملك الذات ولا ملك اليد إذا لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعى ولداً من جارياً لمولاه ليس من تجارته وادعى أن مولاهما أحلها له أو زوجها لا يثبت نسبه منه إلا بتصديق المولى لأنه أجنبي عن ملك المولى لانعدام الملك له فيه أصلاً فالحق بسائر الأجانب إلا في الحد فإن كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه نفذت دعوته لأنه أقر بجهة مصححة للنسب لكن توقف نفاذه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح بإذن المولى أولاً لأن النسب ثبت بالنكاح صحيحاً كان أو فاسداً وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارياً من اكسابه صحيحة لأن ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون وإذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلأنه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلأنه له فيها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الأداء فممنوع من بيعها والعبد المسلم والذمي سواء في دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذمي لأن الكفر لا ينافي النسب ويستوى في دعوته الاستيلاء وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد إن كان العلوق في الملك فإن كان العلوق في غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فإن كان في ملكه يصح وإن كان في ملك غير لا يصح إلا بشرط التصديق أو البينة فنقول جملة الكلام فيه إن الدعوة نوعان دعوة الاستيلاء ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاء هي أن يكون علوق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوة تستند إلى وقت العلوق وتتضمن الإقرار بالوطئ فيتبين أنه علق حراً ودعوة التحرير هو أن يكون علوق المدعى في غير ملك المدعى وهذا الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الإقرار بالوطئ لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة في مسائل إذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعداً فلم يدع الولد حتى باع الأم والولد ثم ادعى الولد صحت دعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر أن الجارية أم ولد له ويطل

البيع في الجارية وفي ولدها وهذا استحسان وفي القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الولد في الملك لأن هذه الدعوة تستند إلى وقت العلوق فإذا كان علوق الولد في ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهران الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فيدها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر إن كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا لضرورة فيقول بيانه إذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو أجره أو كاتبه فادعاه البائع نقض ذلك وثبت النسب لأن هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لو كان المشتري باع الام أو كاتبها أو رهنها أو أجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم يصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان الا لضرورة لأنه يعقبه أثرا لا يحتمل البطلان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو دبره أو مات عبده لم يصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشتري أعتق الام أو دبرها دون الولد صحت دعوته في الولد ولم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام لان المانع من الفسخ خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير لا الجارية أم ولد له للحال الا أن يملكها بوجه من الوجوه وإذا فسخ البيع في الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قد قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لأنه إنما صار ولدا بالولادة فتعتبر يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند



المشترى وأخذ أرضها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الأرض للمشترى لأن هذه دعوة الاستيلاء وانها تستند إلى

(٢٤٨)

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أولاً ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم في الهالك واليد المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البائع من الثمن حصة الولد لأنه سلم البديل للمشتري وهو الأرش ولو ماتت الام ثم ادعى البائع الولد صحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد جميع الثمن عند أبي حنيفة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما أصاب قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لأنه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلكت عند المشتري لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسألة أن أم الولد غير متقومة من حيث إنها مال عنده عندهما متقومة وهي من مسائل العتاق وعلى هذا إذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا إذا حملت الجارية في ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه البائع هذا إذا ولدت ولدا (فأما) إذا ولدت ولدين في بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب الولدين منه وهذا ظاهر وكذا إذا ادعى أحدهما صحت دعوته ولزمه الولدان جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان الفصل في النسب لانخلاقهما من ماء واحد فان ولدت أحدهما لأقل من ستة والآخر لأكثر من ستة أشهر فادعى أحدهما ثبت نسبهما ويجعل كأنهما ولدتهما جميعا عند البائع لأقل من ستة أشهر كانا جميعا في البطن وقت البيع ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضا سواء كان المشتري ادعاه أو أعتقه لما ذكرنا أنها لا يحتملان الفصل في ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا وينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد

لا ينتقض العتق في الام  
وينتقض في الولد لان العتق لا يحتمل الفسخ مقصودا وإنما يحتمله للضرورة وفي الولد  
ضرورة عدم الاحتمال  
للانفصال في النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات  
النسب في الجملة ولو قطعت يد  
أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الأرش للمشتري لا للبائع الا أن يقيم  
البائع البينة على الدعوة قبل  
البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعى  
قيام المحل للحال واليد المقطوعة  
هالكة فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت  
قيمة المقتول لورثة المقتول  
لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصودا هو  
النفس وإنما يظهر في الأطراف  
تبعا للنفس وبالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الأرش للمشتري  
ونفس كل واحد من التوأمين  
أصل في حكم الدعوة فمتى صححت في أحدهما تصح في الآخر وإن كان مقتولا  
ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما في  
النسب ومتى صححت الدعوة استندت إلى وقت العلق لأنها دعوة الاستيلاء فتبين انهما  
علقا حرين فكان ينبغي أن  
تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان صحة هذه الدعوة بطريق  
الاستناد والمستند يكون ظاهرا  
من وجه مقتضرا على الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملا بشبه  
الاقتصاد وجعلنا الواجب لورثة  
المقتول عملا بشبه الظهور عملا بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشتري  
أحدهما ثم قبل وترك ميراثا فأخذ  
ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فإنه يقضى بالحي وأمه للبائع ويثبت نسب  
الولد المقتول منه ويأخذ الدية  
والميراث من المشتري لما قلنا هذا إذا ولدت في يد المشتري لأقل من ستة أشهر من  
وقت البيع فان ولدت لستة  
أشهر فصاعدا لم تصح دعوة البائع الا أن يصدقه المشتري لأننا لم نتيقن بالعلق في  
الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة  
دعوة استيلاء فتصح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى  
وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح

الا إذا صدقه المشتري فتصح لأنه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير في ذلك فثبت  
نسبه ويكون عبدا لمولاه ولو

ادعى المشتري نسبه بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لانسان في زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله إذا كانت الدعوى من البائع فإن كانت من المشتري وقد ولدت لأقل من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لأن هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاء لتيقنا ان العلوق لم يكن في الملك فيستدعى قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما مر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمتنع ولو ادعاه البائع والمشتري معا فدعوة البائع أولى لان دعوته دعوة استيلاء لوقوع العلوق في الملك وانها تستند إلى وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة تحرير لوقوع العلوق في غير الملك بيقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لأنه سابق في المعنى والأسبق أولى كرجلين ادعيا تلقى الملك من واحد وتاريخ أحدهما أسبق كان الأسبق أولى كذا هذا وعلى هذا إذا ولدت أمة رجل ولدا في ملكه لستة أشهر فصاعدا فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهه أو لا صدقه الابن في ذلك أو كذبه لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطئ الجارية والأب إذا وطئ جارية ابنه من غير نكاح يصير متملكا إياها لحاجته إلى نسب ولد يحيا به ذكره ولا يثبت النسب الا بالملك وللأب ولاية تملك مال ابنه عند حاجة إليه ألا ترى انه يتملك ماله عند حاجة إلى الانفاق على نفسه كذا هذا الا أن هناك يتملك تغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين إذ الحاجة هناك إلى ابقاء النفس والحاجة هنا إلى ابقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض لان ما قابله عوض كان تملكاً صورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الأب وتصديق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن في الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى إذا ادعى ولد أمة مكاتبه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لأنه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبيا عنه فوقع الحاجة إلى تصديقه وللأب ولاية

على مال ابنه فلا يحتاج إلى  
تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك  
الابن من وقت العلق إلى وقت  
الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فادعاه الأب لا تصح  
دعوته لانعدام الملك وقت العلق  
وكذا لو باعها فجاءت بولد في يد المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه الأب لم تصح  
لانعدام الملك وقت الدعوة وكذا لو  
كان العلق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لانقطاع الملك  
فيما بينهما ثم إنما كان قيام الملك  
للابن في الجارية من وقت العلق إلى وقت الدعوة شرطا لصحة هذه الدعوة لان  
الملك يثبت مستندا إلى زمان العلق  
ولا يثبت الملك الا بالتملك ولا تملك الا بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه  
كرها وتنفيذ التصرف عليه جبرا لا يكون  
الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فإذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلق إلى  
وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند  
الملك وكذلك الأب لو كان كافرا أو عبدا فادعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق  
ينفيان الولاية ولو كان كافرا  
فأسلم أو عبد فأعتق فادعى نظر في ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتراف لأقل من  
ستة أشهر لم تصح دعوته  
لانعدام ولاية التملك وقت العلق وان ولدت لستة فصاعدا صحت دعوته ويثبت  
النسب لقيام الولاية ولو كان  
معتوها فأفاق صحت دعوته استحسانا والقياس أو لا تصح لان الجنون مناف للولاية  
بمنزلة الكفر والرق (وجه)  
الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالأغماء وكل عارض على أصل إذا زال يلتحق  
بالعدم من الأصل كأنه لم يكن  
كما لو أغمي عليه ثم أفاق ولو كان مرتدا فادعى ولد جارية ابنه فدعوته موقوفة عند  
أبي حنيفة لتوقف ولايته وعندهما  
صحيحة لنفاذ ولايته بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة وإذا  
ثبت الولد من الأب فنقول صارت  
الجارية أم ولد ولا عقرب عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعي  
رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه)  
قولهما أن الملك ثبت شرطا لصحة الاستيلاء والاستيلاء ايلاج منزل معلق فكان الفعل  
قبل الانزال خاليا عن

الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الأجنبيين إذا  
جاءت بولد فادعاه أحدهما لان

(٢٥٠)

الوطئ في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الايلاج المنزل المعلق من أوله إلى آخر ايلاج واحد فكان من أوله إلى آخره استيلادا فلا بد وأن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر بخلاف الجارية المشتركة لان ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطا لصحة الاستيلاذ وثبات النسب لان نصف الجارية ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وإنما يثبت حكما للثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة انه لا يتجزأ وحكم الشيء لا يسبقه بل يتعقبه فوطئ المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملكه له في نصيب شريكه والوطئ في غير الملك يوجب الحد الا انه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا التملك ثبت شرطا لثبوت النسب وصحة الاستيلاذ وشرط الشيء يكون سابقا عليه أو مقارنا له فالوطئ صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضا لأنه علق حرا وإن كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لان ذلك حكم الاعتاق فيستدعى تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الجد أبي الأب ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الأب عند انعدامه أو عند انعدام ولايته (فأما) عند قيام ولايته فلا حتى لو كان الجد نصرانيا وحافده مثله والأب مسلم لم تصح دعوة الجد لقيام ولاية الأب وإن كان ميتا أو كان كافرا أو عبدا تصح دعوة الجد لانقطاع ولاية الأب وكذا إذا كان الأب معتوها من وقت العلق إلى وقت الدعوة صحت دعوة الجد لما قلنا فان أفاق ثم ادعى الجد لم تصح دعوته لأنه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الأصل فعادت ولاية الأب فسقطت ولاية الجد ولو كان الأب مرتدا فدعوة الجد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فان قبل على الردة أو مات صحت دعوة الجد وان أسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفاته وعندهما لا تصح دعوة الجد لان تصرفاته عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة هذا إذا وطئ الأب جارية الابن من غير نكاح (فأما) إذا وطئها بالنكاح ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لان النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحا إن كان أو فاسدا ولا يتملك الجارية لأنه وطئها على ملك الابن بعقد النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا



يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب  
النكاح ويعتق الولد على أخيه بالقرابة لان النسب إنما يثبت بعقد النكاح لا بملك  
اليمين فبقيت الجارية على ملك الابن  
وقد ملك الابن أخاه فيعتق عليه فان ملك الأب الجازية بوجه من الوجوه صارت أم ولد  
له لوجود سبب أمومية الولد  
وهو ثبات لا نسب الا انه توقف حكمه على وجود الملك فإذا ملكها صارت أم ولد له  
هذا كله إذا ادعى الأب ولد  
جارية ابنه فأما إذا ادعى ولد أم ولده أو مد برته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى انتفى  
نسبه منه ثم ادعاه الأب لم يثبت  
نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه فرق  
بين ولد أم الولد وبين ولد  
المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبرة من الأب وعليه قيمة  
الولد والعقر والولاء للابن  
(وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية لا محالة فان نسب ولد  
الأمه المنكوحه يثبت من  
الزوج والامه ملك المولى (وأما) القيمة فلانه ولد ثابت النسب علق حرا فأشبهه والد  
المغرور فيكون حرا بالقيمة  
والولاء للابن لأنه استحقه بالتدبير وانه لا يحتمل الفسخ بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم  
الولد لان أم الولد فراش  
لمولها فكان الولد مولودا على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وان انتفى عنه  
بالنفي كما في  
اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لان النسب لا يثبت الا بالملك وأم الولد والمدبرة  
لا يحتملان التملك ويضمن  
العقر لأنه إذا لم يملكها فقد حصل الوطئ في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة  
فيجب العقر هذا إذا لم يصدقه الابن في  
الدعوى بعد ما نفاه فان صدقه ثبت النسب بالاجماع لان نسب ولد جارية الأجنبي  
يثبت من المدعى بتصديقه في  
النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويعتق على الابن الان أخاه ملكه وولائه له لان  
الولاء لمن أعتق ولو ادعى  
ولد مكاتبه ابنه لم يثبت نسبه منه لان النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبه لا تحتمل  
التملك فلا تصح دعوته الا إذا  
عجزت فتنفذ دعوته لأنها إذا عجزت فقد عادت قنا وجعل المعارض كالعدم من الأصل  
فصار كما لو ادعى قبل الكتابة

والله سبحانه وتعالى أعلم

(٢٥١)

(فصل) وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة  
فيستدعى شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسنذكره في كتاب الاقرار الا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشرط التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعي نسبه اما أن يكون في يد نفسه واما أن لا يكون فإن كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعي الا إذا صدقه لأنه إذا كان في يد نفسه فاقارره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما أن يكون مملوكا واما ان لم يكن فإن كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة إذا كان في ملك المدعى وقت الدعوة وإن كان في ملك غيره عند الدعوة فإن كان علوقه في ملك المدعى ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علوقه في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن في يد أحد لا في يد غيره ولا في يد نفسه كالصبي المنبوذ واما إن كان في يد أحد كاللقيط فإن لم يكن في يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخبر بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الأصل الا إذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول إلى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين بقبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبي حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقد مرت المسألة ولو ادعته امرأتان صحت دعوتهما عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسنذكر الحجج من بعد إن شاء الله تعالى هذا إذا لم يكن في يد أحد فإن كان وهو اللقيط ثبت

نسبه من الملتقط بنفس الدعوة  
استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من  
الخارج صدقه الملتقط في ذلك  
أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت إذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال  
يد الملتقط لان  
يده عليه ثابتة حقيقة وشرعا حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبرا ليحفظه ليس له  
ذلك والاقرار إذا تضمن  
ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أنفع للصبى من يد الملتقط لأنه  
يقوم بحضائنه وتربيته  
ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا استحسانا  
والقياس أن لا تصح  
دعوة الذمي (ووجهه) أنا لو صححنا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزنا استتباعه في  
دينه وهذا يضر فلا تصح  
دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو  
النسب والتبعية في الدين  
إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم  
باسلامه وإن كان أبوه  
كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلما وذكر في النوادر أن من  
التقط لقيطا فادعاه نصراني  
فهو ابنه ثم إن كان عليه زي المسلمين فهو مسلم وإن كان عليه زي الشرك بأن يكون  
في رقبته صليب ونحو ذلك  
فهو على دين النصرى هذا إذا أقر الذمي أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فإن كان  
الشهود من أهل الذمة  
لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لأن هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم  
وهو الملتقط فكانت شهادة  
على المسلم فلا تقبل وإن كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فرقا بين  
الاقرار وبين البينة وذلك أنه  
متهم في اقراره ولا تهمة في الشهادة وسواء كان المدعى حرا أو عبدا لأنه ادعى شيئين  
أحدهما يحتمل الفصل على  
الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج  
والملتقط معا فالملتقط أولى  
لاستوائهما في الدعوة ونفع الصبي فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع  
دعوة الخارج لأنه ثبت نسبه منه

فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك الا ان يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجا فإن كان

أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لأنه يتبعه في الاسلام فكان أنفع للصبي وكذا إذا ادعته مسلمة وذمية  
فالمسلمة أولى ولو شهد للذمي مسلمان وللمسلم ذميان فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فاسلام المدعي كاف  
للترجيح ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لأنه أنفع للقيط وإن كانا حرين مسلمين فان ذكر  
أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة لان  
الشرع ورد بالتجريح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد  
شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو الكاذبين وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من  
الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد القميص من خلف دليل مراودتها  
إياه لما أن ذلك علامة جذبها إياه إلى نفسها والقدم من قدام علامة دفعها إياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلئي ودباغ  
في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلئي وبالاهاب للدباغ لأن الظاهر  
يشهد باللؤلؤ للؤلئي وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختفا في متاع البيت أن ما يكون للرجال يجعل في يد  
الزوج وما يكون للنساء يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعي  
أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه يثبت نسبه منهما لأنه وقع  
التعارض في العلامات فسقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأسا وان لم يذكر أحدهما علامة أصلا  
ولكن لأحدهما بينة فإنه يقضى له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لأحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعا وهذا  
عندنا لاستوائهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت نسبه الا من أحدهما ويتعين بقول القافة على  
ما ذكرنا والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم ولو كان المدعي أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في  
الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعين هو ابني وهو غلام فإذا هو جارية لم يصدق

لأنه ظهر كذبه بيقين ولو قال أحدهما  
هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فإذا هو خنثى يحكم مباله فإن كان يبول من مبال الرجال  
فهو ابن مدعى البنوة وإن كان  
يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعى البنتية وإن كان يبول منهما جميعا يعتبر السبق فان  
استويا في السبق فهو مشكل  
عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لان هذا  
حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه  
منهما جميعا ولو قال الملتقط هو ابني من زوجتي هذه فصدفته فهو ابنهما حرة كانت  
أو أمة غير أنها إن كانت حرة  
كابن الابن حرا بالاجماع وإن كانت أمة كان ملكا لمولى الأمة عند أبي يوسف وعند  
محمد يكون حرا وجه قول  
محمد أن نسبه وان ثبت من الأمة لكن في جعله تبعا لها في الرق مضرة بالصبي وفي  
جعله حرا منفعة له فيتبعها فيما ينفعه  
ولا يتبعها فيما يضره كالذمي إذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما  
يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا  
وجه قول أبي يوسف ان الأصل أن الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان من ضرورة  
ثبوت النسب منها أن يكون  
رقيقا والرق وإن كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه  
ابنها وهي حرة أو أمة ذكر في  
الأصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولدته وان أقامت امرأة واحدة على  
الولادة قبلت إذا كانت حرة  
عدلة أطلق الجواب في الأصل ولم يفصل بين ما إذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل  
هذا الجواب على ما إذا كان  
لها زوج لأنه إذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا  
تصح الا بالبينة أو بتصديق الزوج  
فاما إذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق  
جواب الكتاب وأجرى  
رواية الأصل على اطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال يثبت نسبه من الرجل بنفس  
الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا  
ببينة ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال يثبت بالفراش وفي جانب النساء يثبت  
بالولادة ولا تثبت الولادة الا  
بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأتان فهو ابنهما عند أبي حنيفة  
وكذا إذا كن خمسا عنده

وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلاً وجه قولهما أن النسب في جانب  
النساء يثبت بالولادة وولادة ولد

(٢٥٣)



واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب منهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالفراش  
ولأبي حنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحد منهما وما قالوا إن الحكم في جانبهن  
متعلق بالولادة فنعم لكن في موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعياه جميعا فيثبت نسبه منهما وعلى هذا  
لو ادعاه رجل وامرأتان يثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعاه رجلان وامرأتان كل رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة وعندهما ابن الرجلين  
لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول وبالله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويتأكد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى إذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقريته التصديق بأن كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقريته التصديق إذا انعدم التصديق وظهر أيضا بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة كما إذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعاه رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة وكذا لو ادعاه رجلان معا ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا وإذا تعارضت البيتان في النسب فالأصل فيه ما ذكرنا في تعارض البيتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح أحدهما على الأخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك إذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحدة منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحدة منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعين لامكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشيء الواحد مملو كالاثنين على الكمال في زمان واحد إذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيه أن تعارض البيتين اما أن يكون بين الخارج وبين ذي اليد واما أن يكون بين الخارجين وبين ذي اليد فإن كان بين الخارج وذي اليد فيبينة ذي اليد أولى لأنهما استويا في البينة فيرجح

صاحب اليد باليد وإن كان بين  
الخارجين وبين ذي اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام  
والحرية والعلامة واليد وقوة  
الفرش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجع وان استويا يعمل بهما ويثبت  
النسب منهما وعلى هذا إذا  
ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر انه عبده يقضى للذي ادعى أنه ابنه لأنه يدعى  
الحرية والآخر يدعى الرق  
فبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة  
انه ابنه من هذه الأمة فهو ابن  
الحر والحرة لما قلنا ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن  
الرجلين وابن المرأتين على قياس قول  
أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعاه رجلان ووقت بينة  
كل واحد منهما فان استوى  
الوقتان ثبت النسب منهما لاستواء البينتين ولو كان وقت إحداهما أسبق يحكم سن  
الصبي فيعمل عليه لأنه حكم  
عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لأسبقهما وقتا وعندهما يقضى  
لهما وجه قولهما أنه إذا  
أشكل السن سقطا اعتبار التاريخ أصلا كأنهما سكتا عنه ولأبي حنيفة رحمه الله انه إذا  
أشكل السن لم يصلح حكما فبقي  
الحكم للتاريخ فيرجح الأسبق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة  
انه ابنها وأقامت البينة فهو  
بينهما لعدم التنافي بين ثبوت نسبه منهما كما إذا ادعاه رجلان بل أولى وعلى هذا غلام  
قد احتلم ادعى على رجل  
وامرأة انه ابنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وامرأته أن الغلام ابنهما وأقاما البينة ثبت  
نسب الغلام من الأب والام  
الذي ادعاه الغلام أنه ابنهما ويبطل النسب الذي أنكره الغلام لان البينتين تعارضتا  
وترجحت بينة الغلام بيده إذ  
هو في يد نفسه كالخارجين إذا أقاما البينة ولأحدهما يد كان صاحب اليد أولى كذا  
هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانيا  
فأقام بينة من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فبينة  
الغلام أولى ولا ترجح بينة  
المدعى المسلم لأنه لا يد له وإن كان مسلما وإن كان بينة الغلام من النصراني يقضى  
بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة

الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فبقي مجرد الدعوة فلا تعارض البينة  
ويجبر الغلام على الاسلام غلام في

يد انسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه ولدته أمته هذه في ملكه وأقام البينة على ذلك  
وادعى خارج أن الغلام ابنه ولدته  
الأمة في ملكه وأقام البينة فإن كان الغلام صغيرا لا يتكلم يقضى به لصاحب اليد  
لاستوائهما في البينة فيرجع صاحب  
اليد باليد كما في النكاح وإن كان كبيرا يتكلم فقال أنا ابن الآخر يقضى بالأمة والغلام  
للخارج لان الغلام إذا كان  
كبيرا يتكلم في يد نفسه فالبينة التي يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة  
وهما في يد رجل فأقام  
صاحب اليد البينة على أنه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعى ذلك وأقام الخارج  
البينة على ملكه يقضى بالمرأة  
وبالولد للذي هما في يده لما قلنا وإن كان الذي في يده من أهل الذمة والمرأة ذمية  
وأقام شهودا مسلمين يقضى بالمرأة والولد  
للذي هما في يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البينة على أنه  
تزوجها في وقت كذا وأقام الذي في  
يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج لأنه إذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر  
منهما فاسدا فالبينة القائمة على  
النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى انه ابن فلان ولدته  
أمته فلانة على فراشه وذلك  
الرجل يقول هو عبدي ولد أمتي التي زوجها عبدي فلانا فولدت هذا الغلام منه والعبد  
حي يدعى ذلك فهو ابن العبد  
لأنه تعارض الفراشان فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لأنه لا ينتفى الا  
باللعان وفراش الملك ينتفى  
بمجرد النفي فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه  
الأمة فأقر العبد بذلك  
وقامت عليه البينة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لأنه ادعى نسبه  
والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار  
بالحرية فإن لم يعمل في النسب يعمل في الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالا  
فأقام الغلام البينة انه ابن الميت من  
أمته وأقام الآخر البينة انه عبده ولدته أمته من زوجها فلان والزوج عبده أيضا والعبد  
حي يدعى ذلك يقضى له بالنسب  
لأنه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فإن كان العبد ميتا ثبت نسب الغلام من الحر  
وورث منه لان بينة الغلام خلت  
عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

(فصل) وأما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النساء إذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل  
النفي أصلاً لأنه  
في جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) في جانب الرجال فنوعان نوع يحتمل  
النفي ونوع لا يحتمله أما ما يحتمل  
النفي فنوعان (نوع) ينتفى بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفى بنفس النفي بل  
بواسطة اللعان (أما الذي)  
ينتفى بنفس النفي فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لأنه غير لازم حتى  
احتمل النقل إلى غيره  
بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة إلى اللعان (وأما) الذي لا ينتفى  
بمجرد النفي فهو نسب ولد  
زوجة يجرى بينهما اللعان وهو أن يكون الزوجان حرين مسلمين عاقلين بالغين غير  
محدودين في القذف على  
ما ذكرنا في كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قويا فلا يحتمل  
الانتفاء بنفس النفي ما لم ينضم  
إليه اللعان ولهذا إذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفى نسب الولد بالنفي  
لان الانتفاء بواسطة اللعان  
ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجية حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى  
أعلم (وأما الذي) لا يحتمل  
النفي فهو نسب ولد زوجة لا يجرى بينهما اللعان فإذا كان الزوجان ممن لا لعان  
بينهما لا ينتفى نسب الولد بالنفي  
وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفي لأن النفي يكون انكاراً بعد الاقرار فلا  
يسمع الا ان الاقرار نوعان نص  
ودلالة لما ذكرنا في كتاب اللعان  
(فصل) وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أثناء  
مسائل النسب وأما حكمه  
في الملك فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل  
الملك والثاني في قدر الملك أما الأول  
فسبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البيئتين فيه من طلب  
الترجيح والعمل بالراجح عند  
الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحيحاً للدعوتين بالقدر الممكن وبيان  
ذلك في مسائل رجالان  
ادعيا دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فهي للراكب لأنه مستعمل للدابة  
فكانت في يده (وكذلك) إذا



(۲۰۰)

كان لأحدهما عليه حمل وللآخر عليه كور معلق أو مخلاة معلقة فصاحب الحمل أولى  
لما قلنا ولو كانا جميعا راكبين  
لكن أحدهما في السرج والآخر رديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروي) عن أبي  
يوسف رحمه الله انها لراكب  
السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية انهما جميعا استويا في أصل الاستعمال فكانت  
الدابة في أيديهما فكانت  
لهما ولو كانا جميعا راكبين في السرج فهي لهما اجماعا لاستوائهما في الاستعمال ولو  
ادعيا عبدا صغيرا لا يعبر  
عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لأنه إذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة  
العروض والبهائم فتبقى اليد عليه ألا ترى أنه  
لو ادعى صبيا صغيرا مجهول النسب في يده انه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية  
فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع  
دعوى الحرية الا ببينة لأنه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه الا بدليل  
(وبمثله) لو ادعى غلاما كبيرا انه  
عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لأنه ادعاه في حال هو في يد نفسه فكان  
القول قوله ولو ادعيا عبدا  
كبيرا فقال العبد انا عبد لأحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا إذا كان  
العبد في يد رجل فافر انه لرجل  
آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في اقراره انه لغيره لان اقراره بالرق اقرار  
بسقوط يده عن نفسه فكان  
في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله إنه لغيره لان العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان  
فأعتقني وأنا حر فكذلك عند  
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروي عن أبي يوسف ان القول قول العبد ويحكم  
بحريته لان العبد متمسك بالأصل إذ  
الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهدا له فالصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما  
أقر انه كان عبدا فقد أقر بزوال  
حكم الأصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الأصل فكان الظاهر  
شاهدا له ولو ادعيا ثوبا  
وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله فاللابس أولى لأنه مستعمل للثوب (ولو ادعيا)  
بساطا وأحدهما جالس  
عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس بجلوسه والنوم عليه أولى  
لاستوائهما في اليد عليه (ولو ادعيا)  
دارا وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئا من

بناء أو حفر فهي لصاحب  
البناء والحفر لأن سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده  
ولو لم يكن شئ من ذلك  
ولكن أحدهما داخل فيها والا آخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) إذا كانا جميعا فيها  
لأن اليد على العقار لا تثبت  
بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخيط ثوبا في دار انسان فاختلفا  
في الثوب فالقول لصاحب  
الدار لأن الثوب وإن كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لأن  
الخياط وما في يده في داره والدار في يده  
فما فيها يكون في يده (حمال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان ذلك  
الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله  
فهو له لأن الظاهر شاهد له وإن كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لأن الظاهر شاهد  
له (وكذلك) حمال عليه كارة  
وهو في دار بزاز اختلفا في الكارة فإن كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول  
الحمال لأن الظاهر شاهد له وإن كانت مما  
لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لأن الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائرا في دار  
رجل فاختلفا فيه فان اتفقا  
على أنه على أصل الإباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو  
من الشجر أو الحائط لأنه الآخذ  
دون صاحب الدار إذا الصيد لا يصير مأخوذا بكونه على حائط أو شجرة وقد قال عليه  
الصلاة والسلام الصيد  
لمن أخذه وان اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد فإنه  
ينظر ان أخذه من الهواء  
فهو له لأنه الآخذ إذ لا يد لاحد على الهواء وان أخذه من جداره أو شجره فهو  
لصاحب الدار لان الجدار  
والشجر في يده وكذلك ان اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول  
صاحب الدار لان الأصل ان  
ما في دار انسان يكون في يده هكذا روي عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا  
الفصل ولو ادعيا وأحدهما  
ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذا لو كان احدث فيها شيئا من بناء أو حفر فهي  
لصاحب البناء والحفر لان  
سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شئ  
من ذلك ولكن أحدهما



داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعا فيها لان اليد على العقار  
لا تثبت بالكون فيها وإنما

(٢٥٦)

تثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعيا حائطا من دارين ولأحدهما عليه جذوع فهو له لأنه مستعمل للحائط  
ولو كان لكل واحد منهما جذوع فإن كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد  
منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعد إن كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لأنهما استويا في استعمال الحائط  
فاستويا في ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت ان يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال  
له زد أنت أيضا إلى تمام عدد خشب صاحبك ان أطاق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا النزع ولو كان  
لأحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالقياس أن يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان  
لا يكون (وجه) القياس ان زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة  
لا يقع بها الترجيح ألا ترى أنه لو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وإن كان  
استعمال أحدهما أكثر دل ان المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويا فيه (ووجه) الاستحسان ان  
يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة لان الجدار لا يبنى له عادة وإنما يبنى لأكثر من ذلك  
الا ان الأكثر مما لا نهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيده به فكان اما وراء موضع الجذوع لصاحب  
الكثير وأما موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وإنما لصاحب القليل حق وضع الجذع لا  
أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع لجذع من الحائط وما رواه لصحاب الكثير (وجه) هذه  
الرواية ان صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (وجه؟) رواية الاقرار ما مر  
ان الاستعمال لا يحصل بالجذع والجذعين لان الحائط لا يبنى له عادة لم يكن شئ من الحائط في يده فكان كله  
في يد صاحب الكثير الا انه ليس له دفع الجذوع وإن كان موضع الجذع مملوكا له لجواز أن يكون أصل الحائط  
مملوكا لانسان ولآخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البيعة ان الحائط له لان له ان

يدفع لان البينة حجة  
مطلقة فإذا أقامها تبين ان الوضع من الأصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك  
حال عدم البينة لأننا إنما جعلنا  
الحائط له الظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط  
متصلا ببناء احدى الدارين اتصال  
التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالمعلق به ولو كان لأحدهما اتصال التزاق  
وللآخر جذوع فصاحب  
الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان  
لأحدهما اتصال  
التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى لان اتصال التربيع أقوى من  
اتصال الالتزاق  
ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب  
الجذوع حق وضع  
الجذوع لكن الكلام في صورة التربيع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله ان التربيع هو أن  
يكون انصاف البان  
الحائط مداخلة حائط احدى الدارين بينى كذلك كالأزج والطاقت فكان بمعنى النتاج  
فكان صاحب الاتصال  
أولى وذكر الكرخي رحمه الله ان تفسير التربيع أن يكون طرفا هذا الحائط المدعى  
مداخلين حائط احدى الدارين وهذا  
التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل ان المداخلة إذا كانت من  
جانبي الحائط كان صاحب الاتصال  
أولى بلا خلاف وإن كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب  
الاتصال أولى وعلى قول الكرخي  
رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ما ذكرنا ان ذلك بمعنى النتاج  
حيث حدث من بنائه كذلك فكان  
هو أولى وجه قول الكرخي ان المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء  
واحد فسقط حكم الاستعمال  
لضرورة الاتحاد فملك البعض يوجب ملك الكل ضرورة الا انه لا يجبر على الرفع بل  
يترك على حاله لان ذلك ليس من  
ضرورات ملك الأصل بل يحتمل الانفصال عنه في الجملة الا ترى ان السقف الذي هو  
بين بيت العلو وبين بيت  
السفل هو ملك صاحب السفل ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب  
السفل رفع السقف منع منه شرعا

كذا هذا جاز أن يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذع  
عليه بخلاف ما إذا أقام البينة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما تم فرع أبو يوسف على ما روى عنه  
من تفسير التبريع انه إذا اشترى دارا  
ولرجل آخر دار بجنب تلك الدار وبينهما حائط وأقام الرجل البيعة انه له فأراد المشتري  
ان يرجع على البائع بحصته من  
الثلث إن كان متصلا ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لأنه إذا كان  
متصلا ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعا  
فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلا ببناء المدعى وهو متصل ببناء  
الدار المبيعة فللمشتري ان يرجع على  
البائع بحصة الحائط من الثلث لأنه إذا كان متصلا بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان  
مبيعا فيثبت الرجوع عند  
الاستحقاق وإن كان متصلا بحائط الدار المبيعة وللآخر عليه جذوع لا يرجع وهذا  
يؤيد رواية الكرخي ان  
صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال إذا كان من جانب واحد ولو كان اتصال  
تبريع واستحق المشتري  
الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها لما ذكرنا ولو كان لأحدهما  
عليه سترة أو بناء وصاحبه مقربان  
السترة والبناء له فالحائط لصاحب السترة لأنه مستعمل الحائط بالسترة فكان في يده  
ولو لم يكن عليه سترة ولكن لأحدهما  
عليه مرادي هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى  
والبوادي شيئا لان وضع  
المرادي على الحائط ليس بأمر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان ملحقا بالعدم فلا  
يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه  
الحائط إلى أحدهما وظهره إلى الآخر وكان انصاف اللبن أو الطاقات إلى أحدهما فلا  
حكم لشيء من ذلك عن أبي  
حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن إليه وجه البناء وانصاف اللبن  
والطاقات وهذا إذا جعل الوجه  
وقت البناء حين ما بنى فاما إذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعا  
وعلى هذا الخلاف إذا ادعى بابا  
مغلقا على حائط بين دارين والغلق إلى أحدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن إليه  
الغلق ولو كان للباب غلقان من  
الجانبين فهو لهما اجماعا وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط  
إلى أحدهما فالخص بينهما عند  
أبي حنيفة رحمه الله ولا ينظر إلى القمط وعندهما النخص لمن إليه القمط وجه قولهما

في هذه المسائل اعتبار العرف  
والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللبن والطاقت والغلق  
والقمط إلى صاحب الدار فيدل  
على أنه بناؤه فكان في يده ولأبي حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد في الماضي لا  
وقت الدعوة واليد في الماضي لا تدل على  
اليد وقت الدعوة والحاجة في اثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك  
لأحدهما لكون المدعى في يده تجب  
عليه اليمين لصاحبه إذا طلب فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا  
إذا اختلفا في المرور في دار  
ولأحدهما باب من داره إلى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور  
فيها حتى يقيم البينة انه له في دار  
طريقا ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئا لان فتح الباب إلى دار غيره قد يكون  
بحق لازم وقد يكون بغير حق  
أصلا وقد يكون بحق غير لازم وهو الإباحة فلا يصلح دليلا على حق المرور في الدار  
مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود  
ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لاحتمال أن مروره فيها  
كان غصبا أو إباحة ولئن دلت على أنه  
كان لحق المرور لكن في الزمان الماضي لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق  
للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقا  
فان حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك إذا لم يحدوه كذا ذكر  
في الكتاب ومن أصحابنا رحمهم  
الله من حمل المسألة على ما إذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود  
به مجهول وجهالة المشهود به تمنع  
صحة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار ومنهم من أجرى جواب  
الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله  
معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة  
بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان  
أباه مات وترك طريقا في هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا إذا كان لرجل ميزاب  
في دار رجل فاختلفا في مسيل  
الماء فلصاحب الداران يمنعه عن التسييل حتى يقيم البينة ان له في هذه الدار مسيل ماء  
ولا يستحق صاحب الميزاب  
بنفس الميزاب شيئا لما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب إذا كان  
قدیما فله حق التسييل وذكر محمد في

كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا في ذلك فالقول قول  
صاحب الماء لأنه إذا كان يسيل

(٢٥٨)

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضع المسألة فما إذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشيء لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على ما مر ولو شهدوا ان له حقا في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم يبينوا تقبل شهادتهم أيضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيتبين بيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعى بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنكول كما في باب الأموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لأحدهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح والله تعالى أعلم

(فصل) وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين إذا اختلفا فلا يخلوا ما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن فلا يخلوا اما ان اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الأجل فان اختلفا في قدره بان قال البائع بعث منك هذا البعد بألفي درهم وقال المشتري اشتريت بألف فهذا لا يخلوا ما إن كانت السلعة قائمة واما إن كانت هالكة فإن كانت قائمة فاما إن كانت قائمة على حالها لم تغيرت إلى الزيادة أو إلى النقصان فإن كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وتراد سواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر والمشتري يدعى على البائع تسليم المبيع إليه عند أداء الألف وهو ينكر فيتحالفا لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغي ان لا يحلف البائع



ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعى على البائع شيئاً لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشتري  
زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا انا عرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله  
عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ويبدأ يمين المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبي  
يوسف الآخر وفي قوله الأول يبدأ يمين البائع ويقال إنه قول أبي حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية  
لان اليمين وظيفه المنكر والمشتري أشد انكار من البائع لأنه منكر في الحالين جميعاً قبل القبض وبعده والبائع بعد  
القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعى عليه شيئاً فكان أشد انكاراً منه وقبل القبض إن كان منكراً لكن المشتري  
أسبق انكار منه لأنه يطالب أولاً بتسليم الثمن حتى يصير عينا وهو ينكر فكان أسبق انكاراً من البائع فيبدأ يمينه فان  
نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم إذا تحالفا هل يفسخ البيع بنفس التحالف  
أو يحتاج فيه إلى فسخ القاضي اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم يفسخ بنفس التحالف لأنهما إذا تحالفا لم  
يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ وقال بعضهم لا يفسخ الا بفسخ القاضي عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح  
حتى لو أراد أحدهما امضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال  
التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لأنه انعقد بيقين فلا يزول لاحتمال  
عدم الفائدة على الأصل المعهود في الثابت بيقين لأنه لا يزول بالاحتمال فلا يفسخ الا بفسخ القاضي ولد ان يفسخ  
لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضي لأنهما لما تحالفا صار الثمن مجهولاً فيتنازعان فلا بد من  
قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا إذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاما إذا كانت تغيرت ثم اختلفا  
في قدر الثمن فلا يخلوا ما ان تغيرت إلى الزيادة واما ان تغيرت إلى النقصان فإن كان التغيير إلى الزيادة فإن كانت الزيادة  
متصلة متولدة من الأصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف

رحمهما الله وعند محمد رحمه

(٢٥٩)

الله لا تمنع ويرد المشتري العين بناء على أن هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما في عقود  
المعاوضات فتمنع التحالف وعنده  
لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل  
كالصبغ في الثوب والبناء والغرس في  
الأرض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما  
عنده لان هذا النوع من الزيادة  
بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة يمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة  
وإن كانت الزيادة منفصلة  
متولدة من الأصل كالولد والأرض والعقر فهو على هذا الاختلاف وإن كانت الزيادة  
متصلة غير متولدة من الأصل  
كالموهوب في المكسوب لا تمنع التحالف اجماعا فيتحالفان ويرد المشتري العين لأن  
هذه الزيادة لا تمنع الفسخ في عقود  
المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هي ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف  
وإذا تحالفا يرد المشتري المبيع  
دون الزيادة وكانت الزيادة له لأنها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الحنث  
فيها هذا إذا تغيرت السلعة إلى الزيادة  
فاما إذا تغيرت إلى النقصان في يد المشتري فنذكر حكمه إن شاء الله تعالى هذا إذا  
كانت السلعة قائمة فاما إذا كانت  
هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع  
يمينه في مقدار الثمن فان حلف  
لزمه ما أقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويرد  
المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار  
القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسألة ان  
هلاك السلعة هل يمنع التحالف  
عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان  
تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة  
والسلام التحالف مطلقا عن شرط قيام السلمة ولا يقال ورد هنا نص خاص مقيد بحال  
قيام السلعة وهو قوله على  
الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب  
عندنا ان المطلق لا يحمل على  
المقيد لما في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجرى المطلق على  
اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان  
التحالف حال قيام السلعة ثابتا بنصين وحال هلاكها ثابتا بنص واحد وهو النص المطلق

ولا تنافي بينهما فيجب العمل بهما جميعا ولهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقي التحالف وهو الحلف من الجانبيين بعد قبض المعقود عليه لأنه عليه الصلاة والسلام أوجب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري لان البائع يدعى عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الانكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا أو هذا القيد ثابت في النص الآخر أيضا دلالة لأنه قال عليه الصلاة والسلام وترادا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقي التحالف حال هلاك السلعة مثبتا بالخبر المشهور ويستوى هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف أصلا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك السلعة يمنع التحالف في قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلا حتى لو اشترى عبيدين فقبضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان على القائم ويترادان وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لأبي يوسف لان المانع من التحالف هو الهالك فيتقدر المنع بقدره تقديرا للحكم بقدر العلة ولأبي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقي التحالف حال هلاك بعضها منفيًا بالحديث المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالحزر والظن فلا يجوز التحالف عليه الا إذا شاء البائع

ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً فحينئذ يتحالفان لأنه رضى أن يكون  
الثنى كله بمقابلة القائم فيخرج الهالك

(٢٦٠)

عن العقد كأنه ما وقع العقد عليه وإنما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكما بان خرج عن ملك المشتري بسبب من الأسباب لان الهالك حكما يلحق بالهالك حقيقة وقد مر الاختلاف فيه وسواء خرج كله أو بعضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فخرج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان التحالف هنا يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم وحصة الخارج من الثمن بقول المشتري فحينئذ يتحالفان على القائم ويرد المشتري ما بقي في ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند أبي يوسف فاما عن أبي حنيفة فلا يتحالفان في الأحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيقي لا يمنع التحالف عنده فالحكمي أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وإذا تحالفا عنده فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرد المشتري القيمة ان لم يكن مثليا والمثل إن كان مثليا وان هلك بعضه بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر إن كان المبيع مما في تبعيضه ضررا وفي تشقيصه عيب فالبائع بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل وإن كان المبيع مما لا ضرر في تبعيضه ولا عيب في تشقيصه فللبائع ان يأخذ الباقي ومثل الفائت إن كان مثليا وقيمته ان لم يكن مثليا ولو خرجت السعلة عن ملك المشتري ثم عادت إليه ثم اختلفا في مقدار الثمن نظر في ذلك إن كان العود فسخا بان وجدبه عيبا فرده بقضاء القاضي يتحالفان ويرد العين لان الفسخ رفع من الأصل فجعل كأنه لم يكن وإذا لم يكن العود فسخا بأن كان ملكا جديدا لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان العود إذا لم يكن فسخا لا يبين ان الهالك لم يكن والهالك يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لا العين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان فيخرج على هذا الأصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول إذا انتقض المبيع في يد

المشترى ثم اختلفا في مقدار الثمن  
لم يتحالفا عندهما سواء كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري أو  
بفعل الأجنبي أو بفعل البائع  
لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء من المنع من التحالف كهلاك الكل  
على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه  
فلا يتحالفان والقول قول المشتري الا إذا كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو  
بفعل المشتري ورضى  
البائع ان يأخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لأجل النقصان شيئا فحينئذ يتحالفان ويتردان  
وعند محمد يتحالفان ثم البائع  
بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لأجل النقصان شيئا وان شاء  
ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم  
على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد وإن  
كان النقصان بفعل الأجنبي أو  
بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده وعنهما لا يتحالفان والقول المشتري  
مع يمينه هذا إذا اختلفا  
في قدر الثمن فاما إذا اختلفا في جنسه بان قال أحدهما الثمن عين وقال الآخر هو دين  
فإن كان مدعى العين هو البائع بان  
قال للمشتري بعت منك جاريتي بعبدك هذا وقال المشتري للبائع اشتريتها منك بألف  
درهم فإن كانت الجارية قائمة  
تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا  
وترادا من غير فصل بين ما إذا كان  
الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه وإن كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند  
أبي حنيفة وأبي يوسف والقول  
قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسألة هلاك السلعة وقد  
مرت وإن كان مدعى العين هو المشتري  
بان قال اشتريت جاريتك بعدي هذا وقال البائع بعتها منك بألف درهم أو بمائة دينار  
فإن كانت الجارية قائمة  
يتحالفان بالنص وإن كانت هالكة يتحالفان أيضا اجماعا ويرد المشتري القيمة اما على  
أصل محمد فظاهر لان هلاك  
السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلان وجوب اليمين على المشتري  
ظاهر أيضا لان البائع يدعى عليه  
ثمن الجارية ألف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلان المشتري يدعى  
عليه الزام العين وهو ينكر فكان

كل واحد منهما مدعي من وجه منكر من وجه فيتحالفان ولو كان البائع يدعي عينا  
والبعض دينا والمشتري يدعي

(٢٦١)



الكل دينا بان قال البائع بعت منك جاريتي بعبدك هذا وبألف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بألف درهم  
فإن كان المبيع وهو الجارية قائما تحالفا بالنص وإن كان هالكا فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك  
كان يدعى البعض عينا والبعض دينا والبائع يدعى الكل دينا بان قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدي هذا  
وبألف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعتك جاريتي هذه بألف درهم فإن كانت الجارية قائمة تحالفا وترادا  
بالنص وإن كانت هالكة يتحالفا أيضا اجماعا الا ان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى ألف درهم فما كان بإزاء  
العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري القيمة وما كان بإزاء الدين وهو الألف وذلك ثلثا الجارية يرد ألف درهم  
ولا يرد القيمة وإنما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعى كل الثمن عينا كان يتحالفا ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا  
ولو أن كل الثمن دينا لكان القول قوله ولا يتحالفا على ما مر فإذا كان يدعى البعض الثمن عينا وبعضه دينا يرد القيمة  
بإزاء العين فالقول قوله بإزاء الدين اعتبارا للبعض بالكل وعند محمد يتحالفا ويرد المشتري جميع الثمن هذا إذا اختلفا  
في جنس الثمن فاما إذا اختلفا في وقته وهو الأجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما  
ان اختلفا في أصل الأجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فان  
اختلفا في أصله لا يتحالفا والقول قول البائع مع يمينه لان الأجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الأصل  
في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعى الأصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضا لما قلنا وان  
اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يمض لان الأجل صار حقا له بتصادقهما فكان  
القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضي جميعا فقال البائع الأجل شهر وقد مضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا  
فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضي فيجعل الأجل شهرا لم يمض لأن الظاهر يشهد للبائع في القدر  
وللمشتري في المضي على ما مر هذا إذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكما

فاما إذا هلك العاقدان أو أحدهما  
والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو الحي منهما وورثة الميت فإن كانت السلعة غير  
مقبوضة تحالفا وترادا لان للقبض شبهة  
بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجرى بينهما  
التحالف الا ان الوارث يحلف  
على العلم لا على البتات لأنه يحلف على فعل الغير ولا علم له به إن كانت السلعة  
مقبوضة فلا تحالف عندهما والقول  
قول المشتري أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والأصل ان هلاك العاقد بعد  
قبض المعقود عليه كهلاك  
المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد  
ذلك لا يمنع من التحالف  
كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكنا عرفناه بنص  
خاص حال قيام العاقدين لأنه  
يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة  
فبقي التحالف بعد هلاكهما أو  
هلاك أحدهما منفا بالخبر المشهور هذا إذا اختلفا في الثمن أما إذا اختلفا في المبيع  
فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون  
عينا أو دينا وهو المسلم فيه فإن كان عينا فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع  
بعث منك هذا العبد بألف درهم  
وقال المشتري اشتريت منك هذه الجارية بألف درهم أو قال البائع بعث منك هذا العبد  
بألف درهم وقال المشتري  
اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بألف درهم تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة  
والسلام إذا اختلف المتبايعان  
تحالفا وترادا وإن كان دينا وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول اختلفا في الأصل لا  
يخلو من ثلاثة أوجه (أما) ان اختلفا  
في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (واما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما  
في المسلم فيه (واما) ان اختلفا فيهما  
جميعا فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا في جنس  
المسلم فيه (واما) ان اختلفا في  
قدره (وأما) ان اختلفا في صفته (واما) ان اختلفا في مكان ايفائه (واما) ان اختلفا في  
وقته وهو الأجل فان اختلفا  
في جنسه أو قدره أو صفته تحالفا وترادا لان هذا اختلاف في المعقود عليه وانه يوجب  
التحالف بالنص والذي يبدأ

باليمن هو المسلم إليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الأول وفي قوله الآخر  
وهو قول محمد هو رب السلم (وجه)

قولهما أن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به ولأبي حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم إليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغي أن لا يحلف أصلا إلا أن التحليف في جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبي يوسف أيضا أنه قال أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لأنه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعيين إلى القاضي يبدأ بأيهما شاء وان شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذي خرجت قرعته ولو اختلفا في مكان ايفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الايفاء في مكان كذا وقال المسلم إليه بل شرطت لك الايفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم إليه ولا يتحالفان عند أبي حنيفة وعندهما يتحالفان بناء على أن مكان العقد لا يتعين مكان الايفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الايفاء مفسدا للسلم عنده فلم يدخل مكان الايفاء في العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل في العقد الا بالشرط لا يوجب التحالف كأجل وعندهما مكان العقد يتعين مكانا للايفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الايفاء عندهما فكان المكان داخلا في العقد من غير شرط فيوجب التحالف وان اختلفا في وقت المسلم فيه وهو الأجل فنقول لا يدخلوا (أما) ان اختلفا في أصل الأجل (وأما) ان اختلفا في قدره (وأما) ان اختلفا في مضيه (وأما) ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فان اختلفا في أصل الأجل لم يتحالفوا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفا وترادا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولان الاختلاف في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته ألا ترى انه لا صحة للسلم بدون الأجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الأجل وصفا للمعقود عليه شرعا فيوجب التحالف (ولنا) ان الأجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف في الصفة لان الصفة في الدين معقود عليه كأجل والاختلاف في الأجل يوجب التحالف فكذا في الصفة وإذا لم يتحالفوا فإن كان مدعى الأجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لأنه يدعى صحة العقد والمسلم إليه يدعى الفساد

والقول قول مدعى الصحة ولان المسلم إليه  
متعنت في إنكار الأجل لأنه ينفعه والمتعنت لا قول له وإن كان هو المسلم إليه فالقول  
قوله عند أبي حنيفة ويجوز السلم  
استحسانا والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما (وجه)  
القياس ان الأجل أمر يستفاد  
من قبل رب السلم حقا عليه شرعا وانه منكر ثبوته والقول قول المنكر في الشرع  
(وجه) الاستحسان ان المسلم إليه  
بدعوى الأجل يدعى صحة العقد ورب المسلم بالانكار يدعى فسادة فكان القول قول  
من يدعى الصحة لأن الظاهر شاهد  
له إذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية وإذا كان  
القول قوله من أصل الأجل كان  
القول قوله في مقدار الأجل أيضا وقال بعضهم القول قوله إلى شهر لأنه أدنى الآجال  
فأما الزيادة على شهر فلا تثبت  
الا بالبينة وان اختلفا في قدره لم يتحالفا عندنا خلافا لزفر والقول قول رب السلم لما  
ذكرنا ان الأجل أمر يستفاد من  
قبله فيرجع في بيان القدر إليه وان اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم إليه وصورته إذا  
قال رب السلم كان الأجل  
شهرًا وقد مضى وقال المسلم إليه كان شهرًا ولم يمض وان أخذت السلم الساعة كان  
القول قول المسلم إليه لأنهما  
لما تصادقا على أصل الأجل وقدره فقد صار الأجل حقا للمسلم إليه فكان القول في  
المضى قوله وان اختلفا في قدره  
ومضيه جمعيا فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم إليه في المعنى لأن الظاهر  
يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم  
إليه في المضى هذا إذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما إذا اختلفا  
في رأس المال مع اتفاقهما في  
المسلم فيه تحالفا وترادا أيضا سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما  
قلنا في الاختلاف في المسلم فيه الا  
أن الذي يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعا لأنه المشتري وهو المنكر  
أيضا وان اختلفا فيهما جمعا فكذلك  
تحالفا وترادا لأنهما اختلفا في المبيع والثلث والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف  
ففيها أولى والقاضي يبدأ  
باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم  
(فصل) وأما بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل فنقول وبالله التوفيق حكم

الملك ولاية التصرف للمالك في

(٢٦٣)

المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به الا إذا تعلق به  
حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير اذنه ورضاه  
الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت في المحل إذا عرف هذا فنقول للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء  
سواء كان تصرفا يتعدى ضرره إلى غيره أو يتعدى فله أن يبني في ملكه مرحاضا أو حماما أو رحي أو تنورا وله أن  
يقعد في بنائه حدادا أو قصار أوله أن يحفر في ملكه بئرا أو بالوعة أو ديماسا وإن كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به  
جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه لان الملك مطلق للتصرف في الأصل والمنع منه  
لعارض تعلق حق الغير فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث قال عليه  
الصلاة السلام المؤمن من أمن جاره بوائقه ولو فعل شيئا من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لأنه  
لاصنع منه في ملك الغير وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو لغيره انههدما لم يجبر صاحب السفلى على بناء السفلى لأنه ملكه  
والانسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلوان شئت فابن السفلى من مال نفسك وضع عليه  
علوك ثم امنع صاحب السفلى عن الانتفاع بالسفلى حتى يرد عليك قيمة البناء مبنيان لان البناء وإن كان تصرفا في ملك  
الغير لكن فيه ضرورة لأنه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقا له شرعا وله حق الرجوع  
بقيمة البناء مبنيان لان البناء ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعد له  
وهو القيمة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان في ظاهر الرواية يرجع بما انفقه وكذا ذكر الخصاص أنه يرجع  
بما أنفق لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفلى ولا ضرر لصاحب السفلى في بنائه بل فيه نفع صار مأذونا  
بالانفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أنفق وهذا بخلاف البئر المشترك والد لأب المشترك والحمام المشترك  
ونحو ذلك إذا خرجت فامتنع أحدهما عن العمارة أنه يجبر الآخر على العمارة لان

هناك ضرورة لأنه لا يمكن الانتفاع به  
بواسطة القسمة لأنه لا يحتمل القسمة والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان  
الذي أبى العمارة متعنتا محضا  
في الامتناع فيدفع تعنته بالجبر على العمارة هذا إذا انهدما بأنفسهما فأما إذا هدم  
صاحب السفلى سفله حتى انهدم العلو  
يجبر على اعادته لأنه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالإعادة  
فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين  
دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يجبر واحد منهما علي بنائه لما قلنا ولكن إذا أبى  
أحدهما البناء يقال للآخران  
شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك  
نصف قيمة البناء مينا أو  
نصف ما أنفقته على حسب ما ذكرنا في السفلى والعلو وقيل إنما يرجع إذا لم يكن  
موضع الحائط عريضا ولا يمكن كل  
واحد منهما أن يبني حائطا على حدة في نصيبه بعد القسمة (فأما) إذا كان عريضا  
يمكن قسمته وان يبني كل واحد  
منهما في نصيبه حائطا يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير اذن صاحبه لا  
يكون له حق الرجوع على صاحبه  
بل يكون متبرعا لأنه يبني مالك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعا فلا يرجع  
عليه بشئ ولو أراد أحدهما قسمة  
عرضة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق  
وضع الخشب وفي القسمة جبرا  
ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا إذا لم يكن عريضا  
فإن كان يقسم قسمة جبر لأنه  
لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لاحد هما فطلب أحدهما القسمة  
وأبى الآخر فإن كان الطالب  
صاحب الجذوع يجبر الآخر على القسمة لأنه في الانتفاع متعنت وإنما الحق لصاحب  
الجذوع وقد رضى بسقوط  
حقه وإن كان الطالب من لا جذع له لا يجبر صاحب الجذوع على القسمة لان فيه  
ابطال حقه في وضع الجذوع فلا  
يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يجبر على اعادته لما ذكرنا انه أتلف  
محل حق أحدهما فيجب جبره على  
الإعادة وعلى هذا سفلى لرجل وعلى علو لغيره فأراد صاحب السفلى أن يفتح بابا أو  
يثبت كوة أو يحفر طاقا أو يقدر



وتدا على الحائط أو يتصرف فيه تصرفا لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا  
صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

(٢٦٤)

بأن أوجب وهن الحائط أو لم يضربه عند أبي حنيفة رحمه الله وعند هما له ذلك أن يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفلى أن يحفر في سفله بئرا أو بالوعة أو سردابا فله ذلك من غير رضا صاحب العلو اجماعا وكذا ايقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلوان يحدث على علوه بناء أو يضع جدو عالم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه بابا أو كنيفا لم يكن قبله ليس له ذلك عن أبي حنيفة سواء أضر بالسفلى أولا وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفلى وله ايقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل اجماعا منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما أن صاحب السفلى يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الا لحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الانسان لا يمنع من الاستظلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لانعدام تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولأبي حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى ان نقل المرأة والمبحار من دار المالك إلى موضع آخر حرام وإن كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه ان يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيض لان الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أولا وهنا حق لصاحب العلو متعلق بالسفلى فيحرم التصرف فيه الا باذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستظلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لان ذلك ليس تصرفا في ملك الغير وحقه إذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزابا أو كان ميزابا فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزابا أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لان صاحب الحق لا يملك التصرف

زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل  
الدار أن يبنوا حائطا ليسدوا مسيله أو أراد وأن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو  
يسفلوه لم يكن لهم ذلك لان  
ذلك تصرف في حق الغير بالابطال والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو  
بنى أصل الدار لتسييل ميزابه على  
ظهره فلهم ذلك لان مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق  
فأراد أهل الدار أن يبنوا في  
ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لان فيه ابطال حق المرور وينبغي أن يتركوا  
في ساحة الدار عرض باب  
الدار لان عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق  
جناحا أو ميزابا فنقول هذا في  
الأصل لا يخلو من أحد وجهين اما إن كانت السكة نافذة واما إن كانت غير نافذة فإن  
كانت نافذة فإنه ينظر إن كان ذلك  
مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر  
ولا اضرار في الاسلام ولو فعل  
ذلك فلكل واحد أن يقلع عليه ذلك وإن كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع  
به ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع  
والنقض فإذا تقدم إليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما يحل  
له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الأشجار وبناء الدكاكين  
والجلوس للبيع والشراء على  
قارعة الطريق (وجه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل  
للتحرز عن الضرر ولا ضرار  
بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولأبي حنيفة رحمه الله ان اشراع الجناح  
والميزاب إلى طريق العامة  
تصرف في حقهم لان هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هواؤها فكان  
الانتفاع بذلك تصرفا في حق الغير  
وقد مر ان التصرف في حق الغير بغير اذنه حرام سواء أضربه أولا الا أنه حل له الانتفاع  
بذلك قبل التقدم لوجود  
الاذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الانسان باذنه مباح فإذا  
وقعت المطالبة بصريح النقض  
بطلت الدلالة فبقي الانتفاع بالمبنى تصرفا في حق مشترك بين الكل من غير اذنه  
ورضاهم فلا يحل هذا إذا كانت

السكة نافذة فاما إذا كانت غير نافذة فإن كان له حق في التقديم فليس لأهل السكة  
حق المنع لتصرفه في حق نفسه وان لم

يكن له حق في التقديم فلهم منعه سواء كان لهم في ذلك مضرة أولا لما ذكرنا ان  
حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على  
المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم  
\* (كتاب الشهادة) \*

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الشهادة وفي بيان شرائط الركن وفي  
بيان ما يلزم الشاهد بتحمل  
الشهادة وفي بيان حكم الشهادة أما ركن الشهادة فقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفي  
متعارف الناس في حقوق العباد  
هو الاخبار عن كون ما في يد غيره لغيره فكل ما أخبر بأن ما في يد غيره لغيره فهو  
شاهد وبه ينفصل عن المقر والمدعى  
والمدعى عليه على ما ذكرنا في كتاب الدعوى  
(فصل) وأما الشرائط في الأصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط  
أداء الشهادة (أما) الأول

فثلاثة أحدها أن يكون عاقلا وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبي  
والذي لا يعقل لان تحمل الشهادة  
عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك الا بألة الفهم والضبط وهي العقل  
والثاني أن يكون بصيرا وقت التحمل  
عندنا فلا يصح التحمل من الأعمى وعند الشافعي رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة  
التحمل ولا لصحة الأداء لان  
الحاجة إلى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسمع  
وللأعمى سماع صحيح فيصح تحمله  
الشهادة ويقدر على الأداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لان  
الشهادة تقع له ولا يعرف كونه  
خصما الا بالرؤية لان النغمات يشبه بعضها بعضا (وأما) البلوغ والحرية والاسلام  
العدالة فليست من شرائط  
التحمل بل من شرائط الأداء حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا أو عبدا أو كافر أو  
فاسقا ثم بلغ الصبي وعتق  
العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي تقبل شهادتهم وكذا العبد إذا  
تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق  
فشهد له تقبل وكذا المرأة إذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانث منه فشهدت له تقبل  
شهادتها لان تحملها الشهادة للمولى  
والزوج صحيح وقد صاروا من أهل الأداء بالعتق والبيونة فتقبل شهادتهما ولو شهد  
الفاسق فردت شهادته لتهمة

الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لتهمة الزوجية ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد التوبة والبيونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبي العاقل أو الكافر على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فشهدوا في تلك الحادثة بعينها تقبل (ووجه) الفرق ان الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة وقد وردت فإذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجية في تلك الحادثة فقد أعاد تلك الشهادة وهي مردودة والشهادة المردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبي لأنه لا شهادة للكافر على المسلم أصلاً وكذا الصبي والعبد لا شهادة لهما أصلاً فإذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدثت لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة وهي غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعينة المشهود به بنفسه لا بغيره الا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولا يعلم مثل الشمس الا بالمعينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع الا في أشياء مخصوصة وهي النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وان لم يعاين بنفسه لان مبنى هذه الأشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعينة وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له ان يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له ان يشهد بموته واختلفوا في تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الاخبار عنده من غير تواطؤ لان الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع عن معينة فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر وذكر أحمد بن عمر وابن مهران الخصاف انه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامرأتان ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك استدلالاً بحكم الحاكم وشهادته فإنه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت انسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين الموت وبين النكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الأشياء وإن كان على الاشتهار الا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب لذلك شرط العدد في النكاح والنسب لافي الموت لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول إني لم أعين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ثم رجع وقال تقبل وذكر الطحاوي رحمه الله قول محمد مع أبي يوسف الآخر ووجه أن الولاء لحمة كلحمه النسب ثم الشهادة بالتسامع في النسب مقبولة كذا في الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضي الله عنه نشهد أن نافعاً كان مولى ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن جواز الشهادة بالتسامع في النسب لما أن مبنى النسب على الاشتهار فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشتهار فلا بد من معاينة الاعتاق حتى لو اشتهر اشتهار نافع لا بن سيدنا عمر رضي الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية الا أن مشايخنا ألحقوه بالموت لان مبنى الوقف على الاشتهار أيضاً كالموت فكان ملحقا به وكذا تجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية أن هذا قاضى بلد كذا ووالى بلد كذا وان لم يعاين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه يحصل بمعاينة دليله بان يرى ثوبا أو دابة أو دار في يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لان اليد

المتصرفة في المال من غير منازع دليل الملك  
فيه بل لا دليل بشاهد في الأموال أقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة  
حتى يقع في قلبه أيضا أنه له  
وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعا أنه لا تجوز للرأي الشهادة بالملك لصاحب اليد  
حتى يراه في يده يستعمله استعمال  
الملاك من غير منازع وحتى يقع في قلبه أنه له وذكر في الجامع الصغير وقال كل شيء  
في يد انسان سوى العبد والأمة  
يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والأمة فيقضى أن لا تحل له الشهادة بالملك  
لصاحب اليد فيهما الا إذا أقرأ بأنفسهما  
وإنما أراد به العبد الذي يكون له في نفسه يد بأن كان كبيرا يعبر عن نفسه وكذا الأمة  
لان الكبير في يد نفسه ظاهر إذا  
الأصل هو الحرية في بني آدم والرق عارض فكانت يده إلى نفسه أقرب من يد غيره  
فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه  
بخلاف الجمادات والبهائم لأنه لا يدلها فبقيت يد صاحب اليد دليلا على الملك ولان  
الحر قد يخدم كأنه عبد عادة وهذا  
أمر ظاهر في متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهر أن فلم تصلح اليد دليلا فيه أما إذا  
كان صغير الا يعبر عن نفسه  
كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لأنه لا يكون له في نفسه يد فيلحق بالعروض والبهائم  
فتحل للرأي الشهادة بالملك فيه  
لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط أداء الشهادة فأنواع بعضها يرجع  
إلى الشاهد وبعضها يرجع إلى  
نفس الشهادة وبعضها يرجع إلى مكان الشهادة وبعضها يرجع إلى المشهود به أما الذي  
يرجع إلى الشاهد فأنواع  
بعضها يعم الشهادات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض أما الشرائط العامة فمنها  
العقل لان من لا يعقل لا يعرف  
الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبي العاقل لأنه لا يقدر  
على الأداء الا بالتحفظ  
والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكر ولا يوجد من الصبي عادة ولان الشهادة فيها معنى  
الولاية والصبي مولى عليه ولأنه  
لو كان له شهادة للزمته الإجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى ولا يأب  
الشهداء إذا ما دعوا أي دعوا  
للأداء فلا يلزمه اجماعا ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلا  
عبدا مملو كالا يقدر على شيء



والشهادة شئ فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة ولان الشهادة تجرى مجرى  
الولايات والتمليكات أما معني

(٢٦٧)

الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغير وانه من باب الولاء وأما معنى التملك فان الحاكم يملك الحكم بالشهادة فكان الشاهد ملكه الحكم والعبد لا ولاية له على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولأنه لو كان له شهادة لكان يجب عليه الإجابة إذا دعى لأدائها للآية الكريمة ولا يجب لقيام حق المولى وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وأم الولد لأنهم عبيد وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة وعندهما تقبل شهادته لأنه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الأعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أولا وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته إذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا إذا كان المدعى شيئا لا يحتاج إلى الإشارة إليه وقت الأداء فاما إذا كان شيئا يحتاج إلى الإشارة إليه وقت الأداء لا تقبل شهادته اجماعا وجه قوله أبي يوسف أن اشتراط البصر ليس لعينه بل لحصول العلم بالمشهود به ذا يحصل إذا كان بصيرا وقت التحمل وجه قولهما أنه لا بد من معرفة المشهود له والإشارة إليه عند الشهادة فإذا كان أعمى عند الأداء لا يعرف المشهود له من غيره فلا يقدر على أداء الشهادة ومنها النطق فلا تقبل شهادة الأخرس لان مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ولا عبارة للأخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لقبول الشهادة على الاطلاق فإنها لا تقبل على الاطلاق دونها لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والشاهد المرضي هو الشاهد العدل والكلام في العدالة في مواضع في بيان ماهية العدالة انها ما هي في عرف الشرع وفي بيان صفة العدالة المشروطة وفي بيان انها شرط أصل القبول وجودا أم شرط القبول على الاطلاق وجودا ووجوبا أما الأول فقد اختلف عبارات مشايخنا رحمهم الله في ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لان أكثر أنواع الفساد والشر يرجع إلى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جريمة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسناته سيئاته فهو عدل وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال إذا رأيتم الرجل يعتاد

الصلاة في المساجد فاشهدوا  
له بالايمان وروى من صلى إلى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وقال بعضهم  
من يجتنب الكبائر وأدى  
الفرائض وغلبت حسناته سيئاته فهو عدل وهو اختيار أستاذ أستاذي الامام فخر الدين  
على البزدوي رحمه الله  
تعالى واختلفت في ماهية الكبائر والصغائر قال بعضهم ما فيه حد في كتاب الله عز  
وجل فهو كبيرة وما لاحد فيه  
فهو صغيرة وهذا ليس بسديد فان شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولاحد فيهما في  
كتاب الله تعالى وقال بعضهم  
ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا ويوجبه فهو صغيرة وهذا يبطل أيضا بأكل الربا فإنه  
كبيرة ولا يوجب الحد وكذا يبطل  
أيضا بأشياء أخر هي كبائر ولا توجب الحد نحو عقوق الوالدين والفرار من الزحف  
ونحوها وقال بعضهم كلما جاء  
مقرونا بوعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وأكل  
مال اليتيم والفرار من الزحف  
وهو مروى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقيل له ان عبد الله بن سيدنا عمر  
رضي الله عنهما قال الكبائر سبع  
فقال هي إلى سبعين أقرب ولكن لا كبيرة مع توبة ولا صغيرة مع اصرار وروى عن  
الحسن عن النبي عليه الصلاة  
والسلام أنه قال ما تقولون في الزنا والسرقه وشرب الخمر قالوا الله ورسوله أعلم قال  
عليه الصلاة والسلام هن فواحش  
وفيهن عقوبة ثم قال عليه الصلاة والسلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر فقالوا بلى يا رسول  
الله فقال عليه الصلاة  
والسلام الا شرك بالله وعقوق الوالدين وكان عليه الصلاة والسلام متكئا فجلس ثم قال  
الا وقول الزور الا وقول الزور  
الا وقول الزور فإذا عرفت تفسير العدالة في عرف الشرع فلا عدالة لشارب الخمر لان  
شربة كبيرة فتسقط به العدالة  
ومن مشايخنا من قال إذا كان الرجل صالحا في أموره تغلب حسناته سيئاته ولا يعرف  
بالكذب ولا بشئ من الكبائر  
غير أنه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتقوى لا للتلهي يكون عدلا وعامة مشايخنا  
على أنه لا يكون عدلا لان شرب  
الخمر كبيرة محضة وإن كان للتقوى ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفس الشرب  
لان شربه للتقوى دون التلهي

حلال وأما السكر منه فإن كان وقع منه مرة وهو لا يدري أو وقع سهواً لا تسقط  
عدالته وإن كان يعتاد السكر منه تسقط

(٢٦٨)

عدالته لان السكر منع حرام ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب ويجلس بينهم وإن كان لا يشرب لان حضوره مجلس  
الفسق فسق ولا عدالة للنائح والنائحة لان فعلهما محذور وأما المغنى فإن كان يجتمع  
الناس عليه للفسق بصوته فلا  
عدالة له وإن كان هو لا يشرب لأنه رأس الفسقة وإن كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع  
الوحشة لا تسقط عدالته لان ذلك  
مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذي يضرب  
شيئا من الملاهي فإنه ينظران لم  
يكن مستشعنا كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالته وإن كان مستشعنا  
كالعود ونحوه سقطت عدالته  
لأنه لا يحل بوجه من الوجوه والذي يلعب بالحمام فإن كان لا يطيرها لا تسقط عدالته  
وإن كان يطيرها تسقط عدالته  
لأنه يطلع على عورات النساء ويشغله ذلك عن الصلاة والطاعات ومن يلعب بالرند فلا  
عدالة له وكذلك من يلعب  
بالشطرنج ويعتاده فلا عدالة له وان اباحه بعض الناس لتشحيذ الخاطر وتعلم أمر الحرب  
لأنه حرام عندنا لكونه لعبا  
قال عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل أهل وتأديبه فرسه ورميه عن  
قوسه وكذلك إذا اعتاد  
ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات فإن كان يفعله أحيانا ولا يقامر به لا تسقط عدالته  
ولا عدالة لمن يدخل الحمام بغير  
مئزر لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفافا بها وهو انا بتركها  
فلا عدالة له لان الجماعة  
واجبة وإن كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضى عنده لا تسقط عدالته ولا  
عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل  
بعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف المحصنات وقاتل النفس  
المحرمة وأكل الربا ونحوه  
لان هؤلاء من رؤس الكبائر ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن لم  
ييال من أين يكتسب  
الدرهم من أي وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زور اطعما في المال  
والمعروف بالكذب لا عدالة  
له ولا تقبل شهادته أبدا وان تاب لان من صار معروفا بالكذب واشتهر به لا يعرف  
صدقه في توبته بخلاف  
الفاسق إذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهوا

وابتلى به مرة ثم تاب لأنه قل  
ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لا نسد باب الشهادة وأما الا قلف فتقبل شهادته  
إذا كان عدلا ولم يكن تركه الختان  
رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولان اسلامه إذا كان في حال الكبر فيجوز أنه خاف  
على نفسه التلف فإن لم يخف  
ولم يختنن تاركا للسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا  
تجوز وان كنا لا نستيقن كونه  
فاسقا في تلك الحال وتقبل شهادة ولد الزنا إذا كان عدلا لعمومات الشهادة لان زنا  
الوالدين لا يقدر في عدالته  
لقوله سبحانه وتعالى ولا تزرر وازرة وزر أخرى وما روى عنه عليه الصلاة والسلام ولد  
الزنا أسوأ الثلاثة فذافي  
ولد معين والله تعالى أعلم وتقبل شهادة الخصي لعمومات الشهادة وروى عن سيدنا  
عمر رضي الله عنه أنه قبل  
شهادة علقمة الخصي ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة ولان الخصاء لا يقدر  
في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة  
وأما شهادة صاحب الهوى إذا كان عدلا في هواه ودينه نظر في ذلك إن كان هوى  
يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة  
الكافر على المسلم غير مقبولة وإن كان لا يكفره فإن كان صاحب العصبية وصاحب  
الدعوة إلى هواه أو كان فيه مجانة  
لا تقبل أيضا لان صاحب العصبية والدعوة لا يبالي من الكذب والتزوير لترويج هواه  
فكان فاسقا فيه وكذا إذا  
كان فيه مجانة لان الماجن لا يبالي من الكذب فإن لم يكن كذلك وهو عدل في هواه  
تقبل لان هواه يزره عن  
الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطائية فإنهم لا شهادة لهم لان من نحلتهم انه  
تحل الشهادة لمن يوافقهم على  
من يخالفهم وقيل من نحلتهم أن من ادعى أمر امن الأمور وحلف عليه كان صادقا في  
دعواه فيشدهون له فإن كان هذا  
مذهبهم فلا تخلوا شهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لأهل الالهام لأنهم يحكمون  
بالالهام فيشهدون لم يقع في  
قلوبهم انه صادق في دعواه ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر  
شتيمة الصحابة رضي الله تعالى  
عنهم لان شتيمة واحد من آحاد المسلمين مسقطة للعدالة فشتيمتهم أولى ولا عدالة  
لصاحب المعصية لقوله عليه

الصلاة والسلام ليس منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على  
المعصية فهو كحمار نزع

(٢٦٩)

يدينه فكانت المعصية معصية مسقطه للعدالة والأصل في هذا الفصل أن من ارتكب  
جريمة فإن كانت من الكبائر سقطت عدالته الا أن يتوب فإن لم تكن من الكبائر فان أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك  
لان الصغيرة بالاصرار عليها  
تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وان  
لم يصر عليها لا تسقط عدالته  
إذا غلبت حسناته سيئاته وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم  
الله قال أبو حنيفة رضي الله عنه  
الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهي الثابتة بالسؤال عن حال الشهود  
بالتعديل والتزكية فليست  
بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله انها شرط ولقب المسألة ان القضاء بظاهر  
العدالة جائز عنده وعندهما لا  
يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف في أنه إذا طعن الخصم في الشاهد انه لا يكتفي  
بظاهر العدالة بل يسأل القاضي عن  
حال الشهود وكذا لا خلاف فيه أنه يسأل عن حالهم في الحدود والقصاص ولا يكتفي  
بالعدالة الظاهرة سواء طعن  
الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص إذا لم يطعن الخصم  
قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقالوا  
يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لان زمن  
أبي حنيفة رحمه الله كان من  
أهل خير وصلاح لأنه زمن التابعين وقد شهد لهم النبي عليه الصلاة والسلام بالخيرية  
بقوله خير القرون قرني  
الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفسحوا الكذب الحديث فكان الغالب  
في أهل زمانه الصلاح  
والسداد فوقعت الغنية عن السؤال عن حالهم في السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد في  
قرنهما فوقعت الحاجة إلى  
السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لاختلاف الزمان فلا يكون اختلاف حقيقة  
ومنهم من حقق الخلاف  
(وجه) قولهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال  
دون الدليل والحاجة ههنا  
إلى الاثبات وهو ايجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة  
بدليلها ولأبي حنيفة ظاهر قوله  
عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطا أي عدلا وصف الله سبحانه وتعالى مؤمني هذه



الأمة بالوساطة وهي العدالة  
وقال سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلا  
في المؤمنين وزوالها بعارض  
ولان العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول إليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت  
عدالتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب  
الاكتفاء به الا أن يطعن الخصم لأنه إذا طعن الخصم وهو صادق في الطعن فيقع  
التعارض بين الظاهرين فلا بد من  
الترجيح بالسؤال والسؤال في الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود يحتال فيها  
للدراء ولو طعن المشهود عليه في  
حرية الشاهدين وقال إنهما رقيقان ولا قالنا نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة  
على حريتهما لان الأصل في  
بني آدم وإن كان هو الحرية لكونهم أولا آدم وحواء عليما الصلاة والسلام وهما حران  
لكن الثابت بحكم  
استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والأصل فيه أن  
الناس كلهم أحرارا الا في  
أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا إذا كانا مجهولي النسب لم تعرف  
حريتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة  
بأن كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريته أو كانا عربيين فاما إذا لم  
يكونا ممن يجرى عليه الرق فالقول  
قولهما ولا يثبت رقهما الا بالبينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجود أم  
شرط القول مطلقا وجوبا  
ووجودا فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجود على  
الاطلاق ووجوبا لا شرط  
أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه وقال الشافعي عليه الرحمة انها شرط أصل القبول  
لا يثبت القبول أصلا دونها  
حتى أن القاضي لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز  
القبول من غير تحرر بالاجماع وكذا  
لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحرر وإذا شهد يجب  
عليه القبول وهذا هو الفصل  
بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا يجوز للقاضي  
أن يقضى بشهادة الفاسق  
أصلا وكذا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعنده لا ينعقد (وجه) قول الشافعي  
رحمه الله أن مبني قبول

الشهادات على الصدق لا يظهر الصدق الا بالعدالة لان خبر من ليس بمعصوم عن  
الكذب يحتمل الصدق

(٢٧٠)

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج في انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود والفاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن ترضون من الشهداء قسم الشهود إلى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضي وهو الفاسق شاهدا ولان حضرة الشهود في باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا للحاجة إلى شهادتهم عند الجحود والانكار لان النكاح يشتهر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والانكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن في الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواع من الفسق ويستنكف عن الكذب والكلام في فاسق تحرى القاضي الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض نقلة الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولن يثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لأنه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لأنه لو كان كذلك لقال لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين بل هذا إضافة الشاهدين إلى العدل وهو كلمة التوحيد فكأنه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي مقابلي كلمة العدل وهي كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرتة ومنها أن لا يكون محدودا في قذف عندنا وهو شرط الأداء وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامي على التأييد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن المحدود في القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملا بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذمي إذا قذف مسلما فحد حد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين وبمثل العبد المسلم إذا

قذف حراً ثم حد حد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعتق (ووجه) الفرق أن إقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الإقامة والثابت للذمي قبل إقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الإسلام فتبطل تلك الشهادة بإقامة الحد فإذا أسلم فقد حدث له بالإسلام شهادة غير مردودة وهي شهادته على أهل الإسلام لأنها لم تكن له لتبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الإسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد لأن العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لأن له عدالة الإسلام والحد أبطل ذلك على التأييد ولو ضرب الذمي بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته لأن المبطل للشهادة إقامة الحد في حالة الإسلام ولم توجد لأن الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لأن الحدة لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة روايتين آخرين فقال في رواية لا تقبل شهادته وفي رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً في الإسلام لأن السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الأخير وقد وجد كمال الحد في حالة الإسلام وفي رواية اعتبر الأكثر ان وجد أكثر الحد في حال الإسلام تبطل شهادته وإلا فلا لأن للأكثر حكم الكل في الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الأخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل في حال الإسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالإسلام هذا إذا شهد بعد إقامة الحد وبعد التوبة فاما إذا شهد بعد التوبة قبل إقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد إقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل إقامة الحد فهي مسألة شهادة الفاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحدودين في القذف فينعتد بالاجماع أما عند الشافعي رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعاً وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والانكار لاندفاع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وذا

يجعل بحضرة المحدودين في القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهي  
عن القبول والانعقاد ينفصل

(٢٧١)

عن القبول في الجملة وأما المحدود في الزنا والسرقة والشرب فتقبل شهادته بالاجماع إذا تاب لأنه صار عدلا والقياس أن تقبل شهادة المحدود في القذف إذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأييد ومنها أن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم ولأن شهادته إذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهما ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه إذا جر النفع إلى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد وان علا لولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لان الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معني جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاص رحمه الله في أدب القاضي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيدته ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج لزوجته وأما سائر القربات كالأخ والعم والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط في مال البعض عرفا وعادة فالتحقوا بالأجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالأجانب ولا تقبل شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاه لما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعي رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص نحو قوله تعالى جل وعلا واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوي عدل منكم وقوله عظمت كبرياؤه ممن ترضون من الشهداء من غير فصل بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجر المغنم إلى نفسه لأنه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهدا لنفسه لما روينا من حديث الخصاص رحمه الله وأما العمومات فنقول بموجبها لكن لم

قلتُم أن أحد الزوجين في الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهدا فلا تتناوله العمومات وكذا لا تقبل شهادة الأجير له في الحادثة التي استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع إلى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشريكين لصاحبه في مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فشهادة الفريقين باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما دارا أو عبدا وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفريقين جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهما في شهادته ولهما أن ما يأخذه كل فريق فالفريق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهدا لنفسه بخلاف ما إذا اختلف جنس المشهود به لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصما لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولأنه إذا كان خصما فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصي للميت واليتيم الذي في حجره لأنه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالما بالمشهود به وقت الأداء ذاكرا له عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى أنه له رأى اسمه وخطه وخاتمه في الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضي به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه) قولهما إنما لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحل له أدائها وإذا أداها تقبل ولان النسيان أمر جبل عليه الانسان خصوصا عن طول المدة بالشئ لان طول المدة ينسى فلو شرط تذكر الحادثة لأداء الشهادة لا نسد باب الشهادة فيؤدى إلى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولأبي حنيفة رحمه الله قوله

تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهد إذا  
علمت مثل الشمس فاشهد والا



فدع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزوير مع ما أن الخط للتذكر فخط لا يذكر وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف إذا وجد القاضي في ديوانه شيئاً لا يذكره وديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل إذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف إذا عزل القاضي ثم استقضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى في ديوانه الأول ولم يذكر ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التي ترجع إلى نفس الشهادة فأشياء منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من الألفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وإن كان يؤدي معنى الشهادة تعبداً غير معقول المعنى ومنها أن تكون موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفها لا تقبل الا إذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند امكان التوفيق لان الشهادة إذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعذر التوفيق انفردت عن الدعوى والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك في مسائل إذا ادعى ملكاً بسبب ثم أقام البينة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكاً مطلقاً ثم أقام البينة على الملك بسبب تقبل (ووجه) الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لأنه يظهر من الأصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعلم فصار المدعى بإقامة البينة على الملك المطلق مكذباً شهوده في بعض ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الأصل ينافي الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتها معاً في محل واحد بخلاف ما إذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البينة على الملك بسبب لان الملك بسبب أحص من الملك المطلق على ما بينا فقد شهدوا بأقل مما ادعى فلم يصبر المدعى مكذباً بشهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شئ لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد الشهود على ألف انه تقبل البينة على الألف لما قلنا كذا هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البينة على الملك بسبب آخر بان ادعى داراً

في يد رجل انه ورثها من أبيه  
ثم أقام البيينة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبا له أو تصدق بها عليه  
وقبض أو ادعى الشراء أو الهبة أو  
الصدقة ثم أقام البيينة على الإرث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف  
البينتين صورة ومعنى أما  
الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البينتين يختلف فلا يقبل الا إذا وفق بين  
الدعوى والشهادة فقال  
كنت اشترت منه لكنه جحدني الشراء وعجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهب مني  
وقبضت وأعاد البيينة  
تقبل لأنه إذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب شهوده ويصير هذا في  
الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه  
إعادة البيينة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا إذا وفق فقال ورثته من أبي الا انه جحد  
ارثي فاشترت منه أو وهب  
لي فإنها تقبل لزوال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعد  
هذا وأقام البيينة على  
الشراء بألف درهم لا تقبل لان البدل قد اختلف واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد  
فقد قامت البيينة على  
عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا إذا وفق المدعى فقال اشترت بالعبد الا انه  
جحدني الشراء به فاشتريته  
بعد ذلك بألف درهم فتقبل لزوال المخالفة وهذا إذا كان دعوى التوفيق في مجلس  
آخر بان قام عن مجلس الحكم  
ثم جاء وادعى التوفيق فاما إذا لم يقم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة  
ولو ادعى انه لم ثم أقام البيينة  
على أنه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلني  
بالخصومة فيه ثم أقام البيينة على أن  
ه له لا تقبل ووجه الفرق انه قوله أولا انه لي لا ينفي قوله إنه لفلان وكلني بالخصومة  
فيه لجواز أن يكون له بحق  
الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكنا فقبلت البيينة بخلاف الفصل  
الثاني لان قوله هو لفلان  
وكلني بالخصومة فيه ينفي قوله بعد ذلك هو لي لأنه صرح بان الملك فيه لفلان انه  
وكل بالخصومة فيه بقوله إن  
ه لفلان وكلني بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لي اقرارا منه بالملك لنفسه فكان  
مناقضا فلا تقبل ولو ادعى

انه لفلان و كلني بالخصومة فيه ثم أقام البينة على أنه لفلان آخر و كلني بالخصومة فيه  
لا تقبل لان قوله أولا انه لفلان

(٢٧٣)

وكلني بالخصومة فيه كما ينفي قوله إنه لي ينفي قوله إنه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه فلان تقبل الا إذا وفق فقال إن الموكل الأول باع من الموكل الثاني ثم وكلني الثاني بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى في ذي القعدة انه اشترى منه هذه الدار في شهر رمضان بألف ونقده الثمن ثم أقام البينة على أنه تصدق بالدار على المدعى في شعبان لا تقبل بينته لان دعوى التصديق في شعبان تنافي الشراء في شهر رمضان لاستحالة شراء الانسان ملك نفسه والتوفيق غير ممكن فلا تقبل وان أقام البينة على التصديق في شوال ووفق فقال جحدني الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى دارا في يدي رجل انها له وأقام البينة على أنها كانت في يد المدعى بالأمس لا تقبل وعن أبي يوسف انها تقبل ويؤمر بالرد إليه لو أقام صاحب اليد البينة على أنها كانت ملكا للمدعى تقبل بالاجماع (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان البينة لما قامت على أنها ما كانت في يده فالأصل في الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البينة على ملك كان ولان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولو ثبت بالمعينة أو بالاقرار انه كان في يده بالأمس يؤمر بالرد إليه كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الا بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام ولان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطله وقد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة بخلاف الملك والمعينة وبخلاف الاقرار لأنه حجة بنفسه والبينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي ولا وجه للقضاء بالمحتمل ولو أقام البينة انها كانت في يده بالأمس فاخذها هذا منه أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويقضى للخارج لأنه علم بالبينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد إليه وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى دارا في يد رجل أنه ورثها من أبيه وأقام البينة على أنها كانت لأبيه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان شهدوا ان الدار كانت لأبيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثها له وأمان ان قالوا إنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثا له واما ان قالوا إنها كانت في يد أبيه يوم الموت واما ان أثبتوا من أبيه فعلا فيها عند موته أما الوجه الأول فعلى

قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله  
لا تقبل الشهادة وعلى قول أبي يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لأبيه مات قبلها  
لا تقبل قالوا يجب أن يكون  
هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف على ما روى عنه في الأمالي ينبغي أن تقبل  
(وجه) قوله إن الملك متى  
ثبت لأبيه بشهادتهم فالأصل فيما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل فصار كما لو شهدوا  
انها كانت لأبيه يوم الموت  
أيضا (وجه) قولهما ان الشهادة خالفت الدعوى لان المدعى ادعى ملكا كائنا والشهادة  
وقعت بملك كان  
لا يملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل قوله ما ثبت يبقى قلنا نعم لكن  
لا حكما للدليل الثبوت لان  
دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وإنما البقاء بحكم استحباب الحال وانه لا يصلح حجة  
للاستحقاق ولو شهدوا  
انها كانت لجده فعندهما لا يقضى بها ما لم يشهدوا بالميراث بأن يقولوا مات جده  
وتركها لأبيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له  
وعند أبي يوسف ينظران علم أن الجد مات قبل الأب يقضى بها له وان علم أن الأب  
مات قبل الجد أو لم يعلم لم يقبض  
بها ولو شهدوا انها لأبيه لا يقضى بها له منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال  
هو على الخلاف الذي ذكرنا وهو  
الصحيح فإنه روى عن أبي يوسف انها تقبل وأما الوجه الثاني وهو ما إذا شهدوا انها  
كانت لأبيه مات وتركها  
ميراثا له فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لأنهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت  
والترك ميراثا له وهو تفسير  
الملك الموروث وأما الوجه الثالث وهو ما إذا شهدوا انها كانت في يده يوم الموت  
فالشهادة مقبولة لان مطلق  
اليد من الأصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة  
بملك قائم عند الموت فإذا مات فقد  
ترك فثبت الملك له في المتروك إذ هو تفسير الملك الموروث ولان يده إن كانت يد  
ملك كان الملك ثابتا للمورث عند  
الموت وإن كانت يد أمانة انتقلت يد ملك إذا مات مجهلا لان التجهيل عند الموت  
سبب لوجوب الضمان ووجوب  
الضمان سبب لثبوت الملك في المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما إذا ثبت ليد  
المشهود من الأب فعلا في

العين عند الموت فهذا على وجهين اما أن يكون ذلك فعلا هو دليل اليد واما أن يكون  
فعلا ليس هو دليل اليد والفعل

(٢٧٤)

الذي هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل في النقلات كاللبس والحمل  
أو فعل يوجد للنقل عادة  
كالركوب في الدواب أو فعلا يوجد في الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لامن  
غيرهم كالسكنى في الدور والفعل  
الذي ليس بدليل اليد هو فعل ثبت في النقلات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل  
عادة كالجلوس على البساط  
أو فعل ليس بفعل للملاك غالبا فيما لا يقبل كالنوم والجلوس في الدار وأشباه ذلك فإن  
كان فعلا هو دليل اليد  
تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عند موت الأب لان الشهادة القائمة على ما هو دليل  
اليد عند الموت قائمة على اليد  
عند الموت وإن كان فعلا ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لأنه لم يوجد دليل اليد التي  
هي دلالة الملك وعلى هذا يخرج  
ما إذا أقام المدعى البينة ان أباه مات في هذه الدار انها لا تقبل لأنه لم توجد الشهادة  
على اليد الدالة على الملك  
ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غالبا لان الدار قد يموت فيها  
المالك وقد يموت فيها غير المالك  
من الزوار والضعيف ونحوه ولو شهدوا انه مات وهو لابس هذا القميص أولا بس هذا  
الخاتم تقبل لان لبس  
القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد عن الموت أطلق  
محمد رحمه الله في الجامع الجواب  
في الخاتم ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما إذا كان الخاتم في خنصره أو بنصره  
يوم الموت وزعم أنه إذا كان  
فيما سواهما من الأصابع لا تقبل الشهادة لان الاستعمال الملاك في الخاتم هذا عادة  
فكانت الشهادة القائمة  
عليه قائمة على اليد فاما جعله فيما سواهما من الأصابع من الملاك فهو ليس بمعتاد فلا  
يكون ذلك استعمال الخاتم  
فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا لو جعل المودع الخاتم في خنصره أو بنصره فضاع من  
يده يضمن لما انه استعمله  
ولو جعله فيما سواهما الأصابع فضاع لا يضمن لما ان ذلك حفظ وليس باستعمال  
والصحيح اطلاق جواب  
الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد ولو شهدوا  
انه مات  
وهو جالس على هذا البساط أنو على هذا الفراش أو نائم عليه لا تقبل لأن هذه الأفعال

تتصور من غير  
نقل ولا تفعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل أليس انه لو تنازع اثنان في بساط  
أحدهما جالس  
عليه والآخر متعلق به أنه يكون بينهما نصفين وهذا دليل ثبوت يديهما عليه قبل له إنما  
قضى به بينهما  
نصفين لدعواهما انه في يديهما لا لثبوت اليد لان الجلوس عليه والتعلق به كل واحد  
منهما يتحقق بدون النقل ولا  
يوجدان النقل غالبا على ما بينا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو راكب  
على هذه الدابة تقبل ويقضى  
بالدابة للوارث لان الركوب وإن كان يتهيأ بدون نقل الدابة الا انه لا يفعل عادة الا  
لنقل فكان دليل اليد ولو شهدوا  
أنه مات وهو ساكن هذه الدار تقبل ويقضى للوارث (وروى) عن أبي يوسف انه لا  
تقبل ولا يقضى (ووجه) ان  
فعل السكنى في الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلا على اليد  
والصحيح جواب ظاهر الرواية  
لان السكنى فعل يوجد في الغالب من الملاك من غيرهم هذا هو المعتاد فيما بين الناس  
فيحمل المطلق عليه ولو شهدوا  
انه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا انه كان حاملا له لا تقبل ولا  
يستحق المدعى بهذا شيئا لأنه  
يحتمل انه وضعه بنفسه أو وضعه غيره ويحتمل انه وقع عليه من غير صنع أحد بان  
هبث ريح به فالقته على رأسه فوق  
الشك في النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا تثبت اليد بالشك ثم نقول إذا شهد  
الشهود انها كانت لأبيه مات وتركها  
ميراثا للورثة فلا يخلوا ما ان قالوا هذا وارثه لا وارث له غيره واما ان قالوا هو وارثه لا  
نعلم أن له وارثا غيره واما ان قالوا هو  
وارثه ولم يقولوا الا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فاما الوجه الأول وهو  
ما إذا قالوا هو وارثه لا وارث له  
غيره فإنه تقبل شهادتهم استحسانا والقياس ان لا تقبل لأنها كشهادة على ما لا علم  
للساهد به لاحتمال أن يكون له  
وارث لا يعلمه وقد قال عليه والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فذع  
(وجه) الاستحسان ان  
قولهم لا وارث له غيره معناه في متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثا غيره أولا  
وارث له غيره في علمنا ولو نص على



ذلك لقبلت شهادتهم فكذا هذا والله سبحانه أعلم (وأما الوجه الثاني وهو ما إذا قالوا  
هو وارثه لا نعلم له وارثا غيره

تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره لأنهم لو لم يقولوا لا وارث له غيره احتمال أن يكون لا وارث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامة لان الشاهد إنما تحل له الشهادة بما في علمه ونفى وارث آخر ليس في علمه فلا تحل له الشهادة به الا على اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا ولو قالوا لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر أو في أرض كذا تقبل عند أبي حنيفة وعندهما لا تقبل (وجه)

قولهما ان قولهما لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر لا ينفى وارثا غيره لجواز أن يكون له وارث آخر في مصر آخر ولأبي حنيفة رحمه الله انه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لعلموه لان وارث الانسان لا يخفى على أهل بلده عادة فكان التخصيص والتعميم فيه سواء ثم إذا شهدوا انه وارثه لا وارث له غيره أو شهدوا انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره أولا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فإنه يدفع كل التركة إليه سواء كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب كالابن والأب والام ونحوهم أو يحتمله كالأخ والأخت والجد ونحوهم لأنه تعين وارثا له فيدفع إليه جميع الميراث الا إذا كان زجا أو زوجة فلا يعطى الا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج الا النصف ولا تعطى المرأة الا الربع لأنهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لأنه لا يرد عليهما وفي هذين الموضوعين لا يؤخذ من الوارث كفيل بالاجماع وأما الوجه الثالث وهو ما إذا شهدوا انه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا الا نعلم له وارثا غيره فإنه ينظر إن كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع إليه شئ لجواز أن يكون ثمة حاجب فإن كان لا يعطى وان لم يكن يعطى بالشك وإن كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع إليه جميع المال الا الزوج والزوجة فإنه لا يدفع إليهما الا نصيبهما وهو أكثر النصيبين عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللمرأة الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللمرأة الثمن في ظاهر الرواية عنه (وجه) قول محمد رحمه الله ان النقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاحمة وفي وجود المزاحم شك فلا يثبت النقصان بالشك ولأبي يوسف رحمه الله ان الأقل ثابت بيقين

وفى الزيادة شك فلا تثبت  
الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللمرأة ربع الثمن لجواز أن  
يكون له أربع نسوة  
فيكون لها ربع الثمن لأنه ثابت بيقين وفى الزيادة شك وروى عنه أصحاب الاملا  
وللزوج الخمس والمرأة ربع  
التسع أما الزوج فلان من الجائز أن يكون للمرأة أبوان وبتان وزوج أصل المسألة من  
اثني عشر للأبوين  
السدسان أربعة وللبنيتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت  
الفريضة من خمسة  
عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز أن يكون  
للميت أبوان وبتان وزوجة  
أصل المرأة من أربعة وعشرين للأبوين السدسان ثمانية وللبنيتين الثلثان ستة عشر  
وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة  
أسهم فصارت الفريضة سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين نسعها ثم من الجائز أن  
يكون معها ثلاثة أخرى  
فيكن أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربعة لا تستقيم فتضرب أربعة فى  
تسعة ويكون ستة  
وثلاثين سهما تسعها أربعة فلها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة  
وثلاثين سهما ثم فى هذا الوجه  
الثالث إذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال إليه هل يؤخذ منه كفيل  
قال أبو حنيفة عليه الرحمة  
لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ (وجه) قولهما أن أخذ الكفيل  
لصيانة الحق والحاجة مست  
إلى الصيانة لاحتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظرا للوارث كما فى رد الآبق  
واللقطة إلى صاحبها  
ولأبي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر لحال ثابت بيقين وفى ثبوت الحق لوارث آخر  
شك لأنه قد يظهر وارث  
آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع ما ان  
المكفول له مجهول والكفالة  
للمجهول غير صحيحة وإنما أخذ الكفيل بتسليم الآبق واللقطة فقد قيل إنه قولهما لما  
ان فى المسألة روايتان فاما  
عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على أنا سلمنا فتلك كفالة لمعلوم لا  
لمجهول لان الراد إنما يأخذ الكفيل

لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه  
المسألة في الجامع الصغير

(٢٧٦)

وقال هذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرأيت لو لم يجد كفيلا كنت أمنعه  
حقه دلت تسميته أخذ  
الكفيل ظلما على أن مذهبه ان ليس كل مجتهد مصيبا إذا الصواب لا يحتمل أن يكون  
ظلما فدللت المسألة على براءة  
ساحته عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنه وأما الذي يرجع إلى المشهود به فمنها أن  
تكون الشهادة بمعلوم فإن كانت  
بمجهول لم تقبل لان علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فما لم يعلم لا  
يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج  
ما إذا شهد رجلان عند القاضي ان فلانا وارث هذا الميت لا وارث له غير أنه لا تقبل  
شهادتهما لأنهما شهدا بمجهول  
لجهالة الوارث أسباب الوراثة واختلاف أحكامهما فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا  
يعلمون له وارثا غيره أو اخوه  
لأبيه وأمة لا يعلمون له وارثا غيره وقوله لا يعلمون له وارثا غيره لثلا يتلوم القاضي لا  
لأنه من الشهادة عند محمد رحمه  
الله لجنس هذه المسائل بابا في الزيادات يعرف ثمة إن شاء الله تعالى ومنها أن يكون  
المشهود به معلوما للشاهد عند أداء  
الشهادة حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وان رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر  
بنفسه وهذا عند أبي حنيفة  
رضي الله عنه وعندهما ان رأى خطه وختمه له ان يشهد نحو ما تقدم من الخلاف  
والحجج من الجانبين وأما  
الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لان الشهادة لا تصير حجة ملزمة الا  
بقضاء القاضي فتختص بمجلس  
القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون  
البعض فأنواع أيضا (منها)  
الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعى بنفسه أو نائبه لان الشهادة  
في هذا الباب شرعت لتحقيق قول  
المدعى ولا يتحقق قوله الا بدعواه اما بنفسه واما بنائبه وأما حقوق الله تبارك وتعالى  
فلا يشترك فيها الدعوى  
كأسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقا لله تعالى الا انه  
شرطت الدعوى في باب  
السرقه لان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط تحقق كون الفعل سرقة شرعا ولا  
يظهر ذلك الا بالدعوى فشرطت  
الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد انه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق الله تعالى

فلا تشترط فيه الدعوى  
مع الاتفاق على أن عتق الأمة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتق والله  
سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد  
في الشهادة بما يطلع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم  
يكونا رجلين فرجل وامرأتان  
(وقوله) سبحانه وتعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولان الواجب على الشاهد إقامة  
الشهادة لله عز وجل الآية وهو قوله  
تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولا تقع  
الشهادة لله الا وأن تكون خالصة  
صافية عن جر النفع ومعلوم ان في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لان من  
صدق قوله يتلذذ به فلو قبل قول  
الفرد لم تخل شهادته عن جر النفع إلى نفسه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العدد في  
الشهادة ليكون كل واحد مضافا  
إلى قول صاحبه فتصفو الشهادة لله عز شأنه ولأنه إذا كان فردا يخاف عليه السهو  
والنسيان لان الانسان  
مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليذكر البعض البعض عند اعتراض  
السهو والغفلة كما قال  
الله تعالى في إقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة ان تصل إحداهما فتذكر إحداهما  
أخرى ثم الشرط عدد  
المثني في عموم الشهادات القائمة على ما يطلع عليه الرجال الا في الشهادة بالزنا فإنه  
يشترط فيها عدد الأربعة  
لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأنوا بأربعة شهداء وقوله تعالى فإن لم يأتوا  
بالشهداء فأولئك  
عند الله هم الكاذبون ولان الشهادة في هذا الباب أحد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع  
الآخر  
وهو الاقرار ثم عدد الأقارير الأربعة شرط ظهور الزنا عندنا فكذا عدد الشهود الأربعة  
بخلاف سائر الحدود فإنه لا يشترط العدد في الاقرار لظهورها فكذا في الشهادة ولان  
عدد الأربعة في الزنا ثبت  
نصا بخلاف القياس لان خبر من ليس بمعصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب  
وعدد الأربعة في  
احتمال الكذب مثل عدد المثني ما لم يدخل في حد التواتر لكنا عرفناه شرطا بنص  
خاص معدولا به عن القياس فبقي  
سائر الأبواب على أصل القياس واما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة

في النساء فالعدد فيه ليس

(٢٧٧)

بشرط عندنا فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثلاثان أحوط وعند مالك والشافعي  
رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا  
ان عند مالك رحمه الله يكتفى فيه بامرأتين وعند الشافعي رحمه الله لا بد من الأربع  
وجه قول مالك ان شهادة الرجال  
لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعددهم من النساء  
ووجه قول الشافعي رحمه  
الله ان الشرع أقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل ثم لا يكتفى بأقل من رجلين  
فلا يكتفى بأقل من أربع  
نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الأصل ثبت تعبدا غير معقول المعنى لان  
خبر من ليس بمعصوم عن الكذب  
لا يفيد العلم قطعا ويقينا وإنما يفيد غالب الرأي وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد  
العدل ولهذا لم يشترط العدد  
في رواية الاخبار الا انا عرفنا العدد فيها شرطا بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة  
النساء في حالة مخصوصة وهي أن يكون  
معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فبقيت حالة الانفراد عن الرجال على  
أصل القياس وقد روى أن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد  
بالولادة يقبل لأنه لما قبل شهادة  
امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين  
فيما يشترط فيه العدد فان  
اختلفا لم تقبل لان اختلافهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف  
الشهادتين لم يوجد الا أحد  
شطرى الشهادة ولا يكتفى به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في  
جنس المشهود به وقد يكون في  
قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس  
فقد يكون في العقد وقد يكون في المال  
اما في العقد فهو ان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا  
تقبل لاختلاف العقدين صورة  
ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعقد غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما  
شهادة شاهدين واما في المال فهو ان  
يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لأنهما جنسان مختلفان وليس على  
أحدهما شهادة شاهدين واما  
اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما إذا ادعى رجل على رجل الف درهم



وأقام شاهدين شهد أحدهما بالفيين  
والآخر بألف لاتقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلا وعندهما تقبل على الألف ولو كان  
المدعى يدعى ألفا وخمسمائة  
فشهد أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف تقبل على الألف بالاجماع وجه قولهما  
ان الشهادة لم تخالف الدعوى  
في قدر الألف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه  
فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما إذا  
ادعى ألفا وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بألف تقبل على الألف لما قلنا كذا  
هذا ولأبي حنيفة رحمه الله ان  
شطر الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفيين وانه اسم وضع دلالة على عدد  
معلوم والاسم الموضوع دلالة  
على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كالمترك لألف من الإبل  
والهنيذة لمائه منها ونحو ذلك فلم  
تكن الألف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى  
فانفردت الشهادة عن الدعوى فيما  
يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما إذا ادعى ألفا وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك  
والآخر بألف انه يقبل على الألف  
لان الألف والخمسمائة اسم لعددین الا ترى انه يعطف أحدهما على الآخر فيقال الف  
وخمسمائة فكان كل واحد منهما  
بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما  
مقصودا فإذا شهد أحدهما بألف  
فقد شهد بأحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في  
عدد الألف فيقضى به للمدعى  
لقيام الحجة عليه بخلاف الألف والألفين لأنه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه  
بحال فلم تكن الألف المفردة داخلة  
تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليها شهادة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا  
تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى  
ألفا فشهد أحدهما بالألف والآخر بالفيين لا تقبل على الألف بالاجماع لان المدعى  
كذب أحد شاهديه في بعض  
ما شهد به فأوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا إذا وفق فقال كان لي عليه ألفان  
الا انه كان قد قضاني ألفا ولم يعلم به  
الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى ألفا فشهد أحدهما بها والآخر بألف وخمسمائة لا تقبل  
لما قلنا الا إذا وفق فقال كان لي

عليه الف وخمسمائة الا انه قضائي خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لأنه إذا وفق  
فقد زال الاختلاف المانع من القبول

(٢٧٨)

ولو ادعى على رجل انه باع عبده بألفي درهم وهو ينكر فشهد شاهد بألفين وآخر بألف أو ادعى انه باعه بألف وخمسمائة فشهد أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف لا تقبل بالاجماع لان الشاهدين اختلفا في البذل واختلفا البديلين  
يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهدا بعقد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين  
فلا تقبل ولا يثبت العقد وكذا لو كان المشتري مدعيا والبائع مدعى عليه لما قلنا فإن كان هذا في الإجارة ينظر إن كانت الدعوى من المؤاجر في مدة الإجارة لا تقبل لان هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقدين شهادة شاهدين  
فلا تقبل كما في باب البيع وإن كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الإجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه  
حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا إذا كانت الدعوى من المؤاجر فإن كانت من المستأجر لا تقبل سواء كانت الدعوى في المدة أو بعد انقضائها لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في النكاح فإن كانت الدعوى من المرأة فهذا دعوى المال عند أبي حنيفة عليه الرحمة حتى أنها لو ادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسمائة فشهد لها شاهدان أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف تقبل والنكاح جائز بألف درهم وعندهما لا تقبل ولا يجوز  
النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لا تقبل الاجماع لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى في الخلع أو في الطلاق على مال أو في العتاق أو في الصلح عن دم العمد على مال فإن كانت الدعوى من الزوج أو من المولى أو ولي القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وإن كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لا تقبل لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في الكتابة فإن كانت الدعوى من المكاتب لا تقبل لان هذا دعوى العقد فلا تقبل ولا تصح الكتابة وإن كانت من المولى فلا تصح لان للمكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة في الزمان ولا مكان فإنه ينظر إن كان ذلك في الأقارير لا يمنع القبول وإن كان في الأفاعيل من القتل والقطع والغصب وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار مما

يحتمل التكرار فيمكن  
التوفيق بين الشهادتين لسماعه عن الاقرار في زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف  
بين الشهادتين بخلاف القتل  
والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والفسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار فاختلاف  
الزمان والمكان فيها يوجب  
اختلاف الشهادتين فيمنع القبول وبالله التوفيق ولو ادعى رجل على رجل قرض ألف  
درهم فشهد شاهدان أحدهما  
على القرض والآخر على القرض والقضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى  
بالقضاء في ظاهر الرواية وروي  
عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضا لأنهما وان اجتمعا  
على الشهادة بالفرض لكن الذي  
شهد بالقضاء فسخ شهادته بالقرض فبقي على الفرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة  
والصحيح جواب ظاهر  
الرواية لان الشهادتان اختلفتا في القضاء لافى القرض بل اتفقا على القرض فيقضى به  
وقوله شاهد القضاء فسخ  
شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض  
يكون (وأما) الذي يرجع إلى  
المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا  
تقبل فيها شهادة النساء لما روى  
عن الزهري رحمه الله أنه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى إليه عليه وسلم  
والخليفتين من بعده رضوان الله تعالى  
عليهما انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مبناهما  
على الدرء والاسقاط بالشبهات  
وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لأنهن جبلن على السهو والغفلة ونقصان العقل والدين  
فيورث ذلك شبهة بخلاف  
سائر الأحكام لأنها تجب مع الشبهة ولأن جواز شهادة النساء على البدل من شهادة  
الرجال والابدال في باب الحدود  
غير مقبولة كالكفارات والوكالات واما الشهادة على الأموال فالذكورة ليست فيها  
بشرط والأنوثة ليست بمانعة  
بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المدائنة  
فاستشهدوا شهيدين من رجالكم  
فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلف في اشتراطها في  
الشهادة بالحقوق التي ليست

بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضي الله عنهم ليست بشرط وقال  
الشافعي رضي الله عنه شرط (وجه)

قول الشافعي رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورة لأنها جعلت حجة في باب الديانات عند عدم الرجال ولا ضرورة في الحقوق التي ليست بمال لاندفاع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم تجعل حجة في باب الحدود والقصاص وكذا لم تجعل حجة بانفراد هن فيمالا يطلع عليه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالى واستشهدوا الا آية جعل الله سبحانه وتعالى لرجل وامرأتين شهادة على الاطلاق لأنه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من له شهادة على الاطلاق فاقضى أن يكون لهم شهادة في سائر الأحكام الا ما قيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان اجماعاً منهم على الجواز ولان شهادة رجل وامرأتين في اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيها على جانب الكذب بالعدالة لا انها لم تجعل حجة فيما يدرأ بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها لما ذكرنا وهذه الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بأنها ضرورة فلا تسلم فإنها مع القدرة على شهادة الرجال في باب الأموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الأنوثة يصير مجبوراً بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلف في اشتراطها في الشهادة على الاحصان قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم ليست بشرط وقال زفر شرط حتى يظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعنده لا يظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط في علة العقوبات بالاجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين والاحصان من جملة أو صاف العلة لأن علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا لموصوف بالتغليط ولا يتغلط الا بالا حصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا يثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما أنه لو أقر بالزنا رجع وكذا الشهادة القائمة على الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآية ودلالاتها على نحو ما تقدم مع الشافعي رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا الا ممنوع بل هو

شرط العلة فيصير الزنا عنده علة  
والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط لما عرف في أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد  
الاقرار فلا نسلم أنه  
لا يصح الرجوع في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يصح في قول زفر رحمه الله وهذا  
حجة على زفر ولا رواية فيئه  
عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما لله فلنا أن نمنع وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه  
حق الله سبحانه وتعالى لا على أن  
ه تضاف إليه العقوبة الا ترى ان الدعوى ليست بشرط في عتق الأمة اجماعا ولا في  
عتق العبد عند أبي يوسف  
ومحمد وإن كان لا تقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حق الله تعالى في  
هذا الوقت على ما عرف في  
الخلافيات ومنهم اسلام الشاهد إذا كان المشهود عليه مسلما حتى لا تقبل شهادة  
الكافر على المسلم لان الشهادة  
فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه وتقبل  
شهادة المسلم على الكافر لأنه  
من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى (وأما) إذا كان المشهود عليه  
كافرا فاسلام الشاهد  
هل هو شرط لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ليس  
بشرط حتى تقبل شهادة أهل  
الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت ملهم أو اختلفت بعد إن كانوا عدولا ولا في  
دينهم وقال الشافعي رحمه الله  
شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلا واحتج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين  
على المؤمنين سبيلا نفى  
الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي قبول شهادة بعضهم  
على بعض اثبات السبيل  
للكافرين على المؤمنين لأنه يجب على القاضي القضاء بشهادتهم وانه منفي ولان  
العدالة شرط قبول الشهادة والفسق  
مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول (ولنا) قول النبي عليه الصلاة  
والسلام في ذلك الحديث فإذا  
قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن له ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم على  
المسلم شهادة فكذا للذمي على الذمي  
فظاهره يقتضى أن يكون للذمي على المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار  
مخصوصا من عموم النص ولان الحاجة

مست إلى صيانة حقوق أهل الذمة ولا تحصل الصيانة الا وأن يكون لبعضهم على بعض  
شهادة ولا شك أن الحاجة

(٢٨٠)



إلى صيانة حقوقهم ماسة لأنهم إنما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لأن هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معادتهم ليتحملوا حوادثهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عندا الجحود والانكار فدعت الحاجة إلى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وإنما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب ولا حكم لا يثبت بالشرط فلا يكون في قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت مللهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصراني على اليهودي واليهودي على المجوسي وقال ابن أبي ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد أن يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لأنه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وإن كان فيها صورة لأنه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذمي من أهل دار الاسلام فاختلفت الدار ان فلم تقبل شهادة الذمي عليه بالنص الذي روينا وصار حكم المستأمن مع الذمي في الشهادة كحكم الذمي مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن أن اتفقت دارهم ومللهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها الاحد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها إذا تقادم العهد الاعلى حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف في كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرائحة في الشهادة على شرب الخمر إذا لم يكن سكران ولم يتحقق انه من مسيره لا يبقى الريح من المعجى به من مثلها عادة عندهما وعند محمد ليس بشرط وهي من مسائل الحدود وتذكر هنا لك إن شاء الله تعالى (ومنها) الأصالة في الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهي الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضي إلى القاضي لأنه في معنى الشهادة على

الشهادة وعند الشافعي رحمه  
الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على أنها ليست بشرط  
في الأموال والحقوق المجردة عنها  
فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي الا في العبد الآبق عند أبي  
حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف  
تقبل فيه أيضا على ما نذكر في كتاب أدب القاضي (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان  
الفروع يؤدون الشهادة نيابة عن  
الأصول فكانت شهادتهم شهادة الأصول معنى وشهادة الاصول على الحدود  
والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود  
والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهادة  
النساء لتمكن الشبهة  
في شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا تمكنت في مجلس فكان  
فيها زيادة ليست في شهادة  
الأصول ولان الحدود لما كانت مبينة على الدرء أوجب ذلك اختصاصها بحجج  
مخصصة بل ايقاف إقامتها ولهذا  
شرط عدد الأربعة في الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الأحرار على  
غيوبة ذكره في فرجها كما يغيب  
الميل في المكحلة نادر غاية الندرة ثم نقول الكلام في الشهادة على الشهادة يقع في  
مواضع في صورة تحمل  
الشهادة على الشهادة وفي شرائط التحمل وفي صورة أداء الشهادة على الشهادة وفي  
شرائط الأداء أما صورة التحمل  
فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو أن يقول شاده الأصل اشهد على  
شهادتي اني أشهد ان لفلان على  
فلان كذا أو يقول أشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد على شهادتي بذلك وأما  
المطول فهو أن يقول  
شاهد الأصل أشهد أن لفلان على فلان كذا أشهدك على شهادتي هذه وآمرك أن تشهد  
على شهادتي هذه  
فاشهد وأما شرائط تحمل هذه الشهادات فما ذكرنا في عموم الشهادات وأما الذي  
يختص بها فأنواع منها الاشهاد  
حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان لفلان على  
فلان كذا فسمع إنسان لكن لم يقل  
اشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها معاينة الفعل  
وسماع الاقرار

والانشاء من غير اشهاد (ووجه) الفرق ان الفروع يشهدون نيابة عن الأصول فلا بد من  
الإنبابة منهم وذلك

بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد في سائرهما بطريق الإحالة بنفسه لا  
بغيره فيصح التحمل  
فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ما شهدت أو  
كما شهدت أو على ما شهدت  
لا يصح التحمل ما لم يقل على شهادتي لان معنى التحمل والإنابة لا يحصل الا  
بالاشهاد على شهادته ومنها عدد  
التحمل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدي الأصل اثنان حتى لو تحمل من  
أحدهما واحد وتحمل من الآخر  
واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذم  
لا ينقلها إلى القاضي الا شاهدان  
ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الا آخر شهادته جاز التحمل لأنه  
اجتمع على التحمل من كل واحد  
منهما شاهدان فاما الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل  
فيها من النساء (وأما) صورة أداء  
هذه الشهادة فلها لفظان أيضا مختصر ومطول فالمختصر أن يقول شهد فلان عندي ان  
لفلان على فلان كذا وأشهدي  
على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو أن يقول شهد عندي  
فلان ان لفلان على فلان كذا  
وأشهدي على شهادته بذلك وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على  
شهادته بذلك ولو لم يقل  
وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحمل والإنابة يتأدى بقوله  
أشهدي على شهادته فكان قوله  
أمرني بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فما ذكرناه كسائر الشهادات والذي يختص  
بهذه الشهادة أن يكون  
المشهود عليه ميتا أو غائبا مسيرة سفرا ومريضا لا يستطيع يحضر مجلس القضاء لأن  
جواز هذه الشهادة للحاجة  
والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا في هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لأداء  
هذه الشهادة فتقبل فيها  
شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن  
ترضون من الشهداء فظاهر  
النص يقتضى أن يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ما قيد  
بدليل ولان قضية القياس ان  
لا تشترط الذكورة والأصل في عمومات الشهادات الا ان اشتراط الذكورة في شهادة

الأصول على الحدود والقصاص  
ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري رحمه الله لتمكن شبهة في شهادتين ليست في  
شهادة الرجال واشتراط  
الأصالة في الشهادة لتمكن زيادة شبهة في شهادة الفروع ليست في شهادة الأصول  
وهو الشبهة في الشهادتين على  
ما ذكرنا فشرط ذلك احتيالا لدرء ما يندرى بالشبهات والأموال والحقوق مما ثبت  
بالشبهة فنبتت على أصل القياس  
والله سبحانه وتعالى أعلم  
(فصل) وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذي يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه  
وتعالى فيما سوى أسباب  
الحدود لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسط شهداء لله  
الا ان في الشهادة القائمة على حقوق  
العباد وأسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجوب الأداء فإذا طلب وجب عليه الأداء  
حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم  
لقوله تعالى ولا ياب شهداء إذا ما دعوا أي دعو الأداء الشهادة لان الشهادة أمانة  
المشهود له في ذمة الشاهد وقال  
سبحانه وتعالى وليؤد الذي أو تمن أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم أن تؤدوا  
الأمانات إلى أهلها وأما في  
حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود نحو طلاق امرأة واعتاق عبد  
والظهار والايلاء ونحوها من  
أسباب الحرمات تلزمه الإقامة حسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة إلى الإقامة من غير  
طلب من أحد من العباد وأما  
في أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد  
حسبة لله تعالى وبين ان يستر  
لان كل واحد منهما أمر مندوب إليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال  
عليه الصلاة والسلام من ستر  
على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وقد ندبه الشرع إلى كل واحد منهما ان  
شاء اختار جهة الحسبة فأقامها الله  
تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخية المسلم  
(فصل) وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضي لان الشهادة عند  
استجماع شرائطها  
مظهرة للحق والقاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى يا داود انا جعلناك  
خليفة في الأرض فاحكم بين الناس

بالحق وثبوت ما يترتب عليها من الأحكام

(٢٨٢)

\* (كتاب الرجوع عن الشهادة) \*

الكلام في هذا الكتاب في الأصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق

الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان أحدهما يرجع إلى مال الشاهد والثاني يرجع إلى نفسه أما الذي يرجع إلى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب اما الأول فسبب وجوب الضمان في هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة لأن الضمان في الشرع إنما يجب اما بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فيتعين الاتلاف فيها سببا لوجوب الضمان فان وقعت اتلافا انعقدت سببا لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على رجل بألف وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الألف لأنهما لما رجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سببا إلى الاتلاف في حق المشهود عليه والتسبب إلى الاتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالاكراه على اتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه (فان قيل) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضي لم يصح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يردده إلى المشهود عليه قبل له أنه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء لان الشاهد غير مصدق في الرجوع في حق القاضي والمشهود له لوجهين الأول أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به نفذ بدليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضي فلا ينتقض الثابت ظاهرا بالشك والاحتمال فبقي القضاء ما ضيا على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثاني أن الشاهد في الرجوع عن شهادته منهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للتهمة إذ التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع في حقه فلم ينقض القضاء ولا يترد المدعى من يده

ومعنى التهمة لا يتوهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا أنه لا يمكن اظهار  
الصحة في نقض القضاء والتوصل  
إلى عين المشهود به فيظهر في التوصل إلى بدله رعاية للجوانب كلها وإذا رجعا قبل  
القضاء لا يضمنان لان الشهادة  
لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تقع تسببا إلى الاتلاف بدونه وعلى هذا إذا شهدا على  
رجل أنه طلق امرأته فقضى  
القاضي بشهادتهما ثم رجعا إن كان الطلاق بعد الدخول بأن كان الزوج مقرا بالدخول  
لا ضمان عليهما لانعدام  
الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد ويتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما  
اتلافا فلم يجب الضمان وإن كان  
الطلاق قبل الدخول فقضى القاضي بنصف المهر بأن كان المهر مسمى أو بالمتعة بان  
لم يكن المهر مسمى ثم رجعا  
ضمنا ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيئا من المهر لكنها  
أكدت الواجب لان الواجب قبل  
الدخول كان محتملا للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تأكد  
الواجب عليه على وجه  
لا يحتمل السقوط بعده أصلا فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكد للواجب  
بمنزلة الواجب في الشرع  
كالمحرم إذا أخذ صيدا فذبحه رجل في يده يجب الجزاء على الآخذ ويرجع الآخذ  
بذلك على القتل لوقوع القتل  
منه تأكيدا للجزاء الواجب على المحرم إذ لولا ذبحه لاحتمل السقوط بالارسال فهو  
بالذبح أكد الواجب عليه فنزل  
المؤكد منه منزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا إذا شهدا على رجل أنه أعتق عبدا أو أمة  
له وهو ينكر فقضى القاضي ثم رجعا  
يضمنان قيمة العبد أو الأمة لمولاه لأنهما بشهادتهما أتلفا عليه مالية العبد أو الأمة  
فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى لان  
الاعتاق نفذ عليه والولاء لمن أعتق فان قيل هذا اتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب  
الضمان قيل له الولاء  
لا يصلح عوضا لأنه ليس بمال وإنما هو من أسباب الإرث فكان هذا اتلافا بغير عوض  
فيوجب الضمان ولو شهدا  
على اقرار المولى أن هذه الأمة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا  
فنقول هذا في الأصل لا يخلو من



(۲۸۳)

أحد وجهين اما أن لم يكن معها ولد واما أنا كان معها ولد وكل ذلك لا يخلوا ما أن رجعا في حال حياة المولى وأما أن رجعا بعد وفاته اما إذا لم يكن معها ولد ورجعا في حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنا وتقوم أم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان لأنهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فإذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لأنهما أتلفا شهادتهما كل الجارية لكن بعضها في حال الحياة والباقي بعد الوفاة فيضمنان كذلك وإن كان معها ولد ورجعا في حال حياة المولى فإنهما يضمنان قيمة الولد لأنهما أتلفاه عليه ألا ترى أنه لولا شهادتهما لكان الود عبدا له فهما بشهادتهما أتلفاه عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فإذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الأب منهما لان في زعم الولدان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الأب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه فيؤدى من تركته إن كانت له تركة وان لم يكن له تركة فلا ضمان على الولد لامن من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركة لا يؤخذ من مال الوارث وإن كان معه أخ فإنهما يضمنان للأخ نصف البقية من قيمتها لأنهما أتلفا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذه الأب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الأخ لان الأخ ظلم عليهما في زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للأخ ما أخذ هذا من الميراث لأنهما ما أتلفا عليه الميراث لما نذكر ان إن شاء الله تعالى هذا إذا كان الرجوع في حال حياة المولى فاما إذا كان بعد وفاته فإن لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما في الرجوع وإن كان معه شريك في الميراث فإنهما يضمنان للأخ نصف البقية من قيمتهما لما قلنا ويضمنان للأخ نصف قيمة الولد لأنهما أتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لان هذا ظلم للأخ في زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا إذا كانت الشهادة في حال حياة المولى والرجوع عليه في حال حياته أو بعد وفاته فاما إذا

كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعيدا وأمة وتركة فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الأمة من الميت وصدقهما الولد والأمة وأنكر الابن فقضى القاضي بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والأمة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فان هناك لا يضمنان الميراث ووجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لأنه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الأب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الأب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحق الشهادة اتلافا للمال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فإنها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهد أنه دبر عبده فقضى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنا ويقوم مدبرا فيضمنان النقصان لأنهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فإذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله إن كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لأنه مدبره ويضمنان للورثة بقية قيمته عبدا لأنهما أتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى في ثلثي قيمته عبدا قنا للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير إجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لأنهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا إذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فإن كانت لا تخرج بأن كان معسرا فإنهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد بثلثي قيمته إذا أيسر ولو شهدا أنه قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وإنما الدخول شرط والحكم يضاف إلى العتق لا إلى الشرط فكان التلف حاصلًا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك إذا شهدا

أنه قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا لما قلنا  
وكذلك لو شهدا على رجل

بالزنا وشهد آخرا بالاحصان ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو شهدا انه قتل فلانا خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لأنهما أتلفاها عليه وتكون في مالهما لان الشهادة منهما بمنزلة الاقرار منهما بالاتلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو أقر صريحا ولهذا لو رجعا في حال المرض اعتبر اقرار بالدين حتى يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الأقرارير وكذا لو شهدا انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد لما قلنا وكذا لو شهدا عليه بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم رجعا فقد روى أن شاهدين شهدا عند سيدنا علي كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم جاء الشاهدان بآخر فقالا أو همنا أن السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا علي رضي الله عنه لا أصدقكما على هذا وأغرمكما دية يد الأول ولو علمت أنكما تعمدتما لقطعتم أيديكما وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ولو شهد انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف إذا شهدا انه قطع يد فلان (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان شهادتهما وقعت قتلا تسببا لأنها تفضى إلى وجوب القصاص وانه يفضى إلى القتل فكانت شهادتهما تسببا إلى القتل والتسبب في باب القصاص في معنى المباشرة كالاكراه على القتل (ولنا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسببا إلى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسببا لان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسببا بخلاف الاكراه على القتل لان القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالألة والفعل المستعمل الألة لا للألة على ما عرف على أن ذلك وإن كان قتلا تسببا فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فمن ادعى تخصيص الفرع يحتاج إلى الدليل وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على ولي القتل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية لأنه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن

القصاص والقصاص ليس بمال ألا ترى أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكره ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكره يضمن بالاكره على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من الثلث ولو كان مالا اعتبر من الثلث كما إذا تبرع في مرضه وعن أبي يوسف رحمه الله أنهما يضمنان الدية لولي القاتل لان شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولي القاتل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى نفسا تساوى ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لأننا لا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولي القاتل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك المحل لان في المحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما اتلاف للنفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والأب يجحده فقاضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لانعدام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب فأنواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فإن كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة وقوع الشهادة اتلافا ولا تصير اتلافا الا إذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافا الا به (ومنها) مجلس القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البينة على رجوعهما لا تقبل بينته كذا لا يمين عليهما إذا أنكر الرجوع الا إذا حكي عن القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان لان الأصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما إذا شهد أنه تزوج هذه المرأة بألف درهم ومهر مثلها ألفان وهي تنكر فقضى القاضي بالنكاح بألف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئا لأنهما اتلفا عليها منفعة البضع والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وإنما يعطى لها حكم الأموال بعارض عقد الإجارة وكذا لو ادعت امرأة على رجل

أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى ثم رجعا لم يضمنا للزوج  
شيئا لأنهما بشهادتهما

اتلغا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئاً لأنهما بشهادتهما اتلغا المنفعة لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بغير عوض فإن كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لان الاتلاف بعوض يكون اتلافا صورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بألف درهم والمشتري ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا انه ينظر إن كانت قيمة العبد ألفاً أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشتري لان شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وإن كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشتري والمسألة بحالها إن كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل لا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وإن كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع لان شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هذا يخرج ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بألف ثم رجعا أنه ينظر إن كان مهر مثلها ألفاً أو أكثر من ذلك لم يضمنا للزوج شيئاً وان اتلغا عليه عين المال لأنهما أتلفاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لأنه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل أن الأب يملك أن يزوج من ابنه امرأة ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج لما ملك لان الأب لا يملك على ابنه معاوضة مال بما ليس بمال وكذلك المريض إذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضع في حكم المال في حال الدخول في ملك الزوج لاعتبر من الثلث كالتبرع دل ان البضع يعتبر مالا في حق الزوج حال دخوله في ملكه فكان الاتلاف بعوض هو في حكم عين المال فلا يكون اتلافا معنى وإن كان مهر مثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لأنهما أتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلاً وهذا



بخلاف ما إذا ادعى رجل  
على امرأة انه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي  
عليها بألف درهم ثم رجعا انهما  
يضمنان للمرأة ألف درهم لأنهما أتلفا عليها عين المال بغير عوض أصلا لان البضع  
حال خروجه عن ملك الزوج  
لا يعتبر ما لا بدليل أن الأب لا يملك أن يخلع من ابنته الصغيرة على مال ولو فعل  
وأدى من مالها يضمن ولو كان مالا  
لملك لأنه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريضة إذا اختلعت من نفسها حال  
مرضها على مال يعتبر من الثلث  
كالوصية ولو كان له حكم المال لاعتبر من جميع المال كما في سائر معاوضات المال  
بالمال وإذا لم يكن له حكم المال  
حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلفا عليهما من عوض أصلا فيجب  
الضمان وعلى هذا يخرج  
ماذا ادعى رجل أنه آجر داره من فلان شهرا بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد  
شاهدان بذلك وقضى القاضي  
ثم رجعا فاما إن كان في أول المدة ينظر إن كان أجره الدار مثل المسمى لا ضمان  
عليهما للمستأجر ولو أتلفا عليه عين  
مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لان المنفعة في باب الإجارة لها حكم  
عين المال وإن كانت أجره مثلها  
أقل من المسمى فإنهما يضمنان الزيادة لان التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا  
وإن كانت الدعوى بعد  
مضى مدة الإجارة فعليهما ضمان الأجرة لأنهما أتلفا عليه من غير عوض أصلا فكان  
مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج  
ما إذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح ولي القاتل على مال والقاتل ينكر فقضى  
القاضي بذلك ثم رجعا انهما لا يضمنان  
شيئا للقاتل لأنهما أتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لان النفس تصلح أن تكون  
عوضا بدليل أن المريض وجب  
عليه القصاص فصالح الولي على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو  
لم تصلح النفس عوضا لاعتبر من  
الثلث دل ان هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان؟ الا إذا شهدا على الصلح بأكثر من  
الدية فيضمنان الزيادة على  
الدية للقاتل لان تلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن تخرج هذه المسائل على فصل  
التسبب لان ما قابله عوض

لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويستوى  
في وجوب الضمان الرجوع

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت الفروع وثبت الأصول يجب  
الضمان على الفروع لوجود الاتلاف  
منهم لوجود الشهادة؟ منهم حقيقة ولو رجع الأصول وثبت الفروع فلا ضمان على  
الفروع لانعدام الرجوع منهم وهل  
يجب الضمان على الأصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب وقال  
محمد يجب (وجه) قوله أن الفروع  
لا يشهدون بشهادة أنفسهم وإنما يفعلون بشهادة الأصول فإذا شهدوا فقد أظهروا  
شهادتهم فكأنهم حضروا بأنفسهم  
وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من الفروع لامن الأصول لعدم  
الشهادة حقيقة فإنهم لم  
يشهدوا حقيقة وإنما شهد الفروع وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتلاف من  
الأصول لعدم الشهادة  
منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا إذا رجعوا جميعا فالضمان على الفروع عندهما ولا  
شئ على الأصول  
لوجود الشهادة من الفروع حقيقة لامن الأصول وعنده المشهود عليه بالخياران شاء  
ضمن الفروع وان شاء  
ضمن الأصول لوجود الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن  
الأصول أنكروا الاشهاد فلا  
ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع  
رجوع الشهود والمزكين  
عند أبي حنيفة حتى أن المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضي بشهادتهم ثم  
رجع المزكون ضمنوا  
عنده وعندهما رجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين  
بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان  
التزكية ليست الأبناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التي هي خصال حميدة ثم  
الرجوع عن الشهادة على الاحصان  
لا يوجب الضمان كذا هذا ولأبي حنيفة أن التزكية في معنى الشهادة في وجوب  
الضمان لان الرجوع عن الشهادة  
إنما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وإنما يصير اتلافا بالتزكية ألا ترى أنه لولا التزكية لما  
وجب القضاء فكانت  
الشهادة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة  
على الاحصان لان الاحصان  
شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان

فالأصل أن مقدار الواجب منه  
على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبارة فيه  
لبقاء من بقي من الشهود بعد  
رجوع من رجع منهم فان بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على  
أحد لانعدام الاتلاف أصلا من  
أحد وان بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف  
بالحصص فنقول بيان هذه الجملة  
إذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة  
الباقى ولو كانت الشهود  
أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا إذا رجع اثنان لان الاثنى يحفظان المال  
ولو رجع منهم ثلاثة  
فعليهم نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان  
بمال ثم رجع الرجل غرم  
نصف المال لان النصف بقى بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال  
بينهما نصفين لبقاء النصف  
بثبات الرجل ولو رجع وامرأة فعليهما ثلاثة أرباع المال نصفه على الرجل وربعه على  
المرأة لان الباقي ببقاء  
امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة الأرباع والرجل ضعف  
المرأة فكان عليها الربع  
وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين  
بينهما نصفان ولو شهد  
رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شئ على المرأة لأن المرأة الواحدة  
في الشهادة وجودها وعدمها  
بمنزلة واحدة لان القاضي لا يقضى بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت  
المرأتان فلا ضمان عليهما لان  
الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين  
يحفظان النصف ولو رجع رجل  
واحد لا شئ عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة  
فعليهما ربع المال بينهما أثلاثا  
ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لأنه بقى ثلاثة الأرباع ببقاء رجل وامرأتين فكان  
التالف بشهادة رجل وامرأة  
الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهم أثلاثا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثلاث  
أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه

على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تلف  
بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعا جميعا فالضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبي حنيفة فاما عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شرط الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فان الضمان بينهم انصافا ولأبي حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداسا ولو رجع الرجل وحده ضمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيد ان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لان الحق بقي محفوظا برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لأنه بقي بثبات رجل وامرأة ثلاثة أرباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال أثلاثا ثلثاه على الرجل والثلث على المرأة لان تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة فكان بينهما أثلاثا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شئ على المرأة في قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه نصف المال يكون عليهما أثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم أحماس عند أبي حنيفة خمسه على الرجل وثلاثة أحماسه على النسوة لان الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن شرط الشهادة وان كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان انه طلق امرأته ثلاثا والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا فالضمان عليهم أرباع على شاهدي الطلاق الربع لان شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لان كل المهر يتأكد بالدخول وللمؤكد حكم الموجب على ما مرو شاهدي الطلاق شهدا بالنصف لان

نصف المهر يتأكد بالطلاق  
على ما ذكرنا والمؤكد للواجب في معنى الواجب فشاهد الدخول انفراد بنصف المهر  
والنصف الآخر اشترك فيه  
الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلاثة الأرباع على  
شاهدي الدخول فما الذي  
يرجع إلى نفسه فنوعان أحدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة  
القائمة على الزنا وجملة الكلام  
فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا أما أن يكون من جميع الشهود واما أن يكون من  
بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعا  
يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلان  
كلامهم قبل القضاء انعقد قذفا  
لا شهادة الا أنه لا يقام الحد عليهم للحال لاحتمال أن يصير شهادة بقريئة القضاء فإذا  
رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي  
قذفا فيوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلان كلامهم وان صار شهادة باتصال  
القضاء به فقد انقلب قذفا بالرجوع  
فصاروا بالرجوع قذفة فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء والامضاء فلا خلاف في أنهم  
يحدون إذا كان الحد جلد أو إن كان  
رجما فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم وجه قول انهم لما  
رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن  
كلامهم وقع قذفا من حين وجوده فصار كما لو قذفوا صريحا ثم مات المقذوف وحد  
القذف لا يورث بلا خلاف  
بين أصحابنا فيسقط (لنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفا من حين وجوده  
وإنما يصير قذفا وقت الرجوع  
والمقذوف وقت الرجوع ميت فصار قذفا بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد  
واما حكم الضمان فاما قبل الامضاء  
لا ضمان أصلا لعدم الاتلاف أصلا وأما بعد الامضاء فإن كان الحد ربما ضمنوا الدية  
بلا خلاف لوقوع شهادتهم  
اتلافا أو اقرارا بالاتلاف وإن كان الحد جلدا فليس عليهم أرش الجذات إذا لم يمت  
منها ولا الدية ان مات منهما عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافا بطريق  
التسبب لأنها تقضى إلى القضاء  
والقضاء يفرض إلى إقامة الجذات وانها تفضى إلى التلف فكان التلف بهذه الوسائط  
مضافا إلى الشهادة فكانت





الرحمة أن الأثر حصل مضافا إلى الضرب دون الشهادتين لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لان الضرب الجارح غير مستحق في الجلد فلا يكون الجرح مضافا إلى شهادتهم والثاني أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبب إليه وإضافة الأثر إلى المباشرة أولى من اضافته إلى التسبب الا انه لا ضمان على بيت المال لان هذا ليس خطأ من القاضي ليكون عطاؤه في بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير منه ولا تقصير من جهته ههنا فلا شئ على بيت المال هذا إذا رجعوا جميعا فاما إذا رجع واحد منهم فإن كان قبل القضاء يحدون جميعا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحد الراجع خاصة وجه قوله إن كلامهم وقع شهادة قذفا لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الأربعة وإنما ينقلب قذفا بالرجوع لم يوجد الامن أحدهم فينقلب كلامه قذفا خاصة بخلاف ما إذا شهد ثلاثة بالزنا انهم يحدون لان هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذفا (ولنا) ان كلامهم لا يصير شهادة الا بقرينة القضاء ألا ترى انها لا تصير حجة الا به فقبله يكون قذفا لا شهادة فكان ينبغي أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمي منهم الا انه لا يقام لاحتمال ان يصير شهادة بقرينة القضاء ولئلا يؤدي إلى سد باب الشهادة فإذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقي كلامهم قذفا فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فإنهم يحدون لوقوع كلامهم قذفا كذا هذا وإن كان بعد القضاء قبل الامضاء فإنهم يحدون جميعا عندهما وعند محمد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لاتصال القضاء به فلا ينقلب قذفا الا بالرجوع ولم يرجع الا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفا فلم يصح رجوعه في حق الباقيين فبقي كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء في باب الحدود من القضاء بدليل ان عمى الشهود أوردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعده يمنع من الامضاء فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعا بلا خلاف بين أصحابنا الثلاثة كذا إذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وإن كان بعد الامضاء فإن

كان الحد جلدا يحد  
الراجع خاصة بالاجماع لان رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق الباقيين فانقلبت  
شهادته خاصة قذفا  
فيحد خاصة وإن كان الحد رجما ومات المقدوف بحد الراجع عند أصحابنا خلافا  
لزفر وقد مرت المسألة هذا  
حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان إذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل  
الامضاء لما قلنا وأما بعد الامضاء  
فإن كان الحد جلد فلا شئ على الراجع من أرش السياط ولا من الدية ان مات عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما  
يجب وإن كان رجما غرم الراجع ربع الدية لان الثلاثة يحفظون ثلاثة أرباع الدية فكان  
التالف بشهادته الربع هذا إذا  
كان شهود الزنا أربعة فأما إذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فان القاضي يقيم الحد  
على المشهود عليه بما بقي من  
الشهود لان الأربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وان أمضى الحد ثم  
رجع اثنان ضمنا ربع الدية ان  
مات المرجوم لان الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع  
فيضمنانه وان لم يمت فليس عليهما  
أرش للضرب عند أبي حنيفة وعندهما يجب وقد تقدمت المسألة والثاني وجوب  
التعزير في عموم الشهادات سوى  
الشهادة على الزنا بأن تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضي باقرار لان قول الزور جنابة  
ليس فيها فيما سوى القذف حد  
مقدر فتوجب التعزير بلا خلاف بين أصحابنا وإنما اختلفوا في كيفية التعزير قال أبو  
حنيفة عليه الرحمة تعزيره  
تشهير فينادى عليه في سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور  
فاحذروه وقال أبو يوسف  
ومحمد رحمهما الله يضم إليه ضرب أسواط هذا إذا تاب فأما إذا لم يتب وأصر على  
ذلك بأن قال إني شهدت بالزور وأنا  
على ذلك قائم يعزر بالضرب بالاجماع احتجا بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب  
رضي الله عنه أنه ضرب شاهد  
الزور وسخم وجهه ولان قول الزور من أكثر الكبائر وليس إليه فيما سوى القذف بالزنا  
حد مقدر فيحتاج إلى أبلغ  
الزواجر ولأبي حنيفة رحمه الله ما روى أن شريحا كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره  
وكان لا تخفى قضاياها على

أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل انه أنكر  
عليه منكر ولان الكلام فيمن أقر انه

شهد بزور نادما على ما فعل لا مصرا عليه والندم توبة على لسان رسول الله  
صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان  
مصرا على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضي الله عنه  
محمول عليه توفيقا بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم  
(تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضي)