

الكتاب: المغني
المؤلف: عبد الله بن قدامه
الجزء: ٥
الوفاء: ٦٢٠
المجموعة: فقه المذهب الحنبلي
تحقيق:
الطبعة: جديدة بالأوفست
سنة الطبع:
المطبعة:
الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع - بيروت - لبنان
ردمك:
ملاحظات: بعناية جماعة من العلماء

المغني
تأليف الشيخ الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن
قدامة المتوفي سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى المتوفى
سنة ٣٣٤ هـ
الجزء الخامس
دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم
كتاب الصلح
الصلح معاهدة يتوصل بها إلى الاصلاح بين المختلفين، ويتنوع أنواعا صلح بين
المسلمين وأهل
الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي و صلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما
قال الله

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

نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول

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

(٥)

حديث حسن صحيح وروي عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى بمثل ذلك، وأجمعت
الأئمة على جواز

الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها ولكل واحد منها باب يفرد له ويذكر فيه أحكامه
وهذا الباب

(٧)

للصلح بين المتخاصمين في الأموال وهو نوعان صلح على اقرار و صلح على إنكار ولم
يسم الخرقى
الصلح الا فى الانكار خاصة

(مسألة) قال (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يعلمه المدعى عليه فيصطلحان على بعضه فإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل) وجملة ذلك أن الصلح على الإنكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لأنه عاوض
على ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه
فبطل كالصلح على حد القذف. ولنا عموم قوله عليه السلام (الصلح بين المسلمين جائز) فيدخل هذا في عمومه
فإن قالوا فقد قال (الا صلحا أحل حراما)) وهذا داخل فيه لأنه لم يكن له ان يأخذ من مال المدعى عليه
فحل بالصلح قلنا لا نسلم دخوله فيه. ولا يصح حمل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما)
أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع فإنه يحل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح
بمعنى الهبة فإنه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه والاسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجبا عليه (الثاني)
انه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحا فإن الصلح الفاسد لا يحل الحرام وإنما معناه ما يتوصل به
إلى تناول المحرم مع بقاءه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو احلال بضع محرمة أو صالحه
بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك وعلى أنهم لا يقولون بهذا فإنهم يبيحون لمن له حق يجحده
غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلان يحل برضاه

وبذله أولى وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم فلان يحل مع جرده وعجزه عن الوصول إلى حقه
الا بذلك أولى، ولان المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه
لدفع الشر عنه
وقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولأنه صلح مع الأجنبي
فصح مع الخصم
كالصلح مع الاقرار، يحققه أنه إذا صح مع الأجنبي مع غناه عنه فلان يصح مع الخصم
مع حاجته إليه
أولى وقولهم انه معاوضة قلنا في حقهما أم في حق أحدهما؟ الأول ممنوع والثاني
مسلم وهذا لأن المدعي
يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه والمنكر
يعتقد أنه يدفع المال
لدفع الخصومة واليمين عنه ويخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع
ثبوت المعاوضة في حق أحد
المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبدا شهد بحريته فإنه يصح ويكون معاوضة في
حق البائع
واستنفادا له من الرق في حق المشتري كذا ههنا. إذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح الا
أن يكون
المدعي معتقدا أن ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيدفع إلى المدعي
شيئا افتداء
ليمينه وقطعا للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم فإن ذوي
النفوس الشريفة
والمروءة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم والشرع لا
يمنعهم من وقاية
أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم والمدعي يأخذ ذلك عوضا عن حقه
الثابت له فلا
يمنعه الشرع من ذلك أيضا سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر
حقه أو دونه
فإن أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك
بعضه
وان أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر
مما ادعاه

(۱۰)

لأن الزائد لا مقابل له فيكون ظالما بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ويكون بيعا في حق المدعي
لاعتقاده أخذه عوضا فيلزمه حكم إقراره. فإن كان الموهوود شقصا في دار أو عقار
وجبت فيه الشفعة
وإن وجد به عيبا فله رده والرجوع في دعواه ويكون في حق المنكر بمنزلة البراء لأنه
دفع المال
افتداء ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضا عن حق يعتقده فيلزمه أيضا حكم إقراره، فإن
وجد بالمصالح
عنه عيبا لم يرجع به على المدعي لاعتقاده أنه ما أخذ عوضا وإن كان شقصا لم تثبت
فيه الشفعة لأنه
يعتقده على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح، ولو دفع المدعي عليه ما ادعاه أو بعضه لم
يثبت فيه حكم
البيع ولا تثبت فيه الشفعة لأن المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله
مسترجعا لها ممن
هي عنده فلم يكن بيعا كاسترجاع العين المغصوبة، فاما إن كان أحدهما كاذبا مثل أن
يدعي المدعي
شيئا يعلم أنه ليس له وينكر المنكر حقا يعلم أنه عليه فالصلح باطل في الباطن لأن
المدعي إذا كان
كاذبا فما يأخذه أكل مال بالباطل أخذه بشره وظلمه ودعواه الباطلة لا عوضا عن حق
له فيكون

حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله وإن كان صادقا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه فجحده لينتقص حقه أو رضيه عنه بشئ فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصلح باطل ولا يحل له مال المدعى ذلك وقد ذكره الخرقى في قوله وإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل يعني في الحقيقة. وأما الظاهر لنا فهو الصحة لأننا لا نعلم باطن الحال وإنما ينبغي الأمر على الظواهر والظاهر من المسلم السلامة (فصل) ولو ادعى على رجل وديعة أو قرضا أو تفريطا في وديعة أو مضاربة فأنكره واصطلحا صح لما ذكرناه (فصل) وإن صالح عن المنكر أجنبي صح سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو غير اذنه. وقال أصحاب الشافعي إنما يصح إذا اعترف للمدعى بصدقه وهذا مبني على صلح المنكر وقد ذكرناه، ثم لا يخلو الصلح اما أن يكون عن دين أو عين فإن كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو بغير اذنه لأن قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير اذنه فإن عليا وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وإن كان الصلح عن عين باذن المنكر

فهو كالصالح منه لأن الوكيل يقوم مقام الموكل وإن كان بغير اذنه فهو افتداء للمنكر من الخصومة
وابراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضوعين إذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشئ لأنه أدى
عنه مالا يلزمه أداءه، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما إذا قضى دينه الثابت بغير
اذنه وليس هذا بجيد لأن هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أداءه إلى المدعي فكيف يلزمه
أداءه إلى غيره؟ ولأنه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن
قال برجوعه فإنه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر لا غير أما أن يجب له الرجوع بما أداه حتما فلا وجه له أصلا لأن
أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا
لزم الأداء إليه ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا، ويشترط في جواز الدعوى أن
يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى بشئ لا يعلم ثبوته، وأما ما إذا صالح عنه باذنه فهو
وكيله والتوكيل في ذلك جائز ثم إن أدى عنه باذنه رجع إليه وهذا قول الشافعي وإن أدى عنه بغير اذنه
متبرعا لم يرجع بشئ وإن قضاه محتسبا بالرجوع خرج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير
اذنه لأنه قد وجب عليه أداءه بعقد الصلح بخلاف ما إذا صالح وقضى بغير اذنه فإنه قضى ما لا يجب
على المنكر قضاؤه
(فصل) وإن صالح الأجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو من أن يعترف للمدعي بصحة
دعواه أو لا يعترف له فإن لم يعترف له كان الصلح باطلا لأنه يشترى منه ما لم يثبت له ولم تتوجه إليه
خصومة يفتدي منها فأشبهه ما لو اشترى منه ملك غيره وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعي دينا

لم يصح لأنه اشترى ما لا يقدر البائع على تسليمه ولأنه بيع للدين من غير من هو في ذمته، ومن أصحابنا من قال يصح وليس بجيد لأن بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وإن كان المدعى عينا فقال الأجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصلح وهو مذهب الشافعي لأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه ثم إن قدر على انتزاعه استقر الصلح وان عجز كان له الفسخ لأنه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين ان الصلح كان فاسدا لأن الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد وكان فاسدا كما لو اشترى عبده فتبين انه أبق أو ميت، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصلح لأنه اشترى مالا يمكنه قبضه منه فأشبهه شراء العبد الآبق والجمل الشارد فإن اشتراه وهو يظن أنه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لأن البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علما ذلك ويحتمل ان لا يصح لأنه ظن عدم الشرط فأشبهه ما لو باع عبدا يظن أنه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لأن من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء فكان بيعه فاسدا لكونه متلاعبا بقوله معتقدا فساداه ومن لا يعلم يعتقد صححها وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدورا على تسليمه

(فصل) فإن قال الأجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجحدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقى ان الصلح لا يصح لأنه يجحدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وان هذا لك ولكن لا أسلمه إليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه وقال القاضي يصح وهذا مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر إلى المدعى عليه فإن صدقه على ذلك ملك العين ورجع على الأجنبي وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع وان أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم قضي دينه بغير إذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للأجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها فاما حكم ملكها في الباطن فإن كان وكل الأجنبي في الشراء فقد ملكها لأنه اشتراها باذنه فلا يقدح انكاره في ملكها لأن ملكه ثبت قبل انكاره وإنما هو ظالم بالانكار للأجنبي وإن كان لم يوكله لم يملكها لأنه اشترى له عينا بغير اذنه ويحتمل أن يقف على اجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير اذنه بثمن في ذمته فإن اجازته لزم في حقه وان لم يجزه لزم من اشتراه، وان قال الأجنبي للمدعي قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه فصالحه صح وكان الحكم كما ذكرنا لأنه ههنا لم يمتنع من أدائه بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له فأشبه ما لو لم يجحده

* (مسألة) * قال (ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحا لأنه هضم للحق) وجملته ان من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصلح باطل لأنه صالح عن

بعض ماله ببعض وهذا محال وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ البراء أو بلفظ الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط ان تعطيني ما بقي ولو لم يشترط الا انه لم يعط بعض حقه الا باسقاطه بعضه فهو حرام أيضا لأنه هضمه حقه، قال ابن أبي إسحاق الصلح على الاقرار هضم للحق فمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الاخذ وان تطوع المقر له باسقاطه بعض حقه بطيب من نفسه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل، ولم يسم الخرقى الصلح الا في الانكار على الوجه الذي قدمنا ذكره، فأما في الاعتراف فإذا اعترف بشئ وقضاه من جنسه فهو وفاء وان قضاه من غير جنسه فهي معاوضة، وان أبرأه من بعضه اختيارا منه واستوفى الباقي فهو ابراء وان وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة فلا يسمى ذلك صلحا ونحو ذلك قال ابن أبي موسى، وسماه القاضي وأصحابه صلحا وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية أما المعنى فمتفق عليه وهو فعل ما عدا وفاء الحق واسقاطه على وجه يصح. وذلك ثلاثة أقسام معاوضة وبراء وهبة، فأما المعاوضة فهو ان يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفقا على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به وهذا ثلاثة أضرب (أحدها) ان يعترف له بأحد النقدين فيصالحه الآخر نحو ان يعترف له بمائة درهم فيصالحه منها بعشره دنانير أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه (الثاني) ان يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان أو بأثمان فيصالحه على عروض فهذا بيع يثبت فيه أحكام البيع، وان اعترف له بدين فصالحه على موصوف في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع دين بدين (الثالث) ان يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبد ونحوه أو على أن يعمل له عملا

معلوما فيكون ذلك
إجارة لها حكم سائر الإجازات، وإذا أتلّف الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة
انفسخت الإجارة

ورجع بما صالح عنه وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من
المدة ورجع بقسط
ما بقي ولو صالحه على أن يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الإمام صح و كان
المصالح عنه صداقها
فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق رجوع الزوج بما صالح عنه وان
طلقها قبل الدخول رجوع
بنصفها، وإن كان المعترف امرأة فصالح المدعي على أن تزوجه نفسها جاز ولو
كان المعترف به عيبا في
مبيعتها فصالحته على نكاحها صح فإن زال العيب رجعت بأرشه لأن ذلك صداقها
فرجعت به لا بمهر
مثلها وان لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجوع عليها بأرشه
(القسم الثاني) الابراء وهو أن يعترف له بدين في ذمته فيقول قد أبرأتك من نصفه أو
جزء
معين منه فاعطني ما بقي فيصح إذا كانت البراءة معلقة من غير شرط قال احمد إذا كان
للرجل على
الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزا
لهما ولو فعل ذلك قاض
لم يكن عليه في ذلك اثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم كلم غرماء جابر ليضعوا عنه
فوضعوا عنه الشطر وفي الذي
أصيب في حديقته فمر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار إلى غرمائه
بالنصف فأخذوه منه فإن
فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما، وروى يونس عن
الزهري عن عبد الله بن
كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت
أصواتهما حتى سمعها رسول
الله صلى الله عليه وسلم فخرج إليهما ثم نادى (يا كعب) قال لبيك يا رسول الله
فأشار إليه: ان ضع
الشطر من دينك. قال قد فعلت يا رسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (قم
فأعطه) فإن قال على

أن توفيني ما بقي بطل لأنه ما أبرأه عن بعض الحق الا ليوفيه بقيته فكأنه عاوض بعض حقه ببعض

(القسم الثالث) الهبة وهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها فاعطني بقيتها فيصح

ويعتبر له شروط الهبة وان أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي لأنه إذا شرط في الهبة

الوفاء جعل الهبة عوضا عن الوفاء به فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، وان أبرأه من بعض الدين أو

وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه فيقول

صالحتك بذلك لم يصح ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أكثرهم

يجوز الصلح لأنه إذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحا ولا يبقى له تعلق به فلا يسمى صلحا

أما إذا كان بلفظ الصلح سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب، وإنما يقتضي

لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل

هذا من غير عوض كالتمليك إذا كان بعوض سمي بيعا وان خلا عن العوض سمي هبة. ولنا ان لفظ

الصلح يقتضي المعاوضة لأنه إذا قال صالحني بهبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد

أضاف إليه بالمقابلة فصار كقوله يعنى بألف، وإن أضاف إليه على جرى مجرى الشرط كقوله تعالى (فهل

نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ

المعاوضة، وقولهم انه يسمى صلحا ممنوع وان سمي صلحا فمجاز لتضمنه قطع النزاع وإزالة الخصومة

وقولهم ان الصلح لا يقتضى المعاوضة قلنا لا لسلم وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف

الباء أو على أو نحوهما به فإن لفظه الصلح تحتاج إلى حرف تعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بيناه

(فصل) وان ادعى على رجل بينا فصالحه على بعضه أو علي بناء غرفه فوفقه أو على أن

پسکینه

(۱۸)

سنة لم يصح لأنه يصلحه في ملكه على ملكه أو منفعته وان أسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه
منها وان أعطاه بعض داره بناء على هذا فمتى شاء انتزعه منه لأنه أعطاه إياه عوضا عما لا يصلح عوضا
عنه وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقدا ان ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه بأجر ما سكن
وأجر ما كان في يده من الدار لأنه أخذه بعقد فأسد فأشبهه؟؟ المبيع؟؟ المأخوذ بعقد فاسد وسكنى الدار بإجارة
فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها وإنما آجر السطح مدة مقامه في يديه وله أخذ
آلته، ولو اتفقا على أن يصلحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز، وان بنى الغرفة بتراب من أرض
صاحب البيت وآلاته فليس له أخذ بنائه لأنه ملك لصاحب البيت وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك
إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويحتمل ان يملك نقضه كقولنا في الغاصب (فصل) وإذا صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت إجارة، قد ذكرنا ذلك فإن باع العبد
في السنة صح البيع ويكون للمشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمستأجر استيفاء منفعته إلى انقضاء مدته كما لو
زوج أمته ثم باعها وان لم يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لأنه عيب وان أعتق العبد في أثناء المدة نفذ
عتقه لأنه مملوكه يصح بيعه فصح عتقه لغيره وللمصالح ان يستوفى؟؟؟ نفعه في المدة لأنه أعتقه بعد أن ملك
منفعته لغيره فأشبهه ما لو أعتق الأمة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشئ لأنه ما زال ملكه
بالعتق الا عن الرقبة والمنافع حينئذ مملوكة لغيره فلم تتلف منافعه بالعتق فلم يرجع بشئ، وان أعتقه
مسلوب المنفعة فلم يرجع بشئ كما لو أعتق زمنا أو مقطوع اليدين أو أعتق أمة مزوجة، وذكر القاضي
وابن عقيل وجها آخر انه يرجع على سيده بأحر مثله وهو قول الشافعي لأن العتق اقتضى إزالة ملكه
عن الرقبة والمنفعة جميعا فلما لم تحصل المنفعة للمبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفعته ولنا ان اعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل

برقبة عبد

(١٩)

والآخر بنفعه فأعتق صاحب الرقبة وكما لو أعتق أمة مزوجة، وقولهم انه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قلنا إنما يقتضي ذلك إذا كانت مملوكة له أما إذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه إزالة ما ليس بموجود

وان تبين ان العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعي فيما أقر له به وان وجد العبد معينا علينا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على العبد بعينه صح الصلح ويكون بيعا والحكم فيما إذا خرج مستحقا أو ظهر به عيب كما ذكرنا (فصل) إذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرنا ذلك في البيع، وإن كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز لأنه ان صالحه عليه بشرط أو من غير شرط القطع لم يجز لأنه لا يجوز بيعه كذلك وان شرط القطع لم يجز لأنه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض ليصير الزرع كله للمقر والأرض بينهما نصفين فإن شرط القطع جاز لأن الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه، ويحتمل ان لا يجوز لأن في الزرع ما ليس بمبيع وهو النصف الذي لم يقر به، وهو في النصف الباقي له فلا يصح اشتراط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ليسلم الأرض إليه فارغة صح لأن قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الأرض فأمكن القطع، وإن كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الأرض ليكون الأرض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع في الجميع احتتمل الجواز لأنهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الأرض فارغة واحتمل المنع لأن باقي الزرع ليس بمبيع فلا يصح شرط قطعه في العقد

(فصل) إذا حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة أو على نفس الجدار لزم مالك الشجرة إزالة تلك الأغصان اما بردها إلى ناحية أخرى واما بالقطع لأن الهواء ملك لصحاب القرار فوجب الزالة يشغله من ملك غيره كالقرار، فإن امتنع المالك من ازالته لم يجبر لأنه من غير فعله فلم يجبر على ازالته كما إذا لم يكن مالكا له وان تلف بها شيء لم يضمنه كذلك، ويحتمل أن يجبر على ازالته ويضمن ما تلف به إذا أمر بإزالته فلم يفعل بناء على ما إذا مال حائطه إلى ملك غيره على ما سنذكر إن شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين إذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته بأحد الامرين لأنه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي، فإن أمكنه ازلتها بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه إذا أمكنه اخراج البهيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فإن أتلّفها في هذه الحال غرمها وان لم يمكنه ازلتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فإنه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه، فإن صالحه على اقرارها بعوض معلوم فاختلف أصحابنا فقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابساً لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فإنه يفتقر إلى العلم لوجوب تسليمه ولأن الحاجة داعية إلى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعنى عنها كالسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للغرفة يتجدد له الأولاد والغراس الذي يستأجر له الأرض يعظم ويجفو وقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عنه بحال رطبا كان أو يابساً لأن الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص

(۲۱)

وربما ذهب كله، وقال القاضي إن كان يابسا معتمدا على نفس الجدار صحت
المصالحة عنه لأن الزيادة
مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لأن الرطب يزيد في كل وقت، وما لا يعتمد
على الجدار لا
يصح الصلح عليه لأنه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي واللائق بمذهب أحمد صحته
لأن الجهالة في
المصالح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن إلى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة إليه
وكونه لا يحتاج إلى
تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه مملوكا لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه
كالذي في القرار
(فصل) وان صالحه على اقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بثمرها كله فقد نقل
المروذي وإسحاق
ابن إبراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: لا أدري فيحتمل أن يصح ونحوه قال
مكحول
فإنه نقل عنه أنه قال: أيما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل
ثمرها، ويحتمل
أن لا يصح وهو قول الأكثرين واليه ذهب الشافعي لأن العوض مجهول فإن الثمرة
مجهولة وجزؤها
مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض ولان المصالح عليه أيضا مجهول لأنه يزيد
ويتغير على ما أسلفناه
ووجه الأول أن هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة إليه وفي القطع اتلاف فجاز
مع الجهالة
كالصلح على مجرى مياه الأمطار والصلح على الموارد الدارسة والحقوق المجهولة
التي لا سبيل إلى
علمها، ويقوى عندي أن الصلح ههنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيح صاحبه ما
بذل له فصاحب
الهواء يبيح صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وازالتها وصاحب الشجرة يبيحه
ما بذل له
من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لأن البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمره في
حال الصلح معدومة
مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله لأنه مجرد
إباحة

من كل واحد منهما لصاحبه فجرى مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه أسكن داري
واسكن دارك
من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الإجارة أو قوله أبحتك الاكل من ثمرة بستاني
فأبحتني الاكل
من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ما شئت
وتشرب منه
ونحو ذلك فهذا مثله بالأولى فإن هذا مما تدعو الحاجة إليه كثيرا وفي الزام القطع ضرر
كبير واتلاف
أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل إلى صاحب الهواء ضرر عليه وفيما ذكرناه
جمع بين الأمرين
ونظر للفريقين وهو على وفق الأصول فكان أولى
(فصل) وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة انسان إلى أرض جاره سواء
أثرت
ضررا مثل تأثيرها في المصانع وطي الآبار وأساس الحيطان أو منعها من ثبات شجر
لصاحب الأرض
أو زرع أو لم يؤثر فإن الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الفروع الا ان
العروق لا ثمر لها فإن
اتفقا على أن ما نبت من عروقتها لصاحب الأرض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على
الثمرة فيما ذكرنا
فعلى قولنا إذا اصطلحا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها إلى
صاحب الأرض
فعليه أجر المثل لأنه إنما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلمه له رجع بأجر المثل كما لو
بذلها بعوض فلم
يسلم له وكذلك الحكم فيمن مال حائطه إلى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه إلى
ملك غيره
فالحكم فيه على ما ذكرناه
(فصل) وإذا صالحه على المؤجل بيعه حالا لم يجز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر
وقال نهى عمر أن
تباع العين بالدين وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن والشعبي ومالك
والشافعي والثوري وابن عيينة وهشيم

وأبو حنيفة وإسحاق وروي عن ابن عباس والنخعي وابن سيرين أنه لا بأس به وعن الحسن وابن سيرين
أنهما كانا لا يريان بأسا بالعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لأنهما تبايعا العروض
بما في الذمة فصح
كما لو اشتراها بثمن مثلها، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز والاسقاط وحده
جائز فجاز الجمع
بينهما كما لو فعل ذلك من غير مواطأة عليه
ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضا عن تعجيل ما في ذمته وبيع الحلول والتأجيل لا
يجوز كما
لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجز كما
لو كانت معيبة
 ويفارق ما إذا كان عن غير مواطأة ولا عقد لأن كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من
غير عوض ولا
يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشركة كبيع درهم بدرهمين، ويفارق ما إذا
اشترى العروض
بثمن مثلها لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضا، فأما ان صالحه عن الف حالة بنصفها
مؤجلا فإن فعل
ذلك اختيارا منه وتبرعا به صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل
على ما ذكرنا
فيما مضى والاسقاط صحيح، وان فعله لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم
يسقط شيء
أيضا على ما ذكرنا في أول الباب وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما لا يصح
وما ذكرنا
من التفصيل أولى إن شاء الله تعالى
(فصل) ويصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا إذا كان مما لا سبيل إلى
معرفته. قال
أحمد في الرجل يصلح على الشيء فإن علم أنه أكثر منه لم يجز الا أن يوقفه عليه الا أن
يكون مجهولا
لا يدري ما هو، ونقل عنه عبد الله إذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا فإن عرف
قيمة دقيق الحنطة

ودقيق الشعير بيع هذا وأعطي كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شئ
ويتحالا وقال ابن
أبي موسى الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به ولا علم لها
ولا للورثة بمبلغه
وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا
علم لكل واحد
منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح، بينهما وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره
جاز أن يصالح عليه وسواء
كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له أو لا علم له ويقول القابض إن كان لي
عليك حق فأنت
في حل منه ويقول الدافع ان كنت أخذت مني أكثر من حقك فأنت منه في حل وقال
الشافعي لا
يصح الصلح على مجهول لأنه فرع البيع ولا يصح البيع على مجهول
ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في رجلين اختصما في مواريث
درست (استهما وتوخيا وليحلل
أحدكما صاحبه) وهذا صلح على المجهول ولأنه اسقاط حق فصح في المجهول
كالعتاق والطلاق ولأنه
إذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بعينه فلان يصح مع الجهل أولى وذلك لأنه
إذا كان معلوما فلهما
طريق إلى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم
يجز الصلح أفضى
إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه
منه ولا نسلم كونه
بيعا ولا فرع بيع وإنما هو ابراء وان سلمنا كونه بيعا فإنه يصح في المجهول عند
الحاجة بدليل بيع
أساسات الحيطان وطى الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم
قدرها فقال

صاحب الطعام لمتلفه بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم أو بهذا الثوب صح إذا ثبت هذا

فإن كان العوض في الصلح مما لا يحتاج إلى تسليمه ولا سبيل إلى معرفته كالمختصمين في مواريث دارسة

وحقوق سالفه أو في أرض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة

من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى وإن كان مما يحتاج إلى تسليمه لم يجز مع الجهالة ولا بد من

كونه معلوما لأن تسليمه واجب والجهالة تمنع التسليم وتفضي إلى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فأما ما يمكنهما معرفته كتركة موجودة أو يعلمه الذي هو عليه ويجهله صاحبه فلا يصح

الصلح عليه مع الجهل قال أحمد: إن صولحت امرأة من ثمنها لم يصح واحتج بقول شريح أيما امرأة

صولحت من ثمنها لم يتبين لها ما ترك زوجها فهي الربية كلها قال وإن ورث قوم مالا ودورا وغير ذلك

فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بألف درهم أكره ذلك ولا يشتري منها شيء وهي لا تعلم لعلها

تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو، وإنما يصلح الرجل الرجل على

الشيء لا يعرفه ولا يدري ما هو حساب بينهما فيصالحه، وأو يكون رجل يعلم ماله على رجل والآخر

لا يعلمه فيصالحه، فأما إذا علم فلم يصالحه إنما يريد يهضم حقه ويذهب به وذلك لأن الصلح إنما جاز مع

الجهالة للحاجة إليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام فمع إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع

(فصل) ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح

عن دم العمدة وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز

وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدية بن خشرم

سبع ديات فأبى أن يقبلها ولأن المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته فأما إن

صالح عن قتل الخطأ
بأكثر من ديته من جنسها لم يجز و كذلك لو أتلف عبدا أو شيئا غيره فصالح عنه بأكثر
من قيمته

من حبسها لم يجز، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لأنه يأخذ عوضا عن المتلف فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك ولنا أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدره فلم يجز ان يصلح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل فأما ان صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز لأنه بيع، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل (فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالاتلاف بمائة مؤجلة لم يجز وكانت حالة وبهذا قال الشافعي وعن أحمد يجوز وهو قول أبي حنيفة لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة، الحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعا فهو بيع دين بدين وبيع الدين بالدين غير جائز (فصل) ولو صالح عن القصاص؟؟؟ بعد فخرج مستحقا رجع بقيمته في قولهم جميعا وان خرج حرا فكذلك. وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لأن الصلح فاسد فرجع ببذل ما صالح؟؟ عنه وهو الدية. ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضا فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقا (فصل) ولو صالح عن دار أو عبد بعوض فوجد العوض مستحقا أو حرا رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيمته إن كان تالفا لأن الصلح ههنا بيع في الحقيقة فإذا تبين أن العوض كان مستحقا أو حرا؟؟ كان البيع فاسدا فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فإنه ليس ببيع وإنما يأخذ عوضا عن اسقاط القصاص، ولو اشترى شيئا فوجده معيبا فصالحه عنه بعد فبان مستحقا أو حرا رجع بأرش العيب

ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضا عن أرش العيب فزال العيب رجعت بأرشه لا بمهر
المثل لأنها رضيت ذلك مهرا لها
(فصل) ولو صالحه عن القصاص بحر يعلمان حرته أو عبد يعلمان أنه مستحق أو
تصالحا بذلك
عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لأن الصلح ههنا باطل يعلمان بطلانه
فكان وجوده كعدمه
(فصل) إذا صالح رجلا على موضع قناة من أرضه تجري فيها ماء وبيننا موضعها
وعرضها وطولها
جاز لأن ذلك بيع موضع من أرضه ولا حاجة إلى بيان عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان
له إلى تخومه
فله أن يترك فيه ما شاء وان صالحه على اجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع
بقاء ملكه
عليها فها إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة لأن هذا شأن الإجارة فإن كانت الأرض
في يد رجل
بإجارة جاز له أن يصالح رجلا على إجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تتجاوز
مدة اجارته وان
لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لأنه لا يجوز احداث ساقية في
أرض في يده بإجارة
فأما ان كانت الأرض في يده وقفها عليه فقال القاضي هو كالمستأجر له ان يصالح على
اجراء الماء في ساقية محفورة
في مدة معلومة وليس له ان يحفر فيها ساقية لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها
كالأرض المستأجرة سواء وهذا كله
مذهب الشافعي، والأولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الأرض له وله التصرف فيها
كيفما شاء ما لم ينقل الملك
فيها إلى غيره بخلاف المستأجر فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف
عليه بمنزلة المستأجر
إذا اذن له في الحفر فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن أنتقل إليه فسخ
الصلح فيما بقي من المدة

على وجهين بناء على ما إذا أجره مدة فمات في أثناءها فإن قلنا له فسخ الصلح ففسخه
رجع المصالح
على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة، وان قلنا ليس له الفسخ رجوع من أنتقل
إليه الوقف على الورثة
(فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن
سطحه أو في
أرضه عن أرضه جاز إذا كان ما يجري ماء معلوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة
لأن الماء يختلف بصغر
السطح وكبره ولا يمكن ضبطه بغير ذلك ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء
إلى السطح لأن ذلك
يختلف، ولا يفتقر إلى ذكر مدة لأن الحاجة تدعو إلى هذا، ويجوز العقد على المنفعة
في موضع الحاجة غير
مقدر كما في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفى به منافع
المجرى دائما ولا في أكثر المدة
بخلاف الساقية، ويختلفان أيضا في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج إلى ما يقدر به
لأن تقدير ذلك حصل
بتقدير الساقية، فإن لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها والماء الذي على السطح
يحتاج إلى معرفة مقدار السطح
لأنه يجري منه القليل والكثير، وإن كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجرا أو
عارية مع انسان لم يجز
أن يصلح على اجراء الماء عليه لأنه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن
يتصرف به بخلاف الماء في
الساقية المحفورة فإن الأرض لا تتضرر به وإن كان ماء السطح يجري على أرض
احتمل أن لا يجوز له الصلح على
ذلك لأنه ان احتاج إلى حفر لم يجز له ان يحفر أرض غيره ولأنه يجعل لغير صاحب
الأرض رسما فربما ادعى
استحقاق ذلك على صاحبها واحتمل الجواز إذا لم يحتج إلى حفر ولم تكن فيه مضرة
لأنه بمنزلة اجراء الماء
في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة اجارته كما قلنا في اجراء الماء
في الساقية والله أعلم
(فصل) وإذا أراد أن يجري ماء في ارض غيره لغيره ضرورة لم يجز الا باذنه وإن كان
لضرورة
مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على

روایتین

(۲۹)

(إحداهما) لا يجوز لأنه تصرف في أرض غيره بغير اذنه فلم يجز كما لو لم تدع إليه ضرورة لأن مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة (والأخرى) يجوز لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك: لم تمنعي وهو منفعة لك تشربه أولا وأخرا ولا يضرك؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فال محمد: لا والله فقال له لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشربه أولا وآخرا؟ فقال محمد لا والله فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل. رواه مالك في موطئه وسعيد في سننه والأول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للأصول فكان أولى (فصل) وان صالح رجلا على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به فقال القاضي لا يجوز لأن الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا فيجوز الصلح عليه ولأنه مجهول. قال وان صالحه على سهم من العين أو النهر كالثلث أو الربع جاز وكان بيعا؟ للقرار والماء تابع له ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لأن الحاجة تدعو إلى ذلك والماء مما يجوز اخذ العوض عنه في الجملة بدليل ما لو اخذه في قربته أو انائه ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمدة وأشباهه والصلح على المجهول

(فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز اخذ العوض عنه مثل ان يصلح امرأة لتقر
بالزوجية
لأنه صلح يحل حراما ولأنها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجوز وان دفعت إليه عوضا
عن هذه الدعوى
ليكف عنها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأن الصلح في الانكار إنما يكون في حق
المنكر لاقتداء
اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه
وخروج البضع من
ملك الزوج لا قيمة له وإنما أجز الخلع للحاجة إلى افتداء نفسها
(والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لأن المدعي يأخذ عوضا عن حقة من
النكاح فجاز
كعوض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره وربما توجهت اليمين عليها
لكون الحاكم يرى
ذلك ولأنها مشروعة في حقها في إحدى الروايتين، ومتى صالحته على ذلك ثبتت
الزوجية باقرارها
أو بيينة فإن قلنا الصلح باطل فالنكاح باق بحاله لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا
خلع، وان قلنا
هو صحيح احتمل ذلك أيضا ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض لأنه أخذ العوض
عما يستحقه من
نكاحها فكان خلعا كما لو أقرت له بالزوجية فخالعها، ولو ادعت ان زوجها طلقها
ثلاثا فصالحها على مال
لتنزل عن دعواها لم يجوز لأنه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره وان
دفعت إليه مالا
ليقر بطلاقها لم يجوز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا ليطلقها
ثلاثا
(فصل) وان ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعبودية لم يجوز
لأنه
يحل حراما فإن إرقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا بغيره، وان دفع إليه المدعى عليه
مالا صلحا عن
دعواه صح لأنه يجوز أن يعتق عبده بمال ويشرع للدفع لليمين الواجبة عليه
والخصومة المتوجهة
إليه ولو ادعى على رجل ألفا فأنكره فدفع إليه شيئا ليقر له بالألف لم يصح فإن أقر لزمه
ما أقر



(۳۱)

به ويرد ما أخذه لأنه تبين باقراره كذبه في إنكاره وان الألف عليه فيلزمه أداؤه بغير
عوض ولا
يحل له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه وان دفع إليه المنكر مالا صلحا عن دعواه
صح وقد مضى ذكره
(فصل) ولو صالح شاهدا على أن لا يشهد عليه لم يصح لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال
(أحدها) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين آدمي أو حق لله
تعالى
لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك
كما لا يجوز أخذ
العوض على شرب الخمر وترك الصلاة (الثاني) ان يصلحه على أن لا يشهد عليه
بالزور فهذا يجب عليه
ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصلحه على أن
لا يقتله ولا يغصب
ماله (الثالث) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حدا كالزنا والسرقة فلا
يجوز أخذ العوض
عنه لأن ذلك ليس بحق له فلم يجوز له أخذ عوضه كسائر ما ليس بحق له ولو صالح
السارق والزاني
والشارب بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح لذلك ولم يجوز له أخذ
العوض، وان صلحه
عن حد القذف لم يصح الصلح لأنه إن كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه
ليس بحق له
فأشبه حد الزنا والسرقة وإن كان حقا له لم يجوز الاعتياض عنه لكونه حقا ليس بمالي
ولهذا لا يسقط
إلى بدل بخلاف القصاص ولأنه شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه
بمال وهل يسقط
الحد بالصلح فيه وجهان مبنيان على الخلاف في كونه حقا لله تعالى أو حقا لآدمي فإن
كان حقا لله تعالى

لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا والسرقة وإن كان حقا لآدمي سقط
بصلحه واسقاطه
مثل القصاص فإن صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح لأنه حق شرع على خلاف
الأصل لدفع ضرر
الشركة فإذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف إلا أنه يسقط
ههنا وجهها
واحدا لكونه حقا لآدمي.
(فصل) ولا يجوز ان يشرع إلى طريق نافذ جناحا وهو الروشن يكون على أطراف
خشبة مدفونة
في الحائط وأطرفها خارجة في الطريق سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا
يضر، ولا يجوز أن
يجعل عليها ساباطا بطريق الأولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على حائطين سواء
كان الحائطان
ملكه أو لم يكونا وسواء أذن الإمام في ذلك أو لم يأذن، وقال ابن عقيل إن لم يكن فيه
ضرر جاز
بأذن الإمام لأنه نائبهم فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ
وقال أبو حنيفة
يجوز من ذلك مالا ضرر فيه وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه، وقال مالك
والشافعي والأوزاعي
وإسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز ذلك إذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لأنه
ارتفق بما لم يتعين
ملك أحد فيه من غير مضرة فكان جائزا كالمشي في الطريق والجلوس فيها، واختلفوا
فيما لا يضر فقال
بعضهم إن كان في شارع تمر فيه الجيوش والاحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس
ورمحه منصوب لا
يبلغه؟؟ وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالعماريات والمحامل
ولنا أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ
بغير اذن

أهله ويفارق المرور في الطريق فإنها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فإنه يظلم الطريق ويسد الضوء وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء

وقد تعلوا الأرض بمرور الزمان فيصدم رؤوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الا على الماشي، وقد رأينا مثل هذا كثيرا وما يفضي إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها، وعلى أبي حنيفة أنه بناء في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجوز فلم يجوز بغير اذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه، وإن كان ساكنا كما

لا يجوز إذا منع منه.

(فصل) ولا يجوز أن يبني في الطريق دكانا بغير خلاف نعلمه سواء كان الطريق واسعا أو غير

واسع سواء أذن الإمام فيه أو لم يأذن لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولأنه يؤدي المارة ويضيق عليهم

ويعثر به العاثر فلم يجوز كما لو كان الطريق ضيقا

(فصل) ولا يجوز ان يبني دكانا ولا يخرج روشنا ولا ساباطا على درب غير نافذ الا باذن أهله

وبهذا قال الشافعي إذا لم يكن له في الدرب باب وإن كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم

من منعه أيضا ومنهم من أجاز له اخراج الجناح والساباط لأن له في الدرب استطرأقا فملك ذلك

كما يملكه في الدرب النافذ.

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه ما لو لم يكن له فيه باب ولا نسلم الأصل الذي قاسوا

عليه فاما إن أذن أهل الدرب فيه جاز لأن الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان المالك واحدا، وان صالح

أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز لأنه يبيع للهواء دون القرار



(۳۴)

ولنا أنه بيني فيه باذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولأنه ملك لهم فجاز لهم أخذ
عوضه كالقرار
إذا ثبت هذا فإنما يجوز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والعلو
وهكذا الحكم فيما
إذا أخرجته إلى ملك إنسان معين لا يجوز بغير إذنه ويجوز باذنه بعوض وبغيره إذا كان
معلوم المقدار والله أعلم.
(فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئرا لنفسه سواء جعلها لماء المطر أو
ليستخرج منها
ما ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرناه من قبل، وإن أراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو
لنفعه لا طريق مثل
أن يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن
الطريق نظرنا فإن
كان الطريق ضيقا أو يحفرها في ممر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو
يضيق عليهم
ممرهم لم يجز ذلك لأن ضررها أكثر من نفعها، وإن حفرها في زاوية في طريق واسع
وجعل عليها ما يمنع
الوقوع فيها جاز لأن ذلك نفع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله
في درب غير نافذ
فلا يجوز إلا باذن أهله لأن هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو
فعله في بستان
إنسان ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء
المطر عن داره
أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق وكذلك أن فعل ذلك في ملك
إنسان معين
(فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم ولا يجوز إخراجها إلى درب
نافذ إلا
إلا باذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز إخراجها إلى الطريق الأعظم لأن
عمر رضي الله
عنه اجتاز على دار العباس وقد نصب ميازبا إلى الطريق فقلعه فقال العباس تقلعه وقد
نصبه رسول الله
صلى الله عليه وسلم بيده؟ فقال والله لا نصبته إلا على ظهري وانحنى حتى صعد على
ظهره فنصبه وما فعله رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلغيره فعله ما لم يقد دليل على اختصاصه به ولأن الحاجة تدعو

إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه
إلى الدار ولأن الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الإسلام من غير تكبير. ولنا إن هذا
تصرف في هواء

مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولأنه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فإن ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل انه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل ان يجوز ذلك لأن الحاجة داعية إليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور (فصل) ولا يجوز ان يفتح في الحائط المشترك طاقا ولا بابا الا باذن شريكه لأن ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ولا يجوز ان يغرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائطا ولا يستره ولا يتصرف فيه نوع تصرف لأنه تصرف في الحائط بما يضر به فلم يجوز كمنقذه ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الأولى لأنه إذا لم يجوز فيما له فيه حق ففيما لاحق له فيه أولى وان صالحه عن ذلك بعوض جاز واما الاستناد إليه واسناد شيء لا يضره إليه فلا بأس به لأنه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه أشبه الاستظلال به (فصل) فاما وضع خشبه عليه فإن كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجوز بغير خلاف نعلمه لما ذكرنا ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وإن كان لا يضر به الا ان به غنية عن وضع خشبه عليه لامكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضا وهو قول الشافعي وأبي ثور ولأنه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير حاجة فلم يجوز كبناء حائط عليه وأشار ابن عقيل إلى جوازه لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره) متفق عليه ولان ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كأخذ الشقص بالشفعة من المشتري والفسخ بالخيار أو بالعيب أو اتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير

ذلك، فاما ان دعت

(٣٦)

الحاجة إلى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه فإنه يجوز له وضعه بغير اذن الشريك وبهذا قال الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته ولنا الخبر ولأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضره أشبه الاستناد إليه والاستغلال به ويفارق الزرع فإنه يضر ولم تدع إليه حاجة. إذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنع إذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبقى ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين إذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعاً يحتاج إلى أن يجعل عليه جسراً ثم يضع الخشب على ذلك الجسر والأولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والمجنون والعاقل لما ذكرنا والله أعلم (فصل) فأما وضعه في جدار المسجد إذا وجد الشرطان فعن أحمد فيه روايتان (إحدهما) الجواز لأنه إذا جاز في ملك الجار مع أن حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة والمساهلة أولى (والثانية) لا يجوز نقلها أبو طالب لأن القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس وهذا اختيار أبي بكر وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجهاً للمنع من وضع الخشب في ملك الجار لأنه إذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلان يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولأنه إذا منع في حق الله تعالى مع أن حقه على المسامحة والمساهلة لغنى الله تعالى وكرمه فلان يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقه أولى والمذهب الأول. فإن قيل فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب في

الحائط بالقياس على وضع الخشب؟ قلنا لأن الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف
الطاق والباب فإنه

يضعف الحائط لأنه يبقى مفتوحا في الحائط والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان
وضع الخشب
تدعو الحاجة إليه بخلاف غيره
(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال بسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم
أعيد فله
إعادة خشبه لأن السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر استحقاق ذلك وان زال السبب
مثل أن يخشى
على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح
وان خيف سقوط
الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لزم ازالته لأنه يضر بالمالك ويزول
الخشب، وان يخف عليه لكن
استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لأن في ازالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب
الحائط
في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه
(فصل) ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اعارته ولا اجارته لأنه إنما
كان له ذلك
لحاجته الماسة إلى وضع خشبه ولا حاجة له إلى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك
لا يملك بيع حقه
من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره لأنه أبيع له من حق غيره لحاجته
فلم يجوز له ذلك
فيه كقطعام غيره إذا أبيع له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إعارة الحائط
أو اجارته على
وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لأنه وسيلة إلى منع ذي الحق
من حقه فلم
يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تفويت
الحق، وان احتاج
إلى هدمه للخوف من انهدامه أو لتحويله إلى مكان آخر أو لغرض صحيح ملك ذلك
لأن صاحب الخشب إنما
يثبت حقه للارفاق به مشروطا بعدم الضرر بصاحب الحائط فمتى أفضى إلى الضرر زال
الاستحقاق لزوال شرطه
(فصل) وإذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو
وضع خشبه
عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز. فإذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية

لازمة فإذا رجع

(٣٨)

المعير فيها لم يكن له ذلك ولم يلزم المستعير إزالة ما فعله لأن اذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع
اضرار به فلا يملك ذلك المعير كما لو أعاره أرضا للدفن والغراس لم يملك المطالبة
بنقل الميت والغراس
بغير ضمان، وان أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك لأن المستعير قد استحق
تبقية الخشب
عليه ولا ضرر في تبقيته، وإن كان مستهدما فله نقضه وله على صاحب البناء والخشب
إزالته وإذا أعيد
الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه الا باذن جديد سواء بناه بآلته أو غيرها،
وهكذا لو قلع
المستعير خشبا وسقط بنفسه لم يكن له رده إلا باذن مستأنف لأن المنع من القلع إنما
كان لما فيه من الضرر
وهنا قد حصل القلع بغير فعله فأشبهه ما لو كان في الأرض شجر فانقلع وهذا أحد
الوجهين لأصحاب
الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك لأنه قد استحق بقاء ذلك على التأيد وليس كذلك
فإنه إنما استحق
الابقاء ضرورة دفع ضرر القلع وقد حصل القلع ههنا فلا يبقى الاستحقاق، وان قلع
صاحب الحائط
ذلك عدوانا كان للآخر اعادته لأنه أزيل بغير حق تعديا ممن عليه الحق فلم يسقط
الحق عنه بعدوانه
وان أزاله أجنبي لم يملك صاحبه اعادته بغير اذن المالك لأنه زال بغير عدوان منه فأشبهه
ما لو سقط بنفسه
(فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان إجارة
في مده
معلومة أو صلحا على وضعه على التأيد ومتى زال فله اعادته سواء زال لسقوطه أو
سقوط الحائط أو
غير ذلك لأنه استحق ابقاءه بعض ويحتاج إلى أن يكون البناء معلوم العرض والطول
والسمك والآلات
من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لأن هذا كله يختلف فيحتاج إلى معرفته، وإذا
سقط الحائط الذي
عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الإجارة سقوطا لا يعود انفسخت الإجارة فيما بقي
ورجع من الأجرة

بقسط ما بقي من المدة وان أعيد رجع من الأجرة بقدر المدة التي سقط البناء
والخشب عنه، وان صالحه
مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشئ معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه
سواء كان ما صالحه به مثل
العوض الذي صلح به على وضعه أو أقل أو أكثر لأن هذا عوض عن المنفعة المستحقة
له وكذلك لو كان
له مسيل ماء في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الأرض مستحق ذلك
بعوض ليزيله عنه جاز
وإن كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشئ على أن لا يعيده جاز لأنه لما جاز
أن يبيع
ذلك منه جاز أن يصلح عنه لأن الصلح يبيع
(فصل) وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه
فمتى زال فله
إعادته لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم
خلافه
وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما
أشبه هذا فهو له
لأن الظاهر أنه له بحق فجرى ذلك مجرى اليد الثابتة، وإذا اختلفا في ذلك هل هو بحق
أو بعد وان
فالقول قول صاحب الشخب والبناء والمسيل مع يمينه لأن الظاهر معه
(فصل) إذا ادعى رجل دارا في يد أخو بن فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه عما
أقر له بعوض صلح ولأخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان
الانكار مطلقا
وبين ما إذا قال هذه لنا ورثناها جميعا عن أبينا أو أختنا فيقال إذا كان الانكار مطلقا
كان له
الاخذ بالشفعة وان قال ورثناها عن أبينا فلا شفعة له لأن المنكر يزعم أن الملك لأخيه
المقر لم يزل
وأن الصلح باطل فيؤخذ بذلك ولا يستحق به شفعة. ووجه الأول أن الملك ثبت
للمدعي حكما وقد
رجع إلى المقر بالبيع وهو معترف بأنه يبيع صحيح فتثبت فيه الشفعة كما لو كان
الانكار مطلقا ويجوز
أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الأسباب فلا يتنافى
إنكار المنكر

وإقرار المقر كحالة اطلاق الإنكار وهذا أصح

(٤٠)

(مسألة) قال: (وإذا تداعى نفسان جدارا معقودا ببناء كل واحد منهما تحالفا وكان بينهما وكذلك أن كان محلولا من بنائهما وإن كان معقودا ببناء أحدهما كان له مع يمينه).

وجملة ذلك أن الرجلين إذا تداعيا حائطا بين ملكيهما، وتساويا في كونه معقودا بينائهما معا وهو أن يكون متصلًا بهما اتصالا لا يمكن احداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه الفطائر التي لا يمكن احداث اتصال بعضها ببعض، أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما أي غير متصل بينائهما

الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى فإن لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له ويجعل بينهما نصفين لأن كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما وان حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وما هو لصاحبه جاز وهو بينهما وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفا، وذلك لأن المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه فإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها، وإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما، فإن لم يكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي على الناكل فكان الكل للآخر، وإن كان الحائط متصلًا ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجح بالعقد ولا ينظر إليه.

ولنا ان الظاهر أن هذا البناء بنى كله بناء واحدا فإذا كان بعضه لرجل كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بنى وحده فإنه لو بنى مع هذا كان متصلا به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا



(٤١)

الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد والأزج، فإن قيل فلم لم تجعلوه له
بغير يمين لذلك؟
قلنا لأن ذلك ظاهر وليس بيقين إذا يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعا
مع حائطه أو
كان له فوهبه إياه أو بناه بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق
صاحب اليد وسائر
من وجبت عليه اليمين، فأما إن كان معقودا ببناء أحدهما عقدا يمكن إحداثه مثل البناء
بالبن والآجر
فإنه يمكن أن ينزع من الحائط المبنى نصف لبنة أو آجرة أو يجعل مكانها لبنة صحيحة
أو آجرة
صحيحة تعقد بين الحائطين فقال القاضي لا يرجح بهذا الاحتمال أن يكون صاحب
الحائط فعل هذا
ليتملك الحائط المشترك وظاهر كلام الخرقى أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح
بالاتصال
الذي لا يمكن إحداثه لأن الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع
آجره وتغيير بنائه
وفعل ما يدل على ملكه فوجب أن يرجح بهذا كما يرجح باليد فإنه يمكن أن تكون يدا
عادية حدثت
بالغصب أو بالسرقة أو العارية أو الإجارة فلم يمنع ذلك الترجيح بها
(فصل) فإن كان لأحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة
ونحوها فهو له
وبهذا قال الشافعي لأن وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه لكونه منتفعا به فجرى
مجرى كون حمله
على البهيمة وزرعه في الأرض ولأن الظاهر أن الانسان لا يترك غيره بيني على حائطه
وكذلك إن
كانت له عليه سترة، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به
أحدهما أو له عليها
أزج معقود فالحائط المختلف فيه له لأن الظاهر أن الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها
فيكون الظاهر
أن ما عليها من البناء له.
(فصل) فإن كان لأحدهما خشب موضوع فقال أصحابنا لا ترجح دعواه بذلك وهو
قول الشافعي
لأن هذا مما يسمح به الجار وقد ورد الخبر بالنهي عن المنع منه وعندنا انه حق يجب

التمكين منه فلم
ترجح به الدعوى كاسناد متاعه إليه وتخصيصه وتزويقه ويحتمل أن ترجح به الدعوى
وهو قول مالك

لأنه منتفع به بوضع ماله عليه فأشبهه الباني عليه والزراع في الأرض، وورود الشرع
بالنهي عن المنع
منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق بدليل انا استدللنا بوضعه على كون الوضع
مستحقا على الدوام
حتى متى زال جازت اعادته، ولان كونه مستحقا تشترط له الحاجة إلى وضعه فقيما لا
حاجة إليه له
منعه من وضعه وأما السماح به فإن أكثر الناس لا يتسامحون به، ولهذا لما روى أبو
هريرة الحديث عن
النبي صلى الله عليه وسلم طأطأ رؤوسهم كراهة لذلك فقال مالي أراكم عنها معرضين
والله لأرمين بها بين أكتافكم
وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على
تحريمه ولان الحائط
يبني لذلك فيرجح به كالأزج، وقال أصحاب أبي حنيفة لا ترجح الدعوى بالجدع
الواحد لأن
الحائط لا يبني له ويرجح بالجدعين لأن الحائط يبني لهما، ولنا أنه موضوع على
الحائط فاستوى
في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء
(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما والخوارج ووجوه الآجر
والحجارة ولا
كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدهما واقطاع الآجر إلى ملك الآخر ولا بمعاهد
القمط
في الخص يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال
أبو يوسف ومحمد
يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاهد القمط لما روى نمر بن حارثة التميمي عن أبيه
ان قوما اختصموا
إلى النبي صلى الله عليه وسلم في خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به
لمن يليه معاهد القمط ثم رجع
إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال (أصبت وأحسنت) رواه ابن ماجه وروي
نحوه عن علي ولان العرف جار
بان من بنى حائطا جعل وجه الحائط إليه
ولنا عموم قوله عليه السلام (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ولان وجه
الحائط ومعاهد
القمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من أن يكون إلى أحدهما إذا لا يمكن كونه إليهما

جميعا فبطلت دلالاته
كالتزويق ولأنه يراد للزينة فأشبهه التزويق، وحديثهم لا يثبتهم أهل النقل واسناده مجهول
قاله ابن المنذر

قال الشالنجي ذكرت هذا الحديث لأحمد فلم يقنعه وذكرته لا سحاق بن راهويه فقال
ليس هذا
حديثا ولم يصححه وحديث على فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح فإن
العادة جعل
وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس كما يلبس الرجل أحسن أثوابه أعلاها الظاهر للناس
ليروه
فيتزين به فلا دليل فيه.
(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتحسين ولا بكون أحدهما له على الآخر ستره
غير مبنية عليه
لأنه مما يتسامح به ويمكن احداثه.
(فصل) وإن تنازع صاحب العلو والسفل في حوائط البيت السفلائي فهي لصاحب
السفل لأنه
المنتفع بها وهي من جملة البيت فكانت لصاحبه وإن تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب
العلو لذلك، وإن
تنازعا السقف تحالفا وكان بينهما وبهذا قال الإمام الشافعي وقال أبو حنيفة هو
لصاحب السفل لأن
السقف على ملكه فكان القول قوله كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما كان القول
قول صاحبها
وحكي عن مالك أنه لصاحب السفل وحكي عنه أنه لصاحب العلو لأنه يجلس عليه
ويتصرف فيه
ولا يمكنه السكنى إلا به ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما
اتصال البنيان
فكان بينهما كالحائط بين الملكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان
العلو ولا يشبهه
السرّج على الدابة لأنه لا ينتفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لها فكان في يده وهذا
السقف ينتفع به
كل واحد منهما لأنه سماء صاحب السفل يظله وأرض صاحب العلو تقله فاستويا فيه
(فصل) وإن تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها فإن لم يكن تحتها
مرفق
لصاحب السفل كسلم مسمرا أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لأن له اليد والتصرف
وحده لأنها
مصعد صاحب العلو لا غير والعرضة التي عليها الدرجة له أيضا لانتفاعه بها وحده، وإن
كان تحتها بيت



(५५)

بنيت لأجله لتكون مدرجا للعلو فهي بينهما لأن يديهما عليها ولأنها سقف للسفلاتي وموطئ
للفوقاني فهي كالسقف الذي بينهما وإن كان تحتها طاق صغير لم تبين الدرجة لأجله
وإنما جعل مرفقا
يجعل فيه جب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله وحده ويحتمل أن
يكون بينهما لأن
يدهما عليها وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف
(فصل) ولو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا وكانت بينهما لأنها
حاجز بين
ملكيهما فهي كالحائط بين الملكين
(فصل) إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم فطلب أحدهما إعادته وأبى الآخر فهل
يجبر الممتنع
على إعادته قال القاضي: فيه روايتان إحداهما يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي
قال القاضي
هي أصح وقال ابن عقيل وعلى ذلك أصحابنا وبه قال مالك في إحدى روايته
والشافعي في قديم قوله
واختاره بعض أصحابه وصححه لأن في ترك بنائه إضرارا فيجبر عليه كما يجبر على
القسمة إذا طلبها
أحدهما وعلى النقض إذا خيف سقوطه عليهما ولقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا
ضرر ولا إضرار) وهذا وشريكه
يتضرر ان في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو
أقوى دليلا ومذهب
أبي حنيفة لأنه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكة على الانفاق عليه كما لو
انفرد به ولأنه بناء حائط فلم يجبر عليه
كالابتداء ولأنه لا يخلو إما أن يجبر علي بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحقيهما
جميعا: لا يجوز أن يجبر عليه لحق
نفسه بدليل ما لو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره فإذا لم يكن كل واحد
منهما موجبا عليه
فكذلك إذا اجتمعا وفارق القسمة فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه
مضرة لما فيه من
الغرامة وانفاق ماله ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على
إزالته بما فيه

ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر، ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك، ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراراً فإن الضرر إنما حصل بانهدامه وإنما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به وهذا لا يمنع الانسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الاجبار اضرار ولا يزال الضرر بالضرر وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه ما يبنى به فيكلف الغرامة مع عجزه عنها، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر. فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه لأن له حقاً في الحمل ورسماً فلا يجوز منعه منه، وله بناؤه بانقاضه ان شاء وبناؤه بألة من عنده فإن بناه بألته وانفاضه فالحائط بينهما على الشركة كما كان لأن المنفق عليه إنما أنفق على التلف وذلك أثر لاعتين يملكها وإن بناه بألة من عنده فالحائط ملكه خاصة وله منع شريكه من الانتفاع به ووضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائط له. وإذا أراد نقضه فإن كان بناه بألته لم يملك نقضه لأنه ملكهما فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليهما وإن بناه بألة من عنده فله نقضه لأنه ملكه خاصة فإن قال شريكه انا أدفع إليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الابقاء، وإن أراد غير الباني نقضه أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعاً لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه فلان لا يملك إجباره على نقضه أولى، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال له اما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي

ووضع خشبي واما أن تقلع حائطك لنعيد البناء بيننا فيلزم الآخر إجابته لأنه لا يملك
 ابطال رسومه
 وانتفاعه ببنائه وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الباني بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه
 إذا لم يجبر
 علي البناء فأولى أن لا يجبر على الغرامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والانتفاع فيلزمه
 ما أذن فيه
 فأما على الرواية الأولى فمتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك فإن لم يفعل أخذ الحاكم
 من ماله وأنفق
 عليه وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بإذن الحاكم أو إذن الشريك رجع عليه
 متى قدر وإن
 أراد بناء ه لم يملك الشريك منعه، وما أنفق ان تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى
 الرجوع به فهل
 له الرجوع بذلك؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وإن بناه لنفسه
 بآلته فهو بينهما
 وإن بناه بالة من عنده فهو له خاصة فإن أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع إليه شريكه
 نصف قيمته
 فلا يكون له نقضه لأنه إذا أجبر علي بنائه فأولى أن يجبر على إبقائه.
 (فصل) فإن لم يكن بين ملكيهما حائط قديم فطلب أحدهما من الآخر مباناه حائطاً
 يحجز بين
 ملكيهما فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في
 ملكه خاصة
 لأنه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه
 رسم وهذا لا رسم له
 ولا أعلم في هذا خلافاً
 (فصل) فإن كان السفل لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما
 المباناة من
 الآخر فامتنع فهل يجبر الممتنع على ذلك؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي
 قولان كالروايتين
 وان انهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب العلو بإعادتها فعلى روايتين

(إحداهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لأنه ملكه خاصة (والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة وان أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعا فإن بناه بآلته فهو على ما كان وان بناه بآلة من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أن لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهذا مذهب الشافعي لأن السكنى إنما هي إقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها فأشبهه الاستئجار بها من خارج فأما ان طالب صاحب السفلى بالبناء وأبي صاحب العلو ففيه روايتان. (إحداهما) لا يجبر علي بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب السفلى مختص به فلم يجبر غيره علي بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو (والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه وهو قول أبي الدرداء لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين (فصل) فإن كان بين البيتين حائط لا حدهما فانهدم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه فامتنع لم يجبر لأنه إن كان الممتنع مالكة لم يجبر علي بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر علي بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه علي بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقا لابقائه على حيطان السفلى دائما فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فلذلك وجب بخلاف مسئلتنا

وان أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لأنه ملكه خاصة
وان أراد جاره
بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لأنه لاحق له فيه
(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فإن
خيف
سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كما لو انهدم بنفسه لأنه فعل الواجب
وأزال الضرر
الحاصل بسقوطه وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها وسواء
التزم اعادته
أو لم يلتزم لأن الضرر حصل بفعله فلزمه اعادته
(فصل) فإن اتفقا علي بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان
لم يصح لأنه
يصالح على بعض ملكه ببعض فلم يصح كما لو أقر له بدار فصالحه على سكنها، ولو
اتفقا على أن
يحملة كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهالة الحمل فإنه يحمله من الأثقال مالا طاقة
له بحمله وان
اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز
(فصل) فإن كان بينهما نهر أو قناه أو دولا ب أو ناعورة أو عين فاحتاج إلى عمارة ففي
اجبار
الممتنع منهما روايتان وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الانفاق لأنه لا يتمكن
شريكه من
مقاسمته فيضربه بخلاف الحائط فإنه يمكنهما قسمة العرصة والأولى التسوية لأنه في
قسمة العرصة

اضرارا بهما والانفاق أرفق بهما فكانا سواء. والحكم في الدولاب والناعور كالحكم في الحائط على ما ذكرناه، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الانفاق عليه وإذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأن الماء ينبع من ملكيهما وإنما اثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبهه الحائط إذا بناه بآلته، والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى (فصل) إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فللقريب من الباب نقل بابه إلى ما يلي باب الزقاق لأن له الاستطراق إلى بابه القديم فقد نقص من استطراقه ومتى أراد رد بابه إلى موضعه الأول كان له لأنه حقه لم يسقط وان أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لأنه يقدم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه ويحتمل جواز ذلك لأنه كان له أن يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ولأن له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده، فأما صاحب الباب الثاني فإن كان في داخل الدرب باب لآخر فحكمه في التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الأول سواء وان لم يكن له ثم باب آخر كان له تحويل بابه حيث شاء لأنه على الأول لا منازع له فيما تجاوز الباب الأول وعلى الاحتمال الذي ذكرناه لكل واحد منهما ذلك، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح في داره بابا آخر أو يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما بابا جاز إذا وضع البابين في موضع استطراقه، وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذا وزقاق نافذ ففتح في حائطه بابا إليه جاز لأنه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه، فإن قيل في هذا اضرار بأهل الدرب لأنه يجعله نافذا يستطرق إليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذا وإنما تصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره، فاما إن

كان بابيه في الشارع
وظهر داره إلى الزقاق الذي لا ينفذ فأراد ان يفتح بابا إلى الزقاق للاستطراق لم يكن له
ذلك لأنه
ليس له حق في الدرب الذي قد تعين عليه ملك أربابه ويحتمل الجواز كما ذكرنا في
الوجه الذي قد
تقدم، وان أراد ان يفتح فيه بابا لغير الاستطراق أو يجعل له بابا يسمره أو شباكا جاز
لأنه لما كان
له رفع الحائط بجملته فبعضه أولى، قال ابن عقيل ويحتمل عندي انه لا يجوز لأن
شكل الباب مع تقادم
العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فإنه
لا يدل على شيء

(فصل) وإذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى
وباب كل
واحدة منهما في زقاق غير نافذ فرفع الحاجز بينهما وجعلهما دارا واحدة جاز وان فتح
من كل واحدة
منهما بابا إلى الأخرى ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما إلى كلا الدارين لم
يجز ذكره القاضي
لأن ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولان
ذلك ربما أدى
إلى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الأخرى
ويحتمل جواز
ذلك لأن له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى وهذا أشبه وما ذكرناه للمنع منتقض بما
إذا رفع الحائط
جميعه وفي كل موضع قلنا ليس له فعله إذا صالحه أهل الدرب بعوض معلوم أو أذنوا له
بغير عوض جاز
(فصل) إذا تنازع صاحب البابين في الدرب وتداعياه ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه
ثلاثة أوجه
(أحدها) انه يحكم بالدرب من أوله إلى الباب الذي يلي أوله بينهما لأن لهما
الاستطراق فيه جميعا وما
بعده إلى صدر الدرب للآخر لأن الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف
(والوجه الثاني)
ان من أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما لأن ما يقابل ذلك لهما التصرف فيه بناء على
أن للأول ان يفتح
بابه فيما شا من حائطه وما بعد ذلك للثاني لأنه ليس بفناء للأول ولا له فيه استطراق
(والثالث) يكون
بينهما لأن لهما جميعا يدا وتصرفا وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولآخر
سفله ولصاحب
العلو درجة في أثناء صحن الخان فاختلفا في الصحن فما كان من الدرجة إلى باب
الخان بينهما وما وراء
ذلك إلى صدر الخان على الوجهين (أحدهما) هو لصاحب السفلى (والثاني) هو بينهما
فإن كانت الدرجة
في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعا فعلى الوجه الذي
يقول إن صدر
الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني له ان يستبدل بما يختص به منه بان يجعله

دهليزا لنفسه أو يدخله
في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئا لأن ذلك ملك له ينفرد به
(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره نحو ان يبني فيه حماما بين
الدور
أو يفتح خبازا بين العطارين أو يجعله دكان قسارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئرا
إلى جانب بئر جاره
يجتذب ماءها وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة وعن أحمد رواية أخرى لا يمنع وبه
قال الشافعي
وبعض أصحاب أبي حنيفة لأنه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم
يمنع منه كما لو
طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا انه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا اضرار) ولان هذا اضرار بجيرانه، فمنع منه كالدق الذي يهز

الحيطان وينثرها، وكسقي الأرض الذي يتعدى إلى هدم حيطان جاره، أو اشعال نار تتعدى إلى

احراقها قالوا ههنا تعدت النار التي أضرمتها والماء الذي أرسله فكان مرسلا لذلك في ملك غيره فأشبهه

ما لو أرسله إليها قصدا قلنا والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلا له في ملك

جاره، فهو كاجزاء النار والماء، وأما دخان الخبز والطبيخ فإن ضرره يسير، ولا يمكن التحرز منه وتدخله المسامحة

(فصل) وإن كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه

على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني سترة تستره، وقال الشافعي لا يلزمه عمل سترة لأن

هذا حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما عليه كالأسفل ولنا انه اضرار بجاره فمنع منه كدق يهز الحيطان وذلك، لأنه يكشف جاره ويطلع على حرمة

فأشبهه ما لو اطلع عليه من صئر بابه أو خصاصه، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم (لو أن

رجلا اطلع إليك فحذفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح) ويفارق الأسفل فإن تصرفه

لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره

(فصل) إذا كانت بينهما عرصة حائط فاتفقا على قسمها طولا جاز ذلك سواء اتفقا على قسمها طولا

أو عرضا لأنها ملكهما ولا تخرج عنهما وان اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو ان يجعل له نصف الطول

في جميع العرض وللآخر مثله فقال أصحابنا يجبر الممتنع على القسمة وهو مذهب الشافعي لأن ذلك

لا يضر فإذا اقتسما اقترعا. فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القرعة، فإن كان مبنيا فلا كلام وإن كان

غير مبنى كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه وان أحب أن يدخل بعض عرصته في داره

فعل وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل ويحتمل أن لا يجبر على القسمة

لأنها توجب
اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل لملك شريكه وزوال ملك شريكه
فيتضرر لأنه لا يقدر
على حائط يستر ملكه وربما اختار أحدهما أن لا يبنى حائطه فيبقى ملك كل واحد
منهما مكشوفاً أو
بينه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر لا يرد الشرع بالاجبار عليه، فإن قيل
فإذا كان
مشتركا تمكن أيضا من منع شريكه وضع خشبه عليه قلنا إذا كان له عليه رسم وضع
خشبه أو انتفاع به

لم يملك منعه من رسمه وههنا يملك منعه بالكلية، وأما إن طلب قسمها عرضا وهو أن يجعل لكل واحد منهما نصف العرض في كمال الطول نظرنا فإن كانت العرصة لا تتسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا واختار ابن عقيل أنه يجبر وهو ظاهر كلام الشافعي لأنها عرصة فأجبر على قسمها كعرصة الدار ولنا أن في قسمها ضررا فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وما ذكره ينتقض بذلك وإن كانت تتسع لحائطين بحيث يصل لكل واحد منهما ما يبني فيه حائطا ففي إجبار الممتنع وجهان أحدهما يجبر قاله أبو الخطاب لأنه لا ضرر في القسمة لكون كل واحد منهما يحصل له ما يندفع به حاجته فأشبهه عرصة الدار التي يحصل لكل واحد منهما ما يبني فيه دارا. والثاني لا يجبر ذكره القاضي لأن هذه القسمة لا تقع فيها قرعة لأننا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلي داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ولا صاحب الشافعي وجهان كهذين، ومتى اقتسما العرصة طولاً فبني كل واحد منهما لنفسه حائطا وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم يمنع من سدها لأن ذلك يجري مجرى بناء الحائط في عرصته (فصل) وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولاً جاز ويعلم بين نصيبيهما بعلامة وإن اتفقا على قسمة عرضا فقال أصحابنا يجوز القسمة لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فأشبهه العرصة ويحتمل أن لا تجوز القسمة لأنها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه وههنا لا يتميز ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفردا لأنه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله وإن فتح فيه طاقا يضعفه ضعف كله وإن وقع بعضه تضرر النصيب الآخر، وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر فذكر القاضي أن الحكم في

الحائط كالحكم في
عرصته سواء ولا يجبر على قسم الحائط إلا أن يطلب أحدهما قسمه طولاً ويحتمل أن
لا يجبر على
قسمه أيضاً وهو أحد الوجهين لا أصحاب الشافعي لأنهما إن قطعاه بينهما فقد أتلغا
جزءاً من الحائط
ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه وإن لم يقطع
وعلمنا علامة على نصفه
كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الآخر، ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار
وقسم حائطها
المحيط بها وكذلك قسم البستان وحائطه ولا يجبر على القطع المضر بل يعلمه بخط
بين نصيبهما ولا يلزم
من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وإن اتصل به بدليل الحائط المتصل في دارين
والله أعلم.

كتاب الحوالة والضمان
الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال مطل الغني ظلم
وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع) متفق عليه وفي لفظ (من أحيل بحقه على ملئ
فليحتل) وأجمع
أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة،
وقد قيل إنها بيع
فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة
لأنه موضوع على
الرفق فيدخلها خيار؟؟ المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس
بمحمول على غيره
لأنها لو كانت بيعا لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض لأنه
بيع مال الربا
بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ولان لفظها يشعر بالتحويل
لا بالبيع فعلى
هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله. لا بد فيها من
محيل ومحتال
ومحال عليه، ويشترط في صحتها رضی المحيل بلا خلاف فإن الحق عليه ولا يتعين
عليه جهة قضائه
وأما المحتال والمحال عليه فلا يعتبر رضاهما على ما سنذكره إن شاء الله تعالى
* (مسألة) * قال (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضي فقد برئ
المحيل أبدا)
من شرط صحة الحوالة شروط أربعة (أحدها) تماثل الحقيين لأنها تحويل للحق ونقل
له فينقل على

صفته ويعتبر تماثلهما في أمور ثلاثة (أحدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة، أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح (الثالث) الحول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فإن كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أجل أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين لم تصح الحوالة، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال ان يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة لأن الحال لا يتأجل ولأنه شرط ما لو كان ثابتا في نفس الامر لم تصح الحوالة فكذلك إذا شرطه، وإذا اجتمعت هذه الأمور وصحت الحوالة وتراضيا بان يدفع المحال عليه خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو رضي من له الحال بانظاره جاز لأن ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى، وان مات المحيل أو المحال فالاجل بحاله، وان مات المحال عليه ففي حلول الحق روايتان مضى ذكرهما (الشرط الثاني) أن تكون على دين مستقر، ولا يعتبر ان يحيل بدين مستقر، الا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه بعرض الفسخ لانقطاع المسلم فيه، ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من أسلم في شئ فلا يصرفه إلى غيره) ولا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لأنه غير مستقر فإن له ان يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه، وتصح الحوالة عليه بدين

غير دين الكتابة لأن حكمه حكم الأحرار في المدائيات، وان أحال المكاتب سيده
بنجم قد حل عليه
صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض، وان أحالت المرأة على
زوجها بصدقها
قبل الدخول لم يصح لأنه غير مستقر، وان أحالها الزوج به صح لأنه له تسليمه إليها
وحوالته به تقوم
مقام تسليمه، وان أحالت به بعد الدخول صح لأنه مستقر وان أحال البائع بالثمن على
المشتري في
مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا، وان أحاله المشتري به صح لأنه بمنزلة الوفاء
وله الوفاء
قبل الاستقرار، وان أحال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتبين ان
الحوالة كانت باطلة
لأن الثمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وإنما ثبت الجواز عند العلم بالعيب
بالنسبة إلى المشتري
ويحتمل ان تبطل الحوالة لأن سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودا وقت الحوالة
وكل موضع
أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة يفسخ نكاحها بسبب من
جهتها، أو
المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فإن كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه
وجهان (أحدهما)
تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه (والثاني) لا
تبطل لأن الحق
انتقل عن المحيل فلم يعد إليه، وثبت للمحتال فلم يزل عنه، ولان الحوالة بمنزلة القبض
فكان المحيل
أقبض المحتال دينه فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض
من المحال عليه أو لم
يتعذر، وإن كان بعد القبض لم يبطل وجهها واحدا ويرجع المحيل على المحتال به
(فصل) وان أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة بل
هي
وكالة تثبت فيها أحكامها لأن الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ولا حق ههنا
ينتقل ويتحول

وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المعنى وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه وتحول ذلك إلى الوكيل كتحوله إلى المحيل، وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضا نصف عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الأداء، ولا المحتال قبول ذلك، لأن الحوالة معاوضة ولا معاوضة ههنا وإنما هو اقتراض فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لأنه قرض، وإن أبرأه ولم يقبض منه شيئا لم تصح البراءة لأنها براءة لمن لا دين عليه، وإن قبض منه الدين ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل به لأنه قد غرم عنه وإنما عاد إليه المال بعقد مستأنف ويحتمل أن لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئا، وإن أحال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لأن الحوالة إنما تكون بدين على دين، ولم يوجد واحد منهما (فصل) الشرط الثالث أن تكون بمال معلوم لأنها إن كانت بيعا فلا تصح في مجهول وإن كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تمنع منه فتصح بكل ما يثبت مثله في الذمة بالاتلاف من الأثمان والحبوب والادهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لأنه لا يثبت في الذمة ومن شرط الحوالة تساوى الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمذروع والمعدود ففي صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا تصح لأن المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمه بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) تصح ذكره القاضي لأنه حق ثابت في الذمة فأشبهه ماله مثل ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الأموال فإن كان عليه إبل من الدية وله على

آخر مثلها في السن فقال القاضي تصح لأنها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجهين لأنها مجهولة ولأن الإبل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف ولا تثبت في الذمة سلما في رواية، وإن كان عليه إبل من دية وله على آخر مثلها قرضا فأحاله عليه فإن قلنا يرد في القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولأن الخيرة في التسليم إلى من عليه الدين وقد رضي بتسليم ماله في ذمة المقرض وإن كانت بالعكس فاحتال المقرض بابل الدية لم تصح لأننا إن قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمه والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك (فصل) الشرط الرابع أن يحيل برضائه لأن الحق عليه فلا يلزمه أدائه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمه المحيل في قول عامة الفقهاء إلا ما يروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه، وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان وليس بصحيح لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه. إذا ثبت أن الحق انتقل فمتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبدا سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك هذا ظاهر كلام الخرقى وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد لعلم وبه قال جماعة من أصحابنا ونحوه قول مالك لأن الفليس عيب في المحال عليه فكان



(၈၀)

له الرجوع كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ولان المحيل غره فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجع على صاحبه، وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين إذا مات المحال عليه مفلسا وإذا جحده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا حجر عليه لفلس لأنه روي عن عثمان أن سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلسا فقال يرجع بحقه لا توى على مال امرئ مسلم، ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لاحد المتعاضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه ولنا ان جزنا؟؟؟ جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به فمات المحال عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعذك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ولأنها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين، وحديث عثمان لم يصح يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قره عن عثمان ولم يصح سماعه منه وقد روي أنه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولا يصح ولو صلح كان قول علي مخالفا له وقولهم أنه معاوضة لا يصح لأنه يفضي إلى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لأنه في ذلك قبضا يقف استقرار العقد عليه وههنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين (فصل) فإن شرط ملاءة المحال عليه فبان معسرا رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لأن الحوالة لا ترد بالاعسار إذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به وان شرط كما لو شرط كونه مسلما، ويفارق البيع فإن الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (المسلمون على شروطهم) ولأنه شرط ما فيه
مصلحة العقد في عقد معاوضة
فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق
العقد بدليل
اشتراط صفة في المبيع
(فصل) ولو لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلسا أو ميتا رجع على
المحيل بلا خلاف
فإنه لا يلزمه الاحتيال على غير ملئ لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله
عليه وسلم بقبول
الحوالة إذا أحيل على ملئ ولو أحاله على ملئ فلم يقبل حتى أعسر فله الرجوع أيضا
على ظاهر قول
الخرقي لكونه اشترط في براءة المحيل ابداء رضى المحتال
(مسألة) قال (ومن أحيل بحقه على ملئ فواجب عليه أن يحتال)
الملئ هو القادر على الوفاء جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (إن
الله تعالى يقول:
من يقرض الملئ غير المعدم. وقال الشاعر:
تطيلين لياني وأنت مليئة * وأحسن يا ذات الوشاح التقاضيا
يعنى قدرة على وفائي والظاهر أن الخرقي أراد بالملئ ههنا القادر على الوفاء غير
الجاحد ولا
المماطل قال احمد في تفسير الملي، كان الملئ عنده أن يكون مليا بماله وقوله وبدنه
ونحو هذا فإذا أحيل
على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما وقال أبو حنيفة
يعتبر رضاهما لأنها
معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين. وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لأن
حقه في ذمة المحيل

فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين
عرضا. فأما المحال عليه
فقال مالك لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتمل عدوه، وللشافعي في اعتبار رضائه
قولان أحدهما يعتبر وهو
يحكى عن الزهري لأنه أحد من تتم به الحوالة فأشبه المحيل والثاني لا يعتبر لأنه أقامه
في القبض مقام
نفسه فلم يفتقر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل.
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا تبع أحدكم على ملئ فليتبع ولان للمحيل أن
يوفي الحق الذي عليه بنفسه
وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبض فلزم المحال القبول كما لو وكل
رجلا في إبقائه
وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضا لأنه يعطيه غير ما وجب له فلم يلزمه
قبوله.
(فصل) إذا أحال رجلا على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن
حق
الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمرا
على زيد بما يثبت
له في ذمته صح أيضا لما ذكرنا وتكرر المحتمل والمحيل لا يضر.
(فصل) إذا اشترى عبدا فأحال المشتري البائع بالثمن ثم ظهر العبد حرا أو مستحقا
فالباع
باطل والحوالة باطلة لأننا تبينا أنه لا ثمن على المشتري وإنما تثبت حرته ببينة أو
اتفاقهم، فإن اتفق
المحيل والمحال عليه على حرته وكذبهما المحتمل ولا بينة بذلك لم يقبل قولهما عليه
لأنهما يبطلان حقه
أشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حرا لم يقبل قولهما على
المشتري الثاني

وإن أقاما بينة لم تسمع لأنهما كذباها بدخولهما في التبايع، وإن أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة، وإن صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنبته أقوى فإن أقاما بينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لأنهما لم يكذباها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد لأنه إقرار على غيرهما وتبطل الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدق فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لإقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه. (فصل) وإن اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر فقبضه من المحال عليه ثم رد المشتري العبد بعيب أو مقابلة أو اختلاف في ثمن فقد برئ المحال عليه لأنه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البائع وإن رده قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به. وقال أبو الخطاب لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين لأن

المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه إليه نقلاً صحيحاً وبرئ من الثمن وبرئ المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الأول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه إليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا، فإن قلنا يبطلان الحوالة رجع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وإن قلنا لا تبطل رجع المشتري على البائع بالثمن ويأخذه البائع من المحال عليه فإن عاد البائع فأحال المشتري صح بالثمن على من أحاله المشتري عليه صح وبرئ البائع وعاد المشتري إلى غريمه، وإن كانت المسألة بحالها لكن أحال البائع أجنبياً على المشتري ثم رد العبد المبيع ففي الحوالة وجهان (أحدهما) لا تبطل لأن ذمة المشتري، برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للأجنبي المحتال فأشبهه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل، فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم إلى المحتال ما أحاله به، والثاني تبطل الحوالة إن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولأنه لا فائدة في بقاء الحوالة ههنا فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما كالمسألة قبلها وإذا قلنا لا تبطل فأحال المشتري المحال عليه بالثمن على البائع صح وبرئ المشتري منهما (فصل) إذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو والمأذون له فقال وكتك في قبض ديني بلفظ التوكيل فقال بل أحلتني بلفظ الحوالة أو كانت بالعكس فقال أحلتك

بدينك قال بل وكتلتي فالقول قول مدعي الوكالة منهما مع يمينه لأنه يدعي بقاء الحق
علي ما كان
وينكر انتقاله والأصل معه، فإن كان لأحدهما بينة حكم بها لأن اختلافهما في اللفظ
وهو مما يمكن
إقامة البينة عليه، وان اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا فقال
المحيل إنما وكتلك
في القبض لي وقال الآخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد
الوجهين لأن
الظاهر معه فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره،
كما لو اختلفا
في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لأن الأصل بقاء حق المحيل على
المحال عليه والمحتال
يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر. فعلى الوجه الأول يحلف المحتال
ويثبت حقه في ذمة
المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل
ويبقى حقه في ذمة
المحال عليه. وعلى كلا الوجهين إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه
وتلف في يده فقد برئ كل
واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريطه أو غيره لأنه ان تلف بتفريط
وكان المحتال
محقا فقد أتلف ماله وإن كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في
ذمته له
فيتقاصان ويسقطان، وان تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبرئ
منه المحيل
بالحوالة والمحال عليه بتسلمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط
فلا ضمان عليه
وان لم يتلف احتمال أن لا يملك المحيل طلبه لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ما
له في يده وهو مستحق

لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك
المحتال مطالبته بدينه
وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل
منه بالحوالة وليس
بصحيح لأن المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وانه
يستحق المطالبة
به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما
جميعا فلا وجه لاسقاطه
ولا موضع للبينه في هذه المسألة لأنهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وإنما
يدعي المحيل بينه
وهذا لا تشهد به البينة نفيا ولا اثباتا
(فصل) وان كانت المسألة بالعكس فقال أحلتك بدينك فقال بل وكتلني ففيها الوجهان
أيضا لما
قدمناه فإن قلنا القول قول المحيل فحلف برئ من حق المحتال وللمحتال قبض المال
من المحال عليه
لنفسه لأنه يجوز له ذلك بقولهما معا فإذا قبضه كان له بحقه، وإن قلنا القول قول
المحتال فحلف كان
له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لأنه اما وكيل واما محتال فإن قبض منه
قبل أخذه من
المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه لأن المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو أمانة في
يدي ولي مثله
على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمنا فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من
المحيل
شيئا وان استوفى من المحيل رجع على المحال عليه في أحد الوجهين لأنه قد ثبتت
الوكالة
بيمين المحتال وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل والثاني لا يرجع عليه لأنه
يعترف أنه قد برئ

من حقه وإنما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه قال القاضي والأول أصح وإن كان قد قبض الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو أتلفها سقط حقه على الوجهين لأنه إن كان محققا فقد أتلف حقه وإن كان مبطلا فقد أتلف مثل دينه فيثبت في ذمته ويتقاصان، وإن تلفت بغير تفريطه فعلى الوجه الأول يسقط حقه أيضا لأن ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له أن يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه لأنه يعترف ببراءته (فصل) وإن اتفقا على أن المحيل قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فقال أحدهما هي حوالة بلفظها وقال الآخر بل هي وكالة بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الحوالة وجهها واحدا لأن الحوالة بدينه لا تحتل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لا دين لك علي لأن قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده له بعد ذلك فإما إن لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكتلتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتا على المحيل، فهل ذلك اعتراف بالدين أو لا؟ فيه وجهان سبق توجيههما

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

فإن صدق المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة له لأن رضى المحال عليه لا يعتبر، وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة، وإن نكل المحال عليه عن اليمين ففضى عليه بالنكول واستوفي الحق منه ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام وإن أنكر الحوالة فالقول قوله وله إن يستوفي من المحال عليه لأنه معترف له بالحق ويدعي إن المحتمل ظلمه ويبقى دين المحتمل على المحيل، وإن كان المحيل ينكر إن له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لأن المحتمل يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه، وإن كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتمل المطالبة به لأنه يقر بأنه قد برئ منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه

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

بين هذه المسألة وبين ما إذا أحاله بألفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا و ثم تفاضلا فيه ولان الحوالة ههنا بألف معين و ثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين؟؟ وانه إذا قضاه أحدهما الألف فقد قضى جميع الدين و ثم إذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامنا عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير اشكال لأنه لما كان له ان يستوفى الألف من واحد كان له ان يستوفى من اثنين كالوكيلين باب الضمان (مسألة) ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه أو قال ما أعطيته فهو علي فقد لزمه ما صح أنه أعطاه الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما واشتقاقه من الضم وقال القاضي هو مشتق من التضمين لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، والأصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع، اما الكتاب فقول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وقال ابن عباس الزعيم الكفيل: واما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه

قال (الزعيم غارم) رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، وروى البخاري عن سلمة ابن الأكوع ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى برجل ليصلي عليه فقال (هل عليه دين؟) قالوا نعم ديناران) قال (هل ترك لهما وفاء) قالوا: لا، فتأخر، فقيل لم لا تصل عليه فقال (ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه) فقام أبو قتادة فقال هما علي يا رسول الله، فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى. إذا ثبت هذا فإنه يقال ضممين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير بمعنى واحد، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ولا بد من رضى الضامن فإن أكره على الضمان لم يصح ولا يعتبر رضا المضمون عنه لا نعلم فيه خلافاً لأنه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك وإذا ضمن عنه ولا يعتبر رضى المضمون له، وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لأنه إثبات مال لآدمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء. وعن أصحاب الشافعي كالمذهبيين ولنا أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له ولا المضمون عنه فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك روي عن علي رضي الله عنه: ولأنها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولأنه ضمان دين فأشبهه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه. (فصل) ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن، وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أولاً وليعرف المضمون له فيؤدي إليه

وذكر وجهها آخر انه تعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لأنه لا معاملة بينه وبينه، ولأصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذه، ولنا حديث علي وأبي قتادة فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه عمن لم يعرفاه ولأنه تبرع بالتزام بمال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر (فصل) وقد دلت مسألة الخرقى على أحكام (منها) صحة ضمان المجهول لقوله ما أعطيته فهو علي، وهذا مجهول فمتى قال أنا ضامن لك مالك على فلان أو ما يقضى به عليه أو ما تقوم به البينة أو ما يقر به لك أو ما يخرج في روزمانجك صح الضمان. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر: لا يصح لأنه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن في المبيع. ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه، وعموم قوله عليه السلام (الزعيم غارم) ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولأنه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة، وإذا قال ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح المجهول كالعق والطلاق (ومنها) صحة ضمان ما لم يجب فإن معنى قوله ما أعطيته أي ما تعطيه في المستقبل بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه فيدل على أنه غيره ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المسئلتين سواء أو إحداهما داخلة في الأخرى.

والخلاف في هذه المسألة ودليل القولين كالتي قبلها إلا أنهم قالوا الضمان ضم ذمة إلى ذمة
في التزام الدين فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضمانا قلنا
قد ضم ذمته
إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وان ما ثبت في ذمة مضمونه يثبت في
ذمته، وهذا كاف.
وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله ألق متاعك في البحر وعلي
ضمانه، وسلم أصحاب
الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل وما وجب شيء بعد
ومنها أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه وكان للمضمون له مطالبته، ولا
نعلم في هذا خلافا
وهو فائدة الضمان. وقد دل قول النبي صلى الله عليه وسلم (والزعيم غارم) واشتقاق
اللفظ (ومنها) صحة
الضمان عن كل من وجب عليه حق حيا كان أو ميتا مليئا أو مفلسا لعموم لفظه فيه،
وهذا قول
أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء فإن
خلف بعض الوفاء
صح ضمانه بقدر ما خلف لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالابراء ولان
ذمته قد خربت
خرابا لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه.
ولنا حديث أبي قتادة وعلي فإنهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء والنبي صلى الله عليه
وسلم حضهم
على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله (ألا قام أحدكم فضمنه؟) وهذا صريح في
المسألة ولأنه دين ثابت

فصح ضمانه كما لو خلف وفاء، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز
لصاحب الدين اقتضاؤه
ولو ضمنه حيا ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة
الضامن. وفي
هذا انفصال عما ذكره (ومنها) صحة الضمان في كل حق أعني من الحقوق المالية
الواجبة أو التي
تؤول إلى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والأجرة والمهر قبل الدخول أو
بعده لأن هذه
الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالضمن في المبيع بعد انقضاء الخيار
يجوز ان يسقط برد
بعيب أو مقابلة وبهذا كله قال الشافعي
(فصل) فيما يصح ضمانه، يصح ضمان الجعل في الجعالة وفي المسابقة والمناضلة،
وقال
أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يصح ضمانه لأنه لا يؤول إلى اللزوم فلم يصح
ضمانه كمال الكتابة
ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا
عمل العمل وإنما الذي
لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل، ويصح أرش الجناية
سواء كانت
نقودا كقيم المتلفات أو حيوانا كالديات وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان
الحيوان الواجب فيها
لأنه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولأن الإبل الواجبة في الذمة
معلومة الأسنان
والعدد وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر لأنه إنما يلزمه أدنى لون أو
صفة فتحصل
معلومة وكذلك غيرها من الحيوان ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالاتلاف فلم يمنع
وجوبه بالالتزام

ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلية لأن نفقة اليوم واجبة والمستقبلية مآلها إلى اللزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب وقال القاضي إذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه إلا نفقة المعسر لأن الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها. ولنا أنه يصح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها بدليل الجعل في الجعالة والصداق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار فأما النفقة في الماضي فإن كانت واجبة أما بحكم الحاكم بها أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا، ويصح ضمان مال المسلم في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه فلم يجز كالحوالة به والأول أصح لأنه دين لازم فصح ضمانه كالأجرة وثمر المبيع، ولا يصح ضمان مال الكتابة في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والأخرى يصح لأنه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر الديون عليه، والأولى أصح لأنه ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم فإن للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع عن أدائه فإذا لم يلزم الأصيل فالضمين أولى، ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعارية وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين وقال في الآخر لا يصح لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة وإنما يضمن ما ثبت في الذمة، ووصفنا لها بالضمان إنما معناه أنه يلزمه قيمتها إن تلفت والقيمة مجهولة ولنا أنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة وقولهم إن الأعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند

تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فإن ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه
ان ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقا، فأما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة
والعين التي يدفعها إلى القصار والخياط فهذه إن ضمنها من غير تعدد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة
على من هي في يده فكذا على ضامنه وان ضمنها ان تعدد فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله يدل على
صحة الضمان فإنه قال في رواية الأثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع إليه ثيابك
وأنا ضامن فقال له هو ضامن لما دفعه إليه يعني إذ تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا ان تلف بغير تفريط
منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا وان تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك
لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضامنه كالغصوب والعواري وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب
وقد بينا جوازه، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع، فضمانه على المشتري
هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وان ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على
الضامن، وضمانه عن البائع للمشتري هو ان يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقا أو رد
بعيب أو أرش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر وحقيقة
العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه، وممن أجاز
ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض الشافعية لكونه ضمان ما لم يجب
وضمان مجهول وضمان عين وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله، ولان الحاجة تدعو إلى الوثيقة على
البائع والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق واما الرهن
فلا يجوز في ذلك بالاجماع لأنه يؤدي إلى أن يبقى ابدا مرهونا فلم يبق إلا الضمان

ولأنه لا يضمن
إلا ما كان واجبا حال العقد لأنه إنما يتعلق بالضمان حكم إذا خرج مستحقا أو معيبا
حالا العقد

ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة منتفية لأنه ضمن الجملة
فإذا خرج بعضه مستحقا
لزمه بعض ما ضمنه. إذا ثبت هذا فإنه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض
الثمن وبعده
وقال الشافعي إنما يصح بعد القبض لأنه قبل القبض لو خرج مستحقا لم يجب على
البائع شيء
وهذا ينبنى على ضمان ما لم يجب إذا كان مفضيا إلى الوجوب كالجعالة. وألفاظ
ضمان العهدة أن يقول
ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه أو يقول متى
خرج المبيع
مستحقا فقد ضمننت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه قال ضمننت عهدته أو
ضمننت لك العهدة، والعهدة في
الحقيقة هي الصك المكتوب فيه الاتباع هكذا فسره به أهل اللغة فلا يصح ضمانه
للمشتري لأنه ملكه
وليس بصحيح لأن العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والكلام
المطلق يحمل على
الأسماء العرفية دون اللغوية كالرواية تحمل عند اطلاقها على المزايدة لا على الجمل
وإن كان هو الموضوع
فأما ان ضمن له خلاف المبيع فقال أبو بكر هو باطل لأنه إذا خرج حرا أو مستحقا لا
يستطيع
تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبدا أو أمة وضمن له الخلاص فقال
كيف يستطيع الخلاص
إذا خرج حرا فإن ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص وهل يصح في العهدة
على وجهين بناء على
تفريق الصفقة. إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول إن
استحقاق رجوع
المشتري بالثمن لا يخلو اما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارنة له، فاما
الحادث فمثل تلف المبيع
من المكيل والموزون في يد البائع أو بغصب من يده أو يتقايلان فإن المشتري يرجع
على البائع دون الضامن
لأن هذا الاستحقاق لم يكن موجودا حال العقد وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال
العقد ويحتمل ان يرجع
به على الضامن لأن ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه. وأما إن كان بسبب مقارنة

نظرنا كان بسبب لا تفريط
من البائع فيه كأخذه بالشفعة فإن المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع
ولا الضامن، ومتى لم
يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الأولى واما ان زال ملكه
عن المبيع بسبب
مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قديم فله الرجوع إلى الضامن
وهذا ضمان

العهددة فإن أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضا لأنه إذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيع مستحقا أو بعضه لأنه إذا ظهر بعضه مستحقا بطل العقد في الجميع في إحدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الأخرى يبطل العقد في الجميع ولكن استحق ردها فإن ردها كلها فالحكم كذلك وان أمسك المملوك منها فله المطالبة بالأرش كما لو وجد بها عيبا، ولو باعه عينا أو أقرضه شيئا بشرط ان يرهن عنده عينها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لأنه لا يلزم الراهن اقباضه وتسليمه فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الأصيل وان ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فإذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لأنه ضمان مجهول وضمن ما لم يجب وقد بينا جواز ذلك (فصل) فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلا أو امرأة لأنه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بغير خلاف لأنه إيجاب مال بعقد لم يصح منهم كالنذر والاقرار ولا يصح من السفية المحجور عليه ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لأن من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه صح فكذلك ضمانه والأول أولى لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء ولا يشبه الاقرار لأنه اخبار بحق سابق، وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين وهو قول الشافعي وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة اقراره وتصرفاته بإذن وليه، ولا يصح هذا الجمع لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم

يصح منه
كالتبرع والنذر بخلاف البيع وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل
بلوغه وقال
المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول احمد ان القول قول المضمون له لأن
معه سلامة العقد
فكان القول قوله كما لو اختلفا في شرط فاسد ويحتمل ان القول قول الضامن لأن
الأصل عدم البلوغ

وعدم وجوب الحق عليه وهذا قول الشافعي ولا يشبه هذا ما إذا اختلفا في شرط فاسد لأن المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفا صحيحا فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وههنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الأهلية ظاهر يستند إليه ولا أصل يرجع إليه فلا ترجح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لأن الأصل عدمه، فاما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه لأنه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبهه الراهن فصح تصرفه فيما عدا الرهن فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته، ولا يصح ضمان العبد بغير اذن سيده سواء كان مأذونا له في التجارة أو غير مأذون له وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالأقرار بالاتلاف، ووجه الأول انه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح بغير اذن كالنكاح وقال أبو ثور إن كان من جهة التجارة جاز وإن كان من غير ذلك لم يجز، فإن ضمن باذن سيده صح لأن سيده لو أذن له في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد وقال أبو الخطاب هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده على روايتين كاستدانتة باذن سيده وقد سبق الكلام فيها، فإن أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد كتعلق حق الجناية برقبة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير اذن سيده كالعبد القن؟؟ لأنه تبرع بالتزام مال فأشبهه نذر الصدقة بغير مال ويحتمل أن

يصح ويتبع به
بعد عتقه كقولنا في العبد، وإن ضمن باذنه ففيه (وجهان) أحدهما لا يصح أيضا لأنه
ربما أدى إلى
تفويت الحرية (والثاني) لا يصح لأن الحق لهما لا يخرج عنهما، فاما المريض فإن كان
مرضه غير مخوف أو
غير مرض الموت فحكمه حكم الصحيح وإن كان مرض الموت المخوف فحكم
ضمانه حكم تبرعه يحسب

من ثلثه لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضا فأشبه الهبة، وإذا فهمت
إشارة الأخرس
صح ضمانه لأنه يصح بيعه واقراره وتبرعه فصح ضمانه كالناطق ولا يثبت الضمان
بكتابة منفردة عن
إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لأنه قد يكتب عبثا أو تجربة قلم فلم يثبت الضمان به
مع الاحتمال ومن
لا تفهم إشارته لا يصح منه الضمان لأنه لا يدري بضمانه ولأنه لا يصح سائر تصرفاته
فكذلك ضمانه
(فصل) إذا ضمن الدين الحال مؤجلا صح ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على
الضامن
يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن وبهذا قال الشافعي قال احمد في رجل ضمن
ما على فلان أن
يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن
رجلا لزم غريما له
بعشرة دنانير على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما عندي شيء أعطيكه
فقال والله لا أفارقك حتى تقضييني
أو تأتيني بحميل فجره إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم
(كم تستنظره؟) قال:
شهرًا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنا أحمل فجاء في الوقت الذي قال النبي
صلى الله عليه وسلم
فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (من أين أصبت هذا؟) قال من معدن (قال لا خير
فيها) وقضاها عنه رواه
ابن ماجة في سننه ولأنه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلا كالبيع، فإن قيل فعندكم
الدين الحال
لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف
الذي يتصف به
في ذمة المضمون عنه قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان بعقد وهذا ابتداء ثبوته
في حق
الضامن فإنه لم يكن ثابتا عليه حالا ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن ما في ذمة
المضمون عنه بدليل
ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل إذا ثبت هذا وكان الدين مؤجلا إلى شهر
فضمناه إلى شهرين لم يكن له
مطالبة الضامن إلى شهرين فإن قضاها قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية

التي تقول انه إذا
قضى دينه بغير اذن رجع به لأن أكثر ما فيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية
الأخرى لا يرجع
به قبل الاجل لأنه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك وإن كان الدين مؤجلا فضمنه حالا
لم يصح حالا
ولا يلزمه أدائه قبل أجله لأن الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزم المضمون
عنه ولان

المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبأن لا يلزم الضامن أولى
ولأن الضمان

التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلتزم مالا يلزم المضمون عنه، فعلى هذا إن قضاؤه حالا
لم يرجع به قبل

أجله لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أن الدين
الحال ثابت في الذمة

مستحق القضاء في جميع الزمان فإذا ضمنه مؤجلا فقد التزم بعض ما يجب على
المضمون عنه فصح كما لو

كان الدين عشرة فضمن خمسة وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند أجله فإذا
ضمنه حالا

التزم ما لم يجب على المضمون فأشبهه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقيل
يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل

حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياسا لإحداهما على الأخرى وقد فرقنا بينهما بما
يمنع القياس إن شاء الله تعالى

(فصل) وإذا ضمن ديننا مؤجلا عن إنسان فمات أحدهما اما الضامن واما المضمون عنه
فهل

يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين تقدم ذكرهما فإن قلنا يحل على الميت لم
يحل على الآخر لأن

الدين لا يحل على شخص بموت غيره فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة
الضامن قبل الاجل

فإن قضاؤه قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل
الاجل؟ يخرج على

الروايتين فيمن قضى بغير اذن من هو عليه، وإن كان الميت الضامن فاستوفى الغريم
الدين من تركته

لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لأنه مؤجل عليه فلا يستحق
مطالبته به قبل أجله

وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن زفر أن لهم مطالبته لأنه أدخله في ذلك مع عمله أنه
يحل بموته، ولنا

أنه دين مؤجل فلا تجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو يمت وقوله أدخله فيه قلنا إنما
ادخله في المؤجل

وحلولة بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل
(مسألة) قال (ولا يبرأ المضمون عنه الا بأداء الضامن)

يعني ان المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض

بل يثبت
الحق في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه ولصاحب الحق مطالبة من شاء
منهما في الحياة

وبعد الموت وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال (هل على صاحبكم من دين؟) قالوا نعم درهمان فقال (صلوا علي صاحبكم) فقال علي هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل علي فقال (جزاك الله خيرا عن الاسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك) فقبل يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة؟ فقال (للناس عامة) رواه الدارقطني فدل على أن المضمون عنه بريء بالضمنان، وروى الإمام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال (أعليه دين؟) قلنا ديناران فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما؟) قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك (ما فعل الديناران) قال إنما مات أمس قال فعاد إليه من الغد فقال قد قضيتهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (والآن بردت جلده) وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله (وبرئ الميت منهما) ولأنه دين واحد فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه كالمحال به وذلك لأن الدين الواحد لا يحل في محلين. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه) وقوله في خبر أبي قتادة (الآن بردت جلده) حين أخبره أنه قضى دينه ولأنها وثيقه فلا تنقل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلانه بالضمنان صار له وفا وإنما كان النبي صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفا؟، وأما

قوله (لعلي فك الله
رهانك كما فككت رهان أخيك) فإنه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه
وسلم فلما ضمنه فكه من
ذلك أو مما في معناه، وقوله (برئ الميت منهما) صرت أنت المطالب بهما وهذا على
سبيل التأكيد لثبوت
الحق في ذمته ووجوب الأداء عليه بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء
(الآن بردت

عليه جلدته) ويفارق الضمان الحوالة فإن الضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين
الذمتين في تعلق الحق
بهما وثبوتيه فيهما والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله إلى ذمة المحال
عليه، وقولهم ان
الدين الواحد لا يحل في محلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق
دين الرهن به وبذمة
الراهن وقال أبو بكر عبد العزيز أما الحي فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة واما
الميت ففي براءته
بمجرد الضمان روايتان (إحدهما) يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية
يوسف بن موسى
لما ذكرنا من الخبرين ولان فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته فينبغي أن تحصل هذه
الفائدة بمجرد الضمان
بخلاف الحي فإن المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق وثبوتيه في الذمتين أكد في
الاستيثاق بالحق
(والثانية) لا يبرأ إلا بالأداء لما ذكرناه ولأنه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحي
(فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه
أنه لا يطالب الضامن
الا إذا تعذر مطالبة المضمون عنه لأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا عند تعذر
استيفائه من الأصل كالرهن
ولنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كأصيل ولان الحق ثابت في ذمتها
فملك مطالبة
من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن، لأنه مال
من عليه الحق
وليس بذى ذمة يطالب إنما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره
(فصل) وان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافاً لأنه
تبع ولأنه
وثيقة فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن وان أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه
لأنه أصل
فلا يبرأ ببراء التبع ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الأصيل
كالرهن إذا انسخ
من غير استيفائه وأيهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له لأنه حق واحد فإذا
استوفي مرة زال
تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن، وان أحال الغريم برئاً جميعاً لأنه حق

واحد فإذا استوفي
مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي دين الرهن، وان أحال أحدهما الغريم برئاً جميعاً
لأن الحوالة كالتقضاء
(فصل) وان ضمن الضامن ضامن آخر صح لأنه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر
الديون

ويثبت الحق في ذمم ثلاثة أيهم قضاة برئت ذمم كلها لأنه حق واحد فإذا قضي مرة لم يجب قضاؤه
مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه برئ الضامنان لأنهما فرع، وان أبرأ الضامن الأول برئ
الضامنان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وان أبرأ الضامن الثاني برئ وحده،
ومتى حصلت
براءة الذمة بالبراء فلا يرجع فيها بحال لأن الرجوع مع الغرم وليس في الإبراء غرم.
والكفالة
كالضمان في هذا المعنى جميعه وتزيد بأنه إذا مات المكفول عنه برئ كفيلاه وان
مات الكفيل الأول برئ
الثاني دون المكفول عنه لأن الوثيقة انحلت من غير استيفاء فأشبهه الرهن وان مات
الكفيل الثاني برئ وحده
(فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لأن
الضمان
يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانيا ولأنه أصل في هذا
الدين فلا يجوز
أن يصير فرعا فيه، وان ضمن عنه دينا آخر أو كفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه
فيه

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه
أو جزءا منه فإن ضمن كل واحد منهم جميعه برئ كل واحد منهم بأداء أحدهم، وان
أبرأ المضمون
عنه برئ الجميع لأنهم فروع له، وان أبرئ أحد الضمان برئ وحده ولم يبرأ غيره
لأنهم غير فروع
له فلم يبرؤوا ببراءته كالمضمون عنه، وان ضمن أحدهم صاحبه لم يجز لأن الحق ثبت
في ذمته بضمانه الأصلي
فلا يجوز أن يثبت ثانيا ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعا، ولو تكفل
بالرجل الواحد
رجلان جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه لأن الكفالة بيدنه لا بما
في ذمته وأي
الكفيلين أحضر المكفول به برئ وبرئ صاحبه من الكفالة لأنه فرعه ولم يبرأ من
احضار المكفول
به لأنه أصل في ذلك، وان كفل المكفول الكفيل لم يجز لأنه أصل له في الكفالة لم
يجز أن يصير فرعا
له فيما كفل به وان كفل به في غير هذا الحق جاز لأنه ليس بفرع له في ذلك

(مسألة) قال (فمتى أدى رجوع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل)
يعني إذا أدى الدين محتسبا بالرجوع على المضمون عنه فأما ان قضى الدين متبرعا به
غيرنا وللرجوع
به فلا يرجع بشئ لأنه يتطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره، فأما
إذا أداه
بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي
بأمره
فإنه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني أو أد عني أو اطلق وبهذا قال مالك والشافعي
وأبو يوسف، وقال
أبو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجوع عليه. وان قال انقد هذا لم يرجع
الا أن يكون
مخالطا له يستقرض منه ويودع عنده لأن قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق
وإذا أطلق ذلك
صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع عليه، وإذا كان مخالطا له رجوع استحسانا لأنه قد
يأمر مخالطه بالنقد عنه

ولنا انه ضمن ودفع بأمره فأشبهه إذا كان مخالطا له أو قال اضمن عني، وما ذكرناه ليس
بصحيح
لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون الا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما
ضمنه بدليل المخالط
له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به.
(الحال الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضا وبه قال مالك والشافعي
في أحد
الوجه عنه، والوجه الثاني لا يرجع به لأنه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع به. الثالث أنه
ان
تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع والا فلا لأنه تبرع بالدفع
ولنا أنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك اذنه في الأداء لأن الضمان يوجب عليه الأداء
فرجع
عليه كما لو أذن في الأداء صريحا (الحال الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله
الرجوع أيضا وظاهر

مذهب الشافعي أنه لا يرجع لأن أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه
ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أو كما لو ضمن بأمره وقولهم
ان اذنه

في القضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه قلنا الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه وليس
هو شيئا آخر

فمتى أداه عنه باذنه لزمه اعطاؤه بدله (الحال الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره
ففيه روايتان

(إحداهما) يرجع بما أدى وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن وإسحاق (والثانية) لا
يرجع بشئ وهو

قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فإنهما لو كانا
يستحقان الرجوع

على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين
المضمون عنه ولم يصل عليه

النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه تبرع بذلك أشبه ما لو علف دوابه وأطعم عبيده بغير
أمره. ووجه الأولى أنه قضاء

مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه
فأما علي وأبو

قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان فإنهما قضيا دينه قصدا لتبرئة ذمته ليصلي عليه صلى
الله عليه وسلم مع علمهما بأنه

لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشئ وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لأنه إن كان الأقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع بأدائه وإن كان كالمقضي أقل فإنما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشئ وإن دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لذلك فإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم فإن أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه ويرجع بالأقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفلس أو مظل لأن نفس الحوالة كالأقباض (فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه ولم

يكن له ان يرجع على الآخر بشئ في إحدى الروايتين لأنه لم يضمن عنه ولا اذن له في
القضاء فإذا
رجع على الذي ضمن عنه رجوع على الآخر بنصفها إن كان ضمن عنه باذنه لأنه ضمنها
عنه باذنه وقضاها
ضامنه. والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لأنها وجبت له على من أداها عنه
فملك
الرجوع بها عليه كالأصل
(فصل) إذا ضمن عن رجل باذنه فطولب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لأنه
لزمه
الأداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة
المضمون عنه
لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه وفيه
وجه آخر ان
له المطالبة لأنه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبدا فرهنه
كان للسيد مطالبته
بفكاهه وتفريغه من الرهن والأول أولى، ويفارق الضمان العارية لأن السيد يتضرر
بتعويق منافع عبده

المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا ييطل بالضمان شيء من منفعه،
فأما ان ضمن
عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحال لأنه لاحق له يطالب به
ولا شغل ذمته
بأمره فأشبهه الأجنبي، وقيل إن هذا ينبنى على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه
بما أدى عنه فإن
قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على
ما مضى تفصيله
(فصل) فإن ضمن الضامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برئوا جميعا فإن قضاه
المضمون عنه
لم يرجع على أحد وان قضاه الضامن الأول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه
وان قضاه الثاني
رجع على الأول ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان كل واحد منهما قد أذن
لضامنه، فإن لم يكن
إذن له ففي الرجوع روايتان، وان اذن الأول للثاني ولم يأذن المضمون عنه أو اذن
المضمون عنه
لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجع المأذون له على من اذن له ولم يرجع الآخر على
إحدى
الروايتين، فإن اذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الأول
رجع على

المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لأنه إنما يرجع على من اذن له دون غيره
(فصل) إذا كان له الف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما
ضامن عن صاحبه
فأبرأ الغريم أحدهما من الألف برئ منه وبرئ صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة،
وان قضاء
أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيينة عن الأصل والضمان
انصرف إليه
وان أطلق احتمال أن له صرفها إلى ما شاء منهما كمن اخرج زكاة نصاب وله نصابان
غائب وحاضر كان له
صرفها إلى ما شاء منهما واحتمل أن يكون نصفها عن الأصل ونصفها عن الضمان لأن
اطلاق القضاء
والابراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي
ونيته وفي الابراء
لفظ المبرئ ونيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من المعتبر لفظه ونيته
(فصل) ولو ادعى ألفا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه
فاعترف الحاضر
بذلك فله أخذ الألف منه فإذا قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر
فالقول قوله مع يمينه
وان أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه، فإن قامت عليه بينة فاستوفى الألف منه لم
يرجع على الغائب
بشئ لأنه بانكاره معترف أنه لا حق له عليه وإنما المدعي ظلمه، وان اعترف الغائب
وعاد الحاضر عن
انكاره فله أن يستوفي منه لأنه يدعي عليه حقا يعترف له به فكان له أخذه منه وان لم
يقم على
الحاضر بينة حلف وبرئ، فإذا قدم الغائب فأنكر أيضا وحلف برئ، وان اعترف لزمه
دفع الألف

وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الأصلية دون المضمونة لأنها
سقطت عن المضمون
عنه بيمينه فتسقط عن ضامنه
ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم
تسقط عنه الحق
الذي في ذمته ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن
(فصل) وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول
المضمون
له لأنه ادعى تسليم المال إلى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر وله مطالبة من شاء
منهما فإن رجع
على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه؟ نظرنا فإن لم يعترف له بالقضاء
لم يرجع عليه وان
اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشئ سواء
صدقه المضمون
عنه أو كذبه لأنه أذن له في قضاء مبرئ ولم يوجد وان قضاه بينة ثبت بها الحق لكن
إن كانت ميتة أو
غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لأنه معترف أنه ما قصر ولا فرط، وان قضاه
ببينه مردودة
بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لأن هذه البينة كعدمها وان
ردت بأمر
خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن أشهد عبدين أو شاهدا
واحدا فردت لذلك
أو كان ميتا أو غائبا احتمل أن يرجع لأنه قضى ببينه شرعية والجرح والتعديل ليس إليه،
واحتمل أن لا

يرجع لأنه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته، وان قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه
ففيه وجهان (أحدهما)
يرجع وهو مذهب الشافعي لأنه إذا كان حاضرا كان الاحتياط إليه فإذا ترك التحفظ
وهو حاضر فهو
المفرط دون الضامن (والثاني) لا يرجع لأنه قضى قضاء لا يبرئ فأشبهه ما لو قضى في
غيبته، فأما ان رجع
المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانيا
لأنه أبرأ به
ذمته ظاهرا، قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بما قضاه أولا دون الثاني لأن البراءة
حصلت به في
الباطن، ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ووجه ثالث انه لا يرجع بشئ بحال لأن
الأول ما أبرأه
ظاهر والثاني ما أبرأه باطنا
ولنا أن الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه إذا أبرأه ظاهرا وباطنا فرجع به كما لو
قامت به البينة
والوجه الأول أرجح لأن القضاء المبرئ في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب
بالباقى المبرئ
في الظاهر، وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يلتفت إلى إنكاره
لأن ما في ذمته
حق للمضمون له فإذا اعترف فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بان الحق
الذي له صار للضامن فيجب أن
يقبل اقراره لكونه اقرارا في حق نفسه ويحتمل أن لا يقبل لأن الضامن مدع لما يستحق
به الرجوع على
المضمون عنه فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل، والصحيح الأول
وشهادة الانسان على
فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث
(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ
والضمين
والكفيل على بصيرة انه لاحظ لهما ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار
كالنذر وبهذا قال أبو

حنيفة والشافعي ولا نعلم عن أحد خلافهم فإن شرط الخيار فيهما فقال القاضي عندي ان الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لأنه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط ان لا يؤدي ما على المكفول به وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لأنه وصل باقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل (فصل) وإذا ضمن رجلان رجل ألفا ضمان اشتراط فقلا ضمنا لك الألف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد منهم ضامن ثلثه فإن قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك الألف فسكت الآخران فعليه ثلث الألف ولا شيء عليهما، وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الألف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله ان شاء، وان أدى أحدهم الألف كله أو حصته لم يرجع الا على المضمون عنه لأن كل واحد منهم ضامن أصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر (مسألة) قال (ومن كفل بنفسه لزمه ما عليها ان لم يسلمها) وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وان كانت ثابتة بالاجماع والأثر، ومنهم

من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قول الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتني به الا أن يحاط بكم)

ولان ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال، إذا ثبت هذا فإنه متى تعذر على الكفيل احضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا يغرم ولنا عموم قوله عليه السلام (الزعيم غارم) ولأنها أحد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال (فصل) وإذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه كان كفيلا به وان كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو رבעه صحت الكفالة لأنه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله، وان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كيده ورجله ففيه وجهان (أحدهما) تصح الكفالة وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه لا يمكنه احضار هذه الأعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله فأشبهه الكفالة بوجهه ورأسه ولأنه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض كالطلاق والعتاق (والثاني) لا يصح لأنه يمكن احضاره بدون الجملة مع بقائها وقال القاضي لا تصح الكفالة ببعض البدن ولا تصح الا في جميعه لأن ما لا يسري لا يصح إذا خص به عضو كالبيع والإجارة (فصل) وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان الدين معلوما أو مجهولا وقال بعض أصحاب الشافعية لا تصح بمن عليه دين مجهول لأنه قد يتعذر احضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله. ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا

لا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولأنا قد بينا؟؟ ان ضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لأنهما قد يجب احضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنهما، وتصح الكفالة بيدن المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا تصح. ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يعيده إلى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي إليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو ان يلزمه ما عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل (فصل) ولا تصح الكفالة بيدن من عليه حد سواء كان حقا لله تعالى كحد الزنا والسرقه أو لآدمي كحد القذف والقصاص وهذا قول أكثر أهل العلم منهم شريح والحسن وبه قال إسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى، واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حدود الآدمي ولا لعان وقال في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لأنه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين. ولنا ما روي عن عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (لا كفالة في حد) ولأنه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيثاق والحدود مبناهما على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولأنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه احضار المكفول به فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

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

(فصل) وتصح الكفالة حالة ومؤجلة كما يصح الضمان حالا ومؤجلا، وإذا أطلق كانت حالة

لأن كل عقد يدخله الحلول اقتضى اطلاقه الحلول كالثمن والضمان، فإذا تكفل حالا كان له مطالبته

باحضاره فإن احضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لأنه لا يحصل له غرضه وإن لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فإن قبله برئ من الكفالة، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت إليك منه أو قد سلمته إليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته، والصحيح الأول

لأنه عقد على عمل فبرئ منه بالعمل المعقود عليه كالإجارة، فإن امتنع من تسلمه برئ لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبرئ منه كالمسلم فيه، وقال بعض أصحابنا إذا امتنع من تسلمه اشهد على امتناعه رجلين وبرئ لأنه فعل ما وقع العقد على فعله فبرئ

منه وقال القاضي يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه، فإن لم يجد حاكما اشهد شاهدين على احضاره وامتناع المكفول له من قبوله، والأول أصح فإن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى نائبه كحاكم أو غيره

وإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الاجل كالدين المؤجل، فإذا حل الاجل فأحضره وسلمه برئ وإن كان غائبا أو مرتدا لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه واعادته، وقال ابن شبرمة يحبس في الحال لأن الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يعتبر في وجوب أدائه إمكان التسليم وإن كان حالا كالدين فإذا مضت مدة يمكن احضاره فيها ولم يحضره أو كانت

الغيبية منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى وان أحضر المكفول به قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه وإن كان فيه ضرر مثل أن تكون حجة الغريم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله (فصل) وإذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال القاضي ان احضره بمكان آخر من البلد وسلمه برئ من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان برئ من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل إن كان عليه ضرر في احضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل باحضاره فيه والا برئ كقولنا فيما إذا أحضره قبل الاجل ولا أصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا. ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو أحضر المسلم فيه في غير هذا الموضع الذي شرطه ولأنه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لغيبه شهوده أو غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه، ويفارق ما إذا أحضره قبل الاجل فإنه عجل الحق قبل أجله فزاده خيرا فإذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله وان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالمسلم فإن سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وإن كان المكفول به

محبوسا عند غير الحاكم لم يلزمه تسليمه محبوسا لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وإن كان محبوسا
عند الحاكم فسلمه إليه محبوسا لزمه تسليمه لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه
وإذا طالب الحاكم
باحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يرده إلى الحبس وان توجه عليه حق
للمكفول له حبسه
بالحق الأول أو حق المكفول له
(فصل) وان كفل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة وبهذا قال الشافعي لأنه ليس له
وقت يستحق
مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جعله إلى الحصاد والجزاز والعطاء خرج على الوجهين
كالأجل في البيع
والأولى صحتها هنا لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلا لا يمنع من حصول
المقصود منه فصح كالنذر
وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة وقد روى منها عن أحمد في رجل كفل
رجلا آخر فقال:
ان جئت به في وقت كذا والا فما عليه علي فقال لا أدري ولكن ان قال ساعة كذا
لزمه. فنص على
تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتا متسعا أو وقت شئ يحدث مثل
وقت الحصاد ونحوه
فأما ان قال وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح وان قال إلى الغد أو شهر كذا تعلق
بأوله على ما ذكرنا في السلم
(فصل) وإذا تكفل برجل إلى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو
حنيفة وأبو

يوسف وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لأن هذا
تعليق الضمان بخطر
فلم يصح كما لو علقه بقدم زيد
ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال إن جئت به في وقت
كذا والا
فلك حبسي، ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا
عليه، وأما أن قال إن جئت
به في وقت كذا والا فانا كفيل ببدن فلان أو فأنا ضامن لك مالك على فلان أو قال إذا
جاء زيد
فأنا ضامن لك ما عليه أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا
فقال
القاضي لا تصح الكفالة وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن لأن ذلك خطر فلم
يجز تعليق الضمان
والكفالة به كمجئ المطر وهبوب الريح ولأنه أثبات حق لآدمي معين فلم يجز تعليقه
على شرط ولا
توقيته كالهبة، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب تصح وهو قول أبي حنيفة وأبي
يوسف لأنه
أضاف الضمان إلى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك والأول أقيس، فإن
قال كفلت بفلان
ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بفلان أو ضامن المال الذي على فلان لم
يصح فيهما عند

القاضي لأن الأول مؤقت والثاني معلق على شرط وقال أبو الخطاب يصح فيهما فأما ان قال كفلت بأحد

هذين الرجلين لم يصح في قولهم جميعا لأنه غير معلوم في الحال ولا في المآل (فصل) فإن قال كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لأنه شرط شرطا لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد الكفالة به ويحتمل أن تصح الكفالة

لأنه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل إليه، فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا أن يبرئ المكفول له

الكفيل الأول لأنه إنما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه، وان قال كفلت لك بهذا

الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أو ضمننت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين

الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان، والأولى أنه لا يصح لأنه شرط فسخ

عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أو يتكفل

المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن دينا عليه أو يبيعه شيئا عينه أو يؤجره داره لم يصح لما ذكرنا

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأيهم قضى الدين برئ الآخران لما ذكرنا في الضمان

وان سلم المكفول به نفسه برئ كفيلاه لأنه أتى بما يلزم الكفيلين وهو احضار نفسه
فبرئت ذمتها
كما لو قضى الدين وان أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لأن إحدى الوثيقتين انحلت
من غير
استيفاء فلم تنحل الأخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنيين من غير قضاء
الحق، وفارق
ما إذا سلم المكفول به نفسه لأنه أصل لهما فإذا برئ الأصل مما تكفل به عنه برئ
فرعاه وكل واحد
من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته ولذلك لو أبرأ المكفول به برئ كفيلاه
ولو
أبرأ أحد الكفيلين برئ وحده دون صاحبه
فصل ولو تكفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر
لأن عقد
الواحد من الاثنين بمنزلة العقدين فقد التزم احضاره عند كل واحد منهما فإذا أحضره
عند واحد برئ
منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما
حقه
(فصل) وتفتقر صحة الكفالة إلى رضی الكفيل لأنه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ولا
يعتبر
رضی المكفول له لأنها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة
ولأنها التزام حق له من
غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر، فأما رضاه المكفول به ففيه وجهان (أحدهما)
لا يعتبر كالضمان

(والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لأن مقصودها احضاره وان تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه
ولأنه يجعل لنفسه حقا عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجوز كما لو لزمه الدين، وفارق الضمان فإن الضامن يقضي الحق ولا يحتاج إلى المضمون عنه، وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة باذنه فأراد الكفيل احضاره لزمه الحضور معه لأنه شغل ذمته من أجله باذنه فكان عليه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه كان عليه تخليصه إذا طلبه سيده، وان كانت الكفالة بغير اذنه نظرنا فإن طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه لأن حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في طلبه وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه لأنه لم يشغل ذمته وإنما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجوز أن يثبت له بذلك حق على غيره، وان قال المكفول له أحضر كفيك كان توكيلا في احضاره ولزمه أن يحضر معه كما لو وكل أجنبيا وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الأول ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا فلا يلزمه الحضور معه (فصل) وإذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الأمر لأنه كفل باختيار نفسه وإنما الأمر ارشاد وحث على فعل خير فلم يلزمه به شيء

* (مسألة) * قال (فإن مات برئ المتكفل)
وجملته أنه إذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء وبهذا قال شريح
والشعبي
وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي، وقال الحكم ومالك والليث يجب على
الكفيل غرم ما عليه
وحكي ذلك عن ابن شريح لأن الكفيل وثيقة بحق فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين
استوفي من
الوثيقة كالرهن ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب
ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل كما لو برئ من الدين ولأن ما
التزمه
من أجله سقط عن الأصل فبرئ الفرع كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرئ
منه وفارق
ما إذا غاب فإن الحضور لم يسقط عنه ويفارق الرهن فإنه علق به المال فاستوفي منه
(فصل) إذا قال الكفيل قد برئ المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن
عليه
دين حين كفلته فأنكر المكفول له فالقول قوله لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين
وعليه

اليمين فإن نكل قضي عليه ويحتمل أن لا يستحلف فيما إذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن
لادين
عليه لأن الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فإن من كفل بشخص معترف بدينه في
الظاهر والأول
أولى لأن ما ادعاه محتمل
(فصل) وإذا قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة برئ لأنه حقه فيسقط باسقاطه
كالدين وإن قال قد برئت إلي منه أو قد رددته إلي برئ أيضا لأنه معترف بوفاء الحق
فهو كما لو
اعترف بذلك في الضمان وكذلك إذا قال برئت من الدين الذي كفلت به، ويبرأ الكفيل
في هذه
المواضع دون المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق وهذا قول محمد بن الحسن،
وقيل يكون اقرارا بقبض
الحق فيما إذا قال برئت من الدين الذي كفلت به، والأول أصح لأنه يمكن براءته بدون
قبض الحق
بابراء المستحق أو موت المكفول به، فأما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من
الحق أو برئت

من الدين الذي قبلك فإنه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لأنه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال
برئت من الدين الذي كفل به فلان برئ وبرئ كفيله
(فصل) وإذا كان لذمي على ذمي خمر فكفل به ذمي آخر ثم أسلم المكفول له أو
المكفول عنه
برئ الكفيل والمكفول عنه وقال أبو حنيفة إذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما
ويلزمهما قيمة
الخمر لأنه كان واجبا ولم يوجد اسقاط ولا استيفاء ولا وجد من المكفول له ما يسقط
حقه فبقي بحاله
ولنا أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر كما لو كان مسلما قبل الكفالة وإذا
برئ المكفول به
برئ كفيله كما لو أدى الدين أو أبرأه منه ولأنه لو أسلم المكفول له برئا جميعا
وكذلك إذا أسلم
المكفول به وان أسلم الكفيل وحده برئ من الكفالة لأنه لا يجوز وجوب الخمر عليه
وهو مسلم
(فصل) فإذا قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الأمر ولم يكن له ذلك كفالة ولا
ضمانا الا
أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه إذا كان خليطا له لأن العادة أنه يستقرض
من خليطه

ولنا أنه لم يقل اعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطاً ولا يلزم إذا كان له عليه مال
فقال أعطه فلانا حيث يلزمه لأنه لا يلزمه لأجل هذا القول بل لأن عليه حقا يلزمه أداءه
(فصل) إذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع فخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه
في البحر
لتخف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسبا بالرجوع أو متبرعا لأنه أتلف مال
نفسه باختياره
من غير ضمان، فإن قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لأنه لا يكرهه على إلقاءه
ولا ضمن له، وإن
قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل ضمانه ذكره أبو بكر لأن ضمان ما لم يجب
صحيح وإن قال ألقه
وأنا وركبان السفينة ضماناً له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده إلا أن يتطوع
بقيتهم قال
القاضي إن كان ضمان اشتراك فليس عليه إلا ضمان حصته لأنه لم يضمن الجميع إنما
ضمن حصته وأخبر
عن سائر ركبان السفينة بضمن سائره فلزمته حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وإن
كان ضمان
اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان
الجميع وسواء
قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لأن سكوتهم لا
يلزمهم به حق
(فصل) قال مهنا: سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين كل
واحد
منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلا بحقه فقال يبرأ
الكفيلان قلت
فإن مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الألف

كتاب الشركة
الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع
أما الكتاب فقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال الله تعالى (وان كثيرا من
الخلطاء ليبغي بعضهم
على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) والخلطاء هم الشركاء ومن
السنة ما روي أن البراء بن
عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشترى فضة بنقد ونسيئة؟؟؟ فبلغ رسول الله صلى
الله عليه وسلم فأمرهما
ان ما كان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال (يقول الله
أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من
بينهما) رواه أبو داود
وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا)
وأجمع المسلمون على
جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها بينها إن شاء الله تعالى، والشركة
على ضربين شركة
املاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود وهي أنواع خمسة شركة العنان،
والأبدان، والوجوه
والمضاربة، والمفاوضة، ولا يصح شئ منها إلا من جائز التصرف لأنه عقد على
التصرف في المال فلم يصح
من غير جائز التصرف في المال كالبيع
(فصل) قال احمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال
دونه

ويكون هو الذي يليه لأنه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي
مشاركتهم مطلقا لأنه
روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له
مخالف في الصحابة
ولأن مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فإنهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا فكرهت
معاملتهم
ولنا ما روى الخلال باسناده عن عطاء قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
مشاركة اليهودي
والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولأن العلة في كراهة ما خلوا به
معاملتهم بالربا وبيع
الخمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على
هذا فإنه علل بكونهم
يربون كذلك رواه الأثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال: لا تشاركن يهوديا ولا
نصرانيا ولا
مجوسيا لأنهم يربون وإن الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره
بينهم وهم لا يحتجون
به وقولهم إن أموالهم غير طيبة لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن
درعه عند يهودي
على شعير أخذه لأهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة وأضافه يهودي
بخبز وإهالة
سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم ما ليس بطيب وما باعوه من الخمر والخنزير
قبل مشاركة المسلم
فثمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولو هم بيعها
وخذوا أثمانها فاما
ما يشتريه أو يبيعه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة فإنه يقع فاسدا وعليه الضمان
لأن عقد الوكيل يقع
للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير فأشبه ما لو اشترى به ميتة أو
عامل بالربا وما خفي أمره

فلم يعلم فالأصل اباحته وحله، فاما المجوسي فإن احمد كره مشاركته ومعاملته قال ما أحب مخالطته ومعاملته
لأنه يستحل مالا يستحل هذا، قال حنبل قال عمي لا تشاركه ولا تضاربه وهذا والله أعلم على سبيل
الاستحباب لترك معاملته والكرهه لمشاركته وإن فعل صح لأن تصرفه صحيح
* (مسألة) * قال (وشركة الأبدان جائزة)
معنى شركة الأبدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون
على أن يعملوا في صناعاتهم فما رزق الله تعالى فهو بينهم فإن اشتركوا فيما يكتسبون من
المباح كالحطب والحشيش
والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه
احمد في رواية
أبي طالب فقال: لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين
والنقالين والحمالين
قد أشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين
ولم يجيئا بشيء، وفسر
احمد صفة الشركة في الغنيمة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لأن القتال
يختص به دون
الغانمين وبهذا قال مالك، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب
المباح كالاحتشاش
والاغتنام لأن الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء لأن من أخذها
ملكها وقال
الشافعي شركة الأبدان كلها فاسدة لأنها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت
الصناعات

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

أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة ولا نسلم ان
الوكالة لا تصح في المباحات فإنه
يصح أن يستيب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهما بذلك
كالتوكيل في بيع ماله
(فصل) وتصح شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب لا
تصح
وهو قول مالك لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه
ويطالب به كل
واحد منهما فإذا تقبل أحدهما شيئا مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به
فكيف يلزمه
عمله؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟ وقال القاضي تصح الشركة لأنهما اشتركا
في مكسب مباح فصح
كما لو اتفقت الصنائع ولان الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من
الآخر فربما يتقبل
أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك إذا اختلفت الصناعتان،
وقولهم يلزم كل واحد
منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل أن لا يلزمه ذلك لأنهما كالتوكيلين بدليل
صحتها في المباح ولا
ضمان فيها وان قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بعمله، ويدل
على صحة هذا أنه لو
قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل صحت الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل
صاحبه
(فصل) وإذا قال أحدهما انا أتقبل وأنت تعمل والأجرة بيني وبينك صحت الشركة
وقال زفر
لا تصح ولا يستحق العامل المسمى وإنما له أجرة المثل

ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الأبدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل
ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح
كعمل المضارب
فينزل منزلة المضاربة
(فصل) والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل لأن العمل يستحق
به الربح ويجوز تفاضلها في العمل فجاز تفاضلها في الربح الحاصل به، ولكل واحد
منهما المطالبة
بالأجرة، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما وإلى أيهما دفعها برئ منها وان تلفت
في يد أحدهما
من غير تفريط فهي من ضمانهما معا لأنهما كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل
واحد منهما من الأعمال
فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا
على الضمان ولا شيء
فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما
عن الآخر ما يلزمه
وقال القاضي يحتمل ان لا يلزم أحدهما ما لزم الآخر لما ذكرنا من قبل، وما يتلف
بتعدي أحدهما أو تفريطه
أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده، وإن أقر أحدهما بما في
يده قبل عليه وعلى
شريكة لأن اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بدين عليه
لأنه لا بد له على ذلك
(فصل) وان عمل أحدهما دون صاحبه فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه احمد
في رواية
إسحاق بن هانئ وقد سئل عن الرجلين يشركان في عمل الأبدان فيأتي أحدهما بشيء
ولا يأتي الآخر

بشيء قال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود يعنى حيث اشتركوا فجاء سعد
بأسيرين واخفق
الآخران ولان العمل مضمون عليهما معا وبضمانهما له وجبت الأجرة فيكون لهما كما
كان الضمان عليهما
ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً
ليقصر له ثوباً فاستعان
القصار بانسان فقصر معه كانت الأجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل
لمرض أو غيره
فإن طالب أحدهما الآخران يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فإن امتنع
فلآخر الفسخ،
ويحتمل انه متى ترك العمل من غير عذر ان لا يشارك صاحبه في اجرة ما عمله دونه
لأنه إنما شاركه
ليعمل جميعاً فإذا ترك أحدهما العمل فما وفى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما
جعل له في مقابلته وإنما
احتمل ذلك فيما إذا ترك أحدهما العمل لعذر لأنه لا يمكن التحرز منه
(فصل) فإن اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجراهما فما رزقهما الله من
شيء
فهو بينهما صح فإذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتها ثم حملاه على
البهيمين
أو غيرهما صح والأجرة بينهما على ما شرطاه لأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان في
ذمتها ولهما
ان يحملا بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه، وإن أجزاهما
بأعيانهما
على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة وكل واحد منهما اجر دابته لأنه لم يجد
ضمان
الحمل في ذمتهما وإنما استحق المشتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ
الإجارة بموت الدابة

التي اكرهاها ولان الشركة اما أن تنعقد على الضمان في ذممهما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما فإنه

لم يثبت في ذممهما ضمان ولا عملا بأبدانهما ما يجب الاجر في مقابلته، ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح، ولهذا لو قال اجر عبدك وتكون اجرتة بيني وبينك لم تصح كما لو قال بع

عبدك وثمانه بيننا لم يصح ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانهما فإن أعان

أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له اجر مثله لأنها منافع وفاها بشبهة عقد (فصل) فإن كان لقصار أداة ولآخر بيت فاشتركا على أن يعملوا بأداة هذا في بيت هذا والكسب

بينهما جاز والأجرة على ما شرطاه لأن الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة

والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لأنهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدابتين اللتين أجراهما

لحمل الشيء الذي تقبلا حمله، وان فسدت الشركة قسم ما حصل لهما قدر أجر عملهما واجر الدار والآلة

وان كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء أو لأحدهما بيت؟؟ وليس للآخر شيء فاتفقا على أن يعملوا

بالآلة أو في البيت والأجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثا أو

كيفما شرطوا صح نص عليه في رواية الأثرم ومحمد بن أبي حرب وأحمد بن سعيد ونقل

عن الأوزاعي ما يدل على هذا، وكره ذلك الحسن والنخعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب

الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لأن الحمل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لأن هذا ليس من أقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولأن المضاربة تكون بالتجارة في الأعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكةها، وقال القاضي يتخرج ان لا يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح، فعلى هذا إن كان اجر الدابة بعينها فالاجر لمالكها وان تقبل حمل شئ فحمله عليها أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجرة والثلث له وعليه اجرة مثلها لمالكها ولنا انها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة وقولهم إنه ليس أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا: نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال وهذا بخلافه، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف ما يرزقه الله تعالى أو ثلثه جاز، ولا أرى لهذا وجهاً فإن الإجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد

بالإجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار احمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة فقال:

لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والرابع لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة ولا إلى الإجارة ونقل أبو داود عن أحمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنيمة أرجو أن لا يكون به

بأس قال إسحاق بن إبراهيم قال أبو عبد الله إذا كان على النصف والرابع فهو جائز وبه قال الأوزاعي

ونقل أحمد بن سعيد عن أحمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو رבעه فجائز، والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة، وان دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قمصانا يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله

جاز نص عليه في رواية حرب، وان دفع غزلا إلى رجل ينسجه ثوبا بثلث ثمنه أو رבעه جاز نص عليه

ولم يجز مالك وأبو حنيفة والشافعي شيئا من ذلك لأنه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجهه

جوازه، وان جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز نص عليه، وعنه الجواز، والصحيح الأول، وقال أبو بكر

هذا قول قديم وما روي غير هذا فعليه المعتمد، قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يقول لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والرابع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين قال أكرهه لأن هذا شيء

لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزا لحديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر قيل لا بي عبد الله فإن كان النساج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهما قال فليجعل له ثلثا

وعشرا ثلثا ونصف عشر وما أشبهه، وروى الأثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهرى
وأيوب ويعلي بن
حكيم أنهم أجازوا ذلك، وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن، وقال أبو ثور
وأصحاب الرأي هذا كله
فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك
بينهما نصفين
فالصياد كله للصياد ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وقياس ما نقل عن أحمد صحة
الشركة وما رزق بينهما على
ما شرطاه لأنها عين تنمي بالعمل فيها فصح دفعها ببعض بمائها كالأرض
(فصل) قال ابن عقيل نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن
يعطي الطحان أقفزة
معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها، وعلة المنع أنه جعل له بعض معموله أجرا لعمله فيصير
الطحن مستحقا
له عليه وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته وقياس قول أحمد جوازه لما
ذكرناه عنه من المسائل
(فصل) فإن كان لرجل دابة ولآخر أكاف وجوالقات فاشتركا على أن يؤجراهما
والأجرة بينهما
نصفان فهو فاسد لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها إذ تقديره
أجر دابتك
لتكون أجرتها بيننا وأوثر جوالقاني لتكون أجرتها بيننا، وتكون الأجرة كلها لصاحب
البهيمة لأنه مالك
الأصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لأنه استوفى منافع ملكه بعقد، وهذا إذا
أجرا الدابة بما
عليها من الأكاف والجوالقات في عقد واحد فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه منفردا
فلكل واحد
منهما أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر بيننا كان الاجر
لصاحبه وللآخر
أجر مثله وكذلك في جميع الأعيان

(فصل) فإن اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول أحمد فإنه قد نص في الدابة يدفعها إلى آخر يعمل عليها على أن لهما الأجرة على الصحة وهذا مثله لأنه دفع دابته إلى آخر يعمل عليها والراوية عين تنمي بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولأنهما وكلا العامل في كسب مباح بألة دفعها إليه فأشبهه ما لو دفع إليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحي ومن آخر بغل ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي العقد فاسد في المسئلتين جميعا وهو ظاهر قول الشافعي لأن هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولأن من شرطهما عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شئ من الربح حتى يستوفى رأس المال بكماله والراوية ههنا تخلق وتنقص، ولا إجارة لأنها تفتقر إلى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسألة الأولى للسقاء لأنه لما غرف الماء في الاناء ملكه فإذا باعه فثمنه له لأنه عوض ملكه وعليه لصاحبيه اجر المثل لأنه استعمل ملكهما بعوض لم يسلم لهما فكان لهما أجر المثل كسائر الإجازات الفاسدة، وأما في المسألة الثانية فإنهم إذا طحنوا لرجل طعاما بأجرة نظرت في عقد

الإجارة فإن كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالاجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل
وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم فقال
استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا فالاجر بينهم أرباعا لأن كل واحد منهم قد لزمه طحن ربعه
بربع الاجر ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله، وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل
والرحى وهذا الرجل بكذا وكذا لطحن كذا وكذا من الطعام صح والاجر بينهم على قدر أجر مثلهم
لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون بينهم أرباعا بناء على ما إذا تزوج
أربعا بمهر واحد أو كاتب أربعة اعبد بعوض واحد هل يكون العوض أرباعا أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين
* (مسألة) * قال (وان اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدنان بمال غيرهما أو بدن ومال أو مالان وبدن صاحب أحدهما أو بدنان بماليهما تساوى المال أو اختلف فكل ذلك جائز)
ذكر أصحابنا الشركة الجائزة أربعا وقد ذكرنا نوعا منها وهو شركة الأبدان، وبقي ثلاثة أنواع
ذكرها الخرقى في خمسة أقسام (ثلاثة منها المضاربة) وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال

أو مالان وبدن صاحب أحدهما (وقسم منها شركة الوجوه) وهو إذا اشترك بدنان بمال غيرهما فقال القاضي
معنى هذا القسم ان يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في الربح بمال غيرهما لأنهما إذا
أخذوا المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما وهذا محتمل والذي قلنا له وجه لكونهما اشتركا فيما يأخذان
من مال غيرهما واخترنا هذا التفسير لأن كلام الخرقى بهذا التقدير يكون جامعا لأنواع الشركة الصحيحة وعلى
تفسير القاضي يكون مخلا بنوع منها وهي شركة الوجوه ويكون هذا المذكور نوعا من المضاربة، ولان الخرقى
ذكر الشركة بين اثنين وهو صحيح على تفسيرنا، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة وهو خلاف
ظاهر قول الخرقى (والقسم الخامس) إذا اشترك بدنان بماليهما وهذه شركة العنان وهي شركة متفق عليها
فأما شركة الوجوه فهو ان يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقه التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال،
على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا أو نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما فهي
جائزة سواء عين أحدهما لصحابه ما يشتريه أو قدره أو وقته أو ذكر صنف المال أو لم يعين شيئا من ذلك بل قال ما
اشترت من شئ فهو بيننا، قال احمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رؤوس أموالهما
على أن ما يشتريه كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسين وابن المنذر، وقال
أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفا من الثياب وقال مالك والشافعي يشترط ذكر
شرائط الوكالة لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شرائط الوكالة

ولنا أنهما اشتركا في الابتاع وإذا كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان ما يتبايعانه بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة، وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا وان سلمنا ذلك فإنما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلية في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فإن في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا ههنا، فعلى هذا إذا قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان أو اطلق الوقت فقال نعم أو قال ما اشتريت انا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لأنه أذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة، ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق، وكذلك إذا قال ما اشتريناه أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا فهو شركة صحيحة، وهما في تصرفاتهما وما يجب لهما وعليهما وفي اقرارهما وخصومتها وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سنذكره إن شاء الله تعالى وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل لأنه وكيله، وسميت هذه شركة الوجوه لأنهما يشتركان فيما يشتركان بجاههما والجاه والوجه واحد يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه اللام (وكان عند الله وجيها) وفي بعض الآثار أن موسى عليه السلام قال يا رب إن كان قد خلق جاهي عندك فأسئلك بحق النبي الأمي الذي تبعته في آخر الزمان فأوحى الله تعالى إليه: ما خلق جاهك عندي وانك عندي لوجيه.

(فصل) القسم الثاني ان يشترك بدنان بماليهما وهذا النوع الثالث من أنواع الشرك وهي شركة العنان، ومعناها أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملوا فيهما بأبدانهما والربح بينهما وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر، وإنما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان ف قيل سميت بذلك لأنهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير فإن عنانيهما يكونان سواء، وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء إذا عرض يقال عنت لي حاجة إذا عرضت فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما عن له ان يشارك صاحبه، وقيل هي مشتقة من المعانته وهي المعارضة يقال عانت فلانا إذا عارضته بمثل ماله وافعله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله وهذا يرجع إلى قول الفراء (فصل) ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير فإنها قيم الأموال وأثمان البياعات والناس يشتركون بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى زمننا من غير نكير، فاما العروض فلا تجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب وحكاه عنه ابن المنذر، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبي كثير والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن الشركة اما ان تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها: لا يجوز وقوعها على أعيانها لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع إليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر

فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمته فيؤدي إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لأن القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لأنها معدومة حال العقد ولا يملكها ولأنه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع وان أراد ثمنها الذي يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعيان ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية أخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال قال احمد إذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا، وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمتاع قال جائز، فظاهر هذا صحة الشركة بها، اختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس والأوزاعي وحماد بن أبي سليمان لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعا وكون ربح المالين بينهما وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب والادهان جازت الشركة بها في أحد الوجهين لأنها من ذوات الأمثال اشبهت النقود ويرجع عند المفاصلة بمثلها وان لم تكن من ذوات الأمثال لم يجز وجهها واحدا لأنه يمكن الرجوع بمثلها

ولنا أنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض ومالا مثل له كالمضاربة وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشئ من العروض ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له (فصل) والحكم في النقرة كالحكم في العروض لأن قيمتها تزيد وتنقص وهي كالعروض وكذلك الحكم في المغشوش من الأثمان قل الغش أو كثر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان الغش أقل من النصف جاز وإن كثر لم يجز لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول ولنا انها مغشوشة فأشبهه ما لو كان الغش أكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص أشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب ليس بصحيح فإن الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا أن يكون الغش قليلا جدا لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار مثل الحبة ونحوها فلا اعتبار به لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في الربا ولا في غيره (فصل) ولا تصح الشركة بالفلوس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فإن احمد قال لا أرى السلم في الفلوس لأنه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لأنها ثمن فجازت الشركة بها كالدراهم والدينانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال نافقة كانت أو غير نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الأول أنها تنفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض فإذا قلنا بصحة الشركة فيها فإنها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا ولا جزافا لأنه لا بد من الرجوع به عند

المفاصلة ولا يمكن مع الجهل والجزاف ولا يجوز بمال غائب ولا دين لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة.

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر

دنانير نص عليه احمد وبه قال الحسن وابن سيرين وقال الشافعي لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال

واحد بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك، ولأنهما من جنس

الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، ومتى تفاصلا يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما

الفضل نص عليه احمد فقال يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه وقال كذا يقول محمد والحسن، وقال

القاضي إذا أرادا المفاصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه

ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الأثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحدا

(فصل) ولا يشترط تساوي المالين في القدر وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والشافعي وإسحاق

وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك

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

(فصل) ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناها وأحضرهما وبهذا قال أبو حنيفة ومالك إلا أن

مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما وقال الشافعي لا يصح

حتى يخلطا المالين لأنهما إذا لم يخلطاهما فمال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه أو يزيد له دون صاحبه

فلم تتعقد الشركة كما لو كان من المكيل.

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولأنه عقد على التصرف فلم يكن

من شرطه الخلط كالوكالة، وعلى مالك فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة، وقولهم إنه

يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لأن الشركة

اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما وقال أبو

حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

ولنا ان الوضعية والضمان أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا.

(فصل) ومتى وقعت الشركة فاسدة فإنهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ويرجع كل واحد

منهما على الآخر بأجر عمله نص عليه أحمد في المضاربة واختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي

لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري إلا أن يكون مال

كل واحد منهما مميزا وربحه معلوما فيكون له ربح ماله، ولو ربح في جزء منه ربحا متميزا وباقيه مختلط

كان له ما تميز من ربح ماله وله بحصته باقي ما له من الربح، واختار الشريف أبو جعفر
انهما يقتسمان
الربح على ما شرطاه ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله وأجراها محرى
الصحيحة في جميع
أحكامها قال لأن احمد قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما اشترطاه واحتج
بأنه عقد يصح
مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح والمذهب الأول قاله القاضي وكلام
احمد محمول على الرواية
الأخرى في تصحيح المضاربة بالعروض لأن الأصل كون ربح مال كل واحد لمالكه
لأنه نماؤه وإنما
ترك ذلك بالعقد الصحيح فإذا لم يكن العقد صحيحا بقي الحكم على مقتضى الأصل
كما أن البيع إذا
كان فاسدا لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله
(فصل) وشركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى
صاحبه امنه
وباذنه له في التصرف وكله، ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في
التصرف فإن اذن
له مطلقا في جميع التجارات تصرف فيها وان عين له جنسا أو نوعا أو بلدا تصرف فيه
دون غيره لأنه متصرف
بالاذن فوقف عليه كالوكيل، ويجوز لكل واحد منهما ان يبيع ويشترى مساومة
ومرابحة وتولية ومواضعة
وكيف رأى المصلحة لأن هذا عادة التجار وله أن يقبض المبيع والثلث ويقبضهما
يخاصم في الدين

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

(فصل) وليس له ان يكاتب الرقيق ولا يعتق على مال ولا غيره ولا يزوج الرقيق لأن الشركة تنعقد على التجارة وليست هذه الأنواع تجارة سيما تزويج العبد فإنه محض ضرر، وليس له أن يفرض ولا يحابي لأنه تبرع وليس له التبرع، وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لأن ذلك يثبت في المال حقوقا ويستحق ربحه لغيره وليس ذلك له وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لأنه يتضمن ايجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطي به سفتجة لأن في ذلك خطرا لم يؤذن فيه وليس له أن يستدين على مال الشركة فإن فعل فذلك له، وله ربحه وعليه وضيعته، قال احمد في رواية صالح فيمن استدان في المال بوجهه ألفا فهو له وربحه له والوضيعة عليه، وقال القاضي إذا استقرض شيئا لزمهما وربحه لهما لأنه تمليك مال بمال فهو كالصرف ونص احمد يخالف هذا ولأنه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم إليها ألفا من ماله ويفارق الصرف لأنه بيع وإبدال عين بعين فهو كبيع الثياب بالدراهم، وليس له أن يقر على مال الشركة فإن فعل لزم في حقه دون صاحبه سواء أقر بعين أو دين لأن شريكه إنما أذن في التجارة

وليس الاقرار داخلا فيها، وإن أقر بعيب في عين باعها قبل إقراره، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب نص عليه احمد وكذلك إن أقر ببقية ثمن البيع أو بجميعة أو بأجر للمنادي أو الحمال وأشباه هذا ينبغي أن يقبل لأن هذا من توابع التجارة فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه، وإن ردت السلعة عليه بعيب فله أن يقبلها وله أن يعطي أرش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لا جل العيب لأن ذلك قد يكون أحظ من الرد، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديننا لهما عن غريمهما لزم في حقه وبطل في حق شريكه لأنه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه وإن كان لهما دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز ولنا أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن ينفرد أحدهما به كالإبراء (فصل) وهل لأحدهما أن يبيع نساء؟ يخرج على روايتين بناء على الوكيل والمضارب وسندكر ذلك، وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى بشئ من ذوات الأمثال وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدي مما في يديه فلا يفضي إلى الزيادة في الشركة وإن لم يكن في يده نقد ولا مثلي من جنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضا فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لأنه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك على ما أسلفناه، والأولى انه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه ببيعه انه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة فأشبهه ما لو كان عنده نقد ولان هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه، وهل له أن يصنع أو يودع؟ على روايتين

(إحداهما) له ذلك لأنه عادة التجار وقد تدعوا الحاجة إلى الايداع (والثانية) لا يجوز لأنه ليس من الشركة وفيه غرر والصحيح أن الايداع يجوز عند الحاجة إليه لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمال، وفي التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه لأن التوكيل أخص من عقد الشركة فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله لأن لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل، وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما أو يرهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين (أصحهما) أن له ذلك عند الحاجة لأن الرهن يراد للايفاء والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الايفاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما (والثاني) ليس له ذلك لأن فيه خطرا ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك ما يراد له، وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة، فاما الإقالة فالأولى انه يملكها لأنها إن كانت بيعا فهو يملك البيع وإن كانت فسخا فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب إذا رأى المصلحة فيه فكذلك يملك الفسخ بالإقالة إذا كان الخط فيه فإنه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه، ويحتمل أن لا يملكها إذا قلنا هو فسخ لأن الفسخ ليس من التجارة، وان قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة من الابضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخلطه بماله

والسفر به والايدياع والبيع نساء والرهن والارتهان والإقالة ونحو ذلك لأنه فوض إليه
الرأي في التصرف
الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة، فأما ما كان تمليكا بغير عوض
كالهبة والحطيطة لغير
فائده والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لأنه إنما فوض إليه
العمل برأيه
في التجارة وليس هذا منها
(فصل) وإن أخذ أحدهما مالا مضاربة فربحه له ووضيعته عليه دون صاحبه لأنه يستحق
ذلك
في مقابلة عمله وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه، وقد قال أصحابنا في المضاربة
إذا ضارب لرجل آخر
رد ما حصل من الربح في شركة الأول إذا كان فيه ضرر على الأول فيجئ ههنا مثله
(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه
للسفه
وبالفسخ من أحدهما لأنها عقد جائز فبطلت بذلك كالكالة، وان عزل أحدهما
صاحب انعزل المعزول
فلم يكن له أن يتصرف الا في قدر نصيبه وللعازل التصرف في الجميع لأن المعزول لم
يرجع عن اذنه، هذا
إذا كان المال ناضا وإن كان عرضا فذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه لا ينعزل
بالعزل وله
التصرف حتى ينض المال كالمضارب إذا عزله رب المال وينبغي أن يكون له التصرف
بالبيع دون المعاوضة
بسلة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال وذكر أبو الخطاب أنه يعزل مطلقا وهو
مذهب الشافعي
لأنه عقد جائز فأشبهه الكالة، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وان طلب
أحدهما القسمة
والآخر البيع أجيب طالب القسمة دون طالب البيع، فإن قيل أليس إذا فسخ رب المال
المضاربة فطلب

العامل البيع أجيب إليه؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الربح الا بالبيع فاستحقه
العامل لوقوف حصول حقه عليه، وفي مسألتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه
من المتاع فلم يجبر على البيع
(فصل) فإن مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف وله المطالبة بالقسمة فإن كان موليا عليه قام وليه مقامه في ذلك إلا أنه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولي عليه، فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للموصي الاذن في التصرف لأنه قد وجب دفعه انبهم فيعزل نصيبهم ويفرقه بينهم وإن كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضي دينه فإن قضاه من غير مال الشركة فله الاتمام وان قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى
(فصل) القسم الثالث أن يشترك بدن ومال وهذه المضاربة وتسمى قراضا أيضا ومعناها ان يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه فأهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله) ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح

بسهم، ويسميه أهل الحجاز القراض فقيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب إذا قطعه
فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل واقتطع له قطعة من الربح،
وقيل اشتقاقه
من المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره
وههنا من العامل
العمل ومن الآخر المال فتوازننا. وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ذكره
ابن المنذر
وروي عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يтим
مضاربة يعمل به في العراق
وروي مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب
رضي الله عنه خرجا
في جيش إلى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعا وقد ما به إلى المدينة
فباعاه وربحا فيه
فأراه عمر أخذ رأس المال والربح؟؟ كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون
ربحه لنا؟ فقال رجل
يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا؟ قال قد جعلته واخذ منهما نصف الربح، وهذا يدل
على جواز القراض
وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة عن
الحسن أن
عليا قال: إذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا وعن ابن مسعود وحكيم
بن حزام أنهما
قارضا ولا مخالف لهما في الصحابة فحصل اجماعا ولان بالناس حاجة إلى المضاربة
فإن الدارهم والدنانير
لا تنمي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولان كل من
يحسن التجارة له
رأس مال فاحتيج إليها من الجانبين فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين. إذا ثبت هذا
فإنها تنعقد بلفظ

المضاربة والقراض لأنهما لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناها لأن المقصود
المعنى فجاز بما دل عليه
كلفظ التمليك في البيع
(فصل) وحكمها حكم شركة العنان في أن كل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب
عمله وما منع منه
الشريك منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهنا مثله وما جاز أن يكون رأس مال
الشركة جاز أن
يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز ههنا على ما فصلناه
(فصل) القسم الرابع ان يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة
ومضاربة وهو
صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لآحد هما الف وللآخر الفان فاذن
صاحب الألفين لصاحب
الألف ان يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الألف
ثلث الربح بحق
ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربعه وذلك
لأنه جعل له نصف
الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في
مال شريكه وحصة مال
شريكه أربعة أسهم، للعامل سهم وهو الربع، فإن قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس
المال مشاع؟ قلنا إنما تمنع
الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها تمنعه من التصرف بخلاف ما إذا كانت
مع العامل فإنها
لا تمنعه من التصرف فلا تمنع من صحة المضاربة، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط
فمال صاحبه بضاعة
في يده وليست مضاربة لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما فاما إذا قال
ربح مالك لك وربح

مالي لي فقبل الآخر كان إبضاعا لا غير وبهذا كله قال الشافعي، وقال مالك لا يجوز ان يضم إلى القراض شركة كما لا يجوز ان يضم إليه عقد إجارة. ولنا انهما لم يجعلوا أحد العقدين شرطا للآخر فلم نمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزا (فصل) إذا دفع إليه ألفا مضاربة وقال أضف إليه ألفا من عندك واتجر بها والربح بيننا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل. ولنا أنهما تساويا في المال وانفرد أحدهما بالعمل فجاز أن ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل هو تابع لهما كما أنه حاصل بهما فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا أنه اشترط لنفسه جزءا من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد، وفارق شركة العنان لأن فيها عملا منهما فجاز ان يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وان جعلنا الربح بينهما نصفين ولم يقولوا مضاربة جاز وكان ابضاعا كما تقدم وان قالوا مضاربة فسد العقد لما سنده انشاء الله تعالى (فصل) القسم الخامس ان يشترك بدنان بمال أحدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما مثل ان يخرج أحدهما ألفا ويعملان فيه معا والربح بينهما فهذا جائز ونص عليه احمد في رواية أبي

الحارث وتكون مضاربة لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب إذا شرط ان يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر، قال: ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلي بينه وبينه لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لأن يده عليه فيخالف موضوعها، وتأول القاضي كلام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل من غير اشتراط ولنا أن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالصحة وقولهم إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما (فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر الصحابة ومنعه بعضهم وهو قول القاضي لأن يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) الجواز لأن عمل الغلام مال لسيده فصح ضمه إليه كما يصح أن يضم إليه بهيمة يعمل عليها (فصل) وأما شركة المفاوضة فنوعان (أحدهما) أن يشتركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجمعا

بين شركة العنان والوجوه والأبدان فيصح ذلك لأن كل نوع منها يصح على انفراده
فصح مع
غيره (والثاني) أن يدخل بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من
ميراث أو يجده من ركاز أو لقطه ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية
و ضمان غصب
وقيمة متلف وغرامة الضمان أو كفالة فهذا فاسد وبهذا قال الشافعي، وأجازة الثوري
والأوزاعي وأبو حنيفة
وحكى ذلك عن مالك، و شرط أبو حنيفة لها شروطا وهي أن يكونا حرين مسلمين وأن
يكون
مالهما في الشركة سواء وأن يخرج جميع ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم
والدنانير. واحتجوا
بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة)
ولأنها نوع شركة يختص
باسم فكان فيها صحيح كشركة العنان
ولنا انه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر
العقود
الفاسدة ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح كما ذكرنا ولان فيه غررا فلم يصح
كبيع الغرر، وبيان
غرره أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر وقد يلزمه شئ لا يقدر على القيام به وقد أدخلنا
فيه الأكساب
النادرة، والخبر لا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا
العقد فيحتمل
أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه (ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان)
وأما القياس فلا يصح
فإن اختصاصها باسم لا يقتضى الصحة كبيع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة
وشركة العنان تصح
من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا.

(مسألة) قال (والربح على ما اصطلاحا عليه)
يعني في جميع اقسام الشركة ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة قال ابن المنذر
أجمع أهل
العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجمعان عليه
بعد أن يكون ذلك
معلوما جزءا من أجزاء ولان استحقاق المضارب الربح بعمله فجاز ما يتفقان عليه من
قليل وكثير
كالأجرة في الإجارة وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة، واما شركة العنان
وهو أن يشترك
بدنان بماليهما فيجوز أن يجعل الربح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما
في المال وان يتفاضلا
فيه مع تساويهما في المال وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي من شرط
صحتها كون الربح والخسران
على قدر المالين لأن الربح في هذه الشركة تبع للمال بدليل انه يصح عقد الشركة
واطلاق الربح
فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة
ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما
كالمضاربين
لرجل واحد وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل
فجاز له أن
يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب،
يحققه أن هذه الشركة
معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفردا
فكذلك إذا اجتمعا
وأما حالة الاطلاق فإنه لما لم يمكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه
بالمال لعدم الشرط
فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصير إليه كالمضاربة يصر إلى الشرط فإذا عدم وقال
الربح بيننا كان
بينهما نصفين، وفارق الوضيعة فإنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة، واما شركة
الأبدان فهي
معقودة على العمل المجرد وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى

(١٤٠)

فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل كما ذكرنا في شركة العنان بل هذه أولى لانعقادها على العمل
المجرد، واما شركة الوجوه فكلام الخرقى بعمومه يقتضى جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل
وهو قياس المذهب لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذلك هذه ولأنها تنعقد على العمل
وغيره فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان، وقال القاضي الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى لأن
الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل والضمان
لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح.
ولنا أنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات وقول القاضي لا مال لهما
يعملان فيه قلنا إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما كما أن سائر الشركات إنما يكون
العمل فيها فيما يأتي فكذا ههنا، وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب
أحدهما مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفا ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما فمهما شرطاً للعامل
من الربح إذا زاد على النصف جاز لأنه مضارب لصاحبه في الف ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه
بغير خلاف، وان شرطاً له دون نصف الربح لم يحز لأن الربح يستحق بمال وعمل وهذا الجزء الزائد
على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه، وان جعل الربح بينهما نصفين فليس هذا

شركة ولا مضاربة لأن شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيبا من الربح في مقابلة عمله ولم يجعل له ههنا في مقابلة عمله شيئا وإنما جعل الربح على قدر المالكين وعمله في نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك ابضاعا وهو جائز ان لم يكن ذلك عوضا عن قرض فإن كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه لم يجوز لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضا عن قرضه وذلك غير جائز وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفا ويعملان جميعا فيه فإن للعامل الذي لا مال له من الربح ما اتفقا عليه لأنه مضارب محض فأشبهه ما لو لم يعمل معه رب المال، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلاحا عليه في جميع أنواع الشركة سواء ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة على ما شرحنا (فصل) ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل لأنه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ولو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئا من الربح فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن وابن سيرين والأوزاعي الربح بينهما نصفين لأنه لو قال والربح بيننا لكان بينهما نصفين فكذلك إذا لم يذكر شيئا. ولنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءا من الربح مجهولا فلم تصح المضاربة به كما لو قال ولك جزء من الربح فاما إذا قال والربح بيننا فإن المضاربة تصح

ويكون بينهما نصفين لأنه أضافة إليهما إضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الآخر
فاقتضى التسوية كما
لو قال هذه الدار بيني وبينك، وان قدر نصيب العامل فقال ولك ثلث الربح أو ربه أو
جزءا معلوما أي
جزء كان فالباقي لرب المال لأنه يستحق الربح بماله لكونه نماءه وفرعه والعامل يأخذ
بالشرط فما شرط
له استحققه وما بقي فلرب المال بحكم الأصل، وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول
ولي ثلث الربح
ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأن العامل إنما يستحق
بالشرط ولم يشرط له
شيء فتكون المضاربة فاسدة (والثاني) يصح ويكون الباقي للعامل وهذا قول أبي ثور
وأصحاب
الرأي لأن الربح لهما لا يستحقه غيرهما فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من
مفهوم اللفظ
كما علم ذلك من قول الله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) ولم
يذكر نصيب الأب فعلم
أن الباقي له ولأنه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمر ونصيب زيد منها ثلاثون كان
الباقي لعمر وكذا
ههنا، وإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن السدس صح وكان لرب المال لأنه
لو سكت عن جميع
الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه، وان قال
خذه مضاربة علي
الثلث أو النصف أو قال بالثلث أو الربع صح وكان تقدير النصيب للعامل لأن الشرط
يراد لا جله فإن
رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل والعمل يكثر ويقل وإنما
تتقدر حصته بالشرط
فكان الشرط له، ومتى شرطا لأحدهما شيئا واختلفا في الجزء المشروط لمن هو؟ فهو
للعامل قليلا كان

أو كثيرا لذلك وان قال خذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وكان له
خمسة أتساع لأن
هذا معناه وان قال لك ثلث الربح وربح ما بقي فله النصف وان قال لك ربع الربح وربح
ما بقي فله
ثلاثة أثمان ونصف ثمن وسواء عرفا الحساب أو جهلاه لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة
فأشبهه ما لو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا
(فصل) وان قال خذه مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شئ من الربح
أو
نصيب أو حظ لم يصح لأنه مجهول ولا تصح المضاربة الا على قدر معلوم، وان قال
خذه ولك مثل ما شرط
لفلان وهما يعلمان ذلك صح لأنهما أشارا إلى معلوم عندهما وان كانا لا يعلمانه أو لا
يعلمه أحدهما فسدت
المضاربة لأنه مجهول.
(فصل) وان قال خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لك كان قرضا لا قرضا لأن قوله
خذه
فاتجر به يصلح لهما وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه، وان قال مع ذلك ولا
ضمان عليك فهذا قرض
شرط فيه نفي الضمان فلا ينتفي بشرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضا ولا ضمان
عليك، وان قال
خذه فاتجر به والربح كله لي كان ابضاعا لأنه قرن به حكم الابضاع فانصرف إليه فإن
قال مع ذلك
وعليك ضمانه لم يضمه لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة فلا يزول ذلك
بشرطه، وان قال خذه
مضاربة والربح كله لك أو كله لي فهو عقد فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا
قال والربح

كله لي كان ابضاعا صحيحا لأنه أثبت له حكم الابضاع فانصرف إليه كالتى قبلها
وقال مالك يكون
مضاربة صحيحة في الصورتين لأنهما دخلا في القراض فإذا شرط لأحدهما فكأنه
وهب الآخر
نصيبه فلم يمنع صحة العقد.
ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد
شرط ما ينافي
مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما، ويفارق ما إذا
لم يقل مضاربة لأن
اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقراض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما
ذكره مالك لا يصح
لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب.
(فصل) ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد فإن شرط لهما جزءا من
الربح بينهما
نصفين جاز وان قال لكما كذا وكذا من الربح لم يبين كيف هو كان بينهما نصفين
لأن اطلاق قوله
بينهما يقتضي التسوية كما قال لعامله والربح بيننا وان شرط لأحدهما ثلث الربح
وللآخر ربه
وجعل الباقي له جاز وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لأنهما
شريكان في العمل بأبدانهما
فلا يجوز تفاضلهما في الربح كشريكي الأبدان
ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما
لو انفرد
ولأنهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه فجاز تفاضلهما في العوض كالأجيرين ولا
نسلم وجوب التساوي
في شركة الأبدان بل هي كمسئلتنا في جواز تفاضلها ثم الفرق بينهما ان ذلك عقد
واحد وهذان عقدان

(فصل) وان قارض اثنان واحدا بألف لهما جاز وإذا شرطا له ربعا متساويا منهما جاز
وان شرط أحدهما
له النصف والآخر الثلث جاز ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما لصاحبه وان شرطا
كون الباقي
من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه
وحكي ذلك عن
أبي حنيفة وأبي ثور
ولنا أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان فإذا اشترطا
التساوي فقد
شرط أحدهما للآخر جزءا من ربح ماله بغير عمل فلم يجز كما لو شرط ربح ماله
المنفرد
(فصل) وإذا شرطا جزءا من الربح لغير العامل نظرت فإن شرطاه لعبد أحدهما أو
لعبيهما
صح وكان ذلك مشروطا لسيدته فإذا جعلا الربح بينهما وبين عبديهما أثلاثا كان
لصاحب العبد الثلثان
وللآخر الثلث، وإن شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملا
مع العامل
صح وكانا عاملين، وان لم يشترطا عليه عملا لم تصح المضاربة وبهذا قال الشافعي
وحكي عن أصحاب الرأي
أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو لقريب رب
المال أو لأجنبي
لأن العامل لا يستحق إلا ما شرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الأصل والأجنبي
لا يستحق شيئا
لأنه إنما يستحق الربح بمال أو عمل وليس هذا واحدا منهما فما شرط لا يستحقه
فيرجع إلى رب
المال كما لو ترك ذكره
ولنا أنه شرط فاسد يعود إلى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دراهم معلومة وإن قال
لك

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

والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرناه

(فصل) والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح

الا أنهما إذا أطلقاها ولم يذكر الربح كان بينهما على قدر المالكين، وفي شركة الوجوه يكون على قدر ملكيتهما في المشتري لأن لهما أصلا يرجعان إليه ويتقدر الربح به بخلاف المضاربة فإنه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال والعمل لكون أحدهما من غير جنس الآخر فلا يعلم قدره منه، وأما شركة الأبدان فلا مال فيها يقدر الربح به فيحتمل أن يتقدر بالعمل لأن عمل أحدهما من جنس عمل الآخر فقد تساويا في أصل العمل فيكون ذلك أصلا يرجع إليه ويتحمل أن لا يتقدر به لأن العمل يقل ويكثر ويتفاضل ولا يوقف على مقداره بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة والله أعلم

(مسألة) قال (والوضيعة على قدر المال)

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فإن كان مالهما متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين وإن كان أثلاثا فالوضيعة أثلاثا لا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة

والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيتها في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به أو غير ذلك

والوضيعة في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شيء للعامل فيه فيكون نقصه من ماله دون غيره وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبهه المساقاة والمزارعة فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شيء (مسألة) قال (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم) وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يشترط لنفسه جزءا وعشرة دراهم بطلت الشركة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة وممن حفظنا ذلك عنه مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة وإنما لم يصح ذلك لمعنيين (أحدهما) أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمال أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءا وقد يربح كثيرا فيستضر من شرطت له الدراهم (والثاني) أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فإذا جهلت الاجزاء

فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به ولان العامل متى شرط
لنفسه دراهم معلومة
ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له
جزء من الربح
(فصل) وإن دفع إليه الفين مضاربة على أن كل واحد منهما ربح الف أو على أن لا
حدهما ربح
أحد الثوبين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه ونحو ذلك
فسد الشرط
والمضاربة لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره وقد يربح في غيره دونه فيختص
أحدهما بالربح وذلك
يخالف موضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافا وان دفع إليه ألفا وقال لك ربح نصفه
لم يجز وبهذا قال
الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز لأن نصف ربحه هو ربح نصفه فجاز شرطه
كما لو عبر عنه بعبارة
الأخرى. ولنا أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض وكذلك جعل الآخر فلم
يجز كما لو قال لك
ربح هذه الخمسمائة ولأنه يمكن ان يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر
بخلاف نصف
الربح فإنه لا يؤدي إلى انفراده بربح شئ من المال
(مسألة) قال والمضارب إذا باع بنسيئة بغير أمر ضمن في إحدى الروايتين
والأخرى لا يضمن)
وجملته ان المضرب وغيره من الشركاء إذا نص له على التصرف فقال نقدا أو نسيئة أو
قال بنقد

البلد أو ذكر نقدا غيره جاز ولم تجز مخالفته لأنه متصرف بالاذن فلا يتصرف في غير ما اذن له فيه
كالوكيل ولان ذلك لا يمنع مقصود المضاربة وقد يطلب بذلك الفائدة في العادة، وإن اطلق فلا خلاف
في جواز البيع حالا، وفي البيع نسيئة روايتان (إحداهما) ليس له ذلك وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي
لأنه نائب في البيع فلم يجز له البيع نسيئة بغير اذن صريح فيه كالوكيل، وذلك لأن النائب لا يجوز له
التصرف الاعلى وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تغرير بالمال وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير
كأنه قال بعه حالا (والثانية) انه يجوز له البيع نساء وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لأن اذنه في التجارة
والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولأنه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر
ويفارق الوكالة المطلقة فإنها لا تختص بقصد الربح وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب فإذا أمكن تحصيله
من غير خطر كان أولى ولان الوكالة المطلقة في البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة فلم
يجز تأخيره بخلاف المضاربة وان قال له اعمل برأيك فله البيع نساء وكذلك إذا قال له تصرف كيف شئت
وقال الشافعي ليس له البيع نساء في الموضوعين لأن فيه غررا فلم يجز كما لو لم يقل له ذلك. ولنا انه داخل في
عموم لفظه وقرينة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فإذا قلنا له
البيع نساء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمانه الا ان يفرض بيع من لا يوثق به أو من
لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لأنه فعل

ما لم يؤذن له فيه فأشبهه البيع من الأجنبي الا على الرواية التي تقول يقف بيع الأجنبي
الإجازة فههنا
مثله ويحتمل قول الخرقى صحة البيع فإنه إنما ذكر الضمان ولم يذكر فساد البيع وعلى
كل حال يلزم
العامل الضمان لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه فإن قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته
إذا تعذر عليه
استرجاعه إما لتلف المبيع أو امتناع المشتري من رده إليه، وإن قلنا بصحته احتتمل ان
يضمنه
بقيمته أيضا لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت
بتفريطه
فلا يضمنها واحتمل ان يضمن الثمن لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع وإن نقص
عن القيمة فقد
انتقل الوجوب إليه بدليل انه لو حصل الثمن لم يضمن شيئا
(فصل) وليس له السفر بالمال في أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي لأن في السفر
تغيرا
بالمال وخطرا وهذا يروي: ان المسافر وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله تعالى. اي هلاك
ولا يجوز له
التغير بالمال بغير إذن مالكة والوجه الثاني له السفر به إذا لم يكن مخوفا قال القاضي
قياس المذهب
جوازه بناء على السفر بالوديعة وهذا قول مالك ويحكى ذلك عن أبي حنيفة لأن الاذن
المطلق
ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة وبالتجارة سفرا وحضرا ولان المضاربة مشتقة
من
الضرب في الأرض فملك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق. فأما إن اذن في
السفر أو نهى عنه

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

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

أو قيمته إن كان تالفا ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري فإن أخذ من المشتري قيمته
رجع المشتري على العامل بالثمن وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه
الثمن لأن التلف حصل في يده وأما ما يتغابن الناس بمثله فغير ممنوع منه لأنه لا يمكن التحرز منه وأما
إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وإن اشترى في الذمة لزم العامل دون رب
المال إلا أن يجيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الخرقى، وقال القاضي إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال
فكذلك وإن صرح للبائع أنني اشتريته لفلان فالبيع باطل أيضا
(فصل) وهل له أن يبيع ويشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين (الأولى) جوازه إذا رأى المصلحة
فيه والربح حاصل به كما يجوز أن يبيع عرضا بعرض ويشترى به وإن قلنا لا يملك ذلك ففعله فحكمه
حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل وإن قال له اعمل برأيك فله ذلك وهل له الزراعة؟ يحتمل
أن لا يملك ذلك لأن المضاربة لا يفهم من إطلاقها المضاربة وقد روي عن أحمد رحمه الله فيمن دفع
إلى رجل ألفا وقال أتعرج فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي
ظاهر هذا إن قوله أتعرج بما شئت دخلت فيه المضاربة لأنها من الوجوه التي يبتغى بها النماء وعلى
هذا لو توى المال كله في المضاربة لم يلزمه ضمانه
(فصل) وله أن يشتري المعيب إذا رأى المصلحة فيه لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المعيب

فإن اشتراه يظنه سليما فبان معييا فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالعيب أو امساكه وأخذ أرش العيب فإن اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لأن المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الامر على ما فيه الحظ وأما الشريكان إذا اختلفا في رد المعيب فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر امساك نصيبه الا أن يكون البائع لم يعلم أن الشراء لهما جميعا فلا يلزمه قبول رد بعضه لأن ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يحز ادخال الضرر على البائع بتبعض الصفقة عليه ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وامساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه (فصل) وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بغير إذنه لأن عليه فيه ضررا فإن اشتراه باذن رب المال صح لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه فإذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه لأنه قد تلف ويكون محسوبا على رب المال فإن كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة وإن كان في المال ربح رجع العامل بحصته منه وإن كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينا لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئا بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك وإن كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعاقد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة وان فعل ضمن وبهذا قال الشافعي

وأكثر الفقهاء وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء لأنه مال متقوم قابل للعقود
فصح شراؤه كما
لو اشترى من نذر رب المال اعتاقه ويعتق على رب المال وتفسخ المضاربة فيه ويلزم
العامل ضمانه
على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لأن مال المضاربة تلف بسببه ولا فرق في
الاتلاف الموجب
للضمان بين العلم والجهل وفيما يضمنه وجهان (أحدهما) قيمته لأن الملك ثبت فيه ثم
تلف فأشبهه ما لو
أتلفه بفعله (والثاني) الثمن الذي اشتراه به لأن التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن
فيما يتلف
بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال
أبو بكر ان لم يكن
العامل عالما بأنه يعتق على رب المال لم يضمن لأن التلف حصل لمعنى في المبيع لم
يعلم به المشتري فلم
يضمن كما لو اشترى معيبا لم يعلم بعيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وان علم
(فصل) وان اشترى امرأة رب المال صح الشراء وانفسخ النكاح فإن كان قبل الدخول
فهل يلزم
الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان ذكرنا هما في غير هذا الموضوع فإن قلنا يلزمه رجع
به على العامل
لأنه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع وان اشترى
زوج ربة المال صح
الشراء وانفسخ النكاح لأنها ملكت زوجها وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح
الشراء إذا
كان بغير اذنها لأن الاذن إنما يتناول شراء مالها فيه حظ وشراء زوجها يضربها لأنه
يفسخ نكاحها
ويضربها ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كسرها ابنها

ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى أجنبيا ولا ضمان على
العامل فيما
يفوت من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود إلى المضاربة وإنما هو بسبب آخر
ولا فرق
بين شرائه في الذمة أو بعين المال
(فصل) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال باذنه صح وعتق فإن كان على
المأذون له
دين يستغرق قيمته وما في يده وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق
إلى الغرماء
لأنه الذي أتلف عليهم بالعتق وإن نهاه عن الشراء فالشراء باطل لأنه يملكه بالاذن وقد
زال بالنهاي
وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لأن من صح أن يشتريه السيد صح شراء
المأذون
له كالا جنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا اذن له في التجارة ولم يدفع إليه مالا وقال
القاضي لا يصح لأن
فيه اتلافاً على السيد فإن اذنه يتناول ما فيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق عامل
المضاربة لأنه
يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين وان اشترى امرأة رب المال أو
زوج ربة المال
فهل يصح على وجهين أيضا كشراء من يعتق بالشراء
(فصل) وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء فإن لم يكن ظهر في المال
ربح لم يعتق
منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح؟ فإن قلنا
يملكه بالقسمة
لم يعتق منه شيء لأنه ما ملكه وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتق
وهو قول أبي

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

قال سفيان وإسحاق وقال القاضي ان لم يظهر ربح فعليه الحد لأنه وطئ في غير ملك
ولا شبهة ملك
والمنصوص عن أحمد أن عليه التعزير لأن ظهور الربح ينبني على التقويم والتقويم غير
متحقق لأنه يحتمل
أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء الحد لأنه يدرأ
بالشبهات
(فصل) وليس لرب المال وطئ الأمة أيضا لأنه ينقصها ان كانت بكرا ويعرضها
للخروج من
المضاربة والتلف فإن فعل فلا حد عليه لأنها مملوكته وان علقت منه صارت أم ولده
وولده حر كذلك
وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف إليها بقية المال فإن كان فيه ربح
فللعامل حصته منه.
(فصل) وإذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة فاشترى جارية
ليتسرى بها
خرج ثمنها من المضاربة وصار قرضا في ذمته لأن استباحة البضع لا تحصل الا بملكه
لقول الله تعالى
إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم.
(فصل) وليس لواحد منهما تزويج الأمة لأنه ينقصها ولا مكاتبه العبد لذلك فإن اتفقا
على ذلك
جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما
(فصل) وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة نص عليه احمد في رواية الأثرم
و حرب
وعبد الله قال إن أذن له رب المال وإلا فلا، وخرج القاضي وجهان في جواز ذلك بناء
على توكيل
الوكيل من غير اذن الموكل ولا يصح هذا التخريج وقياسه على الوكيل ممتنع لوجهين
(أحدهما) أنه إنما

دفع إليه المال ههنا ليضارب به وبدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضاربا به بخلاف الوكيل (الثاني)
ان هذا يوجب في المال حقا لغيره ولا يجوز إيجاب حق في مال انسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة
والشافعي ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فإن فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكة ولا شيء له
ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال
مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان باقيا وبرد بدله إن كان تالفا أو تعذر رده، فإن طالب الأول
وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه بشيء لأنه دفعه إليه على وجه الأمانة وإن
علم بالحال رجع عليه لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وإن
ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول، وإن لم يعلم فهل يرجع على الأول؟ على وجهين (أحدهما)
يرجع عليه لأنه غره فأشبهه ما لو غره بحرية أمة (والثاني) لا يرجع لأن التلف كان في يده فاستقر
الضمان عليه وإن ربح في المال فالربح لمالكه ولا شيء للمضارب الأول لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل
وهل للثاني أجر مثله؟ على روايتين (إحدهما) له ذلك لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له
اجر مثله كالمضاربة الفاسدة والثانية لا شيء له لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضا
كالغاصب، وفارق المضاربة لأنه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه إذا
اشترى في الذمة يكون الربح له لأنه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبهه ما لو لم ينقد

الثلث من مال رب المال قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك
والشافعي وأبي حنيفة
ويحتمل انه إن كان عالما بالحال فلا شيء للعامل كالمغاصب وإن جهل الحال فله أجر
مثله يرجع
به على المضارب الأول لأنه غره واستعمله بعوض لم يحصل له فوجب أجره عليه كما
لو
استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن كان
اشترى
في الذمة ثم فقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب
إلى آخر على أن
يكون لرب المال النصف والآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لأن رب المال
رضي بنصف الربح
فلا يدفع إليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول قديم للشافعي وليس هذا
موافقا
لأصول المذهب ولا لنص احمد فإن احمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولأن
المضارب الأول ليس
له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة الا بواحد منهما والعامل الثاني عمل في
مال غيره بغير
إذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفعه إليه الغاصب مضاربة ولأنه إذا
لم يستحق
ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى
(فصل) وإن أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك نص عليه احمد ولا نعلم
فيه خلافا
ويكون العامل الأول وكيلا لرب المال في ذلك فإذا دفعه إلى آخر ولم يشترط لنفسه
شيئا من الربح
كان صحيحا وإن شرط لنفسه شيئا من الربح لم يصح لأنه ليس من جهته مال ولا عمل

والربح إنما يتسحق بواحد منهما وان قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه
مضاربة نص عليه
لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لأن قوله اعمل برأيك
يعني في
كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله
أذنه
(فصل) وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله فإن فعل ولم يتميز ضمنه لأنه أمانة فهو
كالوديعة
فإن قال له اعمل برأيك جاز له ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال
الشافعي ليس
له ذلك وعليه الضمان ان فعله لأن ذلك ليس من التجارة
ولنا انه قد يرى الخلط أصلح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القول في
المشاركة به
ليس له فعلها الا أن يقول اعمل برأيك فيملكها
(فصل) وليس له ان يشتري خمرا ولا خنزيرا سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما
مسلم والآخر
ذميا فإن فعل فعليه الضمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذميا صح
شراؤه للخمر
وبيعه إياها لأن الملك عنده ينقل إلى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به، قال أبو يوسف
ومحمد يصح
شراؤه إياها لأن الملك فيها ينتقل إلى الوكيل ولا يصح بيعه لأنه يبيع ما ليس بملك له
ولا لموكله
ولنا انه إن كان العامل مسلما فقد اشترى خمرا ولا يصح ان يشتري خمرا ولا يبيعه
وإن كان ذميا
فقد اشترى للمسلم ما لا يصح ان يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولان
الخمر محرمة فلا
يصح شراؤها له كالخنزير والميتة لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم
وكل ما جاز في الشركة
جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع منه في أحدهما منع
منه في الأخرى لأن
المضاربة شركة ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والأمانة

(مسألة) قال (وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول فإن فعل وربح رده في شركة الأول)
وجملة ذلك أنه إذا أخذ من انسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الأول جاز
وان لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا بغير خلاف وإن كان فيه ضرر على رب المال الأول
ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيرا يحتاج إلى أن يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الأول ويكون
المال الأول كثيرا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز له ذلك وقال أكثر الفقهاء
يجوز لأنه عقد لا يملك به منفعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك
ولنا ان المضاربة على الحظ والنماء فإذا فعل ما تمنعه لم يكن له كما لو أراد التصرف بالعين، وفارق
مالا ضرر فيه فعلى هذا إذا فعل وربح در الربح في شركة الأول ويقتسمانه فلينظر ما ربح في المضاربة
الثانية فيدفع إلى رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه إلى ربح المضاربة
الأولى ويقاسمه لرب المضاربة الأولى لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالعقد
الأول فكان بينهما كربح المال الأول، فأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع إليه لأن العدوان
من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولأننا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الأولى لاختص
الضرر بررب المال الثاني فلم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع إذا كان قد
قد شرط الأول النصف والثاني الثلث، ولأنه لا يخلو اما ان يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فإن
كانت فاسدة فالربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله وان حكمنا بصحتها وجب صرف حصة رب
المال إليه بمقتضى العقد وموجب الشرط، والنظر يقتضي ان لا يستحق رب المضاربة الأولى من
رب الثانية شيئا لأنه إنما يستحق بمال أو عمل وليس له في المضاربة الثانية مال ولا

عمل وتعدي

(١٦٣)

المضارب إنما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الأول وهذا لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو آجر نفسه أو ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك ولو أوجب عوضا لا يوجب شيئا مقدرًا لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم (فصل) وان دفع إليه مضاربة واشترط النفقة فكلمه رجل في أن يأخذ له بضاعة أو مضاربة ولا ضرر فيها فقال احمد إذا اشترط النفقة صار أجيروا له فلا يأخذ من أحد بضاعة فإنها تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل فإن كانت لا تشغله؟ فقال ما يعجبني أن يكون إلا باذن صاحب المضاربة فإنه لا بد من شغل. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لأنه لا ضرر على رب المضاربة فيه (فصل) وان اخذ من رجل مضاربة ثم اخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه أو أآجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه (فصل) إذا أخذ من رجل مائة قراضا ثم أخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبدا فاختلف العبدان ولم يميزا فإنهما يصطلحان عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فالثالث عليه أخرى وذكر القاضي في ذلك وجهين (أحدهما) يكونان شريكين فيهما كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فإن كان فيهما ربح دفع إلى العامل حصته والباقي بينهما نصفين (والثاني) يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال، والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجهين والأول أولى لأن ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدین فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب ولأننا لو جعلناهما للمضارب أدى إلى أن يكون تفريطه سببا لانفراده بالربح وحرمان المتعدى عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناهما شريكين أدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له فيه مال ولا عمل.



(۱۶۴)

(فصل) إذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً نهى عن شرائه فهو
ضامن
للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة
ونافع وإياس
والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن
علي رضي الله عنه
لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري
ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركته
في الربح فلا
يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى ما لم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب
المال نص عليه احمد
وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنهما يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي
والحكم وحماد
قال القاضي قول احمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء
وهذا قول الأوزاعي
وقال اياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه لأنه نوع تعد فلا يمنع كون الربح
بينهما على ما شرطاه
كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها وقالوا القاضي إذا اشترى في الذمة ثم
نقد المال فالربح لرب
المال وإن اشترى بعين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين والأخرى هو موقوف
على إجازة المالك
فإن أجازته صح وإلا بطل، والمذهب الأول نص عليه احمد في رواية الأثرم وقال أبو
بكر لم يرو انه يتصدق

بالربح إلا حنبل واحتج احمد بحديث عروة البارقي وهو ما روى أبو ليبيد عن عروة بن الجعد قال:

عرض للنبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني دينارا فقال (عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة) فاتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منهما شاة بالدينار فجئت بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ديناركم وهذه شاتكم قال (وكيف صنعت؟) فحدثته الحديث فقال (اللهم بارك له في صفقة يمينه) رواه الأثرم ولأنه نماء مال غيره بغير اذن مالكة فكان لمالكة كما لو غصب حنطة فزرعها، فاما المضارب ففيه روايتان (إحداهما) لا شئ له لأنه عقد عقدا لم يؤذن له فيه فلم يكن له شئ كالغاصب وهذا اختيار أبي بكر والثانية له أجر لأن رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضا كما لو عقده باذن وفي قدر الاجر روايتان (إحداهما) أجر مثله ما لم يحط بالربح لأنه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الأقل من المسمى أو أجر المثل لأنه إن كان الأقل المسمى فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وإن كان الأقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه لأنه لم يعمل ما رضي به وان قصد الشراء لنفسه فلا

أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بعين المال فعلى روايتين.
(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من نشر الثوب وطيئه وعرضته على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه واحرازه في الصندوق ونحو ذلك ولا أجر له عليه لأنه مستحق للربح في مقابلته فإن استأجر من يفعل ذلك فالاجر عليه خاصة لأن العمل عليه، فأما ما لا يليه العامل في العادة مثل النداء على المتاع ونقله إلى الخان فليس على العامل عمله وله أن يكتري من يعمله نص عليه أحمد لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فإن فعل العامل مالا يلزمه فعله متبرعا فلا أجر له وان فعله ليأخذ عليه أجرا فلا شيء له أيضا في المنصوص عن أحمد وخرج أصحابنا وجهها ان له الاجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك؟ على روايتين وهذا مثله، والصحيح أنه لا شيء له في الموضعين لأنه عمل في مال غيره عملا لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئا كالأجنبي (فصل) وإذا سرق مال المضاربة أو غصب فعلى المضارب طلبه والمخاصمة فيه في أحد الوجهين وفي

الآخر ليس عليه ذلك لأن المضاربة عقد على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة والأول أولى لأنه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما إذا كان غائبا عن رب المال إما لسفر المضارب أو رب المال فإنه لا يطالب له الا المضارب فإن تركه ضاع، فعلى هذا ان ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال غرمه لأنه ضيعه وفرط فيه، وإن كان رب المال حاضرا وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ولا يضمه إذا تركه لأن رب المال أولى بذلك من وكيله (فصل) وإذا اشترى للمضاربة عبدا فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر إلى رب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فإن عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على شرطهما لأنه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وإن كان في العبد ربح فالقصاص إليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم

(مسألة) قال (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال)
يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه ومتى كان في
المال خسران
وربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة أو الخسران
في صفقة والربح
في أخرى أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس
المال وما لم
يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً، وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد
الظهور قبل القسمة
فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذي ذكره القاضي مذهبا وبه قال أبو حنيفة، وحكى أبو
الخطاب رواية
أخرى أنه لا يملكه الا بالقسمة وهو مذهب مالك وللشافعي قولان كالمذهبين واحتج
من لم يملكه
بأنه لو ملكه لاختص بربحه ولو جب أن يكون شريكا لرب المال كشريكي العنان
ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فإذا وجد يجب
أن يملكه

بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة لظهورها وقياسا على كل شرط صحيح في عقد ولان هذا الربح مملوك فلا بدله من مالك ورب المال ولا يملكه اتفاقا ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولأنه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولأنه لو اختص بربح نصيبه لا استحق من الربح أكثر مما شرط له لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ثم قال أحمد إذا وطئ المضارب جارية من المضاربة فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وان ظهر فيه ربح فهي أم ولده وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور (فصل) وإذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخرس عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة فإن الخسران لا ينقص به رأس المال لأنه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع درهم ويبقى رأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانية أتعاف درهم

وإن كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع وكذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال لبقية رأس المال ثلاثة وثمانين وثلاثاً لأنه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلث ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فبقي نصف المال وإن أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسين وثلاثاً لأنه أخذ ربع المال وسدسه فبقي ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا، وإن أخذ منه ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لأن ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقتة إياه وقد أخذ من الربح عشرة لأن سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

(فصل) إذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الأخرى وبه قال مالك والأوزاعي وأبو حنيفة لأنه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه وكما لو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين ولنا انه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه وفارق المكاتب فإن السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكيه، وله اخذ ما فيه شفعة بها، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال ويحتمل ان يصح إذا استغرقتة الديون لأن الغرماء يأخذون ما في يده والصحيح الأول لأن ملك السيد لم يزل عنه وان استحق اخذه كمال المفلس (فصل) وان اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح نص عليه أحمد وبه قال مالك والثوري والأوزاعي وإسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيه باطل لأنه شريك. ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً

إذا ظهر ربح لأنه إنما يشارك رب المال في الربح لا في أصل المال ومتى ظهر في
المال ربح كان شراؤه
كشراء أحد الشريكين على ما سنذكره
(فصل) وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لأنه ملكه
وهل
يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، وتتخرج الصحة في
الجميع بناء على أن لرب
المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه، وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه
جاز لأنه يشتري
ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه: إن
لم يكونا يعلمان كيله فلا
بأس وإن علما كيله فلا بد من كيله يعني إن من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وإن باعه
إياه بالكيل والوزن جاز
(فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليحزر فيها مال الشركة أو غرائر
جاز
نص عليه أحمد في رواية صالح، وإن استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته ففيه
روايتان (إحدهما)
الجواز لأن ما جاز إن يستأجر له غير الحيوان جاز إن يستأجر له الحيوان كمال
الأجنبي (والأخرى)

لا يجوز لأن هذا لا تجب الأجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لأن نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فإذا لا تجب الأجرة، والدار والغرائر لا يعتبر فيهما ايقاع العمل إنما تجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه (مسألة) قال وإذا اشترى سلعتين فربح في إحداهما وخسر في الأخرى جبرت الوضعية من الربح).
وجملته انه إذا دفع إلى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبدا فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئا الا بعد كمال الألفين وبهذا قال الشافعي
الا فيما إذا تلف أحد العبدین فإن أصحابه ذكروا فيه وجهها ثانيا ان التالف من رأس المال لأنه بدل أحد الألفين ولو تلف أحد الألفين كان رأس المال فكذلك بدله، ولنا انه تلف بعد أن دار في القراض وتصرف

في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال دينارا واحدا فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى فحجر تلفها به كما لو كان رأس المال دينارا ولأنه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا، فاما ان تلف أحد الألفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف وكان رأس المال الباقي خاصة، وقال بعض الشافعية مذهب الشافعي أن التالف من الربح ورأس المال الألفان معا لأن المال إنما يصيره قراضا بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لأنه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح. (فصل) وإذا دفع إليه ألفا مضاربة ثم دفع إليه ألفا آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جاز وصارا مضاربة واحدة كما لو دفعهما إليه مرة واحدة، وإن كان بعد التصرف في الأول في شراء المتاع لم يجز لأن حكم الأول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصا به فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر، فإذا شرط ذلك في الثاني فسد فإن نص الأول جاز ضم الثاني إليه لزوال هذا المعنى وان لم يأذن له في ضم الثاني إلى الأول لم يجز له ذلك نص عليه أحمد وقال إسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الأول

ولنا انه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضيعة
أحدهما بربح
الآخر كما لو نهاه عن ذلك
(فصل) قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضع مرارا فقال يرد
الوضيعة
على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده إليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد
ذلك لا تجبر به
وضيعة الأول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع إليه فحتى يحتسبا حسابا
كالقبض كما قال ابن
سيرين، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض؟ قال يظهر المال يعني ينض ويحجى فيحتسبان
عليه فإن شاء
صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان الا على الناض لأن
المتاع قد ينحط سعره
ويرتفع، قال أبو طالب قيل لأحمد رجل دفع إلى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة
فوضع فبقيت ألف
فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح؟ قال يقاسمه ما فوق الألف يعني إذا
كانت الألف
ناضة حاضرة انشاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة
بها في هذه الحال
ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها إليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب
حتى يكمل عشرة
آلاف، ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح أو أخذ أحدهما منه شيئا باذن
صاحبه والمضاربة بحالها
ثم سافر المضارب به فخسر كان على المضارب رد ما أخذه من الربح لأننا تبينا انه
ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة

(فصل) وإذا قارض في مرضه صح لأنه عقد يتغى به الفضل فأشبهه البيع والشراء وللعامل ما شرط له من الربح وان زاد على شرط مثله وإلا يحتسب به من ثلثه لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال وإنما حصل بعمل المضارب في المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حابى الأجير في الاجر فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه لأن الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل ان لا يحتسب به من ثلثه لأن الثمرة تخرج على ملكيهما كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لأن الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه والربح لا يخرج عن يمين المال إنما يحصل بالتقليب

(فصل) وإذا مات رب المال قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئاً من نصيبه لأنه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه وليس لرب المال شيء من نصيبه فهو كالشريك بماله ولان حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدماً كحق الجناية ولأنه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق كحق الرهن

(فصل) وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه صار ديناً في ذمته ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لأنه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك

ولنا ان الأصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل إلى معرفة عينه
فكان ديننا
كالوديعة إذا لم تعرف عينها ولأنه لا سبيل إلى اسقاط حق رب المال لأن الأصل بقاؤه
ولم يوجد
ما يعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل إلى اعطائه عينا من هذا المال لأنه يحتمل أن يكون
من غير
مال المضاربة فلم يبق الا تعلقه بالذمة
(مسألة) قال (وإذا تبين للمضارب ان في يده فضلا لم يكن له أخذ شيء
منه الا باذن رب المال)
وجملته ان الربح إذا ظهر في المضاربة لم يجز للمضارب اخذ شيء منه بغير إذن رب
المال
لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا إنما لم يملك ذلك لأمر ثلاثة (أحدها) ان الربح
وقاية لرأس المال
فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابرا له فيخرج بذلك عن أن يكون ربحا
(الثاني) ان رب
المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه (والثالث) ان ملكه عليه غير مستقر لأنه بعرض
ان يخرج عن
يده بجبران خسارة المال وان أذن رب المال في أخذ شيء جاز لأن الحق لهما لا
يخرج عنهما
(فصل) وان طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول الممتنع
لأنه إن كان
رب المال فلانه لا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح وإن كان العامل فإنه لا
يأمن أن يلزمه رد

ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وان تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على أن يأخذ كل واحد منهما شيئا معلوما ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد أقل الأمرين مما أخذه أو نصف خسران المال إذا اقتسما الربح نصفين وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق، وقال أبو حنيفة لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر إذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله ولنا على جواز القسمة ان المال لهما فجاز لهما ان يقتسما بعضه كالشريكين أو نقول إنهما شريكان فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكي العنان (فصل) والمضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان وبموته وجنونه والحجر عليه لسفه لأنه متصرف في مال غيره باذنه فهو كالوكيل، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطاه، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما، وان طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع وهو قول إسحاق والثوري لأن حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لأنه لاحق له فيه وقد رضيه مالكة كذلك فلم يجبر على

بيعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر على البيع لأنه
ربما زاد فيه زائد
أو رغب فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ
ولنا أن المضارب إنما استحق الربح إلى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى
أن
المستعير إذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفع قيمة ذلك لأنه
مستحق للأرض
فهنا أولى وما ذكره من احتمال الزيادة بزيادة مزاید أو راغب على قيمته فإنما حدث
ذلك بعد فسخ
العقد فلا يستحقها العامل، وان طلب رب المال البيع وأبى العامل ففيه وجهان
(أحدهما) يجبر العامل
على البيع وهو قول الشافعي لأن عليه رد المال ناضا كما أخذه (والثاني) لا يجبر إذا لم
يكن في المال
ربح أو أسقط حقه من الربح لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنيا من المال فأشبهه
الوكيل إذا اشترى
ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو
دراهم فصار دنانير
فهو كما لو كان عرضا على ما شرح، وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن
ينض له الباقي لأنه
شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولأنه إنما لزمه أن ينض رأس المال
ليرد إليه رأس
ماله على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح
(فصل) وان انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه سواء ظهر في المال ربح
أولم يظهر
وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان ظهر ربح لزمه تقاضيه وان لم يظهر ربح لم يلزمه
تقاضيه لأنه
لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

ولنا أن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض
فلزمه أن
ينضه كما لو ظهر في المال ربح وكما لو كان رأس المال عرضا ويفارق الوكيل فإنه
لا يلزمه رد المال كما
قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فإن
اقتضى منه
قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا لأنه إنما
يستحق نصيبه
من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما إلى حقه
منه ولا يحصل
ذلك إلا بعد تقاضيه
(فصل) وأي المتقارضين مات أو جن انفسخ القراض لأنه عقد جائز فانفسخ بموت
أحدهما
وجنونه كالتوكيل فإن كان الموت أو الجنون يرب المال فأراد الوارث أو وليه اتمامه
والمال ناض جاز
ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصته العامل من الربح شركة له
مشاعة وهذه الإشاعة
لا تمنع لأن الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف، فإن كان المال عرضا وأرادوا
إتمامه فظاهر
كلام أحمد جوازه لأنه قال في رواية علي بن سعيد إذا مات رب المال لم يجز للعامل
أن يبيع ولا يشتري
إلا باذن الورثة، فظاهر هذا بقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لأن هذا اتمام
للقراض
لا ابتداء له ولأن القراض إنما منع منه في العروض لأنه يحتاج عند المفاصلة إلى رد
مثلها أو قيمتها
ويختلف ذلك باختلاف الأوقات وهذا غير موجود ههنا لأن رأس المال غير العروض
وحكمه باق.

ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي وذكر القاضي وجها آخر أنه لا يجوز لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض وهذا الوجه أقيس لأن المال لو كان ناضا كان ابتداء قراض وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال، وإن كان المال ناضا بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءهما على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة وبه حصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصا وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف، وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ويشترى باذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض. فأما ان مات العامل أو جن وأراد ابتداء القراض مع وارثه أو وليه فإن كان ناضا جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال وإن كان عرضا لم يجز ابتداء القراض الا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض بان تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد لأن الذي كان منه العمل قد مات أو جن وذهب عمله ولم يخلف أصلا ييني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن المال المقارض عليه موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضا جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك فإن لم يتدناه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد مورثه فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم ليبيعه فأما إن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ فأما البيع فإن الحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا فسخت المضاربة ورب المال حي

(فصل) إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذي تعلق العقد به
وما
اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له والتمن عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن
أو جهل ذلك وهل
يقف على إجازة رب المال، على روايتين (إحدهما) ان اجازته فالتمن عليه والمضاربة
بحالها وان لم
يجزه لزم العامل (والثانية) هو للعامل على كل حال فإن اشترى للمضاربة شيئاً فتلف
المال قبل نقده
فالشراء للمضاربة وعقدها باق ويلزم رب المال الثمن ويصير رأس المال الثمن دون
التالف لأن
الأول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هذا
والتلف وحكي
ذلك عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن
ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء،
ولو
اشترى عبدين بمال المضاربة فتلف أحد العبدین كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس
المال بتلفه لأنه
تلف بعد التصرف فيه، وان تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة لزوال مالها كله
فإن دفع إليه رب
المال بعد ذلك ألفا كان الألف رأس المال ولم يضم إلى المضاربة الأولى لأنها
انفسخت لذهاب مالها
(مسألة) (قال وإذا اتفق رب المال والمضارب على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما
كان الربح بينهما والوضيعة على المال)
وجملته انه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل
لا نعلم فيه خلافاً

والعقد صحيح نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد ان العقد
يفسد به وحكي
ذلك عن الشافعي لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم
والمذهب الأول
ولنا انه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به كما لو شرط لزوم المضاربة،
 ويفارق شرط
الدراهم لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح مجهولة
(فصل) والشروط في المضاربة تنقسم قسمين صحيح وفاسد: فالصحيح مثل أن يشترط
على العامل
ان لا يسافر بالمال أو ان لا يسافر به أو لا يتجر الا في بلد بعينه أو نوع بعينه أو لا
يشترى الا من رجل
بعينه فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم والرجل ممن يكثر
عنده المتاع أو يقل وبهذا
قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بعينه أو سلعة
بعينها أو ما لا يعم
وجوده كالياقوت الأحمر والخيل البلق لم يصح لأنه يمنع مقصود المضاربة وهو
التقليب وطلب الربح
فلم يصح كما لو اشترط أن لا يبيع ويشترى الا من فلان أو أن لا يبيع الا بمثل ما
اشترى به

ولنا انها مضاربة خاصة لا تمنع الربح بالكلية فصحت كما لو شرط ان لا يتجر الا في نوع يعم وجوده ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة وقولهم انه يمنع المقصود ممنوع وإنما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع ويفارق ما إذا شرط ان لا يبيع الا برأس المال فإنه يمنع الربح بالكلية وكذلك إذا قال لا تبع الا من فلان ولا تشتري الا من فلان فإنه يمنع الربح أيضا لأنه لا يشتري ما باعه الا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع الا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك (فصل) ويصح تأقيت المضاربة مثل ان يقول ضاربتك على هذه الدراهم سنة فإذا انقضت فلا تبع ولا تشتري قال مهنا سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا ألفا مضاربة شهرا قال إذا مضى شهر يكون قرضا قال لا بأس به قلت فإن جاء الشهر وهي متاع؟ قال إذا باع المتاع يكون قرضا وقال أبو الخطاب في صحة شرط التأقيت روايتان (إحدهما) هو صحيح وهو قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لثلاثة معان (أحدها) انه عقد يقع مطلقا فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) ان هذا ليس من مقتضى العقد ولا له فيه مصلحة فأشبهه ما لو شرط ان لا يبيع، وبيان انه ليس من مقتضى العقد انه يقتضي أن يكون رأس المال ناضا فإذا منعه البيع لم

ينض (الثالث) ان هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل لأنه قد يكون الربح والحظ في تبقية
المتاع وبيعه بعد
السنة فيمتنع ذلك بمضيها
ولنا انه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة، والمعنى الأول
الذي ذكره
يطل بالوكالة والوديعة، والمعنى الثاني والثالث يطل تخصيصه بنوع من المتاع ولان
لرب المال منعه من البيع والشراء
في كل وقت إذا رضي ان يأخذ بماله عرضا فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من
مقتضى العقد فصح كما لو
قال إذا انقضت السنة فلا تشتري شيئا وقد سلموا صحة ذلك
(فصل) وإذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح سواء كان في الحضر أو السفر وقال
الشافعي
لا يصح في الحضر، ولنا ان التجارة في الحضر إحدى حالتها المضاربة فصح اشتراط
النفقة فيها كالسفر
ولأنه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح كما لو اشترطها في الوكالة
(فصل) والشروط الفاسدة تنقسم إلى ثلاثة أقسام (أحدهما) ما ينافي مقتضى العقد مثل
أن يشترط لزوم
المضاربة أو لا يعزله مدة بعينها أو لا يبيع الا برأس المال أو أقل أو لا يبيع إلا ممن
اشترى منه
أو شرط ألا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك فهذه
شروط فاسدة
لأنها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل
(القسم الثاني) ما يعود

بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءا من الربح مجهولا أو ربح أحد الكسبيين أو أحد الألفين أو أحد العبدین أو ربح إحدى السفرتين أو ما يربح في هذا لأشهر أو ان حق أحدهما في عبد يشتریه، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه أو يشترط جزءا من الربح لأجنبي فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة كون الربح معلوما (القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضا أو ان يخدمه في شئ بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة، أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضیعة أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن، أو شرط المضارب على رب المال شيئا من ذلك فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا كثيرا منها في غير هذا الموضوع معللا، ومتى اشترط شرطا فاسدا يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فافسد العقد كما لو جعل رأس المال خمرا أو خنزيرا ولان الجهالة تمنع من التسليم فتفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب. وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح ذكره عنه الأثرم وغيره لأنه عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح

والعتاق والطلاق، وذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى أنها تفسد العقد لأنه شرط فاسد فأفسد
العقد كشرط دراهم معلومة أو شرط أن يأخذ له بضاعة والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواء
(فصل) وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة أحدها أنه إذا تصرف نفذ تصرفه لأنه أذن له فيه
فإذا بطل العقد بقي الاذن فملك به التصرف كالوكيل، فإن قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسد ثم
تصرف فيه لم ينفذ تصرفه مع أن البائع قد أذن له في التصرف، قلنا لأن المشتري يتصرف من جهة
الملك لا بالاذن فإن أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك لم يصح وههنا أذن له
رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لأنه
أذن له في تصرف يقع له (الفصل الثاني) أن الربح جميعه لرب المال لأنه نماء ماله إنما يستحق العامل بالشرط
فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئاً وكان له أجر مثله نص عليه أحمد وهو
مذهب الشافعي واختار الشريف أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه واحتج بما روي عن أحمد أنه
قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه قال وهذه الشركة فاسدة واحتج بأنه
عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح قال ولا أجر له وجعل أحكامها كلها
كأحكام الصحيحة وقد ذكرنا هذا قال القاضي أبو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام أحمد محمول على أنه صحح
الشركة بالعروض وحكي

عن مالك أنه يرجع إلى قراض المثل وحكي عنه ان لم يربح فلا اجر له، ومقتضى هذا انه ان ربح
فله الأقل مما شرط له أو اجر مثله ويحتمل ان يثبت عندنا مثل هذا لأنه إذا كان الأقل ما شرط له
فقد رضى به فلا يستحق أكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد
ولنا ان تسمية الربح من توابع المضاربة أو ركن من أركانها فإذا فسدت فسدت
أركانها وتوابعها
كالصلاة ولا نسلم في النكاح وجوب المسمى إذا كان العقد فاسدا وإذا لم يجب له
المسمى وجب
اجر المثل لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه
وذلك متعذر
فتجب قيمته وهو اجر مثله كما لو تبايعا بيعا فاسدا أو تقابضا وتلف أحد العوضين في
يد القابض له وجب
رد قيمته، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، فأما ان رضى المضارب
بالعمل بغير عوض مثل
ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح انه لا شئ للمضارب ههنا لأنه تبرع بعمله
فأشبه ما لو
اعانه في شئ أو توكل له بغير جعل أو اخذ له بضاعة
(الفصل الثالث) في الضمان ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه لأن ما كان
القبض في
صحيحه مضمونا كان مضمونا في فاسده وما لم يكن مضمونا في صحيحه لم يضمن
في فاسده وبهذا قال
الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن
ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلم يضمنه في فاسده كالوكالة ولأنها إذا
فسدت صارت
إجارة والأجير لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعديه ولا فعله فكذا ههنا وأما الشركة إذا
فسدت فقد ذكرناها قبل هذا

(مسألة) قال: (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي عليك)
نص احمد على هذا وهو قول أكثر أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفا قال ابن المنذر أجمع
كل من نحفظ
عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل دينا له على رجل مضاربة وممن حفظنا
ذلك عنه عطاء
والحكم وحماد ومالك والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي
وقال بعض
أصحابنا يحتمل أن تصح المضاربة لأنه إذا اشترى شيئا للمضاربة فقد اشتراه باذن رب
المال ودفع الدين
إلى من أذن له في دفعه إليه فتبرأ ذمته منه ويصير كما لو دفع إليه عرضا وقال بعه
وضارب بثمنه وجعل
أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال وللمضارب أجر مثله لأنه
علقه بشرط ولا يصح
عندهم تعليق القراض بشرط، والمذهب هو الأول لأن المال الذي في يدي من عليه
الدين له وإنما يصير
لغيره بقبضه ولم يوجد القبض ههنا وإن قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد
قارضتك عليه ففعل
واشترى بعين ذلك المال شيئا للمضاربة وقع الشراء للمشتري لأنه يشتري لغيره بمال
نفسه فحصل الشراء
له فإن اشترى في ذمته فكذلك لأنه عقد القراض على مالا يملكه وعلقه على شرط لا
يملك به المال
(فصل) وإن قال لرجل اقبض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة فقبضه وعمل به
جاز في قولهم
جميعا ويكون وكيلا في قبضه مؤتمنا عليه لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره فجاز ان
يجعله مضاربة كما لو قال
اقبض المال من غلامي وضارب به قال مهنا سألت أحمد عن رجل قال أقرضني ألفا
شهرًا ثم هو بعد

الشهر مضاربة قال لا يصلح وذلك لأنه إذا أقرضه صار ديناً عليه وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه ولو قال ضارب به شهراً ثم خذه قرضاً جاز لما ذكرنا فيما تقدم (فصل) ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جزافاً ولو شاهدها وبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يصح إذا شاهدها والقول قول العامل مع يمينه في قدره لأنه أمين رب المال والقول قوله فيما في يديه فقام ذلك مقام المعرفة به ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهدها وذلك لأنه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة؟ ولأنه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم يصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يبطل بالسلم وبما إذا لم يشاهدها. (فصل) ولو أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لأنه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع. * (مسألة) * قال (وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول ضارب بها) وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذا

الألف وأشار إليه في زاوية البيت، وفارق الدين فإنه لا يصير عين المال ملكا للغريم إلا بقبضه ولو كانت
الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجز أن يضاربه عليها لأنها صارت ديننا.
(فصل) ولو كان له في يد غيره مال مغضوب فضارب الغاصب به صح أيضا لأنه مال
لرب المال
يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه فأشبهه الوديعة وإن تلف وصار في الذمة
لم تجز المضاربة
به لأنه صار ديننا ومتى ضاربه بالمال المغضوب زال ضمان الغصب بمجرد عقد
المضاربة وبهذا قال أبو حنيفة
وقال القاضي لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمنا وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا
ينافي
الضمان بدليل ما لو تعدى فيه. ولنا انه ممسك للمال بإذن مالكة لا يختص بنفعه ولم
يتعد فيه فأشبهه ما لو قبضه إياه
(فصل) والعامل أمين في مال المضاربة لأنه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفعه
فكان أمينا كالوكيل
وفارق المستعير فإنه قبضه لمنفعته خاصة وههنا المنفعة بينهما، فعلى هذا القول قوله في
قدر رأس المال قال
ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس
المال كذا قال الثوري وإسحاق
وأصحاب الرأي وبه نقول ولأنه يدعي عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر
وكذلك القول
قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه وما يدعي عليه من خيانة وتفريط وفيما
يدعي انه اشتراه لنفسه
أو للمضاربة لأن الاختلاف هاهنا في نيته وهو أعلم بما نواه لا يطلع على ذلك أحد
سواه فكان القول قوله
فيما نواه كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولأنه أمين في الشراء
فكان القول قوله
كالوكيل ولو اشترى عبدا فقال رب المال كنت نهيتك عن شرائه فأنكر العامل فالقول
قوله لأن الأصل
عدم النهي وهذا كله لا نعلم فيه خلافا

(فصل) وان قال أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة قال بل أذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بخمسة فالقول قول العامل نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة ويحتمل ان القول قول رب المال وهو قول الشافعي لأن الأصل عدم الإذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته ولنا انهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال قد نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهي

(فصل) وان قال شرطت لي نصف الربح فقال بل ثلثه فعن أحمد فيه روايتان إحداهما القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن المنصور وسندي وبه قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المبارك وابن المنذر لأن رب المال ينكر السدس الزائد واشترطه له والقول قول المنكر والثانية ان العامل إذا ادعى اجر المثل وزيادة يتغابن الناس بمثلها فالقول قوله وان ادعى أكثر فالقول قوله فيما وافق اجر المثل وقال الشافعي يتحالفان لأنهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (ولكن اليمين على المدعى عليه) ولان الاختلاف في المضاربة فلم يتحالفا كسائر ما قدمنا اختلافهما فيه والمتبايعان يرجعان إلى رؤوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه (فصل) وان ادعى العامل رد المال فأنكر رب المال فالقول قول رب المال مع يمينه نص عليه أحمد ولا صحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قوله لأنه أمين ولان معظم النفع لرب المال فالعامل كالمودع ولنا انه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول قول

المنكر وفارق المودع فإن لانفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال يمنعه
 وإن سلم الا ان
 المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه ولم يأخذه لنفع رب المال
 (فصل) وان قال ربحت ألفا ثم قال خسرت ذلك قبل قوله لأنه أمين يقبل قوله في
 التلف فقبل قوله
 في الخسارة كالوكيل وان قال غلظت أو نسيت لم يقبل قوله لأنه مقر بحق لآدمي فلم
 يقبل قوله في الرجوع
 كما لو أقر بان رأس المال الف ثم رجع، ولو أن العامل خسّر فقال لرجل أقرضني ما
 أتمم؟؟ به رأس المال لا عرضه
 على ربه فإنني أخشى ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فاقرضه فعرضه على رب المال
 وقال هذا رأس مالك
 فأخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا تقبل شهادة المقرض له
 لأنه يجز إلى
 نفسه نفعا وليس له مطالبة رب المال لأن العامل ملكه بالقرض ثم سلمه إلى رب المال
 ولكن يرجع
 المقرض على العامل لا غير
 (فصل) وإذا دفع رجل إلى رجلين مالا قراضا على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف
 وقال
 رب المال رأس المال الفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فالقول قول المنكر
 مع يمينه فإذا
 حلف ان رأس المال الف والربح الفان فنصيبه منهما خمسمائة يبقى ألفا وخمسمائة
 يأخذ رب المال ألفين
 لأن الآخر يصدقه ويبقى خمسمائة ربها بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانها أثلاثا
 رب المال ثلثاها
 وللعامل ثلثها مائة وستة وستون وثلثا ولرب المال ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لأن
 نصيب رب المال
 من الربح نصفه ونصيب هذا العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه
 الحالف فيما زاد على
 قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

(فصل) وان دفع إلى رجل ألفا يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضا لي ربحه كله
وقال رب المال
كان قرضا فربحه بيننا فالقول قول رب المال لأنه ملكه فالقول قوله في صفة خروجه
عن يده فإذا
حلف قسمنا الربح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرطه
له من الربح
أو أجر مثله لأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي
الربح كله
وإن كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما أن القول قول رب المال
في ربح ماله فإذا حلف
قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط وإنما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر
المثل، وان أقام كل
واحد منهما بينة بدعواه فنص أحمد في رواية مهناً انهما يتعارضان ويقسم الربح بينهما
نصفين، وان
قال رب المال كان بضاعة وقال العامل بل كان قرضا احتمل أن يكون القول قول
العامل لأن عمله له
فيكون القول قوله فيه ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الأمرين من نصيبه من
الربح أو أجر مثله
لأنه لا يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلا يستحق زيادة عليه وإن كان الأقل أجر مثله
فلم يثبت كونه
قرضا فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضا
حلف كل واحد منهما
على إنكار ما ادعاه؟؟ خصمه وكان له أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال
رب المال كان قرضا
وقال العامل كان قرضا أو بضاعة فالقول قول رب المال
(فصل) وإذا اشترط المضارب النفقة ثم ادعى انه إنما أنفق من ماله وأراد الرجوع فله
ذلك
سواء كان المال باقيا في يديه أو قد رجع إلى مالكه وبه قال أبو حنيفة إذا كان المال
باقيا في يديه وليس
له ذلك إذا كان بعد رده

ولنا انه أمين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقيا في يده وكالوصي إذا ادعى النفقة على اليتيم
(فصل) إذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما يأمر الآخر بألف وقال لم أقبض ثمنه وادعى
المشتري انه قبضه وصدقه الذي لم يبع برئ المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك
البائع بقبض
وكيله حقه فبرئ المشتري منه كما لو أقر انه قبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع
وشريكه والمشتري
فإن خاصمه شريكه وادعى عليه انك قبضته نصيبي من الثمن فأنكر فالقول قوله مع
يمينه ان لم يكن
للمدعي بينة وان كانت له بينة قضي بها عليه ولا تقبل شهادة المشتري له لأنه يجر بها
إلى نفسه نفعاً
وان خاصم البائع المشتري فادعى المشتري انه دفع إليه الثمن وأنكر البائع فالقول قوله
مع يمينه لأنه
منكر فإذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لأنه معترف انه
يأخذه ظلماً فلا
يستحق مشاركة فيه، وان كانت للمشتري بينة حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه
لأنه يجر بها إلى نفسه
نفعاً ومن شهد بشهادة تجر إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين
مخاصمة الشريك قبل
مخاصمة المشتري أو بعدها، وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه
فصدقه البائع نظرت فإن
كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتي قبلها وان لم يأذن له في القبض لم تبرأ
ذمة المشتري من شيء
من الثمن لأن البائع لم يوكله في القبض فقبضه له لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو
دفعه إلى أجنبي
ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لأنه ينكره وللبيع المطالبة بقدر نصيبه لا غير
لأنه مقر أن
شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه إليه ولا يحتاج إلى أمين لأن المشتري مقر
ببقاء حقه
وان دفعه إلى شريكه لم تبرأ ذمته فإذا قبض حقه فلشريكه مشاركة فيما قبض لأن
الدين لهما ثابت بسبب
واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثاً وله ان لا يشاركه ويطالب

المشتري بحقه كله،
ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لأن كل واحد منهما يستحق ثمن
نصيبه الذي ينفرد
به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد منهما نصيبه
في صفقة ويخالف

الميراث لأن سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعض لأنه إذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فإن ما يقبضه لنفسه فإن قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه إذا حلف له أيضا انه ما قبض منه شيئا، وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لأنه مقر ان المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره وان خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه انه قبض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له إذا كان عدلا لأنه لا يجر إلى نفسه نفعا ولا يدفع عنها ضررا لأنه إذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لأنه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكره بعض أصحابنا وعندي لا تقبل شهادته له لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري وإذا لم تكن بينة فحلف أخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه (فصل) وإذا كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما الانتفاع دون الآخر ثم إن مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الغاصب وان وكل الشريك الغاصب أو وكل الغاصب الشريك في البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة لأن الصفقة ههنا وقعت واحدة وقد بطل البيع في بعضها فبطل في سائرهما بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب فإنهما عقدان لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو أن الغاصب ذكر للمشتري انه

وكل في نصفه لصح في نصيب الآذن لكونه كالعقد المنفرد
(فصل) وإذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره
فقبض أحدهما
منه شيئاً فلآخر مشاركتة فيه هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد ما يدل على أن
لا حدهما أن يأخذ حقه
دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذه وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين
وأبي عبيد، وقيل لأحمد
بعت أنا وصاحبي متاعا بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاصة وأنا أعطي
شريكك بعد؟ قال:
لا يجوز قيل له فإن أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه قال يجوز قيل فقد قال أبو
عبيد: له ان يأخذ

دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا
أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً
فهو من نصيبه قال فرأيته قد احتج له واجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حرب
وحبل انه لا يجوز وهو الصحيح وقد صرح به احمد في أول هذه الرواية ولم يصرح بالرجوع عما قاله
وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضی
الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان
باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره وله ان يرجع على الغريم لأن الحق يثبت في
ذمته لهما على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك
بشيء لأن حقه يثبت في أحد المحلين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض
منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول إنا أعطيك نصف ما قبضت بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض
فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه
ولم يضمه للشريك لأنه قدر حقه فيما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوتها في الأصل
مشتركا، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برئ منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع عليه غريمه بشيء، وإن أبرأ
أحدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للمبرئ أربعة اتساعه
ولشريكه خمسة اتساعه وإن قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي
وما بقي بينهما على على ثمانية للمبرئ ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على
هذا، وإن اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا فلآخر ابطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب

ولا يبطل البيع
لم يلزمه ذلك وان أجاز البيع ليملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على
الإجازة أو لا؟
وإن اخر أحدهما حقه من الدين جاز فإنه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فإن قبض
الشريك بعد
ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشئ ذكره القاضي، والأولى ان له الرجوع لأن
الدين الحال
لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه، فاما إن قلنا بالرواية الأخرى وان ما يقبضه
أحدهما له دون صاحبه
فوجهها أن ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله وما قبضه
أحدهما فليس لشريكه فيه
قبض ولا لو كيله فلا يثبت له فيه حق وكان لقبضه لثبوت يده عليه بحق فأشبهه ما لو
كان الدين بسببين وليس
هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبهه تعيينه بالابراء ولأنه لو كان لغير
القابض حق

في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولان هذا القبض لا يخلو إما أن يكون بحق أو بغير حق
فإن كان بحق لم يشاركه غيره فيه كما لو كان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لأن حقه
في الذمة لا في العين فأشبهه ما لو اخذ غاصب منه مالا، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به دون شريكه
وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى بنصيبه ثوبا صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء وإن قبض
أكثر من حقه بغير اذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه.
(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في قسمة الدين في الذمم فنقل حنبل منع ذلك وهو الصحيح
لأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعديل واما القسمة من غير تعديل فهي بيع ولا
يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسما ثم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو وبهذا
قال ابن سرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كما لو اختلف الأعيان
وبه قال الحسن وإسحاق فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو إذا أبرأ كل واحد صاحبه
وهذا إذا كان في ذمم فاما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة لأن معنى القسمة إفراز الحق ولا يتصور
ذلك في ذمة واحدة والله أعلم.
(فصول في العبد المأذون له) يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف نعلمه لأن
الحجر عليه إنما كان لحق سيده فجاز له التصرف باذنه وينفك عنه الحجر في قدر ما اذن له فيه
لأن تصرفه إنما جاز باذن سيده فزال الحجر في قدر ما اذن فيه كالوكيل، فإن دفع إليه مالا
يتجر به كان له أن يبيع ويشترى ويتجر فيه وان اذن له أن يشتري في ذمته جاز وإن عين له نوعا
من المال يتجر فيه جاز ولم يكن له التجارة في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز
ان يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقا لأن اذنه اطلاق من الحجر وفك له والا

طلاق لا
يتبعض كبلوغ الصبي
ولنا انه متصرف بالاذن من جهة الآدمي فوجب أن يختص ما اذن له فيه كالوكيل
والمضارب
وما قاله ينقض بما إذا اذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله ويخالف البلوغ فإنه
يزول به
المعنى الموجب للحجر فإن البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على
وجه المصلحة
وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وإنما يتصرف
العبد بالاذن
الا ترى ان الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد؟

(فصل) وإذا اذن له في التجارة لم يجز له ان يؤجر نفسه ولا يتوكل لانسان وبه قال الشافعي وأباحهما أبو حنيفة لأنه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب ولنا انه عقد على نفسه فلا يملكه بالاذن في التجارة كبيع نفسه وتزوجه وقولهم انه يتصرف لنفسه ممنوع بل يتصرف لسيده وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له ان يبيع من سيده (فصل) وإذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونا له وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصير مأذونا له لأنه سكت عن حقه فكان مسقطا له كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة ولنا انه تصرف يفتقر إلى الاذن فلم يقيم السكوت مقام الاذن كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت أو باعه المرتهن والراهن ساكت وكتصرفات الأجانب ويخالف الشفعة فإنها تسقط بمضي الزمان إذا علم لأنها على الفور (فصل) ولا يبطل الاذن بالإباق وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبطل لأنه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة بدليل انه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبهه ما لو باعه ولنا ان بالإباق لا يمنع ابتداء الاذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره وما ذكروه غير صحيح فإن سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه واجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب (فصل) ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب وتجاوز هبته المأكول وإعارة دابته واتخاذ الدعوة ما لم يكن اسرافا وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي لا يجوز شيء من ذلك بغير اذن سيده لأنه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمهم وهو يومئذ عبد، رواه

صالح في مسائله باسناده ولان العادة جارية بهذا بين التجار فجاز كما جاز للمرأة
الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها

(٢٠٠)

كتاب الوكالة
وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى (إنما الصدقات
للفقراء
والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين
وأیضا قوله تعالى (فابعثوا
أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه) وهذه
وكالة وأما السنة فروى
أبو داود والأثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبي ليلى لمارة بن زبار عن عروة
بن الجعد
قال عرض للنبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني دينارا فقال يا عروة (أت الجلب
فاشتر لنا شاة) قال فأتيت
الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني
رجل بالطريق فساومني
فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول
الله: هذا ديناركم وهذه شاتكم قال
(وصنعت كيف؟) قال فحدثته الحديث قال (اللهم بارك له في صفقة يمينه) هذا لفظ
رواية الأثرم
وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقلت له إني أردت الخروج إلى خيبر فقال (أت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقا
فإن ابتغى منك آية فضع
يدك على ترقوته) وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في
قبول نكاح أم حبيبة وأبا
رافع في قول نكاح ميمونة، وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ولان الحاجة
داعية إلى ذلك
فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها

(فصل) وكل من صح تصرفه في شئ بنفسه و كان مما تدخله النيابة صح ان يوكل فيه رجلا
أو امرأة حرا أو عبدا مسلما كان أو كافرا وأما من يتصرف بالاذن كالبعد المأذون له
و الوكيل
والمضارب فلا يدخلون في هذا لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده
كالطلاق والخلع
وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل إلا فيما له فعلة من الطلاق والخلع
وطلب
القصاص ونحوه، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح ان يتوكل لغيره
فيه الا الفاسق
فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره وكلام أبي
الخطاب يقتضي
جواز ذلك وهو القياس ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين، فاما توكيله في
الايجاب فلا يجوز
إلا على الرواية التي تثبت الولاية له، وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين أحدهما
يجوز توكيله لأنه
ليس بولي ووجه الوجه الآخر انه موجب للنكاح أشبه الولي ولأنه لا يجوز أن يتولى
ذلك بنفسه
فلم يجز أن يتوكل فيه كالمراة، ويصح توكيل المراة في طلاق نفسها وطلاق غيرها
ويصح توكيل العبد
في قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على اذن سيده ليرضى
بتعلق الحقوق به
ومن لا يملك التصرف في شئ لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمراة في عقد النكاح
وقبوله والكافر
في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها.

(فصل) وللمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بجعل لأنه من اكتساب المال ولا يمنع المكاتب من الاكتساب، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جعل إلا باذن سيده لأن منافعه كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض، وللعبد أن يتوكل باذن سيده وليس له التوكيل بغير اذن سيده وإن كان مأذونا له في التجارة لأن الاذن في التجارة لا يتناول التوكيل وتصح وكالة الصبي المراهق إذا أذن له الولي لأنه ممن يصح تصرفه. * (مسألة) * قال (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعنق والطلاق حاضرا كان الموكل أو غائبا) لا نعلم خلافا في جواز التوكيل في البيع والشراء وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر ولان الحاجة داعية إلى التوكيل فيه لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تلبق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته وأباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلا لمصلحة الأدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه، ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجمالة والمساقاة والإجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والابراء لأنها

في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم في شيء من ذلك
اختلافاً، ويجوز
التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل
عمرو بن أمية وأبا رافع
في قبول النكاح له ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التزوج من مكان بعيد
لا يمكنه السفر
إليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بأرض الحبشة، ويجوز
التوكيل في الطلاق
والخلع والرجعة والعتاق لأن الحاجة تدعو إليه كدعائها إلى التوكيل في البيع والنكاح،
ويجوز التوكيل
في تحصيل المباحات كإحياء الموات وإسقاء الماء والإصطياد والاحتشاش لأنها تملك
مال بسبب لا يتعين عليه
فجاز التوكيل فيه كالإتياع والاتهاب، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف
واستيفائهما في
حضرة الموكل وغيبته لأنهما من حقوق الآدميين وتدعوا الحاجة إلى التوكيل فيهما لأن
من له حق قد
لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاه.
(فصل) ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان
الموكل أو غائباً،
صحيحاً أو مريضاً، وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال
أبو حنيفة للخصم
أن يمتنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره مجلس الحكم
ومخاصمته حق لخصمه
عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضائه خصمه كالدين عليه
ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضائه خصمه كحال غيبته
ومرضه

وكدفع المال الذي عليه ولأنه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن عليا رضي الله عنه
وكل عقيلًا عند
أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضى له فلي وما قضى عليه فعلي، ووكل عبد الله بن
جعفر عند عثمان وقال إن
للخصومة قحما وان الشيطان ليحضرها وإني لاكره أن أحضرها قال أبو زياد القحم
المهالك، وهذه
قصص انتشرت لأنها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها، ولان الحاجة تدعو إلى ذلك
فإنه قد يكون له
حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه، ويجوز التوكيل
في الاقرار ولأصحاب
الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه لأنه اخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه
كالشهادة
ولنا انه اثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع، وفارق الشهادة فإنها لا
تثبت الحق
وإنما هو إخبار بثبوته على غيره.
(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لأنها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبرا عما رآه أو
سمعه ولا
يتحقق هذا المعنى في نائبه فإن استناب فيها كان النائب شاهدا على شهادته لكونه
يؤدي ما سمعه من
شاهد الأصل وليس بوكيل، ولا يصح في الايمان والندور لأنها تتعلق بعين الحالف
والناذر فأشبهت العبادات
البدنية والحدود، ولا يصح في الايلاء والقسامة واللعان لأنها أيمان، ولا في القسم بين
الزوجات لأنه يتعلق
بيدن الزوج لأمر لا يوجد من غيره، ولا في الرضاع لأنه يختص بالمرضعة والمرتضع لا
مر يختص بانبات لحم
المرتضع وانشاز عظمه بلبن المرضعة، ولا في الظهار لأنه قول منكر وزور فلا يجوز
فعله ولا الاستنابة فيه
ولا يصح في الغصب لأنه محرم، ولا في الجنائيات لذلك ولا في كل محرم لأنه لا
يجوز له فعله فلم يجز لنائبه

(فصل) فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حدا كحد الزنا والسرقة جاز التوكيل في استيفائه
لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال (اغدا يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها)
فغدا عليها أنيس فاعترفت
فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عر فرجموه
ووكل عثمان عليا في
إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة ووكل علي الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل
عبد الله بن جعفر
فأقامه وعلي يعد رواه مسلم، ولأن الحاجة تدعوا إلى ذلك لأن الإمام لا يمكنه تولي
ذلك بنفسه ويجوز
التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز في اثباتها وهو قول الشافعي لأنها تسقط
بالشبهات وقد
أمرنا بدرئها بها والتوكيل يوصل إلى الإيجاب
ولنا حديث أنيس فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكله في اثباته واستيفائه جميعا فإنه
قال فإن
اعترفت فارجمها وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته واستيفائه جميعا
ولأن الحاكم
إذا استتاب دخل في ذلك الحدود فإذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن
تدخل بالتخصيص
بها أولى والتوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات وأما العبادات فما كان منها له
تلق بالمال كالزكاة
والصدقات والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج
التوكيل في
إخراجها ودفعتها إلى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لأن
النبي صلى الله عليه وسلم
بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن (اعلمهم أن
عليهم صدقة تؤخذ من

أغنيائهم فترد على فقرائهم فإن هم أطاعوك بذلك فأياك وكرائم أموالهم واتق دعوة
المظلوم فإنه ليس
بينها وبين الله حجاب) متفق عليه، ويجوز التوكيل في الحج إذا أيسر المحجوج عنه
من الحج بنفسه
وكذلك العمرة ويجوز أن يستتاب من يحج عنه بعد الموت، وأما العبادات البدنية
المحضة كالصلاة
والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها لأنها تتعلق ببدن من هي عليه فلا
يقوم غيره
مقامه فيها إلا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لأنه لم يوكل في
ذلك ولا وكل
عليه غيره ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج، وفي فعل الصلاة
المنذورة وفي الاعتكاف
المنذور عن الميت روايتان، ولا تجوز الاستنابة في الطهارة إلا في صب الماء وإيصال
الماء للأعضاء وفي
تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما
(فصل) وكل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاءه في حضرة الموكل وغيبته ونص عليه
أحمد وهذا
مذهب مالك وقال بعض أصحابنا لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة
الموكل أو ما إليه

أحمد هو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأنه يحتمل أن يعفو الموكل في حالة غيبته
فيسقط وهذا
الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولأن العفو مندوب إليه فإذا حضر احتمال أن يرحمه
فيعفو والأول
ظاهر المذهب لأن ما جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر
الحقوق واحتمال
العفو بعيد والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بعفوه والأصل عدمه فلا يؤثر الا ترى
ان قضاة
رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد و يقيمون الحدود التي تدرأ
بالشبهات مع
احتمال النسخ وكذلك لا يحتاط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال
رجوعهم عن الشهادة
أو تغير اجتهاد الحاكم
(فصل) ولا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما
فافتقر إلى
لايجاب والقبول كالبيع ويجوز الايجاب، بكل لفظ دل على الاذن نحو ان يأمره بفعل
شئ أو يقول
أذنت لك في فعله فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة
بلفظ الشراء

وقال الله تعالى مخبراً عن أهل الكهف انهم قالوا (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى
المدينة فلينظر أيها
أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه) ولأنه لفظ دال على الاذن فجرى مجرى قوله واكلتك،
ويجوز القبول
بقوله قبلت وكل لفظ دل عليه، ويجوز بكل فعل دل على القبول نحو ان يفعل ما امره
بفعل لأن الذين
وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال امره ولأنه اذن في
التصرف فجاز القبول فيه
بالفعل كأكل الطعام، ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو ان يبلغه ان رجلاً واكله
في بيع شيء
منذ سنة فيبيعه أو يقول قبلت أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة لأن قبول وكلاء
النبي صلى الله
عليه وسلم لو كالتة كان بفعلهم وكان متراخياً عن توكيله إياهم ولأنه اذن في التصرف
والاذن قائم ما لم
يرجع عنه فأشبهه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فبع هذا الطعام وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا فحما وإذا جاء الأضحى فاشتر لنا أضحية وإذا طلب منك أهلي شيئا فادفعه إليهم وإذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا أو فأنت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن، وإن كان وكيلًا بجعل فسد المسمى وله أجر المثل لأنه عقد يملك به التصرف في الحياة فأشبهه البيع. ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (أميركم زيد فإن قتل فجعفر فإن قتل فعبد الله ابن رواحة) وهذا في معناه ولأنه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحًا كما لو قال أنت وكيلي في بيع عبدي إذا قدم الحاج ولأنه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه، ولأنه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأجير ولأنه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرية فصح بالجعل كالتوكيل الناجز. (فصل) ويجوز التوكيل بجعل وغير جعل فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيسا في إقامة الحد

وعروة في شراء شاة وعمرا وأبا رافع في قبول النكاح بغير جعل وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولهذا قال له أبناء عمه لو بعثتنا على هذه الصدقات فنؤدي إليك ما يؤدي الناس ونصيب ما يصبه الناس يعينان العمالة، فإن كانت بجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه كثوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه فمتى سلمه إلى الموكل معمولا فله الاجر وإن كان الخياط في دار الموكل فكما عمل شيئا وقع مقبوضا فيستحق الوكيل الجعل إذا فرغ الخياط من الخياطة وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الاجر إذا عمله وان لم يقبض الثمن في البيع وان قال إذا بعث الثوب وقبضت ثمنه وسلمته إلي فلك الاجر لم يستحق منها شيئا حتى يسلمه إليه فإن فاته التسليم لم يستحق شيئا لفوات الشرط (فصل) ولا تصح الوكالة الا في تصرف معلوم فإن قال وكلتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير أو في كل تصرف يجوز لي أو في كل مالي التصرف فيه لم يصح وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لأنه لفظ عام فصح فيما يتناوله كما لو قال بع مالي كله

ولنا أن في هذا غررا عظيما وخطرا كبيرا لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه
وتزوج نساء كثيرة ويلزمه المهور الكثيرة والأثمان العظيمة فيعظم الضرر وان قال اشتر لي ما شئت
لم يصح لأنه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه وقد روي عن أحمد ما يدل على صحته لقوله في رجلين قال
كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريت من شئ فهو بيننا انه جائز وأعجبه ولان الشريك والمضارب
وكيلان في شراء ما شاء، فعلى هذا ليس له أن يشتري الا بثمن المثل فما دون ولا يشتري مالا يقدر
الموكل على ثمنه ولا مالا يرى المصلحة له في شرائه، وان قال بع مالي كله واقبض ديوني كلها صح
لأنه قد يعرف ماله وديونه، وان قال بع ما شئت من مالي واقبض ما شئت من ديوني جاز لأنه إذا جاز
التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى، وان قال اقبض ديني كله وما يتجدد في المستقبل صح، قال أصحاب
الشافعي إذا قال بع ما شئت من مالي لم يجز وان قال من عبيدي جاز لأنه محصور بالجنس

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه كعبده، وان قال اشتر لي عبدا تركيا
أو ثوبا
هرويا؟؟؟ صح، وان قال اشتر لي عبدا أو قال ثوبا ولم يذكر جنسه صح أيضا وقال أبو
الخطاب لا يصح
وهو مذهب الشافعي لأنه مجهول. ولنا أنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه
كالقراض
ولا يشترط ذكر قدر الثمن ذكره القاضي وقال أبو الخطاب لا يصح حتى يذكر قدر
الثمن وهو
أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد وإنما تتميز
بالثمن.
ولنا انه إذا ذكر نوعا فقد اذن في أغلاه ثمنا فيقل الغرر ولان تقدير الثمن يضر فإنه قد
لا يجد
بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن يجوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله.

(فصل) وإذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لأنه مأذون له فيه فإن لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لأنه لم يأذن له في ذلك وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وان وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرز لهما لأن قوله افعلوا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما، وفارق هذا قوله بعنكما حيث كان منقسما بينهما لأنه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما، فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين إليه ليتصرفا لأن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكيلا له بغير أمره، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم إلى الوصي أمينا ليتصرف لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فإذا حضر الآخر تصرفا معا ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأن الحاكم سمعها لهما مرة، فإن قيل هذا حكم للغائب، قلنا يجوز تعبأ لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يخلق لا جل من يستحقه في الحال كذا ههنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا وجميع التصرفات في هذا سواء، وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها ولنا انه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

(مسألة) قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك إليه) لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال (أحدها) ان ينهى الموكل وكيه عن التوكيل فلا يجوز له ذلك
بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه فلم يجوز كما لو لم يوكله (الثاني) أذن له في التوكيل
فيجوز له ذلك لأنه عقد اذن له فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذين خلافا وان
قال له وكتلك فاصنع ما شئت فله ان يوكل وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين
لأن التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه وقوله اصنع ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه
ولنا ان لفظه عام فيما شاء فيدخل في عمومه التوكيل (الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من أقسام ثلاثة
(أحدها) أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنية في حق أشراف الناس المرتفعين عن
عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا
كان مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الاذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه (القسم الثاني) أن يكون مما يعمله بنفسه الا انه يعجز عن عمله كله لكثرتة وانتشاره فيجوز له التوكيل
في عمله أيضا لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فجاز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن في التوكيل بلفظه

وقال القاضي عندي انه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لأن التوكيل إنما جاز للحاجة فاختص ما دعت إليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فإنه مطلقاً ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين (القسم الثالث) ما عدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه؟ على روايتين (إحدهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجز كما لو نهاه ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديعة والأخرى يجوز نقلها حنبل وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لأن الوكيل له ان يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك والأول أولى ولا يشبه الوكيل المالك فإن المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل (فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أميناً لأنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما أن الاذن في البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أميناً لأنه قطع نظره بتعيينه وان وكل أميناً وصار خائناً فعليه عزله لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط الوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله (فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصي به إليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستنيب

غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل الا ان المنصوص عن أحمد في رواية مهنا جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لأن الوصي يتصرف بولاية بدليل انه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه والجمع بينهما أولى لأنه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبهه الوكيل وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة (فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير اذنها أبا كان أو غيره وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الاجبار هو كالوكيل يخرج على الرويتين المنصوص عليهما في الوكيل ولا صحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لأنه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر اذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل ولأنه متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يبطل بالحاكم والذي يعتبر اذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن اذنها له في التزويج أيضا فهو كالموكل في ذلك (فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيلا للموكل لأنه لا ينعزل بموت الوكيل الأول ولا عزله ولا يملك الأول عزل الثاني لأنه ليس بوكيله، وان أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان

وكيلا للموكل ينعزل بموته وعزله إياه، وان مات الموكل أو عزل الأول انعزلا جميعا
لأنهما فرعان له لكن
أحدهما فرع للآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في
التوكيل
نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن فالثاني وكيل
الوكيل الأول
حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه
(فصل) إذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره
وبه قال
مالك والشافعي وابن أبي ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم
فيما عدا الحدود
والقصاص وقال أبو يوسف يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لأن الاقرار أحد جوابي
الدعوى
فصح من الوكيل كالانكار
ولنا أن الاقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل فيها كالابراء وفارق
الانكار
فإنه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحاكم ولان
الوكيل لا يملك الانكار
على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لا منع على الموكل الانكار فافترقا،
ولا يملك المصالحة
عن الحق ولا الابراء منه بغير خلاف نعلمه لأن الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من
ذلك وإن
أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لأن
المقصود من
التثبيت قبضه وتحصيله
ولنا أن القبض لا يتناوله الاذن مطلقا ولا عرفا إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق
يرضاه لقبضه

وان وكله في قبض حق فجدد من عليه الحق كان وكيلا في تثبيته عليه في أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لا أصحاب الشافعي لأنهما معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلا في الآخر كما لا يكون وكيلا في القبض بالتوكيل في الخصومة. ووجه الأول أنه لا يتوصل إلى القبض الا بالتثبيت فكان اذا فيه عرفا ولان القبض لا يتم الا به فملكه كما لو كل في شراء شئ ملك وزن ثمنه أو في بيع شئ ملك تسليمه، ويحتمل أنه إن كان الموكل عالما بجدد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه وان لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ان وكله في قبض عين لم يملك تثبتها لأنه وكيلا في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة ولنا أنه وكيلا في قبض حق فأشبهه الوكيل في قبض الدين وما ذكره يبطل بالتوكيل في قبض الدين فإنه وكيلا في قبضه ونقله إليه (فصل) وان وكله في بيع شئ ملك تسليمه لأن اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الابراء من ثمنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه ولنا أن الابراء ليس من البيع ولا من تتمته فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالأبراء من غير ثمنه وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يمكن وهو أحد الوجهين لا أصحاب الشافعي لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، فعلى هذا ان تعذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شئ ويحتمل أن يملك قبض الثمن لأنه من موجب البيع فملكه الوكيل فيه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره وان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه والأولى أن ينظر

فيه فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو
موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان اذنا في قبضه، ومتى ترك قبضه كان
ضامنا له لأن ظاهر
حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل
ذلك مضيعا مفرطا
وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه
(فصل) وان وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء ففيه وجهان (أحدهما)
يملك
تثبته وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة لأنه لا يتوصل إلى ما وكله فيه الا
بالتثبیت
(والثاني) لا يملكه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنه يمكن أحدهما دون الآخر فلم
يتضمن
الاذن في أحدهما الاذن في الآخر
(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لأنه من تمتته وحقوقه فهو كتسليم
المبيع في
البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في المبيع على ما مضى من
القول فيه، فإن اشترى
عبدا ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقا فهل يملك ان يخاصم البائع في الثمن؟ على
وجهين، فإن اشترى
شيئا وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهلك في يده فهو ضامن له، وإن كان له عذر
مثل أن ذهب
لينقده فهلك أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص عليه أحمد لأنه مفرط في امساكه كما
في الصورة الأولى
دون الثانية فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما إذا لم يفرط
(فصل) وإذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فإن قال اقض حقي
من فلان
لم يكن له قبضه من وارثه لأنه لم يؤمر بذلك وان قال اقض حقي الذي قبل فلان أو
على فلان فله

مطالبة وارثه والقبض لأن قبضه من الوارث قبض للحق الذي على موروثه فإن قيل فلو
قال اقبض حقي
من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع إليه كان له القبض منه والوارث نائب الموروث فهو
كوكيله، قلنا إن
الوكيل إذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لأنه أقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا
فإن الحق
انتقل إلى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف
لا يفعل شيئا
حنت بفعل وكيله له ولا يحنت بفعل وارثه
(مسألة) قال (وإذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد فلا ضمان عليه
فإن انهم حلف)
إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال (أحدها) أن يختلفا في التلف
فيقول الوكيل
تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل
فالقول قول الوكيل
مع يمينه لأنه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع، وكذلك
كل من كان في يده
شئ غيره على سبيل الأمانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك
والمضارب والمرتهن
والمستأجر والأجير المشترك وإنما كان كذلك لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه
لامتنع الناس من الدخول
في الأمانات مع الحاجة إليها فيلحقهم الضرر، قال القاضي إلا أن يدعي التلف بأمر
ظاهر كالحرقيق
والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود هذا الامر في تلك الناحية ثم يكون القول
قوله في تلفها
بذلك وهذا قول الشافعي لأن وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا تتعذر إقامة البينة
عليه (الحال الثانية)

ان يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعي عليه انك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئا لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل أيضا مع يمينه لما ذكرنا في الذي قبله ولأنه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر، ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله وأما باقرار موكله أو بينة فلا ضمان عليه وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن وسواء كان بجعل أو بغير جعل لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما وإن تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء، ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالعهد عليه كما لو باع بنفسه (الحال الثالثة) أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل بعث الثوب وقبضت الثمن فتلف فيقول الموكل لم تبع ولم تقبض أو يقول بعث ولم تقبض شيئا فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لأنه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيهما كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي لأنه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه، وإن وكل في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف وقال بل اشتريته بخمسمائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه وقال القاضي القول قول الموكل الا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي عبدا بألف فادعى الوكيل انه اشتراه بذلك فالقول قول الوكيل إذا وإلا فالقول قول الموكل لأن من كان القول قوله

في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لأنه غارم مطالب بالثمن وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فإنه يطالبه برد ما زاد على خمس المائة ولنا انهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي.

(الحال الرابعة) أن يختلفا في الرد فيدعيه الوكيل فينكره الموكل فإن كان بغير جعل فالقول قول الوكيل لأنه قبض المال لنفع مالكة فكان القول قوله كالمودع وإن كان يجعل ففيه وجهان (أحدهما) ان القول قوله لأنه وكيل فكان القول قوله كأول (والثاني) لا يقبل قوله لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها. وجملة الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكة لا غير كالمودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم في الرد لأنه لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات فيلحق الناس الضرر (الثاني) من ينتفع بقبض الأمانة كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب وقال القاضي لا يقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب في الرد لأن احمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد، ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لأن خيانه قد ثبتت بجحده، فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف فهل تقبل بينته؟ على وجهين (أحدهما) لا تقبل لأنه كذبها بجحده؟؟ فإن قوله ما قبضت يتضمن

انه لم يرد شيئاً (والثاني) تقبل لأنه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيانتة وإن كان
جحوده انك
لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شئ سمع قوله مع يمينه لأن جوابه لا يكذب ذلك
فإنه إذا كان
قد تلف أو رد فليس له عنده شئ فلا تنافي بين القولين إلا أن يدعي أنه رده أو تلف بعد
قوله مالك عندي شئ
فلا يسمع قوله أيضاً لثبوت كذبه وخيانتة
(الحال الخامسة) إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكتلني فأنكر الموكل فالقول قول
الموكل
لأن الأصل عدم الوكالة فلم يثبت أنه أمينه ليقبل قوله عليه ولو قال وكتلك ودفعت
إليك مالا فأنكر
الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال إليه فالقول قوله لذلك، ولو قال
رجل لآخر وكتلني
أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله
نص عليه احمد
فقال إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح قال احمد ولا يستحلف قال القاضي
لأن الوكيل
يدعي حقا لغيره، فاما ان ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته
فإذا حلف لم يلزمه
الصداق ولم يلزم الوكيل منه شئ لأن دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق
بالوكيل، ونقل
إسحاق بن إبراهيم عن أحمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لأن الوكيل في الشراء
ضامن للثمن وللبائع
مطالبته به كذا ههنا والأول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لأن الثمن مقصود البائع
والعادة تعجيله
وأخذه من المتولي للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله ولكن إن كان الوكيل ضمن
المهر فلها الرجوع
عليه بنصفه لأنه ضمنه عن الموكل وهو مقرر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو
يوسف والشافعي
وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لأن التفرقة لم تقع بانكاره فيكون
ثابتا في الباطن

فيجب جميع الصداق. ولنا أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه
لما تحرم به قال احمد ولا تتزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في إنكاره وظاهر هذا تحريم نكاحها
قبل طلاقها لأنها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ باقرارها، وانكاره ليس بطلاق وهل يلزم الموكل طلاقها؟
يحتمل أن لا يلزمه لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يكلفه لإزالة الاحتمال
وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزوج
امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدقه الورثة أو يثبت ببينة، وإن أقر الموكل
بالتوكيل في التزويج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له فهنا الاختلاف في تصرف الوكيل والقول قول
الوكيل فيه فيثبت التزويج ههنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه
لكونه لا ينعقد إلا بها وذكر أن احمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها
ولنا أنهما اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه
باعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص احمد فيما إذا أنكر الموكل
الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص في إحداهما نصا في الأخرى
وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه، ولو غاب رجل فجاء آخر إلى امرأته فذكر أن زوجها
طلقها وأبانها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فعقد عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء
زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الأول بحاله وقياس ما ذكرناه أن المرأة ان صدقت

الوكيل لزمه الألف إلا أن يبينها زوجها قبل دخول الثاني بها وحكي ذلك عن مالك
وزفر وحكي عن أبي حنيفة
والشافعي انه لا يلزم الضامن شيء لأنه فرع عن المضمون عنه ولم يلزم المضمون عنه
شيء فكذلك فرعه.
ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وانه ضامن عنه فلزمه ما أقر به كما
لو ادعى على
رجل انه ضمن له ألفا على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة
المضمون عنه
وكما لو ادعى شفعة على انسان في شقص اشتراه فأقر البائع بالبيع فأنكره المشتري فإن
الشفيع يستحق
الشفعة في أصح الوجهين وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه
ويحتمل أن من أسقط
عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الأخرى فلا يكون
فيها اختلاف والله أعلم
(الحال السادس) أن يختلفا في صفة الوكالة فيقول وكتك في بيع هذا العبد قال بل
وكتني في بيع هذه الجارية
أو قال وكتك في البيع بألفين قال بل بألف أو قال وكتك في بيعه نقدا قال بل نسيئة
أو قال وكتك في شراء عبد
قال بل في شراء أمة أو قال وكتك في الشراء بخمسة قال بل بعشرة فقال القاضي
القول قول الموكل وهو مذهب
الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو الخطاب إذا قال أذنت لك في البيع نقدا
أو في الشراء بخمسة قال
بل أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة القول قول الوكيل نص عليه احمد في
المضاربة لأنه امين في
التصرف فكان القول قوله في صفته كالخياط إذا قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل
قميصا وحكي عن مالك

ان أدركت السلعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لأنها إذا فاتت
لزم الوكيل الضمان
والأصل عدمه بخلاف ما إذا كانت موجودة، والقول الأول أصح لوجهين (أحدهما)
أنهما اختلفا في
في التوكيل الذي يدعيه الوكيل والأصل عدمه فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر
الموكل بتوكيله
في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه
كما لو اختلف الزوجان
في صفة الطلاق، فعلى هذا إذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك قال ما أذنت لك
الا في شراء غيرها
أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل
وعليه اليمين فإذا
حلف برئ من الشراء ثم لا يخلو اما أن يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فإن كان
بعين المال فالبيع
باطل وترد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في أن الشراء لغيره أو بمال
غيره بغير إذنه
فالقول قول البائع لأن الظاهر أن ما في يد الانسان له فإن ادعى الوكيل علمه بذلك
حلفه انه لا يعلم أنه
اشتراه بمال موكله لأنه يحلف على نفي فعل غيره فكانت يمينه على نفي العلم فإذا
حلف أمضى البيع وعلى
الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن إلى البائع وتبقى الجارية في يده ولا تحل له
لأنه لا يخلو من أن يكون
صادقا فتكون للموكل أو كاذبا فتكون للبائع فإذا أراد استحلالها اشتراها ممن هي له
في الباطن فإن
امتنع من بيعه إياها رفع الامر إلى الحاكم ليرفق به ليبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهرا
وباطنا ويصير
ما ثبت له في ذمته ثمنا قصاصا بالذي أخذ منه الآخر ظلما فإن امتنع الآخر من البيع لم
يجبر عليه

لأنه عقد مرضاة وان قال إن كانت الجارية لي فقد بعتهكها أو قال الموكل ان كنت
أذنت لك في شرائها
بألفين فقد بعتهكها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية
لأنه بيع معلق على
شرط (والثاني) يصح لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا كما لو قال
إن كانت هذه
الجارية جاريتي فقد بعتهكها وكذا كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب وقوف البيع
ولا شكاه فيه
فأما إن كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر
فأما في الباطن
فإن كان الوكيل كاذبا في دعواه فالجارية له لأنه اشترها في ذمته بغير أمر غيره وإن
كان صادقا فالجارية
لموكله فإذا أراد إحلالها له توصل إلى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت
للموكل في الباطن فامتنع
من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته للوكيل ثمنها
فأقرب الوجوه ان
يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فإن كانت للوكيل فقد أذن في بيعها وان
كانت للموكل فقد
باعها الحاكم في ايفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب إن
شاء الله تعالى
وإن اشترها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لأنه قائم مقام الموكل في هذا
فأشبه ما لو اشترى منه
(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقدا
وصدقه الوكيل
والمشترى فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقيا أو بقيمته إن كان
تالفا فإن أخذ القيمة

من الوكيل رجع على المشتري بها لأن التلف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذها
من المشتري لم يرجع
على أحد وان كذباه وادعيا انه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل
ويرجع في العين
ان كانت قائمة وان كانت تالفة رجع بقيمتها على من شاء منهما فإن رجع على
المشتري رجع على الوكيل
بالثمن الذي أخذه منه لا غير لأنه لم يسلم له المبيع وان ضمن الوكيل لم يرجع على
المشتري في الحال
لأنه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه إنما يستحق
المطالبة بالثمن بعد
الاجل فإذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن
المسمى لأن القيمة
ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم وإن كان الثمن أقل فالوكيل
معترف
للمشتري انه لا يستحق عليه أكثر منه وان الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا
يرجع على
المشتري بما ظلمه به الموكل وان كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق
بغير يمين ويحلف
على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرنا هذا ان اعترف المشتري بان الوكيل وكيل
في البيع
وان أنكر ذلك وقال إنما بعثني ملكك فالقول قوله مع يمينه انه لا يعلم كونه وكيفا ولا
يرجع عليه بشئ
(فصل) وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا
يضمنه
بتأخيره لأنه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك فإن طلبه فأخر رده مع امكانه
فتلف ضمنه وان
وعده برده ثم ادعى انني كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لأنه
مكذب لنفسه

بوعده برده فإن صدقه الموكل برئ وان كذبه فالقول قول الموكل فإن أقام الوكيل بينة بذلك
فهل يقبل على وجهين (أحدهما) يقبل لأنه لو صدقه الموكل برئ فكذلك إذا قامت له بينة ولان البينة
إحدى الحجتين فبرئ بها كالأقرار (والثاني) لا يقبل لأنه كذبه بوعده بالدفع أما إذا
صدقه فقد أقر ببراءته فلم
ييق له منازع وان لم يعده برده لكن منعه أو مطله برده مع امكانه ثم ادعى التلف أو
الرد لم يقبل قوله
لأنه ضامن بالمنع خارج عن حال الأمانة وان أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة
سمعت لأنه لم يكذبها
(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث إليه رسولا
يقبضها
فبعث إليه مع الرسول دينارا فضاع مع الرسول فهو من مال الباعث لأنه لم يأمره
بمصارفته إنما كان
من ضمان الباعث لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل فإن المرسل إنما أمره
بقبض ماله في
ذمته وهي الدراهم ولم يدفعها وإنما دفع دينارا عوضا عن عشرة دراهم وهذا صرف
يفتقر إلى رضی
صاحب الدين وإذنه ولم يأذن فصار الرسول وكيلا للباعث في تأديته إلى صاحب الدين
ومصارفته به
فإذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا أن يخبر الرسول الغريم ان رب الدين
أذن له
في قبض الدينار عن الدراهم فيكون حينئذ من ضمان الرسول لأنه غره وأخذ الدينار
على أنه
وكيل للمرسل، وان قبض منه الدراهم التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول فهي من
ضمان صاحب
الدين لأنها تلفت من يد وكيله وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنانير
وثياب فبعث

إليه رسولا وقال خذ دينارا وثوبا فأخذ دينارين وثوبين فضاعت فالضمان على الباعث
يعني الذي أعطاه
الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين إنما
جعل عليه
الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ورجع بهما على الرسول لأنه غره
وحصل التلف في يده
فاستقر عليه الضمان وللموكل تضمين الوكيل لأنه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه فإذا
ضمنه لم يرجع على
أحد لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيلا
في اقتضاء دينه
وغاب فأخذ الوكيل به رهنا فتلف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ
الرهن ولا ضمان
عليه إنما لم يضمنه لأنه رهن فاسد والقبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح فما
كان القبض
في صحيحه مضمونا كان مضمونا في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان
غير مضمون في فاسده
ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري له بها شاة فخلطها مع
دراهمه فضاعا فلا
شئ عليه وان ضاع أحدهما أيهما ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها
بما تميز منها ويحتمل
أنه أذن له في خلطها أما ان خلطها بما لا تميز منه بغير اذنه ضمنها كالوديعة وإنما
لزمه الضمان إذا
ضاع أحدهما لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والأصل بقاؤها ومعنى الضمان
ههنا أنه يحسب الضائع
من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تميز منه فإذا ضاعت
دراهم الموكل وحدها
فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

(مسألة) قال (ولو أمره أن يدفع إلى رجل مالا فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الأمر إلا بيينة)
وجملته أن الرجل إذا وكل وكيلا في قضاء دينه ودفع إليه مالا ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء
الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا بيينة لأنه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في
الدفع إليه كما لو ادعى الموكل ذلك فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال
إلى وكيله فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فإن ادعى أنه قضى الدين بغير بيينة فللموكل
الرجوع عليه إذا قضاه في غيبة الموكل قال القاضي سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه وهذا قول
الشافعي لأنه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع عليه شئ إلا أن
يكون أمره بالاشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية ان صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشئ وان
كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لأصحاب الشافعي لأنه ادعى فعل
ما أمر به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه، ووجه الأول أنه مفرط بترك
الاشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل، فإن قيل فلم يأمره بالاشهاد قلنا اطلاق الامر بالقضاء
يقتضي ذلك لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا ههنا

وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وان قوله مقبول في القضاء لكن لزمه الضمان لتفريطه لا لرد قوله، وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئا لأن تركه الاشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيهه وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان على الوكيل لأن صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك أن أشهد على القضاء عد ولا فماتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين وان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بحضرتك قال بل في غيبيتي أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الاذن أو قال أشهدت على القضاء شهودا فما تواتر فأنكره الموكل فالقول قول الموكل لأن الأصل معه.

(فصل) وإن وكله في إيداع ماله فأودعه ولم يشهد فقال أصحابا لا يضمن إذا أنكر المودع، وكلام الخرقى بعمومه يقتضى أن لا يقبل قوله على الأمر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الودیعة لا تثبت إلا بالبينة فهي كالدين، وقال أصحابنا لا يصح القياس على الدين لأن قول المودع يقبل في الرد والهالك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف الدين فإن قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال: لم تدفعه فالقول قول الوكيل لأنهما اختلفا في تصرفه وفيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) وإذا كان على رجل دين وعنده وديعة فجاءه انسان فادعى انه وكيل صاحب الدين والوديعة في قبضهما وأقام بذلك بينة وجب الدفع إليه وان لم يقم بينة لم يلزمه دفعهما إليه سواء صدقه

في أنه وكيله أو كذبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان صدقه لزمه وفاء الدين وفي دفع العين إليه روايتان أشهر هما لا يجب تسليمها واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيفاءه كما لو أقر له انه وارثه ولنا أنه تسليم لا يبرئه فلا يجب كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير، وفارق الاقرار بكونه وارثه لأنه يتضمن براءته فإنه أقر بأنه لا حق لسواه، فاما ان أنكر وكالته لم يستحلف وقال أبو حنيفة يستحلف، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق أزمه اليمين عند التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال لا يلزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدتها، فإن دفع إليه مع التصديق أو مع عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برئ الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه فإذا خلف وكان الحق عينا قائمة في يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فإن طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها، وإن تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببذلها على من شاء منهما لأن الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع إليه قبض ما لا يستحق قبضه وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر لأن كل واحد منهما يدعي أن ما يأخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة فإن ضمن على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته

ولا تثبت بيينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه وان صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر
الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على أحد وان ضمن الدافع رجع عليه لأنه وإن كان يقر أنه قبضه قبضا
صحيحا لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمني المالك بالرجوع علي وله على الوكيل
حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفي حقه منه فاما إن كان المدفوع دينا لم يرجع إلا على الدافع
وحده لأن حقه في ذمة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل
عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان انه صار ملكا لصاحب الحق وانه ظالم
للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصا مما أخذ منه صاحب الحق وإن
كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشئ لأنه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف
بتعديه وتفريطه فيرجع عليه.
(فصل) فإن جاء رجل فقال إنا وارث صاحب الحق فإن أنكره لزمته اليمين انه لا يعلم صحة ما قال
لأن اليمين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم لأنه لو صدقه لزمه الدفع إليه فلما لزمه الدفع
مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار، وان صدقه في أنه وارث صاحب الحق لا وارث له سواه لزمه الدفع
إليه بغير خلاف نعلمه لأنه مقر له بالحق وانه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق، فاما إن جاء
رجل فقال قد أحالني عليك صاحب الحق فصدقه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه الدفع إليه لأن

الدفع إليه غير مبرئ ولا احتمال أن يجئ المحيل فينكر الحوالة أو يضمه فأشبه المدعي
للكالة (والثاني)
يلزمه الدفع إليه لأنه معترف بان الحق له لا لغيره فأشبه الوارث فإن قلنا يلزمه الدفع مع
الاقرار لزمته
اليمين مع الانكار، وان قلنا لا يلزمه الدفع مع الاقرار لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم
الفائدة فيها
ومثل هذا مذهب الشافعي.
(فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض
نظرت فإن كان
الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضي بالاشهاد لأنه لا ضرر عليه في ذلك فإنه متى ادعي
الحق على الدافع بعد
ذلك قال لا يستحق علي شئ والقول قوله مع يمينه، وإن كان الحق ثبت بينة وكان
من عليه الحق يقبل
قوله في الرد كالمودع والوكيل بغير جعل فكذلك لأنه متى ادعي عليه حق أو قامت به
بينة فالقول قوله
في الرد وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالغاصب
والمستعير والمرتهن لم يلزمه
تسليم ما قبله الا بالاشهاد لئلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وان
قال لا يستحق
علي شيئاً قامت عليه البينة أو إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق
إلى من عليه الحق
لأن بينة القبض تسقط البينة الأولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه إلى غيره

* (مسألة) * قال (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصي)
وجملة ذلك أن من وكل في بيع شيء لم يجز له ان يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين
نقلها منها وهو
مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً
لنفسه في إحدى
الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والأوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية
الثانية) عن أحمد يجوز
لهما ان يشتريا بشرطين (أحدهما) أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النداء (والثاني) ان يتولى
النداء غيره، قال القاضي
يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره النداء واجبا ويحتمل أن يكون مستحباً والأول أشبه
بظاهر كلامه وقال
أبو الخطاب الشرط الثاني ان يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين، فإن قيل فكيف
يجوز له دفعها
إلى غيره ليبيعه وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى
مثله بنفسه والنداء
مما لم تجر العادة ان يتولاه أكثر الناس بنفوسهم، وان وكل انسانا يشتري له وباعه هو
جاز على هذه
الرواية لأنه امثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها
أجنبي وقال أبو
حنيفة رضي الله عنه يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لأن الله تعالى قال (ولا تقربوا
مال اليتيم الا
بالتى هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمنه فقد قربه بالتى هي أحسن
ولأنه نائب

عن الأب وذلك جائز للأب فكذلك لنائبه، ووجه الرواية الأولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال بعه غيرك ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه فلم يجز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتوليه فأشبهه الوكيل أو متهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد من الوكيل لأن الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالا حظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قريبا له بالتي هي أحسن وقد روي عن ابن مسعود أنه قال في رجل أوصى إلى رجل بتركته وقد ترك فرسا فقال الوصي اشتره قال لا (فصل) والحكم في الحاكم وأمينه كالحكم في الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لو كيله أو ولده الصغير أو الطفل يلي عليه أو لو كيله أو عبده المأذون كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضا في جملة ما يخرج على روايتين ولا صحاب الشافعي فيهم وجهان، وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لأنه امثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره فصح كما لو باعه لأخيه وفارق البيع لو كيله لأن الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه لأنه هو المشتري له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته، والحكم فيما أراد ان يشتري لموكله كالحكم في بيعه لماله لأنهما سواء في المعنى

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته يخرج على ما ذكرنا في الوكيل
في البيع هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها وان أذنت له
وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك أن وكله
رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك
(فصل) وان وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب انه يجوز له ان
يشتره له من نفسه لأنه أذن له في طرفي العقد فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم كالأب يشتري من
مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما
والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما ولا أصحاب الشافعي في المسألة وجهان
(فصل) وإذا أذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز له ذلك وقال أصحاب الشافعي في أحد
الوجهين لا يجوز لأنه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان
فتمانعا، ولنا انه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولأن علة المنع هي من
المشتري لنفسه، في محل لا تفاق التهمة لدالاتها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف واخراج هذا التصرف
عن عموم لفظه وإذنه وقد صرح ههنا بالاذن فيها فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه
وقولهم انه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود
الاستقصاء وانه لا يراد أكثر مما قد حصل وان لم يعين له الثمن تقييد البيع بثمن المثل كما لو باع

الأجنبي، وقد ذكر أصحابنا فيما إذا وكل عبدا يشتري له نفسه من سيده وجها انه لا يجوز فيخرج
ههنا مثله والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى
(فصل) إذا وكل عبدا يشتري نفسه من سيده أو يشتري منه عبدا آخر ففعل صح وبه
قال أبو
حنيفة وبعض الشافعية، وقال بعضهم لا يجوز لأن يد العبد كيد سيده فأشبهه ما لو وكله
في السراء؟؟؟ من نفسه
ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده وذكر أصحابنا وجها كذلك
ولنا أنه يجوز أن يشتري عبدا من غير مولاه فجاز أن يشتريه من مولاه كالأجنبي وإذا
جاز ان يشتري
غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في
طلاق نفسها والوجه الذي
ذكره أصحابنا لا يصح لأن أكثر ما يقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وقد
ذكرنا صحة توكيل
السيد في الشراء والبيع من نفسه فههنا أولى، فعلى هذا إذا قال البعد اشترت نفسي
لزید فصدقه سيده وزید
صح ولزم زيदा الثمن، وان قال السيد ما اشترت نفسك الا لنفسك عتق العبد بقوله
واقراره على نفسه
بما يعتقد به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لأن زيदा لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد
له وكون سيده
لا يدعيه عليه فلزم العبد لأن الظاهر ممن باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه
زيد نظرت في
تكذيبه فإن كذبه في الوكالة حلف وبرئ وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه
وان صدقه
في الوكالة وكذبه في أنك ما اشترت نفسك لي فالقول قول العبد لأن الوكيل يقبل
قوله في التصرف المأذون فيه
(فصل) وان وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وان وكل البعد
في
اعتاق عبده والمرأة في طلاق نساءه لم يملك العبد اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها
لأن ذلك ينصرف

باطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل أن لهما ذلك أخذاً من عموم لفظه كما يجوز
للوكيل في البيع،
البيع من نفسه، في إحدى الروايتين، وان وكل غريماً له في ابراء نفسه صح لأنه وكله
في اسقاط
حق عن نفسه فأشبهه توكيل العبد في اعتاق نفسه، وان وكله في ابراء غرمائه لم يكن له
أن يبرئ نفسه
كما لو وكله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه، ولو وكله في خصومتهم لم يكن
وكيلاً في خصومة
نفسه ويحتمل أن يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وان وكل المضمون عنه في ابراء
الضامن فأبرأه
صح ولا يبرأ المضمون عنه، وان وكل الضامن في ابراء المضمون عنه، أو الكفيل في
ابراء المكفول
عنه فأبرأه صح وبرئ الوكيل ببراءته، لأنه فرع عليه فإذا برئ الأصل برئ الفرع ببراءته
(فصل) وان وكله في اخراج صدقة على المساكين؟؟ وهو مسكين، أو أوصى إليه
بتفريق ثلثه
على قوم هو منهم، أو دفع إليه مالا وأمره بتفريقه على من يريد أو دفعه إلى من شاء
فالمنصوص
عن أحمد انه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً فإن احمد قال إذا كان في يده مال
للمساكين وأبواب البر
وهو محتاج فلا يأكل منه شيئاً إنما أمره بتنفيذه وذلك لأن اطلاق لفظ الموكل ينصرف
إلى دفعه إلى
غيره ويحتمل أن يجوز له الاخذ إذا تناوله عموم اللفظ كالمسائل التي تقدمت ولان
المعنى الذي حصل
به الاستحقاق متحقق فيه واللفظ متناول له فجاز له الاخذ كغيره ويحتمل الرجوع في
ذلك إلى قرائن
الأحوال فما غلب على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفي غيره فله الاخذ منه وما غلب
انه لم يردده فليس له الاخذ،
وما تساوى فيه الأمران احتمل وجهين وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته؟ فيه
وجهان
(أولاهما) جوازه لدخولهم في عموم لفظه ووجود المعنى المقتضى لجواز الدفع إليهم
فأما من تلزمه
مؤونته غير هؤلاء فيجوز الدفع إليهم كما يجوز دفع صدقة التطوع إليهم.

(مسألة) قال (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز وكذلك شراؤه له من نفسه)
يعني ان الأب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه
وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والأوزاعي وزادوا الجد فأباحوا له ذلك وقال زفر لا يجوز لأن
حقوق العقد تتعلق بالعاقد فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ولأنه لا يجوز أن يكون موجبا
وقابلا في عقد واحد كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه
ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز ان يتولى طرفي العقد كالأب يزوج ابنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد لغيره فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه
على ما سنذكره في موضعه فينزل منزلة الأجنبي ولان التهمة بين الأب وولده منتفية إذ من طبعه
الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فلذلك جاز، وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه فإن التهمة غير منتفية في حقهم، وأما تولي طرفي العقد فيجوز بدليل الأصل الذي ذكرناه ولا نسلم ما ذكره
فيما إذا أراد أن يتزوج ابنة عمه بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت نعم قال قد تزوجتك ولئن سلمنا فلان التهمة غير منتفية ثم
(مسألة) قال (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل) وجملته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل عزل نفسه لأنه
أذن في التصرف فكان لكل واحد منهما ابطاله كما لو أذن في أكل طعامه، وتبطل أيضا بموت أحدهما
أيهما كان وجنونه المطبق ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان وللشافعي
فيه قولان وظاهر كلام الخرقى هذا أنه ينزل علم أو لم يعلم، ومتى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله



(٢٤٢)

أو موت موكله فتصرفه باطل لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعتاق والرواية الثانية عن أحمد لا ينزل قبل علمه بموت الموكل وعزله نص عليه في رواية جعفر بن محمد لأنه لو انزل قبل علمه كان فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطله وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه ويتضرر المشتري والوكيل ولأنه يتصرف بأمر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه، وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينزل قبل علمه لما ذكرنا وإن عزل الوكيل نفسه لم ينزل إلا بحضرة الموكل لأنه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة ولنا ما تقدم فاما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان فإن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ولا يكون عاصيا من غير علمه وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم (فصل) ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفه فحكمه حكم الموت لأنه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته قال أحمد في الشركة إذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل، وإن حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لأنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف، وإن حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله وإن كانت في الخصومة أو الشراء في الذمة؟؟ أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها لأن الموكل أهل لذلك وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تقطع الاستدامة وإن فسق الوكيل لم ينزل لأنه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق

كالايجاب في عقد النكاح فإنه ينعزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف فإن كان وكيلا في القبول للموكل لم ينعزل بفسق موكله لأنه لا ينافي جواز قبوله وهل ينعزل بفسق نفسه فيه وجهان وإن كان وكيلا فيما تشترط فيه الأمانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف وإن كان وكيلا لوكيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه لأن الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينعزل بفسق موكله لأن موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاعماء لأن ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا تثبت عليه ولاية الا ان يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما أسلفناه (فصل) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه مثل ان يلبس الثوب ويركب الدابة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الثاني تبطل الوكالة لأنها عقد أمانة فتبطل بالتعدي كالوديعة ولنا انه إذا تصرف فقد تصرف باذن موكله فصح كما لو لم يتعد، ويفارق الوديعة من جهة انها أمانة مجردة فنافها التعدي والخيانة والوكالة اذن في التصرف تضمنت الأمانة فإذا انتفت الأمانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامنا فإذا باعه صح بيعه وبرئ من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لأنه قبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه ولو دفع إليه مالا ووكله في شراء شيء فتعدى في الثمن صار ضامنا له فإذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة وان وجد بالمبيع عيبا فرد عليه أو وجد هو بما اشترى عيبا فرد وقبض الثمن كان مضمونا عليه لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه

(فصل) وان وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وان وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم ينعزل لذلك، ويحتمل أن ينعزل لأن توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك فإذا باعه فقد صار إلى ملك من لم يأذن في توكيله وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير إذنه فيقطع استدامته وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه، والصحيح أن الوكالة لا تبطل لأن سيد العبد أذن له في بيع ماله والعتق لا يبطل الاذن وهكذا ان باعه الا أن المشتري ان رضي ببقائه على الوكالة بقي وان لم يرض بذلك بطلت الوكالة، وان وكل عبد غيره فاعتقه لم تبطل الوكالة وجهاً واحداً لأن هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة لأن ملكه له لا ينافي إذنه له في البيع أو الشراء

(فصل) وان وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذمياً أو مستأمناً أو حربياً أو مرتداً لأن العدالة غير مشترطة فيه وكذلك الدين كالبيع وان وكل مسلماً فارتد لم تبطل الوكالة سواء لحق بدار الحرب أو أقام وقال أبو حنيفة ان لحق بدار الحرب بطلت وكالته لأنه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الردة لا تمنع ابتداء وكالته فلم تمنع استدامتها كسائر الكفر، وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما التوكيل في مال فينبني على تصرفه نفسه فإن قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضاً

(فصل) ولو وكل رجلا في نقل امرأته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البينة بطلاق الزوجة وعتق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة لأنه زال تصرف الموكل فزالت وكالته

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة

كما لو وكله في بيع عبد فمات ولو دفع إليه دينارا ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه

الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقا لأنه إن وكله في الشراء بعينه

فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه فبطلت الوكالة، وان وكله في الشراء مطلقا ونقد الدينار بطلت أيضا

لأنه إنما وكله في الشراء به ومعناه أن ينقده ثمن ذلك المبيع اما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك

بتلفه ولأنه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضي بلزومه وإذا استقرضه الوكيل ثم عزل

دينارا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لأن الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا

يصير للموكل حتى يقبضه فإذا اشترى للموكل به شيئا وقف على إجازة الموكل فإن أجازته صح ولزم

الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال وقال القاضي متى اشترى بعين ماله لغيره؟؟ شيئا

فالشراء باطل لأنه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره وقال أصحاب الشافعي متى اشترى

لغيره بمال نفسه شيئا صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو في الذمة لأنه اشترى له ما لم يؤذن

له في شرائه أشبه ما لو اشتراه في الذمة

(فصل) نقل الأثرم عن أحمد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له إذا أمكنك
قضاؤها فادفعها
إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص إلى هذا الذي أذن له في القبض لكن جعله
وكيلا وتمكن من
عليه الدين من القضاء فخاف إن دفعها إلى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخالف
التبعة من الورثة
فقال لا يعجبني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويرأ إليهما
من ذلك هذا
ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفا من التبعة من الورثة إن كان موروثهم قد
مات فانعزل وكيله
وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فأما من طريق الحكم فللوكيل
المطالبة وللآخر
الدفع إليه فإن أحمد قد نص في رواية حرب إذا وكله في الحد وغاب استوفاه الوكيل
وهو أبلغ من
هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهرا وباطنا وإزالة
للبعة عنه وفي
هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لأنه اختار أن
لا يدفع إلى
الوكيل خوفا من أن يكون الموكل قد مات وانتقل إلى الورثة ويجوز أن يكون اختار
هذا لئلا يكون
القاضي ممن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالنعزل به وفيها دليل على
جواز تراخي القبول
عن الإيجاب لأنه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضرا فيقبل وفيها دليل
على صحة التوكيل
بغير لفظ التوكيل وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس شيء حتى
يقول قد
وكلتك وهذا سهو من الناقل وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل
وهو الذي نقله الجماعة

(مسألة) قال (وإذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ أو يطأ) وجملة ذلك أن الوكالة إذا وقعت مطلقة غير مؤقتة ملك التصرف ابدا ما لم تنفسخ الوكالة وفسخ الوكالة أن يقول قد فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أو عزلتك أو صرفتك عنها وأزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ما أمره به أو وكله فيه وما أشبه هذا من الألفاظ المقتضية عزله أو المؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فإذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لأن ذلك يدل على رغبته فيها واختياره امسакها وكذلك أن وطئها بعد طلاقها طلاقا رجعيا كان ارتجاعها لها فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلان يقتضي استبقائها على نكاحها ومنع طلاقها أولى وان باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج فهل تفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعة به وإن وكله في بيع عبد ثم أعتقه أو باعه بيعا صحيحا أو كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لأنه بزوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه وفي الكتابة والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محلا للبيع، وعلى الرواية الأخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعا فاسدا لم تبطل الوكالة لأن ملكه في العبد لم يزل، ذكره ابن المنذر.

(مسألة) قال (ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره كان الأمر مخيرا في قبول الشراء فإن لم يقبل لزم الوكيل الا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء) وجملته أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل في شرائه مثل أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال فإن كان اشتراه في ذمته
ثم نقد ثمنه فالشراء صحيح، لأنه إنما اشترى بثمن في ذمته وليس ذلك ملكا لغيره
وقال أصحاب الشافعي
لا يصح في أحد الوجهين لأنه عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله
ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره، إذا ثبت هذا فعن أحمد روايتان
(إحداهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأنه اشترى في ذمته بغير إذن
غيره فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والرواية الثانية) يقف على إجازة الموكل فإن أجازته لزمه لأنه
اشترى له وقد أجازته فلزمه كما لو اشترى باذنه، وإن لم يجزه لزم الوكيل لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل
لأنه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لأن الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فيثبت في حقه كما لو اشتراه
لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئا في ذمته لغيره بغير اذنه سواء كان وكيلا
للذي قصد الشراء
له أو لم يكن وكيلا له، فاما إن اشترى بعين المال مثل أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال
غيره بغير اذنه فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح

ويقف على إجازة المالك فإن لم يجزه بطل وإن أجازته صح لحديث عروة بن الجعد انه باع ما لم يؤذن له في بيعه فأقره عليه النبي صلى الله عليه وسلم ودعا له ولأنه تصرف له بخير فصح ووقف على الإجازة كالوصية بالزائد على الثلث، ووجه الرواية الأولى انه عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح كما لو باع مال الصبي المراهق ثم بلغ فأجازته ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال لحكيم بن حزام (لا تبع ما ليس عندك) يعني ما لم تملك، وأما حديث عروة فإنه يحتمل انه كان وكيلا مطلقا بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه وليس ذلك جائزا لمن لم يؤذن له فيه اتفاقا ومتى حكمنا ببطلان البيع فاعترف له العاقد معه ببطلان البيع أو ثبت ذلك ببينة فعليه رد ما أخذه، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حلف العاقد ولم يلزمه رد شيء لأن الأصل ان تصرف الانسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بغير اذنه فالقول قول المشتري لما ذكرناه، ولو قال المشتري إنك بعت مال غيرك بغير اذنه فأنكر البائع ذلك وقال بل بعت ملكي أو قال بعت مال موكلي باذنه فالقول قوله أيضا، وإن اتفق البائع والمشتري على ما يبطل البيع وقال الموكل بل البيع صحيح فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض. (فصل) وإن وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير اذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لأن من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فإذا كان

بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لأن المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فإنه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له فافترقا، والرواية الثانية يصح النكاح ويقف على إجازة المتزوج له فإن أجازته صح وإلا بطل وهذا مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم (فصل) قال القاضي إذا قال لرجل اشتر لي بديني عليك طعاما لم يصح ولو قال تسلف لي ألفا من مالك في كر طعام ففعل لم يصح لأنه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره، وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال تسلف لي ألفا في كر طعام واقض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي لي عليك صح لأنه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فإذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه إليه وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضا عليه.

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لأنه لم يتناوله اذنه مطلقا ولا عرفا لأنه يؤثر التصرف في زمن الحاجة إليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بع ثوبي غدا لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد وان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان ذلك السوق معروفا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الموكل وبينهم تقييد الاذن به لأنه قد

نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته وإن كان هو وغيره سواء في الغرض لم يتقيد
الاذن به وجاز له
البيع في غيره لمساواته المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيبه على أحدهما إذنا في
الآخر كما لو استأجر
أو استعار أرضا لزراعة شيء كان إذنا في زراعة مثله فما دونه ولو اشترى عقارا كان له
أن يسكنه مثله ولو نذر
صلاة أو اعتكافا في مسجد جاز الاعتكاف والصلاة في غيره، وسواء قدر له الثمن أو لم
يقدره وإن عين له
المشتري فقال بعه فلانا لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمنا سواء قدر له الثمن أو لم
يقدره لأنه قد يكون
له غرض في تمليكه إياه دون غيره إلا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح أنه لا غرض له
في عين المشتري
(فصل) وإن وكله في عقد فاسد لم يملكه لأن الله تعالى لم يأذن فيه لأن الموكل لا
يملكه فالوكيل أولى
ولا يملك الصحيح لأن الموكل لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك
الصحيح لأنه إذا أذن
في الفاسد فالصحيح أولى. ولنا أنه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بهذا الاذن كما
لو أذن في شراء خمر
وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم
(فصل) وإن وكله في بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شرائه لم يملك العقد على
بعضه لأن التوكيل
تناول جميعه وفي التبعض اضرار بالموكل وتشقيص لملكه ولم يأذن فيه، وإن وكله في
بيع عبيد أو شرائهم ملك
العقد عليهم جملة واحدة، واحدا واحدا لأن الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف
في بيعهم وشرائهم العقد

على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم وإن قال اشتر لي عبيدا صفقة واحدة
أو واحدا واحدا
أو بعهم لم تجز مخالفته لأن تنصيبه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه
سواه، وان قال اشتر لي
عبدین صفقة فاشترى عبدین لاثین مشترکین بینهما من وکیلهما أو من أحدهما باذن
الآخر جاز وإن كان
لكل واحد منهما عبد مفرد فاشترهما من المالكين بان أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك
منهما بلفظ واحد
فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان
ويحتمل أن يلزمه
لأن القبول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف، وان اشترهما من وکیلهما وعین
ثمن كل واحد منهما
مثل أن يقول بعتك هذين العبدین هذا بمائة وهذا بمائتين فقال قبلت احتمل أيضا
وجهين وان لم يعین
ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين لأن ثمن كل واحد منهما
مجهول، ويحتمل أن
يصح ويسقط الثمن على قدر قيمتهما
(فصل) فإن دفع إليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبدا كان له أن يشتريه بعينها وفي الذمة
لأن الشراء يقع
على هذين الوجهين فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما وان قال اشتر بعينها
فاشتره في ذمته ثم نقدها
لم يلزم الموكل لأنه إذا تعین الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوبا ولم يلزمه ثمن
في ذمته وهذا غرض
للموكل فلم تجز مخالفته، ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على إجازة الموكل؟ على
روایتين وان قال اشتر لي
في ذمتك وانقد هذه الدراهم ثمنا فاشتره بعينها فقال أصحابنا يلزم الموكل لأنه أذن له
في عقد يلزمه به
الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان إذنا في عبد لا يلزمه الثمن الا مع بقائها ويحتمل أن
لا يصح لأنه قد

يكون له غرض في الشراء بغير عينها لكونها فيها شبهة لا يحب أن يشتري بها أو يحب وقوع العقد على وجه لا يفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الأولى ومذهب الشافعي في هذا كله كنعو ما ذكرناه (فصل) وان عين له الشراء بنقد أو حالا لم تجز مخالفته وان أذن له في النسيئة والبيع بأي نقد شاء جاز وان أطلق لم يبع إلا حالا بنقد البلد لأن الأصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد ولهذا لو باع عبده بعشره دراهم وأطلق حمل على الحلول بنقد البلد وإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما فإن تساويا باع بما شاء منهما وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وصاحبه له البيع نساء لأنه معتاد فأشبهه الحال ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب وقد ذكرناها والأول أولى لأنه لو أطلق البيع حمل على الحول فكذلك إذا أطلق الوكالة فيه، ولا نسلم تساوي العادة فيهما فإن بيع الحال أكثر، ويفارق المضاربة لوجهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن (والثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لأنه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع اللاحق (فصل) إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقدا بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لأنه مخالف لموكله لأنه رضي بثمان النسيئة دون النقد، وان باعها نقدا بما تساوي نسيئة أو عين له

ثمنها فباعها به نقدا فقال القاضي يصح لأنه زاده خيرا فكان مأذونا فيه عرفا فأشبهه ما لو
وكله في بيعها
بعشرة فباعها بأكثر منها ويحتمل أن ينظر فيه فإن لم يكن له غرض في النسيئة صح وإن
كان فيها غرض
نحو أن يكون الثمن مما يستتضر بحفظه في الحال أو يخاف عليه من التلف أو
المتغلبين أو يتغير عن حاله
إلى وقت الحلول فهو كمن لم يؤذن له لأن حكم الحول لا يتناول المسكوت عنه إلا
إذا علم أنه في المصلحة
كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتا بطريق التنبيه أو المماثلة ومتى كان في
المنطوق به غرض
مختص به لم يجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره وقد ذكر القاضي نحو هذا في
موضع آخر
(فصل) وإن وكله في الشراء بثمن نقدا فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد لم يقع
للموكل، وإن
اشتراه نسيئة بثمنه نقدا أو بما عينه له فهي كالتى قبلها ويصح للموكل في قول القاضي،
وعلى ما ذكرنا
ينظر في ذلك فإن كان فيه ضرر نحو أن يستتضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجز
كقولنا في التي قبلها
ولأصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان
(فصل) وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له ولا يشتري بأكثر من ثمن
المثل
أو أكثر مما قدر له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إذا أطلق
الوكالة في البيع
فله البيع بأي ثمن كان لأن لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه
ولنا انه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء فإنه وافق عليه وما
ذكره ينتقض
بالشراء فإن باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله، أو
باع بدون
ما قدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء وهذا
قول الشافعي،

وعن أحمد أن البيع جائز دون الشراء ويضمن الوكيل النقص لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمرضى، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحا وعلى الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المثل وما باعه به (الثاني) ما بين ما يتغابن الناس به وما لا يتغابن الناس به لأن ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والأول أقيس لأنه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع فأشبهه بيع الأجنبي ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان فأشبهه الشراء، وكل تصرف كان الوكيل مخالفا فيه لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبي على ما ذكر في موضعه إن شاء الله، وأما ما يتغابن الناس به عادة فمعفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن لأن ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز عنه، ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل لأن عليه الاحتياط وطلب الخط لموكله وان باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد في الصحيح لأن الزيادة ممنوع منها منهي عنها فلا يلزم الرجوع إليها ولان المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل أن يلزمه ذلك لأنها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها فأشبهه ما لو أجاز به قبل البيع والنهي يتوجه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل فأشبهه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه. (فصل) ومن وكل في بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح سواء كان الزيادة كثيرة أو قليلة لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم فيبيعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة و ثوب في أحد الوجهين لأنه من غير جنس الأثمان

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة
اذن في بيعه
بزيادة عليها عرفا لأن من رضي بمائة لا يكره أن يزداد عليها ثوب ينفعه ولا يضره وإن
باعه بمائة دينار
أو بتسعين درهما وعشرة دنانير وأشباه ذلك أو بمائة ثوب أو بثمانين درهما وعشرين
ثوبا لم يصح،
ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه خالف موكله في الجنس فأشبهه ما لو باعه
بثوب يساوي
أكثر من مائة درهم ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدراهم دنانير أو مكان
بعضها لأنه مأذون
فيه عرفا فإن من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فجرى مجرى بيعه بمائة درهم ودينار
واما الثياب فلا يصح
بيعه بها لأنها من غير جنس الأثمان
(فصل) وان وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقا فباع نصفه بثمن
الكل جاز لأنه مأذون
فيه من جهة العرف فإن من رضي مائة ثمن لكل رضي بها ثمن للنصف ولأنه حصل له
المائة وأبقى له
زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لأنه مأذون في بيعه فأشبهه ما لو باع العبد
كله بمثلي ثمنه
ويحتمل أن لا يجوز له بيعه لأنه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع نصفه فربما لا
يؤثر بيع باقيه للغنى
عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه وهكذا القول في توكيله في بيع عبيد بمائة إذا
باع أحدهما بها صح وهل
يكون له بيع العبد الآخر؟ على وجهين، فاما إن وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه
بأقل منها لم يصح وان وكله
مطلقا فباع بعضه بأقل من ثمن الكل لم يجز وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد
وقال أبو حنيفة يجوز
فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن للوكيل المطلق البيع بما شاء. ولنا أن على
الموكل ضررا في
تبعيضه ولم يوجد الاذن فيه نطقا ولا عرفا فلم يجز كما لو وكله في شراء عبد فاشترى
نصفه

(१०१)

(فصل) وان وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين أو بما دون المائة صح
ولزم الموكل
لأنه مأذون فيه من جهة العرف، وان قال لا تشتريه بأقل من مائة فخالفه لم يجز لأنه
خالف نصه وصريح
قوله مقدم على دلالة العرف فإن قال اشتراه بمائة ولا تشتريه بخمسين جاز له شراؤه بما
فوق الخمسين لأن
اذنه في الشراء بمائة دل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي
بقي فيما فوقها على
مقتضى الاذن، وان اشتراه بأقل من الخمسين ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لذلك ولأنه
لم يخالف صريح نهيه
أشبه ما زاد على الخمسين (والثاني) لا يجوز لأنه نهاه عن الخمسين استقلالاً لها فكان
تنبيهها على النهي عما هو أقل
منها كما أن الاذن في الشراء بمائة اذن فيما دونها فجرى ذلك مجرى صريح نهيه فإن
تنبيه الكلام كنصه
وان قال اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال بعه بمائة درهم
فباعه بمائة دينار على
ما مضى من القول فيه، ان قال اشتر لي نصفه بمائة فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائه
جاز لأنه مأذون
فيه عرفا وان قال اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتريه جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل
من الكل بمائة
صح في قياس المسألة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل ما زاد
على النصف خرج
الجميع بصريح نهيه ففيما ما عداه يبقى على مقتضى الاذن

(فصل) وان وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز لأنه مأذون فيه عرفا
وان خالفه في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبدا بمائة فاشترى عبدا
يساوي مائة بدونها جاز لأنه لو اشتراه بمائة جاز فإذا اشتراه بدونها فقد زاده خيرا فيجوز وإن كان
لا يساوي مائة لم يجز وإن كان يساوي أكثر مما اشتراه به لأنه خالف أمره ولم يحصل غرضه
(فصل) وان وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع
للموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي دينارا أو إحداهما تساوي دينار أو الأخرى أقل من دينار صح
ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار
والأخرى للوكيل لأنه لم يرض إلا بالزامه عهدة شاة واحدة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عروة بن الجعد دينارا فقال (اشتر لنا به شاة)
قال فأتيت الجلب فاشترت شاتين بدينار فحئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت
النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا دينار كم وهذه شاتكم قال (وصنعت كيف؟)

فحدثته الحديث قال (اللهم بارك له في صفقة يمينه) ولأنه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه
تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل
بالبيع فإن باع
الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لأنه باع مال
موكله بغير
أمره فلم يجز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي دينار جازا لحديث عروة
بن الجعد
البارقي ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز فجاز له ابدالها بغيرها
وظاهر كلام
أحمد صحة البيع لأنه أخذ بحديث عروة وذهب إليه، وإذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة
فباعها فهل يقع
البيع باطلا أو صحيحا موقوفا على إجازة الموكل؟ على روايتين، وهذا أصل لكل من
تصرف في ملك
غيره بغير اذنه ووكيل يخالف موكله هل يقع باطلا أو يصح ويقف على إجازة المالك؟
فيه روايتان
وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان
(فصل) وإذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتريها الا سليمة لأن اطلاق
المبيع
يقتضي السلامة ولذلك جاز الرد بالعيب، فإن اشترى معيبا يعلم عيبه لم يلزم الموكل
لأنه اشترى غير ما
أذن له فيه وان لم يعلم عيبه صح البيع لأنه أنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لعجزه
عن التحرز

عن شراء معيب لا يعلم عيبه فإذا علم عيبه ملك رده لأنه قائم في الشراء مقام الموكل وللموكل رده أيضا لأن الملك له فإن حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لأن الحق له بخلاف المضارب فإن له الرد وان رضي رب المال لأن له حقا فلا يسقط برضى غيره، وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لأنه لا يأمن فوات الرد لهرب البائع وفوات الثمن بتلفه، وان أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده وان قلنا الرد على الفور لأنه أخره باذن البائع فيه وان قال البائع موكلك قد علم العيب فرضيه لم يقبل قوله إلا ببينة فإن لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وبهذا قال الشافعي، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يستحلف لأنه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فإنه لا نيابة ههنا وإنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد، فإن رد الوكيل وحضر الموكل وقال قد بلغني العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقع الرد موقعه وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لأن رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد إلا أن نقول إن الوكيل لا ينعزل حتى يعلم العزل، وان رضي الوكيل المعيب أو أمسكه امساكا

ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك أن صدقه البائع ان الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم تكن به بينة فحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لأن الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء المعيب لأن التوكيل في البيع مطلقاً يدخل المعيب في اطلاقه ولأنه أمينه في الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب ولنا أن البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث أن المقصود فيها الربح والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته وقد يكون العيب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قنيتة فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة أصله فإنه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين (فصل) وإن أمره بشراء سلعة بعينها فاشتراها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد لأن الامر يقتضي السلامة فأشبهه ما لو وكله في شراء موصوفة ويحتمل أن لا يملك الرد لأن الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته، وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين أيضاً

مبنيين على رده إذا علم عيبه بعد شرائه وان قلنا يملك رده فليس له شراؤه لأن العيب إذا جاز به الرد
بعد العقد فلان يمنع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لأن
تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء
(فصل) وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً باذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في
ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى
الموكل لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه؟؟ لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل إلى
الموكل ولنا أنه قبل عقدا لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له
وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خمر أو
خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لأن الخمر مال لهم لأنهم يتمولونها
ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كتزويج المجوسية
وبهذا خالف سائر أموالهم وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لأنه بمنزلة المبيع وإن كان الثمن

في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس للموكل المطالبة لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله فكذلك القبض ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها، ويفارق مجلس العقد لأن ذلك من شروط العقد فتعلق بالعقد كالايجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من أمواله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق؟؟؟ به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمن الدرك فأما ثمن ما اشتراه إذا كان في الذمة فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وإذا أبرأ الموكل برئ الوكيل أيضا كالضامن والمضمون عنه سواء وإن دفع الثمن إلى البائع فوجد به عيبا فرده على الوكيل كان أمانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يتسلف له ألفا في كره حنطة ففعل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم (فصل) قال احمد في رواية مهنا إذا دفع إلى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري مندبلا فالمندبيل لصاحب الثوب إنما قال ذلك لأن هبة المندبيل سببها البيع وكان المندبيل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

(فصل) في الشهادة على الوكالة إذا ادعى الوكالة وأقام شاهدا وامرأتين أو حلف مع شاهده
فقال أصحابنا فيها روايتان (إحدهما) تثبت بذلك إذا كانت الوكالة بمال فإن احمد
قال في الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين إذا كانت المطالبة بدين فاما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الخرقى بقوله ولا تقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال لأقل من رجلين وهذا قول الشافعي لأن الوكالة اثبات للتصرف، ويحتمل أن يكون قول الخرقى كالرواية الأولى لأن الوكالة في المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض فإن شهدا بوكالته ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك لأن أحدهما لم تثبت وكالته بذلك وإن كان الشاهد بالعزل رجلا غيرهما لم يثبت العزل بشهادته وحده لأن العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال قد عزله لم يحكم بشهادتهما لأنه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد، وان حكم الحاكم بشهادتهما ثم عاد أحدهما فقال قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت إلى قوله لأن الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فإن قالوا جميعا قد كان عزله ثبت العزل لأن الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل

(فصل) فإن شهد أحدهما انه وكله يوم الجمعة وشهد آخر انه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة
لأن التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد وان شهد أحدهما انه
أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لأن الاقرارين
اخبار عن عقد
واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فجوز له الاقرار عند كل واحد
وحده، وكذلك
لو شهد أحدهما انه أقر عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر انه أقربها بالعجمية ثبتت،
ولو شهد أحدهما
انه وكله بالعربية وشهدا الآخر انه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لأن التوكيل بالعربية
غير التوكيل
بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال وكتلتك
وشهد الآخر أنه قال
أذنت لك في التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلا أو شهد أنه قال جعلتك جريا لم تتم
الشهادة لأن
اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال أحدهما اشهد أنه وكله وقال الآخر اشهد أنه
اذن له في التصرف
تمت الشهادة لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظهما اختلاف لفظهما لا
يؤثر إذا اتفق
معناه ولو قال أحدهما أشهد انه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر انه جريه
أو أنه
أوصى إليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد أحدهما انه وكله في بيع
عبده وشهد
الآخر انه وكله زيدا أو شهدا انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني أو تستأمر
فلانا لم

تتم الشهادة لأن الأول أثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين، وان
شهد أحدهما انه وكله في بيع عبده وشهدا الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريتيه حكم
بالوكالة في
العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدر في تصرفه في الأول فلا تضر وهكذا لو شهد
أحدهما انه
وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمره
(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تثبت
الوكالة
بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للمخبر بذلك إذا غلب على ظنه صدق
المخبر بشرط
الضمان ان أنكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولا لأن اعتبار شاهدين
عدلين في هذا
يشق فسقط اعتباره ولأنه اذن في التصرف ومنع منه فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة
كاستخدام غلامه
ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فإنه ليس بعقد، ولو
شهد
اثنان؟؟ ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا أتصرف عنه
ثبتت الوكالة لأن
معنى ذلك أني لم أعلم إلى الآن وقبول الوكالة يجوز متراخيا وليس من شرط التوكيل
حضور الوكيل
ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في
شهادتهما وان قال
ما علمت وسكت قيل له فسر فإن فسر بالأول ثبتت وكالته وان فسر بالثاني لم تثبت
(فصل) ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي أن فلانا الغائب وكلني
في كذا وبهذا
قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح
ولنا أنه يعتبر رضاه في سماع البينة فلا يعتبر حضوره كغيره وإذا قال له من عليه الحق
احلف
أنك تستحق مطالبتي لم تسمع دعواه لأن ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك
الموكل فاحلف
أنه ما عزلك لم يستحلف لأن الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال
أنت تعلم أن

موكلتك قد عزلت سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن
موكله عزله لأن
الدعوى عليه وان أقام الخصم بينة بالعزل سمعت وانعزل الوكيل
(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة فإنه لا يجر بها نفعاً ولا يدفع بها
ضرراً

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

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

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شئ عينه وأحضر بينة

تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم ولو ادعى حقا لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها الا أن يقدم خصما من خصماء الموكل فيدعى عليه حقا فإذا

أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة فحصل الخلاف بيننا في حكمين (أحدهما) أن الحاكم عندنا

يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (والثاني) أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت

وكالته وعنده تسمع، وبنى أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير

خصم قضاء على الغائب وان الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم انك لست بوكيل

ولنا أنه اثبات للوكالة فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر

واحد منهم فإن الباقيين لا يفتقر إلى حضورهم كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت

الوكالة أنها لا تسمع الا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت

أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره

(فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجهه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه

الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى انه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم

لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله.

(فصل) إذا قال بع هذا الثوب بعشرة فما زاد عليها فهو لك صح واستحق الزيادة وقال الشافعي

لا يصح. ولنا أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأسا ولأنه يتصرف في ماله باذنه فصح شرط الربح

له في الثاني كالمضارب والعامل في المساقاة.

(۲۷۰)

كتاب الاقرار بالحقوق
الاقرار هو الاعتراف، والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقوله تعالى
(وإذ أخذ
الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري؟ قالوا أقررنا)
وقال تعالى (وآخرون
اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى أأست بربكم؟ قالوا بلى) في آي كثيرة مثل هذا، واما
السنة فما روي أن
ماعزا أقر بالزنا فرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الغامدية وقال (واغد يا
أنيس على امرأة هذا فإن
اعترفت فارجمها) وأما الاجماع فإن الأئمة أجمعت على صحة الاقرار ولان الاقرار
اخبار على وجه
ينفي عنه التهمة والريبة فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان أكد
من الشهادة
فإن المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر ولو كذب
المدعى بينته لم تسمع
وان كذب المقر ثم صدقه سمع.
(فصل) ولا يصح الاقرار إلا من عاقل مختار فاما الطفل والمجنون والمبرسم والنائم
والمغمى عليه
فلا يصح اقرارهم لا نعلم في هذا خلافا وقد قال عليه السلام (رفع القلم عن ثلاثة، عن
الصبي حتى يبلغ،
وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ) فنص على الثلاثة والمبرسم
والمغمى عليه في معنى المجنون
والنائم ولأنه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق، واما الصبي
المميز فإن كان

محجورا عليه لم يصح إقراره وإن كان مأذونا له صح إقراره في قدر ما اذن له فيه. قال
احمد في
رواية منها في اليتيم إذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فبيعه وشراؤه جائز
وان أقر انه
اقتضي شيئا من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو بكر
وابن أبي موسى
إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير، وقال الشافعي لا يصح
إقراره بحال لعموم
الخبر ولأنه غير بالغ فأشبهه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبهه الطفل.
ولنا انه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما
مضى والخبر
محمول على رفع التكليف والاثم فإن أقر من هو مراهق غير مأذون له ثم اختلف هو
والمقر له في بلوغه فالقول
قوله إلا أن تقوم بينة ببلوغه لأن الأصل الصغر ولا يحلف المقر لأننا حكمنا بعدم بلوغه
إلا أن يختلفا
بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين انه حين أقر لم يكن بالغا ومن زال عقله بسبب مباح أو
معدور فيه
فهو كالمجنون لا يسمع إقراره بلا خلاف وإن كان بمعصية كالسكران ومن شرب ما
يزيل عقله عامدا
لغير حاجة لم يصح إقراره ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه وهو منصوص
الشافعي لأن
أفعاله تجري مجرى الصاحي
ولنا أنه غير عاقل فلم يصح إقراره كالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولان
السكران لا يوثق
بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الإقرار الموجب
لقبول قوله وأما المكره

فلا يصح اقراره بما أكره على الاقرار به وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى
الله عليه وسلم
(رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم
يصح كالبيع
وإن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فأقر لغيره أو بنوع من المال
فيقر
بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فأقر بطلاق أخرى أو أقر بعنق عبد صح لأنه أقر بما
لم يكره عليه
فصح كما لو أقر به ابتداء، ولو أكره على أداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤدي ذلك صح
بيعه نص عليه
لأنه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرها لم يقبل قوله إلا ببينة
سواء أقر عند
السلطان أو عند غيره لأن الأصل عدم الاكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الاكراه
كالقيود والحبس
والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه لأن هذا الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى انه
كان زائل
العقل حال اقراره لم يقبل قوله إلا ببينة لأن الأصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد
الشهود باقراره
لم تفتقر صحة الشهادة إلى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لأن الظاهر سلامة الحال
وصحة الشهادة
وقد ذكرنا حكم اقرار السفیه والمفلس والمريض في أبوابه وأما العبد فيصح اقراره
بالحد والقصاص فيما دون
النفس لأن الحق له دون مولاه، ولا يصح اقرار المولى عليه لأن المولى لا يملك من
العبد إلا المال
ويحتمل أن يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص
لأن المال يتعلق
برقبته وهي مال السيد فصح اقراره به كجناية الخطأ وأما اقراره بما يوجب القصاص في
النفس فالمنصوص

عن أحمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري
لأنه يسقط
حق سيده باقراره فأشبهه الاقرار بقتل الخطا ولأنه متهم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه
ويستحق أخذه
فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره به وهو قول أبي حنيفة
ومالك والشافعي
لأنه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس، وبهذا الأصل ينتقض دليل
الأول وينبغي على
هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال الا باختيار سيده لئلا يفضي إلى
ايجاب المال على سيده
باقرار غيره، فلا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمدة ولا بجناية عمد يوجبها؟؟
المال كالجائفة والمأمومة
لأنه ايجاب حق في رقبتة وذلك يتعلق بحق المولى، ويقبل اقرار المولى عليه لأنه
ايجاب حق في ماله
وان أقر بسرقة موجبها المال لم يقبل اقراره ويقبل اقرار المولى عليه لما ذكرنا، وإن
كان موجبها القطع والمال
فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقيا أو تالفا في يد
السيد أو يد العبد
قال احمد في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك
وسيده ويكذبه
فالدراهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق، وللشافعي في وجوب المال في
هذه الصورة وجهان
ويحتمل أن لا يجب القطع لأن ذلك شبهة فيدراً بها القطع لكونه حدا يدرأ بالشبهات
وهذا قول أبي حنيفة
وذلك لأن العين التي يقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها،
وان أقر العبد برقه لغير
من هو في يده لم يقبل اقراره بالرق لأن الاقرار بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره
بحال ولأننا

لو قبلنا اقراره أضررنا بسيده لأنه إذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملكه، وان أقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لأنه في يد السيد لا في يد نفسه ولان السيد لو أقر به منفردا قبل ولو أقر العبد منفردا لم يقبل فإذا لم يقبل اقرار العبد منفردا فكيف يقبل مع معارضته لاقرار السيد؟ ولو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحد وجناية العمد. وأما المكاتب فحكمه حكم الحر في صحة اقراره، ولو أقر بجناية خطأ صح اقراره فإن عجز بيع فيها ان لم يفده سيده وقال أبو حنيفة يستسعى في الكتابة وان عجز بطل اقراره بها سواء قضي بها أو لم يقض وعن الشافعي كقولنا وعنه انه مراعى ان ادعى لزمه وان عجز بطل. ولنا أنه اقرار لزمه في كتابته فلا يبطل بعجزه كالاقرار بالدين وعلى الشافعي ان المكاتب في يد نفسه فصح اقراره بالجناية كالحر. (فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق فإذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له صدقه المولى أو كذبه لأن الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والعفو عنه وليس لسيده مطالبة به ولا عفو وان كذبه العبد لم يقبل وان أقر له بمال صح ويكون لسيده لأن يد العبد كيد سيده، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده، وان أقر لهيمة أو دار لم يصح إقراره لها وكان باطلا لأنها لا تملك

المال مطلقا ولا يد لها وان قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن اقرارا لاحد ولأنه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له وإن قال لمالكها أو لزيد علي بسببها الف صح الاقرار وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح إذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل. (فصل) وان أقر لحمل امرأة بمال وعزاه إلى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال أبو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قولي الشافعي لأنه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل. فعلى هذا ان ولدت ذكرا وأنثى كان بينهما نصفين، وان عزاه إلى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك وقال أبو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا ان يعزیه إلى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لأنه لا يملك بغيرهما فإن ولدت الولد ميتا وكان قد عزى الاقرار إلى ارث أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل وان اطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فإن تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد باقراره، وان عزى الاقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي ألف أقرضنيها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح اقراره لأنه وصل اقراره بما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له علي ألف لا تلزمني وإن قال له علي الف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الاقرار لحمل إلا إذا تيقن انه كان موجودا

حال الاقرار على ما بين في موضعه، وان أقر لمسجد أو مصنع أو طريق وعزاه إلى سبب صحيح مثل
أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين
(مسألة) قال (ومن أقر بشئ واستثنى من غير جنسه كان استثناءه باطلا الا أن يستثنى عينا من ورق أو ورقا من عين)
في هذه المسألة فصلان (أولهما) أنه لا يصح الاستثناء في الاقرار من غير الجنس وبهذا قال زفر
ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة ان استثنى مكبلا أو موزونا جاز واستثنى عبدا أو ثوبا من
مكبل أو موزون لم يجز، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقا لأنه ورود في الكتاب
العزیز ولغة العرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا الا إبليس كان من
الجن) وقال تعالى (لا يسمعون فيها لغوا الا سلاما) وقال الشاعر:
وبلدة ليس بها أنيس * إلا اليعافير وإلا العيس
وقال آخر:
عيت جوابا وما بالربع من أحد * إلا أوارى لأيا ما أئينها
ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل هو اخراج بعض

ما تناوله المستثنى منه مشتق من ثبوت فلانا عن رأيه إذا صرفته عن رأي كان عازما عليه
وثبت عنان
دابتي إذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس
بداخل في الكلام فإذا
ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثناء وإنما
سمي استثناء تجوزا وإنما
هو في الحقيقة استدراك، والا ههنا بمعنى لكن، هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة
وحكاة عن سيبويه
والاستدراك لا يأتي الا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير
الجنس الا بعد
النفى ولا يأتي بعده الاثبات الا أن يوجد بعده جملة، وإذا تقرر هذا فلا مدخل
للاستدراك في الاقرار
لأنه اثبات للمقر به فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلا وان ذكره بعده جملة كأن قال
له عندي مائة
درهم الا ثوبا لي عليه فيكون مقرا بشئ مدعيا لشيء سواه فيقبل اقراره وتبطل دعواه
كما لو صرح
بذلك بغير لفظ الاستثناء وأما قوله تعالى (فسجدوا إلا إبليس) فإن إبليس كان من
الملائكة بدليل أن
الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأمورا بالسجود ولا
عاصيا بتركه ولا قال
الله تعالى في حقه (فسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك أن لا تسجد إذ أمرتك؟) وإذا
لم يكن مأمورا
فلم أنكسه الله وأهبطه ودحره؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود الا الملائكة، فإن قالوا بل
قد تناول الامر
الملائكة ومن كان معهم فدخل إبليس في الامر لكونه معهم، قلنا قد سقط استدلالكم
فإنه متى كان

داخلا في المستثنى منه مأمورا بالسجود فاستثناؤه من الجنس وهذا ظاهر لمن أنصف
إن شاء الله
تعالى، فعلى هذا متى قال له علي ألف درهم الا ثوبا لزمه الألف وسقط الاستثناء بمنزلة
ما لو قال له علي
ألف درهم لكن لي عليه ثوب
(الفصل الثاني) إذا استثنى عينا من ورق أو ورقا من عين فاختلف أصحابنا في صحته
فذهب
أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن، وقال ابن
أبي موسى فيه روايتان
واختار الخرقى صحته لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فإن
قوما يسمون
تسعة دراهم دينارا وآخرون يسمون ثمانية دراهم دينارا فإذا استثنى أحدهما من الآخر
علم أنه أراد
التعبير بأحدهما عن الآخر فإذا قال له علي دينار الا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه
بالدينار عن تسعة
كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم
يجز إلغاؤه وقد
أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين
غيرهما ويلزم
من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها، وقد ذكرنا الفرق
ويمكن الجمع بين
الروايتين بحمل رواية الصحة على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره
منه ورواية البطلان
على ما إذا انتفى ذلك والله أعلم
(فصل) ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من ذلك الجنس مثل أن يقول له
علي عشرة

أصح تمرا برنيا الا ثلاثة تمرا معقليا لم يجز لما ذكرناه من الفصل الأول ويخالف العين والورق لأن
قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول
الخرقي جوازه
لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والأول أصح لأن العلة الصحيحة في
العين والورق غير ذلك
(فصل) فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه فجائز بغير خلاف علمناه فإن ذلك
في كلام العرب وقد
جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) وقال
(فسجد الملائكة كلهم
أجمعون الا إبليس) وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الشهيد (يكفر عنه خطاياها كلها
الا الدين) وهذا في الكتاب والسنة
كثير وفي سائر كلام العرب، فإذا أقر بشئ واستثنى منه كان مقرا بالباقي بعد الاستثناء،
فإذا قال له علي مائة الا عشرة
كان مقرا بتسعين لأن الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فإنه لو دخل
لما أمكن اخراجه ولو أقر
بالعشرة المستثناة لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين
عاما) اخبار بتسعمائة
وخمسين فالاستثناء بين أن الخمسين المستثناة غير مرادة كما أن التخصيص يبين أن
المخصوص غير مراد باللفظ
العام وان قال إلا ثلثها أو ربعها صح، وكان مقرا بالباقي بعد المستثنى، وان قال هذه
الدار لزيد إلا هذا البيت
كان مقرا بما سوى البيت منها وكذلك إن قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضا
لأنه في معنى
الاستثناء لكونه أخرج بعض ما دخل في اللفظ الأول بكلام متصل، وان قال له هؤلاء
العبيد إلا هذا
صح وكان مقرا بمن سواه منهم وان قال إلا واحدا صح لأن الاقرار يصح مجهولا
فكذلك الاستثناء منه
ويرجع في تعيين المستثنى إليه لأن الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به، وان عين
من عدا المستثنى

صح وكان الباقي له فإن هلك العبيد إلا واحدا فذكر انه المستثنى قبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب لا يقبل في أحد الوجهين وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأنه يرفع به الاقرار كله والصحيح أنه يقبل لأنه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعا للاقرار وإنما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع إلى التفسير فأشبهه ما لو عينه في حياتهم فتلف بعد تعيينه، وان قتل الجميع الا واحدا قبل تفسيره بالباقي وجها واحدا وان قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير، إليه وان قال غصبتك هؤلاء العبيد الا واحدا فهلكوا الا واحدا قبل تفسيره به وجها واحدا لأن المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يفضي التفسير بالباقي إلى سقوط الاقرار بخلاف التي قبلها. (فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا، فإذا قال له: علي عشرة سوى درهم، أوليس درهما أو خلا درهما أو عدا درهما أو ما خلا أو ما عدا درهما أو لا يكون درهما أو غير درهم بفتح الراء كان مقرا بتسعة وان قال: غير درهم، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقرا بعشرة لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فإنها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لأن الظاهر أنه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلا منه بالعربية لا قصدا للصفة.

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلا بالكلام فإن سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو
فصل بين المستثنى والمستثنى بكلام أجنبي لم يصح لأنه إذا سكت أو عدل عن اقراره إلى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فإنه لا يثبت حكمه وينتظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والعطف والبدل ونحوه.
(فصل) ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لأن الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغوا غير مفيد فإن قال له: علي درهم ودرهم الا درهما، أو ثلاثة دراهم ودرهمان الا درهمين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهما أو خمسة وتسعون الا خمسة، لم يصح الاستثناء، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء، وهذا قول الشافعي وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة، وفيه وجه آخر انه يصح لأن الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة ومن أصلنا ان الاستثناء إذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد إلى جميعها كقولنا في قول الله تعالى (ولا تقبلوا؟؟ لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد إلى الجملتين فإذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم (لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه) والوجه الأول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يرفع إحداهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجعل إحدى

الجملتين مع الاستثناء لغوا لأنه أثبت شيئا بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو
 استثنى منها وهي
 غير معطوفة على بعضها فاما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين إنما
 أخرج من الجملتين معا
 من اتصف بصفة فنظيره ما لو قال للبواب: من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهما الا
 فلانا، ونظير
 مسألتنا ما لو قال: أكرم زيدا وعمرا الا عمرا، وان قال له: علي درهمان ثلاثة الا
 درهمين، لم يصح
 أيضا لأنه يرفع الجملة الأولى كلها فأشبه ما لو قال أكرم زيدا وعمرا الا زيدا، وان قال
 له: علي ثلاثة
 وثلاثة الا درهمين خرج فيها وجهان لأنه استثنى أكثر الجملة التي تليه واستثناء الأكثر
 فاسد كاستثناء الكل
 (فصل) وان استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الأول كان مضافا إليه فإذا
 قال:
 له علي عشرة الا ثلاثة والا درهمين كان مستثنيا لخمسة مبقيا لخمسة، وإن كان الثاني
 غير معطوف على
 الأول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة، قد جاء في كلام الله تعالى في قوله
 (قالوا انا
 أرسلنا إلى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن
 الغابرين) فإذا كان
 صدر الكلام اثباتا كان الاستثناء الأول نفيا والثاني اثباتا فإن استثنى استثناء ثالثا كان
 نفيا يعود
 كل استثناء إلى ما يليه من الكلام فإذا قال: له عشرة الا ثلاثة الا درهما كان مقرا
 بثمانية لأنه أثبت
 عشرة ثم نفى منها ثلاثة ثم أثبت درهما وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثيان من
 العشرة فيبقى منها
 ثمانية وسنزيد لهذا الفصل فروعاً في مسألة استثناء الأكثر.

(فصل) إذا قال: له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كان إقرارا بما ابدل به كلامه ولم يكن إقرارا بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها، وذكر القاضي في هذا وجها أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء إنما هذا بدل وهو سائغ في اللغة. ويسمى هذا النوع من البديل بدل الاشتمال وهو أن يبديل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله (يسئلونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى اخبارا عن موسى عليه السلام أنه قال (وما أنسانيه إلا الشيطان أن أذكره) أي أنساني ذكره، وإن قال له هذه الدار ثلثها أو قال ربعها صح ويكون مقرا بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء، ومثله قوله تعالى (قم الليل إلا قليلا نصفه) وقوله (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما يدخل فيه لولاه ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز ابدال الشيء من غيره إذا كان مشتملا عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله ان لا يسكنه إياها وأن يعود فيما اعاره

(مسألة) قال (ومن ادعي عليه شئ وقال قد كان له علي وقضيته لم يكن ذلك اقراراً) حكى ابن أبي موسى أن في المسألة روايتين (إحداهما) أن هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم أجد عن أحمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء وإلا حلف غريمه وأخذ واختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كما لو ادعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالمذهبين، ووجه قول الخرقى أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا ببينة واما استثناء الكل فمتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه الف وليس عليه شئ (فصل) وان قال له علي مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال وقضيته وإن قال له إنسان لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشئ لأن الخمسين التي ذكر انه قضاها في كلامه ما تمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل ان يريد بها مما

يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شئ بكلام محتمل، ويجئ على قول من قال
 بالرواية الأخرى ان يلزمه الخمسون
 التي ادعى قضاءها لأن في ضمن دعوى القضاء اقرارا بأنها كانت عليه فلا تقبل دعوى
 القضاء بغير بينة
 (فصل) وإن قال كان له علي الف وسكت لزمه الألف في ظاهر كلام أصحابنا وهو
 قول أبي حنيفة
 وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شئ وليس هذا باقرار لأنه لم يذكر عليه
 شيئاً في الحال
 إنما أخبر بذلك فجاز في ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت،
 ولنا أنه أقر بالوجوب
 ولم يذكر ما يرفعه فبقي على ما كان عليه ولهذا لو تنازعا دارا فأقر أحدهما للآخر أنها
 كانت ملكه حكم بها
 له إلا أنه ههنا إن عاد فادعى القضاء أو الإبراء سمعت دعواه لأنه لا تنافي بين اقراره
 وبين ما يدعيه
 (فصل) وإن قال له علي ألف قضيته إياها لزمه الألف ولم تقبل دعوى القضاء وقال
 القاضي تقبل
 لأنه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيته، وقال ابن
 أبي موسى ان قال
 قضيت جميعه لم يقبل إلا بينة ولزمه ما أقرب له وله اليمين على المقر له ولو قال قضيت
 بعضه قبل منه في
 إحدى الروايتين لأنه رفع بعض ما أقربه بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناه بخلاف ما إذا
 قال قضيت
 جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل. ولنا أن هذا قول متناقض إذا
 لا يمكن أن يكون
 عليه الف قد قضاها فإن كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاؤه
 يقتضي براءة ذمته

منه وتحريم مطالبته به والاقرار به يقتضي ثبوته والقضاء يقتضي رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما
في زمن واحد بخلاف ما إذا قال كان له علي وقضيته فإنه أخبر بهما في زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتا
ويقضى ما كان دينا وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى
بعضه، ويفارق الاستثناء فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى
(فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما) عبارة عن تسعمائة وخمسين أما القضاء فإنما يرفع جزءا كان ثابتا فإذا
ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء
وان وصل اقراره بما يسقطه فقال له علي ألف من ثمن خمر أو خنزير أو من ثمن طعام اشتريته فهلك
قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به علي أني بالخيار لزمه الألف ولم يقبل قوله في
استقاطه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي أنه إذا قال له علي
ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل لأنه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها
يقبل قوله لأنه عزا اقراره إلى سببه فقبل كما لو عراه إلى سبب صحيح ولنا أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي سلمها وكما لو قال له علي الف لا يلزمني أو
يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وغير خاف تناقض كلامه فإن ثبوت ألف عليه في
هذه المواضع لا يتصور واقاره اخبار بثبوته فيتناحيان وان سلم ثبوت الألف عليه هو ما قلناه

(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا فيما كان حد الله تعالى يدرأ بالشبهات ويحطاط
لا سقاطه فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافا فإذا قال هذه الدار لزيد لابل لعمر و أو ادعى زيد على ميت شيئا معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجبت عليه غرامته لعمر و وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرم لعمر و شيئا وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما عليه الاقرار به وإما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلا ن على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقر به، وان قال غصبت هذه الدار من زيد لابل من عمر أو غصبتها من زيد وغصبتها زيد من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها إليه ويغرمها لعمر و وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمن لما تقدم ولنا أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد إلى المغصوب منه ثم لم يرد ما أقر بغصبه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر فالثوب للأول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون اقراره بكلام متصل أو منفصل

(فصل) فإن قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو لزمه دفعها إلى زيد لا قراره
له بأنها
كانت في يده وهذا يقتضي كونها في يده بحق وملكها لعمرو لا ينافي ذلك لأنها
يجوز أن تكون في يد
زيد بإجارة أو عارية أو وصية ولا يغرم لعمرو شيئاً لأنه لم يكن منه تفريط، وفارق هذا
ما إذا قال
هذه الدار لزيد بل لعمرو لأنه أقر للثاني بما أقربه للأول فكان الثاني رجوعاً عن الأول
لتعارضهما
وهنا لا تعارض بين اقراريه وان قال ملكها لعمرو وغصبها من زيد فكذلك لا فرق بين
التقديم
والتأخير والمتصل والمنفصل ذكره القاضي وقيل يلزمه دفعها إلى عمرو ويغرمها لزيد
لأنه لما أقربها لعمرو
أولا لم يقبل اقراره باليد لزيد وهذا وجه حسن ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين،
ولو قال هذا
الألف دفعه إلي زيد وهو لعمرو أو قال هو لعمرو دفعه إلي زيد فكذلك على ما مضى
من القول فيه
(فصل) وان قال غصبتها من أحدهما أو هي لأحدهما صح الاقرار لأنه يصح بالمجهول
فيصح
للمجهول ويطلب بالبيان فإن عين أحدهما دفعت إليه ويحلف للآخر إن ادعاها ولا
يغرم له شيئاً لأنه لم
يقر له بشيء، وان قال لا اعرفه عينا فصدقه نزع من يده وكانا خصمين فيها وان
كذبا فعليه اليمين
أنه لا يعلم وتنزع من يده فإن كان لا أحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة
أقرعنا بينهما فمن قرع
صاحبه حلف وسلمت إليه وان بين الغاصب بعد ذلك مالها قبل منه كما لو بينه ابتداء
ويحتمل أنه إذا
ادعى كل واحد منهما أنه المغصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم
يغصبه فإن حلف

لأحدهما لزمه دفعها إلى الآخر لأن ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل عن اليمين لهما جميعا فسلمت إلى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر لأنه نكل عن يمين توجهت عليه فقضى عليه كما لو ادعاها وحده
(فصل) فإن كان في يده عبدان فقال أحد هذين لزيد طولب بالبيان فإن عين أحدهما فصدقه
زيد اخذه، وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في العبد الذي ينكره وان قال زيد إنما لي العبد الآخر فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع إلى زيد العبد المقر به لكن يقر في يد المقر لأنه لم يصح اقراره به في أحد الوجهين وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه بأنه لا يملكه ويكون في بيت المال لأنه لا مالك له معروف فأشبهه ميراث من لا يعرف وارثه فإن أبى التعيين فعينه المقر له وقال هذا عبدي طولب بالجواب فإن أنكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل عن اليمين يقضى عليه وان أقر له فهو كتعيينه
(فصل) ولو أقر لرجل بعبد ثم جاءه به فقال: هذا الذي أقررت به فقال ليس هو هذا إنما هو آخر فعلى المقر اليمين انه ليس له عنده سواه ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقر له لأنه لا يدعيه وإن قال: هذا لي ولي عندك آخر سلم إليه هذا وحلف له على نفي الآخر وكل من أقر لرجل بملك فكذبه بطل قراره لأنه لا يثبت للانسان ملك لا يعترف به وفي المال وجهان (أحدهما) يترك في يد المقر لأنه كان محكوما له به فإذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه (والثاني) يؤخذ إلى بيت المال لأنه

لم يثبت له مالك وقيل يؤخذ فيحفظ حتى يظهر مالكة لأنه لا يدعيه أحد ومذهب الشافعي مثل هذا، فإن عاد أحدهما فكذب نفسه دفع إليه لأنه يدعيه ولا منازع له فيه، وإن كذب كل واحد منهما نفسه فرجع المقر عن إقراره وادعاه المقر له فإن كان باقيا في يد المقر فالقول قوله يمينه كما لو لم يقر به لغيره (١) وإن كان معدوما بتلف أو إباق ونحوه بغير تعد من أحدهما فلا شئ فيه من يمين ولا غيرها وإن كان بتعد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقيا فإذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلفه بتعديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلفه بتعد منه والله أعلم (مسألة) قال (ومن أقر بعشرة دراهم ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفا أو صغارا أو إلى شهر كانت عشرة جيادا وافية حالة) وجملته أن من أقر بدراهم وأطلق اقتضى إقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة دوانق واقتضى أن تكون جيادا حالة كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فإنها تلزمه كذلك، فإذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك، فإن عاد فقال زيوفا - يعنى رديئة - أو صغارا وهي الدراهم الناقصة مثل دراهم طبرية كان

(١) من هنا إلى آخر الفصل زيادة من بعض النسخ

كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لأنه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ولا فرق بين الاقرار بها دينا أو ودیعة أو غصبا، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والودیعة لأنه أقر بفعل في عين، وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبهه ما لو أقر بغصب عبد ثم جاء به معييا ولنا أن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الجياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فإن العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه فاما إن وصفها بذلك بكلام متصل أو سكت للتنفس أو اعترضته سلعة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شئ منه قبل منه وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل كما لو قال: له علي دراهم قضيته إياها وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي إن قال: له علي عشرة دراهم ناقصة قبل قوله وإن قال صغارا وللناس دراهم صغار قبل قوله أيضا وان لم تكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال دريهم لزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي. ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فإذا وصفها بذلك تقيدت

به كما لو وصف الثمن به فقال: بعتك بعشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق
لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره فأشبهه
الثمن المؤجل يحققه ان الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات فإذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتضي
الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها، وعلى ما ذكره لا سبيل له إلى الاقرار بها إلا على
وجه يؤخذ بغير ما هو واجب عليه فيفسد باب الاقرار، وقول من قال إن قوله صغارا ينصرف إلى
المقدار لا يصح لأن مساحة الدراهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر
والكبر في الوزن فيرجع إلى تفسير المقر، فاما ان قال زيوفا وفسرها بمغشوشة أو معيبة عيبا ينقصها
قبل تفسيره وان فسرها بنحاس أو رصاص أو مالا قيمة له لم يقبل لأن تلك ليست دراهم على الحقيقة
فيكون تفسيره به رجوعا عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل (فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة كطبرية كان درهمهم أربعة دوانيق
وخوارزم كان درهمهم أربعة دوانيق ونصفها ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب، أو في بلد دراهمهم مغشوشة
كمصر والموصل ففيه وجهان (أولهما) يلزمه من دراهم البلد ودنانيره لأن مطلق كلامهم يحمل على عرف
بلدهم كما في البيع والأثمان (والثاني) تلزمه الموازنة الخالصة من الغش لأن اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف
إليها بدليل ان بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فإنه ايجاب

في الحال فاختص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاقرار إخبار عن حق سابق فانصرف إلى دراهم الاسلام (فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لأن إطلاقه ينصرف إليه وإن فسرها بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت مثلها لأنه لا يتهم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمال أن لا يقبل لأن إطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولأنها ناقصة القيمة فلم يقبل تفسيره بها كالناقصة وزنا ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل ما فسره به وفارق الناقصة لأن إطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فإنه ايجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق (فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لأنه كبير في العرف وإن قال له علي درهم فهو كما لو قال درهم لأن التصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبه كما قال الشاعر
بذيالك الوادي أهيم ولم أقل * بذيالك الوادي وذياك من زهد
ولكن إذا ما حب شئ تولعت * به أحرف التصغير من شدة الوجد

وإن قال له علي عشرة دراهم عددا لزمته عشرة معدودة وازنة لأن إطلاق الدراهم يقتضي وازنة
وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فإن كان في بلد يتعاملون بها عددا من غير وزن فحكمه حكم ما لو
أقربها في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مغشوشة على ما فصل فيه
(فصل) وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة
يلزمه درهمان كما لو قال له علي درهم ودرهم، ولا فرق بين أن يكون الاقرار في وقت واحد أو في أوقات
أو في مجلس واحد أو مجالس. ولنا انه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله تعالى الخبر عن
إرساله نوحا وهودا وصالحا ولوطا وشعبيا وإبراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور في قصة غير
المذكور في أخرى كذا ههنا، فإن وصف أحدهما وأطلق الآخر فكذلك لأنه لا يجوز أن يكون المطلق هو
الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيدا لما ذكرنا
وان وصفه في إحدى المرتين بغير ما وصفه في الأخرى فقال درهم من ثمن مبيع ثم قال له علي درهم
من قرض أو درهم من ثمن ثوب ثم قال درهم من ثمن عبد أو قال درهم أبيض ثم قال درهم أسود فهما
درهمان لأنهما متغايران
(فصل) وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم لزمه درهمان وبهذا
قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجها فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي

أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل الصفة. ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو ثم ولأنه عطف شيئاً على شيءٍ بالفاء فافتضى ثبوتهما كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدرهم المطلقة بأنها زيوف أو صغار أو مؤجلة وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له علي درهم ودينار أو فدينار أو قفيز حنطة، ونحو ذلك لزمه ذلك كله وإن قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكي ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا أنه إذا قال أردت بالثالث تأكيد الثاني وبيانه أنه يقبل وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لأن الواو للعطف والعطف يقتضي المغايرة فوجب أن يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الأول والاقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له علي درهم فدرهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم ودرهم ثم درهم أو درهم فدرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهها واحداً لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما فلم يحتمل التأكيد (فصل) وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاضراب لأنه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لأنه لا يقبل رجوعه عما أقربه ولزمه الدرهمان اللذان أقربهما. ولنا انه إنما نفى الاقتصار على واحد وأثبت الزيادة عليه

فأشبهه ما لو قال له علي درهم بل أكثر فإنه لا يلزمه أكثر من اثنين، وان قال له علي درهم بل درهم أو لكن درهم ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهم واحد لأن احمد قال فيمن قال لامرأته أنت طالق لا بل أنت طالق انها لا تطلق الا واحدة وهذا في معناه وهذا مذهب الشافعي لأنه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كما لو أقر بدرهم ثم أنكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل الا ان الصحيح انها لا تستعمل الا بعد الجحد الا ان يذكر بعدها جملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز ونقيضه قول زفر وداود لأن ما بعد الاضراب يغير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعا كما لو قال له علي درهم ودرهم ولأنا لو لم نوجب عليه الا درهما جعلنا كلامه لغوا واضرابه عنه غير مفيد والأصل في كلام العاقل أن يكون مفيدا، ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو ديناران أو له علي قفيز حنطة بل قفيز شعير أو هذا الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف علمناه لأن الأول لا يمكن أن يكون الثاني ولا بعضه فكان مقرا بهما ولا يقبل رجوعه عن شئ منهما وكذلك كل جملتين أقر بإحدهما ثم رجع إلى الأخرى لزمناه، وان قال له علي درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة لزمه الأكثر لأنه أضرب عنه واحد ونفاه بعد اقراره به فلم يقبل نفيه

له بخلاف الاستثناء فإنه لا ينفي شيئاً أقر به وإنما هو عبارة عن الباقي بعد الاستثناء فإذا قال له عشرة إلا درهماً كان معناه تسعة (فصل) وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لأن قبل وبعده تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب، وان قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لأنه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لأن هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر إليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار فالظاهر أنه اقرار ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فإنه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لأن فوق تقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم واحد لأن تحت تقتضي النقص ولنا أن حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهماً واحد سواء ذكره بما يقتضي زيادة الجودة أو نقصها وان قال له علي درهم قبله دينار أو بعده أو قفيز حنطة أو معه أو فوقه أو تحته أو مع ذلك فالقول في ذلك كالقول في الدرهم سواء

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لأن ذلك ما بينهما وان قال
من درهم
لعشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لأن من لا ابتداء
الغاية
وأول الغاية منها والى لانتهاؤها فلا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام إلى الليل)
(والثاني) تلزمه
ثمانية لأن الأول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ولزمه ما بينهما كالتي قبلها
(والثالث) تلزمه
عشرة لأن العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كأول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله
إلى آخره
فإن قال أردت بقولي من واحد إلى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان
وكذلك إلى العشرة
لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو الواحد على
العشرة فيصير أحد
عشرة ثم تضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب
(فصل) وان قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لأنها أقل الجمع وان قال له علي دراهم كثيرة
أو
وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بدون
العشرة لأنها
أقل جمع الكثرة وقال أبو يوسف ومحمد لا يقبل أقل من مائتين لأن بها يحصل الغنى
وتجب الزكاة
ولنا ان الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالإضافات وأحوال
الناس
فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا
يستعظم الكثير
ويحتمل ان المقر أراد كثيرة بالنسبة إلى ما دونها أو كثيرة في نفسه فلا تجب الزيادة
بالاحتمال

(فصل) وان قال له علي درهمان في عشرة وقال أردت الحساب لزمه عشرون وان قال أردت درهمين مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشرة لأن كثيرا من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وإن كان من أهل الحساب احتمل ان لا يقبل لأن الظاهر من الحساب استعمال ألفاظه لمعانيها في اصطلاحهم ويحتمل ان يقبل لأنه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة وان قال أردت درهمين في عشرة لي لزمه درهمان لأنه يحتمل ما يقول وان قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مراده، فإن قال أردت العطف أو معنى مع لزمه الدرهمان والدينار وان قال أسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لأن سلم أحد النقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لأن المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه ما أقربه وبطل قوله في دينار وكذلك أن قال له علي درهمان في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل إقراره لأنه إن كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وإن كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وإن كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهمان.

(فصل) وإن قال: له عندي درهم في ثوب أو في كيس أو زيت في جرة أو تبن في غرارة أو تمر في جراب أو سكين في قراب أو فص في خاتم أو كيس في صندوق، أو قال غصبت منه ثوبا في مندبل أو زيتا في زق ففيه وجهان (أحدهما) يكون مقرا بالمظروف دون الظرف هذا اختيار ابن حامد

ومذهب مالك والشافعي لأن إقراره لم تناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه،
(والثاني) يلزمه الجميع لأنه ذكر ذلك في سياق الاقرار ويصلح أن يكون مقرا به فلزمه كما لو قال
له عندي عبد عليه عمامة وقال أبو حنيفة في الغصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لأن المنديل يكون
ظرفا للثوب فالظاهر أنه ظرف له في حال الغصب صار كأنه قال غصبت ثوبا ومندिला ولنا انه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول: غصبت ثوبا في منديل لي ولو
قال: هذا لم يكن مقرا بغصبه فإذا أطلق كان محتملا له فلم يكن مقرا بغصبه كما لو قال غصبت دابة في
اصطبلها، أو له علي ثوب في منديل، وإن قال: له عندي جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر، أو قراب
فيه سكين فعلى وجهين، وإن قال له علي خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقرا به بفصه وجها
واحدا لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبهه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ولو قال: له عندي خاتم
وأطلق لزمه الخاتم بفصه لأن اسم الخاتم يجمعهما وإن قال: له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه
(فصل) وإن قال: له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة، أو عبد عليه عمامة ففيه أيضا وجهان، وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته
ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار
ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو ننازع رجلا سرجا على دابة أحدهما

كان لصاحبها فصار كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجهها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها
كان مقرا بهما بغير خلاف لأن الباء تعلق الثاني بالأول.
(فصل) وإن قال: له علي درهم أو دينار أو أما درهم وإما دينار كان مقرا بأحدهما
يرجع في تفسيره
إليه لأن أو وإما في الخبر كالشك وتقتضي أحد المذكورين لا جميعهما، وإن قال: له
علي إما درهم وإما درهمان
كان مقرا بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك.
(مسألة) قال (ومن أقر بشئ واستثنى منه الكثير وهو أكثر من النصف اخذ
بالكل وكان استثناءه باطلا)
لا يختلف المذهب انه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكي ذلك عن ابن
درستويه النحوي
وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم يصح ما لم يستثن الكل فلو قال: له علي
مائة إلا تسعة
وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى قال (فبعزتكم لأغوينهم أجمعين إلا عبادك
منهم المخلصين)
وقوله تعالى (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين) فاستثنى في
موضع الغاوين من
العباد وفي موضع العباد من الغاوين وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناء الأكثر
وأنشدوا
أدوا التي نقصت تسعين من مائة* ثم ابعثوا حكما بالحق قواما
فاستثنى تسعين من مائة لأنه في معنى الاستثناء ومثبه به ولأنه استثنى البعض فجاز
كاستثناء الأقل،

ولأنه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز في الأكثر كالتخصيص والبدل.
ولنا انه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال
أبو إسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة
وتسعين
لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنة، قال القتيبي يقال صمت الشهر إلا
يوما ولا يقال
صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوما، ويقال لقيت القوم جميعهم إلا واحدا أو اثنين ولا
يجوز أن يقول
لقيت القوم إلا أكثرهم، وإذا لم يكن صحيحا في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء
الكل وكما لو
قال: له علي عشرة بل خمسة فاما ما احتجوا به من التنزيل فإنه في الآية الأولى استثنى
المخلصين من
بني آدم وهم الأقل، كما قال تعالى (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم)
وفي الأخرى استثنى
الغاوين من العباد وهم الأقل فإن الملائكة من العباد وهم غير غاوين، قال الله تعالى (بل
عباد مكرمون)
وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك
عليهم سلطان)
مبقي على عمومه لم يستثن منه شيء ثم استأنف (. إلا من اتبعك من الغاوين) أي لكن
من اتبعك
من الغاوين فإنهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الأخرى لاتباعه
(وما كان
لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة
واما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا

ليس باستثناء فإن الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس ههنا شئ منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل، والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استعملته في الأقل وحسنه ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجز قياس ما قبحوه على ما حسنوه وجوزوه (فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الخرقى لتخصيصه الابطال بما زاد على النصف لأنه ليس بأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لأنه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل. (فصل) وإن قال: له علي عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين صح وكان مقرا بستة وذلك لأنه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقي فإن خمسة الا درهمين عبارة عن ثلاثة استثناها من سبعة بقي أربعة مستثناة من عشر بقي منها ستة وان قال: له علي ثمانية الا أربعة الا درهمين إلا درهما بطل الاستثناء على قول أبي بكر لأنه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة، وإن قال: علي عشرة إلا خمسة الا ثلاثة إلا درهمين إلا درهما بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح في الآخر فيكون مقرا بسبعة، ولو قال عشرة إلا ستة إلا أربعة إلا درهمين فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقر بستة، ولو قال ثلاثة إلا درهمين إلا درهما كان مقرا بثلاثة فاما ان قال: له علي ثلاثة الا ثلاثة الا درهمين بطل الاستثناء

كله لأن استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الأكثر وهو موقوف عليه فبطل فإذا بطل الثاني
بطل
الأول لأنه استثناء الكل ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء
لأن
الأول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني لأنه فرعه (والثاني) يصح ويلزمه درهم لأن
الاستثناء
الأول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لأنه وليه لبطلان ما بينهما (والثالث)
يصح ويكون
مقرا بدرهمين لأنه استثنى درهمين من ثلاثة فيبقى منها درهم مستثنى من الاقرار
واستثناء الأكثر
عندهم لا يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة إلا درهما بطل
الاستثناء كله
ويجئ على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما في التي قبلها.
(فصل) وان قال: له علي ألف درهم إلا خمسين فالمستثنى دراهم لأن العرب لا تستثنى
في الاثبات
إلا من الجنس وإن قال: له علي ألف درهم إلا خمسين دراهما فالجميع دراهم كذلك
وهذا اختيار ابن حامد
والقاضي وهو قول أبي ثور وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الألف مبهما
يرجع في تفسيره
إليه وهذا قول مالك والشافعي لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولأن لفظه
في الألف مبهم
والدراهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إبهامه
ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فمتى علم أحد الطرفين
علم أن الآخر

من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التميمي يسئل عن المستثنى منه فإن فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح. (فصل) وإن قال: له علي تسعة وتسعون درهما فالجميع دراهم لا أعلم فيه خلافا وإن قال مائة وخمسون درهما فكذلك، وخرج بعض أصحابنا وجها أنه لا يكون تفسيرا إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك أن قال الف وثلاثة دراهم أو خمسون درهما وألف درهم أو الف ومائة درهم أو مائة وألف درهم والصحيح ما ذكرنا فإن الدرهم المفسر يكون تفسيرا لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبرا عن أحد الخصمين أنه قال (إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة، وقال عنتره فيها اثنتان وأربعون حلوبة * سودا كخافية الغراب الأسحم ولأن الدرهم ذكر تفسيرا ولهذا لا تجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيرا لجميع ما قبله لأنها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله الف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل المجمل من جنس المفسر أو قال: بعثك هذا بمائة وخمسين درهما، أو بخمسة وعشرين درهما، لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه.

(فصل) وإن قال: له علي الف ودرهم أو الف وثوب أو قفيز حنطة فالمجمل من جنس المفسر أيضا وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة أو الف ثوب وعشرون وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير المجمل إليه لأن الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولأن الألف مبهم فرجع في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليها، وقال أبو حنيفة ان عطف على المبهم مكيلا أو موزونا كان تفسيراً له وان عطف مذروعا أو معدودا لم يكن تفسيراً لأن علي للايجاب في الذمة فإذا عطف عليه ما يثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً كقوله مائة وخمسون درهما. ولنا أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى قال الله تعالى (ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازداد واتسعا) وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولأنه ذكر مبهما مع مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهما أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلا يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره فوجب حمل الامر على ذلك، أما قوله (أربعة أشهر وعشرا) فإنه امتنع أن يكون العشر أشهر الوجهين (أحدهما) أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغيرها (الثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهرا بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الألف مبهم قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبهه ما لو قال مائة وخمسون درهما أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فإن قيل إذا قال مائة وخمسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يزداد به العدد فصلح تفسيراً لجميع

ما قبله بخلاف قوله مائة درهم فإنه ذكر الدرهم للايجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح
للايجاب والتفسير معا والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الامر على ذلك صيانة
لكلام المقر عن
الالباس والابهام وصرفا له إلى البيان والافهام، وقول أصحاب أبي حنيفة ان علي
للايجاب قلنا فمتى عطف
ما يجب بها على ما يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسرا وأمكن تفسيره به وجب
أن يكون المبهم من
جنس المفسر فاما ان لم يكن مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث أو بالعكس
ونحو ذلك فلا يكون أحدهما
من جنس الآخر ويبقى المبهم على إبهامه كما لو قال له علي أربعة دراهم وعشر
(مسألة) قال (وإذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله)
وجملته أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندي دراهم ثم فسر اقراره بأنها وديعة قبل
تفسيره لا نعلم
فيه اختلافا بين أهل العلم سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لأنه فسر لفظه بما يقتضيه
فقبل كما لو قال
له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة شيث؟؟ لو ادعى
تلفها بعد ذلك
أو ردها كان القول قوله، وان فسرها بدين عليه قبل أيضا لأنه يقر على نفسه بما هو
أغلظ وإن قال له عندي
وديعة رددتها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله وبهذا قال الشافعي لما فيه من
مناقضة الاقرار والرجوع
عما أقر به فإن الألف المردود والتالف ليست عنده أصلا ولا هي وديعة وكل كلام
يناقض الاقرار ويحيله

يجب أن يكون مردودا وقال القاضي يقبل قوله لأن أحمد قال في رواية ابن منصور إذا قال لك عندي وديعة دفعتها إليك صدق لأنه ادعى تلف الوديعة أورها فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وان قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسألة) قال (ولو قال له علي الف ثم قال وديعة لم يقبل قوله) وجملة ذلك أنه إذا أقر بدراهم بقوله علي كذا ثم فسره بالوديعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة وإذا ادعى بعد ذلك تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضا لأن الوديعة عليه حفظها وورها فإذا قال علي وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال علي الف وديعة ولان حروف الصفات يخلف بعضها بعضا فيجوز ان يستعمل علي بمعنى عندي كما قال الله تعالى اخبارا عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي. ولنا ان علي للايجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته وكذلك لو قال ما على فلان علي كان ضامنا له والوديعة ليست في ذمته ولاهي عليه إنما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل انه لو قال له علي دراهم لزمته ثلاثة دراهم وان جاز التعبير بلفظ الجمع عن اثنين وعن واحد كقول الله تعالى (فإن كان له اخوة فلأئمه السدس) ومواضع كثيرة في القرآن، ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم

فحذفت المضاف وأقمت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه، ولو قال لك من مالي الف
قال صدقت ثم قال أردت ان
عليك من مالي ألفا وأقمت اللام مقام على كقول الله تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل
منه ولو قبل في الاقرار مطلق
الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة، وأما إذا قال لك علي
الف ثم قال كان وديعة
فتلف لم يقبل قوله لأنه متناقض وقد سبق نحو من هذا
(فصل) وان قال لك علي مائة درهم ثم احضرها وقال هذه التي أقررت بها وهي وديعة
كانت لك
عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي أقررت؟؟ بها غيرها وهي دين عليك فقول
الخرقي يقتضى ان القول قول المقر له
وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجهين
وتعليلها ما تقدم
وإن كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فإن القاضي وافق ههنا في أنه لا يقبل
قول المقر لأن الوديعة
عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لأنه يحتمل في ذمتي أداؤها ولأنه يجوز أن
يكون عنده وديعة تعدى
فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولا صحاب الشافعي في هذه وجهان، فأما ان وصل
ذلك بكلامه فقال لك علي مائة
وديعة قبل لأنه وصل كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له علي دراهم ناقصة وان قال
له علي مائة وديعة دينا
أو مضاربة دينا صح ولزمه ضمانها لأنها قد يتعدى فيها فتكون دينا وان قال أردت أنه
شرط علي ضمانها لم يقبل
لأنها تصير بذلك دينا وان قال عنده مائة وديعة شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لأن
الوديعة لا تصير بالشرط
مضمونة، وان قال علي وعندني مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء
حكما بصحة العارية في الدراهم
أو بفسادها لأن ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد، وان قال أودعني مائة فلم
أقبضها أو أقرضني
مائة فلم آخذها قبل قوله متصلا ولم يقبل إذا كان منفصلا وهكذا إذا قال نقدني مائة
فلم أقبضها وهذا قول الشافعي

(३१०)

(فصل) فإن قال له في هذا العبد الف أو له من هذا العبد ألف طولب بالبيان فإن قال
نقد عني ألفا في ثمنه
كان قرضا، وان قال نقد في ثمنه ألفا قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فإن
قال بايجاب واحد
وزن ألفا ووزنت ألفا كان مقرا بنصف العبد وان قال وزنت الفين كان مقرا بثلثه
والقول قوله مع
يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لأنه قد يغبن وقد يغبن، وان قال اشتريناه
بايجابين قيل فكم
اشترى منه فإن قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها
وان قال
وصي له بألف من ثمنه بيع وصرف إليه من ثمنه الف وان أراد أن يعطيه ألفاً من ماله من
غير ثمن
العبد لم يلزمه قبوله لأن الموصى له يتعين حقه في ثمنه، وان فسر ذلك بألف من جناية
جناها العبد
فتعلقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الألف من ثمنه، وان قال أردت أنه رهن
عنده بألف ففيه
وجهان (أحدهما) لا يقبل لأن حق المرتهن في الذمة (والثاني) يقبل لأن الدين يتعلق
بالرهن فصح تفسيره
به كالجناية ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه
(فصل) وان قال له في مالي هذا الف أو من مالي الف وفسره بدين أو وديعة أو وصية
فيه قبل
وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره لأن ماله ليس هو لغيره
ولنا أنه أقر بألف فقبل كما لو قال في مالي ويجوز أن يضيف إليه مالا بعضه لغيره
ويجوز أن يضيف
مال غيره إليه لاختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء
أموالكم

التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا) وقال
سبحانه في النساء
(لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم (وقرن في
بيوتكن) فلا يبطل
اقراره مع احتمال صحته وان قال أردت هبة قبل منه لأنه محتمل وان امتنع من تقييضا
لم يجبر عليه
لأن الهبة فيها لا تلزم قبل القبض، وكذلك يخرج فيها إذا قال لفلان في داري هذه
نصفها أو من داري
بعضها، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فيمن قال نصف
عبدي هذا لفلان
لم يجز الا أن يقول قد وهبته، وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا ونقل ابن
منصور إذا
قال فرسي هذه لفلان فاقراره جائز، فظاهر هذا صحة الاقرار فإن قال له في هذا المال
نصفه أوله
نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وإن قال له في هذا المال الف صح وان قال له في
ميراث أبي الف
فهو اقرار بدين على التركة وان قال في ميراثي من أبي وقال أردت هبة قبل منه ولأنه إذا
أضاف الميراث
إلى أبيه فمقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقربه فيه، وإذا أضاف الميراث إلى نفسه
فمعناه ما ورثته وانتقل
إلي فلا يحمل على الوجوب وإذا أضاف إليه منه جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا من
ماله
(فصل) وان قال له في هذا العبد شركة صح اقراره وله تفسيره بأي قدر كان منه وقال
أبو يوسف
يكون مقرا بنصفه لقوله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاقتضى ذلك التسوية بينهم كذا
ههنا

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس
اطلاق لفظ
الشركة على ما دون النصف مجازا ولا مخالفا للظاهر والآية تثبت التسوية فيها بدليل
وكذلك الحكم
إذا قال هذا العبد شركة بيننا
(فصل في الاقرار بالمجهول)
وإذا قال لفلان علي شئ أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه ويفارق
الدعوى
حيث لا تصح مجهولة لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون
ماله
ولان المدعي إذا لم يصح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير
ولا يؤمن
رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة فإن امتنع من تفسيره
حبس حتى
يفسر وقال القاضي يجعل ناكلا ويؤمر المقر له بالبيان فإن بين شيئا فصدقه المقر ثبت
وإن كذبه وامتنع
من البيان قيل له إن بينت وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك وهذا قول أصحاب الشافعي،
إلا أنهم
قالوا إن بينت وإلا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فإن فعل وإلا أحلفنا
المقر له وأوجبناه
على المقر، ووجه الأول انه ممتنع من حق عليه فيحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه
ومع ذلك متى
عينه المدعي وادعاه فنكل المقر فهو على ما ذكره وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته
بمثل ذلك

لأن الحق ثبت على موروثهم فيتعلق بتركته وقد صارت إلى الورثة فيلزمهم ما لزم موروثهم كما لو كان الحق معيناً وإن لم يخلف الميت تركه فلا شيء على الورثة، ومتى فسر إقراره بما يتمول في العادة قبل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل إقراره وإن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل إقراره لأن إقراره اعترف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة، وكذلك أن فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والخنزير والميتة لم يقبل وإن فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه فكذلك وإن فسره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لأنه شيء يجب رده عليه وتسليمه إليه فالإيجاب يتناوله، (والثاني) لا يقبل لأن الإقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وإن فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لأن هذا لا يتمول عادة على انفراده وإن فسره بحد قذف قبل لأنه حق يجب عليه ويحتمل أن لا يقبل لأنه لا يؤول إلى مال والأول أصح لأن ما ثبت في الذمة صح أن يقال هو علي، وإن فسره بحق شفعة قبل لأنه حق واجب ويؤل إلى المال، وإن فسره برد السلام أو تشميت العاطس ونحوه لم يقبل لأنه يسقط بفواته فلا يثبت في الذمة، وهذا الإقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره به إذا أراد أن يحق: علي رد سلامه إذا سلم وتشميته إذا عطس لما روي في الخبر (للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً يرد سلامه ويشمت عطسته ويجيب دعوته) وذكر الحديث وإن قال غصبتة شيئاً وفسره بما ليس بمال قبل لأن اسم الغصب يقع عليه، وإن قال غصبتة نفسه لم يقبل لأن

الغصب لا يثبت عليه وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة انه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزن لأن غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز ان يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزن ولأنه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاقرار به والاخبار عنه.

(فصل) وان أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم) وقوله (وفي أموالهم حق) وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) لا يقبل الا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم (والثالث) ما يقطع به السارق ويصح مهرا لقول الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفا ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه، وأما آيات الزكاة فهي عامة دخلها التخصيص وقوله تعالى (وفي أموالهم حق) لم يرد به الزكاة بدليل انها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قولهم قوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) والتزويج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب، وان قال: له علي مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال: مال لم يزد عليه وهذا قول الشافعي، وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم لأنه يقطع به السارق ويكون صداقا عنده، وعنه لا يقبل بأقل

من مائتي درهم وبه قال صاحباؤه لأنه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك
كقولهم في المال
ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعيد
اثنا وسبعون
لأن الله تعالى قال لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وكانت عزواته وسراياه اثنتين
وسبعين قالوا ولان
الحبة لا تسمى مالا عظيما ولا كثيرا
ولنا أن ما فسر به المال به العظيم كالذي سلموه ولان العظيم والكثير لا حد له في
الشرع
ولا في اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم
الكثير ومنهم من
يحتقر الكثير فلم يثبت في ذلك حد يرجع إلى تفسيره به ولأنه ما من مال الا وهو
عظيم كثير بالنسبة
إلى ما دونه ويحتمل انه أراد عظيما عنده لفقر نفسه ودناءتها وما ذكره فليس فيه
تحديد للكثير
وكون ما ذكره كثيرا لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (اذكروا الله كثيرا)
فلم ينصرف
إلى ذلك وقال (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة) فلم يحمل على ذلك والحكم فيما
إذا قال عظيم جدا
أو عظيم عظيم كما لو لم يقله لما قرناه.
(فصل) وان قال: له علي أكثر من مال فلان ففسره بأكثر منه عددا أو قدرا لزمه أكثر
منه وتفسر الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل، وان قال ما علمت لفلان أكثر من كذا
أو كذا
وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به لأن مبلغ المال حقيقة لا يعرف في
الأكثر
وقد يكون ظاهرا وباطنا فيملك مالا يعرفه المقر فكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع
يمينه إذا ادعى

عليه أكثر منه، وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أولم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولاً لأنه يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لأنه في الذمة، قال القاضي ولو قال لي عليك ألف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها لأن لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل انه أراد أكثر منه فلوساً أو حب حنطة أو شعير أو دخن فرجع في تفسيرها إليه وهذا بعيد فإن لفظه أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وتنصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا أكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا أكثر منك مالا - وقالوا نحن أكثر أموالاً وأولاداً) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمع جياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال: له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع إلى مطلق الاحتمال لسقط الاقرار، واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا (فصل) ولو قال: له علي الف الا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لأن الشيء يحتمل القليل والكثير لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتعين حملة على ما دون النصف وكذلك أن قال إلا قليلاً لأنه مبهم فأشبهه قوله إلا شيئاً وان قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة أن ادعت عليه.

(فصل) وان قال له علي كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف.

(الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا فأما الأولى فإذا قال له كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول له علي كذا درهم

بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلا من كذا (الثاني) أن يقول درهم بالجر

فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كناية عنه

(الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوبا على التفسير وهو التمييز وقال بعض النحويين

هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وهذا على قول نحاة الكوفة (الرابع) أن

يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضا لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف وهذا

مذهب الشافعي، وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ولنا ان

كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف.

(المسألة الثانية) إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار سواء

لا يتغير الحكم ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء ولأنه إذا قاله بالجر احتمل أن يكون

قد أضاف جزءا إلى جزء ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم فقال نصف تسع درهم وهكذا لو قال كذا

كذا كذا لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه.

(المسألة الثالثة) إذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد لأنه ذكر شيئين ثم ابدل
منهما درهما فصار كأنه قال هما درهم، وان قال درهما بالنصب ففيه ثلاثة أوجه
(أحدها) يلزمه درهم
واحد وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضي لأن كذا يحتمل أقل من درهم فإذا
عطف عليه مثله
ثم فسرها بدرهم واحد جاز وكان كلاما صحيحا وهذا يحكى قولاً للشافعي (والوجه
الثاني) يلزمه درهما
وهو اختيار أبي الحسن التميمي لأنه ذكر جملتين فإذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى
كل واحدة
منهما كقوله عشرون درهما بعود التفسير إلى العشرين وكذا ههنا وهذا يحكى قولاً
ثانياً للشافعي (والوجه
الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير للجمله التي تليه فيلزمه
بها درهم
والأولى باقية على ابهامها فيرجع في تفسيرها إليه وهذا يشبه مذهب التميمي، وقال
محمد بن الحسن إذا
قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لأنه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب وان قال
كذا كذا درهما
لزمه أحد عشر درهما لأنه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وان قال كذا
وكذا درهما لزمه أحد
وعشرون لأنه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك، وان قال كذا درهم بالجر
لزمه مائة درهم لأنه أقل
عدد يضاف إلى الواحد، وحكى عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه
بهما أحد عشر درهما
ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه فوجب المصير إلى ما قلنا لأنه اليقين وما زاد
مشكوك فيه
فلا يجب بالشك كما لو قال له علي درهم لم يلزمه الا أقل الجمع ولا يلزم كثرة
الاستعمال فإن اللفظ إذا
كان حقيقة في الأمرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون
اللفظ المفرد موجبا

لأكثر من المكرر فإنه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب إحدى عشر ولا نعرف لفظا مفردا متناولا
لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره
(فصل) ولو قال غصبتك أو غبنتك لم يلزمه شيء لأنه قد يغصبه نفسه ويغبنه في غير المال وان
قال غصبتك شيئا وفسره بغصب نفسه لم يقبل لأنه جعل له مفعولين فجعله المفعول الأول وشيئا
المفعول الثاني ويجب أن يكون الثاني غير الأول، وان فسره بمال قبل وان قل وان
فسره بكلب أو جلد
ميتة أو سرجين ينتفع به قبل لأنه قد يقهره فيأخذه منه وان فسره بما لا نفع فيه أو لا
يباح الانتفاع
به لم يقبل لأن أخذ ذلك ليس بغصب
(فصل) وتقبل الشهادة على الاقرار بالمجهول لأن الاقرار به صحيح وما كان صحيحا
في نفسه
صحت الشهادة به كالمعلوم
(مسألة) قال (ولو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة كان القول قول المالك)
إنما قدم قول المالك لأن العين ثبتت له بالاقرار وادعى المقر دينا لا يعترف له به
والقول قول
المنكر ولأنه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقا فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل
وكذلك لو أقر
له بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل
لأنه
مدع على غيره حقا فلا يقبل قوله الا ببينة وكذلك لو قال هذه الدار له ولي سكنها
سنة

(فصل) وان قال لك علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لي عليك الف ولا شئ لك عندي فقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) القول قول المقر له لأنه اعترف له بالألف وادعى عليه مبيعا فأشبهه ما إذا قال هذا رهن فقال المالك وديعة أول له علي الف ولي عنده مبيع لم أقبضه (والثاني) القول قول المقر قال القاضي هو قياس المذهب وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأنه أقر بحق في مقابلة حق له لا ينفك أحدهما عن الآخر فإذا لم يسلم له ماله لم يسلم للمقر له ما عليه كما لو قال لرجل بعتك هذا العبد بألف قال بل ملكتنيه بغير شئ، وفارق ما لو قال له عندي رهن فقال المالك بل وديعة لأن الدين ينفك عن الرهن، ولو قال السيد لعبد بعتك نفسك بألف فأنكر العبد عتق ولا شئ للمقر لأن العتق ينفك عن الثمن، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضه منفصلا أو متصلا فلو قال له علي الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلا لأن اقراره تعلق بالمبيع والأصل عدم القبض فقبل قوله فيه فأما إن قال علي الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم يقبل لأنه فسرا قراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل (فصل) وإذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتنيها فلا يخلو اما أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لأنه يدعي عليه شيئا والزوج ينكر أنها ملكه ويدعي حلها له بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه

ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما على أنه لا يستحق أخذها وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء فالبائع
يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وأنه لا مهر له ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية
الولد لا قرار من ينسب إليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الأصل ولا ترد الأمة إلى
البائع لا قراره بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها الا
قدر المهر فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه وان اختلفا في سببه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال
بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا أنه لا يجعل على البائع يمينا لأنه لا يرى
اليمين في إنكار النكاح، ونفقة الولد على أبيه لأنه حر ونفقة الأمة على زوجها لأنه اما زوج واما سيد
وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فإن كان فيه فضل فهي موقوفة لأننا أزلنا
عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاء، فإن ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لأنه اما أن يكون
صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما
يدعيه وإن كان كاذبا فهي ملكه وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وان
ماتت بعد الوطئ فقد ماتت حرة فميراثها لولدها وورثتها فإن لم يكن لها وارث فميراثها
موقوف لأن أحدا لا يدعيه، وليس للسيد ان يأخذ منه قدر الثمن لأنه يدعي الثمن على الواطي وليس
ميراثها له لأنه قد مات قبلها، وإن كان اختلفا قبل الاستيلاء فعندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما

على حلها له واستحقاقه إمساكها وإنما اختلفا في السبب، ولا ترد إلى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه وللبائع أقل الأمرين من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك، والامر في الباطن على ذلك فإن السيدان كان صادقا فالأمة حلال لزوجها بالبيع وإن كان كاذبا فهي حلال له بالزوجة والقدر الذي اتفقا عليه إن كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنا وإن كان كاذبا فهو يستحقه مهرا وقال القاضي يحلف الزوج أنه ما اشتراها لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفي الزوجة لأنه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتحالفان معا ويسقط الثمن عن الزوج لأن عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر لأن السيد لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع إليه فيملكها ظاهرا وباطنا كما يرجع البائع في السلعة عند فلس المشتري بالثمن لأن الثمن ههنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود إليه ملكا (والثاني) ترجع إليه في الظاهر دون الباطن لأن المشتري امتنع من أداء الثمن مع امكانه، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فإن كان وفق حقه فحسن وإن كان دونه أخذه وان زاد فالزيادة لا يدعيها أحد لأن المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الأول فهل تقر في يد المشتري أو ترجع إلى بيت المال؟ يحتمل وجهين، فإن رجع البائع وقال صدق خصمي ما بعته إياها بل زوجته لم يقبل في اسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق المهر وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت
شهادتهما
ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لاعترافه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع
صحيحا بالنسبة إلى
البائع لأنه محكوم له برقه وفي حق المشتري استنقاذا واستخلاصا فإذا صار في يديه
حكم بحريته لاقراره
السابق ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا فرد الحاكم
شهادتهما فدفعها إلى
الزوج عوضا ليخلعها صح و كان في حقه خلعا صحيحا وفي حقهما استخلاصا ويكون
ولاؤه موقوفا لأن
أحدا لا يدعيه فإن البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقه الا البائع وأنا
استخلصته فإن مات وخلف
مالا فرجع أحدهما عن قوله فالمال له لأن أحد لا يدعيه سواه لأن الراجع إن كان البائع
فقال
صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لا قراره ببطلان
البيع وإن كان
الراجع المشتري قبل في المال لأن أحدا لا يدعيه سواه ولا يقبل قوله في نفى الحرية
لأنها حق لغيره
وان رجعا معا فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لأنه لأحدهما ولا يعرف عينه
ويحتمل أن من هو في
يده يحلف ويأخذه لأنه منكر وان لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان (أحدهما) يقر في
يد من هو في يده
فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحدا لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت
المال على كل حال لذلك
(فصل) ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاءه به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل
هو غيره
لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواه فإن
رجع المقر له

فادعاه لزمه دفعه إليه لأنه لا منازع له فيه، وإن قال المقر له صدقت هذا لي والذي
أقررت به آخر لي
عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على نفي الآخر
(مسألة) قال (ولو مات فخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل
الذي في يديه لمن أقر له به)
وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالثا مشارك لهما في الميراث لم يثبت
النسب بالاجماع
لأن النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر ولا يمكن إثباته في
حقهما لأن أحدهما منكر
ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل
العلم وقال الشافعي
لا يشاركه وحكي ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم ليس بشئ حتى يقرؤا جميعا لأنه
لم يثبت نسبه فلا
يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب. ولنا أنه أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه فلزمه
المال كما لو أقر ببيع
أو أقر بدين فأنكر الآخر، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم ببطلانه
ولأنه يقر
له بمال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على
أبيه أو أقر له بوصية
فأنكر سائر الورثة إذا ثبت هذا فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه وبهذا
قال ابن أبي ليلى
ومالك والثوري والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وأبو عبيد وأبو
ثور، وقال أبو حنيفة
إذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده وإن أقر بأخت لزمه ثلث ما
في يده لأنه
أخذ مالا يستحقه من التركة فصار كالغاصب فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض
التركة أجنبي ولأن الميراث يتعلق

ببعض التركة كما يتعلق بجمعها فإذا هلك بعضها أو غصب تعلق الحق بباقيها والذي في يد المنكر كالمغصوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصبه أجنبي.

ولنا أن التركة بينهم أثلاثا فلا يستحق مما في يده إلا الثلث كما لو ثبت نسبه بينة، ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصه أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه، كالأقرار بالوصية وكأقرار أحد الشريكين، على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجربها نفعا لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولأنه حق لو ثبت بينة لم يلزمه إلا قدر حصته فإذا ثبت بالأقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية، وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة، وههنا يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعي فيما إذا كان المقر صادقا فيما بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه وهو الأصح، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه؟ على وجهين.

(فصل) وان أقر جميع الورثة بنسب من يشاركونهم في الميراث ثبت نسبه سواء كان الورثة واحدا أو جماعة ذكرا أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والإيمان التي له وعليه وكذلك في النسب

وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فإنه ابنه، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (هو لك يا عبد بن زمعة وللعاهر الحجر) فقضى به لعبد بن زمعة وقال (احتجبي منه يا سودة) والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين، وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة. ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولأنه قول لا يعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين (فصل في شروط الاقرار بالنسب) لا يخلوا اما أن يقر على نفسه خاصة، أو عليه وعلى غيره، فإن أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره، وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم من أنتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف

فإن كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فإن كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره لأن نسبه ثابت وجري ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لأن الأب لو عاد فجحد النسب لم يقبل منه وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه، فاما إن كان اقرارا عليه وعلى غيره كاقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الأربعة وشرط خامس وهو كون المقر جميع الورثة فإن كان المقر زوجا أو زوجة لا وارث معهما لم يثبت النسب باقرارهما لأن المقر لا يرث المال كله، وان اعترف به الإمام معه ثبت النسب لأنه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وأخذ الباقي، وإن كان الوارث بنتا أو أختا أو أما أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض الرد وثبت النسب بقوله كالابن لأنه يرث المال وعند الشافعي لا يثبت بقوله النسب لأنه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال، ولهم فيما إذا وافقه الإمام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد ويذكر في موضعه وإن كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولهما لأنهما يأخذان المال كله، وإذا أقر بابن ابنه وابنه ميت اعتبرت فيه الشروط التي تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك أن أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه.

(فصل) وإن كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقا أو مخالفا لدين مورثه أو قاتلا فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لأنه يجوز جميع الميراث ثم إن كان المقر به يرث شارك المقر

في الميراث وإن كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً.

(فصل) وإن كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والمجنون فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت النسب باقراره لأنه لا يجوز الميراث كله فإن بلغ الصبي أو أفاق المجنون فأقر به أيضاً ثبت نسبه لا تفاق جميع الورثة عليه وإن أنكر لم يثبت النسب وإن ماتا قبل أن يصيرا مكلفين ثبت نسب المقر به لأنه وجد الاقرار من جميع الورثة فإن المقر به صار جميع الورثة، ولو كان الوارثان بالغين عاقلين فأقر به أحدهما وأنكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به لأن المقر به صار جميع الورثة فأشبهه ما لو أقر به ابتداء بعد موت أخيه وكما لو كان شريكه في الميراث غير مكلف وفيه وجه آخر انه لا يثبت النسب لأنه أنكره بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت بخلاف ما إذا كان شريكه غير مكلف فإنه لم ينكره وارث وهذا فيما إذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد الميت فإن كان للميت وارث سواه أو من يشاركه في الميراث لم يثبت النسب بقول الباقي منهما وجهاً واحداً لأنه ليس كل الورثة ويقوم وارث الميت الثاني مقامه فإذا وافق المقر في اقراره ثبت النسب وإن خالفه لم يثبت كالموروث وإن خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابناً فأقر بالذي أنكره أبوه ثبت نسبه لاقرار جميع الورثة به ويحتمل أن لا يثبت لانكار الميت له

(فصل) وإذا أقر الوارث بمن يحجبه كأخ أقر بابن؟؟ للميت واخ من أب أقر بأخ من أبوين وابن ابن أقر بابن للميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقول أبي العباس ابن سريج، وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لأن توريثه يفضي إلى اسقاط توريثه فسقط بيانه انه لو ورث لخرج المقر به عن كونه وارثا فيبطل اقراره ويسقط نسب المقر به وتوريثه فيؤدي توريثه إلى اسقاط نسبه وتوريثه فأثبتنا النسب دون الميراث ولنا انه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه أحد موانع الإرث فيدخل في عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أو فيرث كما لو ثبت نسبه بينة ولان ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع وما احتجوا به لا يصح لأننا إنما نعتبر كون المقر وارثا على تقدير عدم المقر به وخروجه بالاقرار عن الإرث لا يمنع صحته بدليل أن الابن إذا أقر بأخ فإنه يرث مع كونه يخرج باقراره عن أن يكون جميع الورثة، فإن قيل إنما يقبل إقراره إذا صدقه المقر به فصار اقرارا من جميع الورثة، وإن كان المقر به طفلا أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله، قلنا ومثله ههنا فإنه إن كان المقر به كبيرا فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر اقراره وإن كان صغيرا غير معتبر القول لم يثبت النسب

بقول الآخر كما لو كانا ابنين أحدهما صغيرا فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا انه لا
 تعتبر موافقته
 كذا ههنا ولأنه لو كان في يدي انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر
 له وإن كان
 المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا
 (فصل) فإن خلف ابنا فأقر بأخ ثبت نسبه ثم إن أقر بثالث ثبت نسبه أيضا لأنه اقرار من
 جميع الورثة فإن قال الثالث الثاني ليس بأخ لنا فقال القاضي يسقط نسب الثاني لأن
 الثالث وارث منكر
 لنسب الثاني فأشبهه ما لو كان نسبه ثابتا قبل الثاني وفيه وجه آخر لا يسقط نسبه ولا
 ميراثه لأن نسبه
 ثبت بقول الأول وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولأنه أقر به من هو كل الورثة حين
 الاقرار وثبت ميراثه
 فلا يسقط بعد ثبوته ولان الثاني لو أنكر الثالث لم يثبت نسبه وإنما ثبت نسبه باقراره
 فلا يجوز له
 اسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالأول ولان ذلك يؤدي إلى اسقاط الأصل بالفرع
 الذي يثبت به
 (فصل) وان أقر الابن بأخوين دفعة واحدة فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما
 وان
 تكاذبا ففيهما وجهان (أحدهما) لا يثبت نسبهما وهو مذهب الشافعي لأن كل واحد
 منهما لم يقر به
 كل الورثة (والثاني) يثبت نسبهما لأن كل واحد منهما وجد الاقرار به من ثابت النسب
 هو كل
 الورثة حين الاقرار فلم يعتبر موافقة غيره كما لو كانا صغيرين فإن كان أحدهما يصدق
 صاحبه دون
 الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما وفي الاخر وجهان وان كانا توأمين ثبت نسبهما
 ولم يلتفت إلى

انكار المنكر منهما سواء تجاحدا معا أو جحد أحدهما صاحبه لأننا نعلم كذبهما
فإنهما لا يفترقان
ولو أقر الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الآخر لأنهما لا يفترقا في النسب، وان أقر
بنسب صغيرين
دفعه واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين، وهل
يثبت على
الوجه الآخر؟ يحتمل أن يثبت لأنه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يجحده أحد
فأشبه ما لو
انفرد ويحتمل أن لا يثبت لأن أحدهما وارث ولم يقر بصاحبه فلم يجتمع كل الورثة
على الاقرار به ويدفع
المقر إلى كل واحد منهما ثلث الميراث سواء قلنا بثبوت النسب أو لم نقل لأنه مقر به
(فصل) إذا خلف امرأة وأخا فأقرت المرأة بابن للميت وأنكر الأخ لم يثبت نسبه
ودفعت إليه
ثمن الميراث وهو الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها وان أقر به الأخ وحده لم يثبت
نسبه
ودفع إليه جميع ما في يده وهو ثلاثة أرباع المال، فإن خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة
لأبيه وأنكر
الآخر لم تثبت الزوجية ويدفع إليها نصف ثمن الميراث ولأصحاب الشافعي في هذه
المسألة كقولنا
لأن الزوجية زالت بالموت وإنما المقر به حقها من الميراث ولهم وجه آخر لا شيء
لها، وإن كان للميت
امرأة أخرى فلا شيء للمقر لها لأن الفضل الذي تستحقه في يد غير المقر وكذلك ما
كان مثل هذا
مثل أن يخلف أخا من أب وأخا من أم فيقر الأخ من الام بأخ للميت فلا شيء للمقر به
سواء أقر بأخ من أبوين
أو من أب أو من أم لأن ميراثه في يد غير المقر، وان أقر بأخوين من أم دفع إليهما ثلث
ما في يده

لأنه يقر انهم شركاء في الثلث لكل واحد منهما تسع وفي يده سدس وهو تسع ونصف
تسع فيفضل
في يده نصف تسع وهو ثلث ما في يده
(فصل) وإذا شهد من الورثة رجلا ن عدلان بنسب مشارك لهم في الميراث ثبت نسبه
إذا لم يكونا
متهمين وكذلك أن شهدا على اقرار الميت به وان كانا متهمين كأخوين من أم يشهدان
بأخ من أبوين
في مسألة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما لأن ثبوت نسبه يسقط العول
فيتوفر عليهما
الثلث وكذلك لو شهدا بأخ من أب في مسألة معهما أم وأخت من أبوين وأخت من
أب لم تقبل شهادتهما لأن
ثبوت نسبه يسقط أخته فيذهب العول من المسألة فإن لم يكونا وارثين أو لم يكن
للميت تركة قبلت شهادتهما
وثبت النسب لعدم التهمة
(فصل) وان أقر رجلا ن عدلان بنسب مشارك لهما في الميراث وثم وارث غيرهما لم
يثبت النسب
الا أن يشهدا به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يثبت لأنهما بينة. ولنا أنه أقرار من
بعض الورثة
فلم يثبت به النسب كالواحد وفارق الشهادة لأنه تعتبر فيها العدالة والذكورية والاقرار
بخلافه
(فصل) إذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثه وبهذا قال الشافعي
ويحتمل أن
يثبت نسبه دون ميراثه لأنه متهم في قصد أخذ ميراثه وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا
ارثه لذلك. ولنا أن

علة ثبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت به كحالة الحياة وما ذكروه يبطل ما إذا كان المقر به حيا موسرا أو المقر فقيرا فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وانفاقه منه على نفسه وإن كان المقر به كبيرا عاقلا فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي لأنه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر أنه لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت الا بتصديقه ولم يوجد ويجاب عن هذا بأنه غير مكلف فإن ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الاقرار والتصديق من المقر به فأشبهه ما لو صدقه في حياته، وقال أبو الخطاب وإذا أقر رجل بزوجة امرأة أو أقرت أن فلانا زوجها فلم يصدقه المقر به الا بعد موته ورثه لأنه وجد الاقرار والتصديق معا (فصل) وإذا خلف رجل امرأة وابنا من غيرها فافر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لأنه لم يقربه كل الورثة وهل يتوارثان؟ فيه وجهان (أحدهما) يتوارثان لأن كل واحد منهما يقر أنه لا وارث له سوى صاحبه ولا منازع لهما (والثاني) لا يتوارثان لأن النسب بينهما لم يثبت لمن كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه لأنه منازع في الميراث ولم يثبت نسبه (فصل) وإذا ثبت النسب بالاقرار ثم أنكر المقر لم يقبل انكاره لأنه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بانكاره كما لو ثبت بينة أو بالفراش وسواء كان المقر به غير مكلف أو مكلفا فصدق المقر ويحتمل

أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لأنه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما
كالمال والأول
أصح لأنه نسب ثبت بالاقرار فأشبهه نسب الصغير والمجنون وفارق المال لأن النسب
يحتاط لا ثباته
(فصل) وان أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت
ذات زوج
فهل يقبل اقرارها على روايتين إحداهما لا يقبل لأن فيه حملا لنسب الولد على زوجها
ولم يقر به أو الحاقا
للعار به بولادة امرأته من غيره (والثانية) يقبل لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون
منه فقبل كالرجل
وقال احمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فإن كان لها اخوة أو نسب
معروف فلا بد من أن
يثبت انه ابنها فإن لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لأنها متى كانت ذات
أهل فالظاهر أنه
لا تخفى عليهم ولادتها فمتى ادعت ولدا لا يعرفونه فالظاهر كذبها ويحتمل ان تقبل
دعواها مطلقا لأن
النسب يحتاط له فأشبهت الرجل
(فصل) ولو قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان
وعدم
المنازع لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت هي دار الاسلام ووطنها والنسب
يحتاط لا ثباته
ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه وان لم
يعرف له قدوم إليها
ولاعرف لها خروج من بلدها
(فصل) وان أقر بنسب صغير لم يكن مقرا بزوجة أمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو
حنيفة إذا

كانت مشهورة بالحرية كان مقرا بزوجيتها لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح. ولنا أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقرا بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية وما ذكره لا يصح فإن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطئ في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم اقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجبه (فصل) وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد لزوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فاقراره صحيح ويطلب بالبيان فإن عين أحدهم ثبت نسبه وحرية ثم يسئل عن كيفية الاستيلاء فإن قال كان بنكاح فعلى الوالد الولاء لأنه قد مسه رق والام وولداها الآخرا رقيق قن وان قال استولدتها في ملكي فالمقربه حر الأصل لا ولاء عليه والأمة أم ولد، ثم إن كان المقر به الأكبر فأخواه أبناء أم ولد حكمهما حكمها في العتق بموت سيدها وإن كان الأوسط فالأصغر له حكم أمه، وان عين الأصغر فأخواه رقيق قن لأنها ولدتهما قبل الحكم بكونها أم ولد، وإن قال هو من وطئ شبهة فالولد حر الأصل وأخواه مملوكان، وإن مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم بيانهم مقام بيانه فإن بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للام ولا لو لديها حكم الاستيلاء لأنه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطئ شبهة، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فانا نريه القافة فإن ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فإن لم تكن قافة أقرع بينهم فمن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يورثه بالقرعة

ولنا أنه حر استندت حريته إلى إقرار أبيه فورث كما لو عينه في اقراره.
(فصل) وإذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي
نظرت فإن
كان لكل واحدة منهما زوج يمكن الحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان
بالزوجين، وإن كان
لإحدهما زوج دون الأخرى انصرف الاقرار إلى ولد الأخرى لأنه الذي يمكن الحاقه
به وإن
لم يكن لواحدة منهما زوج ولكن أقر السيد بوطئهما صارتا فراشا ولحق ولداهما به إذا
أمكن أن يولد
بعد وطئه وإن أمكن في إحدهما دون الأخرى انصرف الاقرار إلى من أمكن لأنه ولده
حكما،
وإن لم يكن أقر بوطئ واحدة منهما صح اقراره وتثبت حرية المقر به لأنه أقر بنسب
صغير مجهول
النسب مع الامكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه، ثم يكلف البيان كما لو طلق إحدى
نساءه فإذا بين قبل
بيانه لأن المرجع في ذلك إليه، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فإن قال استولدها في
ملكي فالولد حر
الأصل لا ولاء عليه وأمه أم ولد وإن قال في نكاح فعلى الولد الولاء لأنه مسه رق
والأمة قن لأنها
علقت بمملوك وإن قال بوطئ شبهة فالولد حر الأصل والأمة قن لأنها علقت به في غير
ملك، وإن ادعت
الأخرى انها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الاستيلاء فأشبهه ما لو
ادعت ذلك
من غير اقراره بشيء فإذا حلف رقت ورق ولدها وإذا مات ورثه ولده المقر به، وإن
كانت أمه قد
صارت أم ولد عتقت أيضا وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها إن كان هو الوارث
وحده وإن كان معه غيره

عتق منها بقدر ما ملك فإن مات قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لأنه يقوم مقامه في الحاق النسب وغيره فإذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاء ففي الأمة وجهان: (أحدهما) يكون رقيقاً لأن الرق الأصل فلا يزول بالاحتمال (والثاني) يعتق لأن الظاهر أنها ولدته في ملكه لأنه أقر بولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي فإن لم يكن وارث أو كان وارث فلم يعين عرض على القافة فإن ألحقت به أحدهما ثبت نسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة لأن للقرعة مدخلاً في اثبات الحرية، وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها، وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب ابن لأننا تيقنا ابناً وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لأنه لا يرجح انكشافه وقال أبو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبي ليلى مثل ذلك إلا انه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سعائتهما والكلام على قسمة الحرية والسعاية يأتي في العتق إن شاء الله تعالى.

(مسألة) قال (وكذلك أن أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه) وجملة ذلك أن الوارث إذا أقر بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف نعلمه ويتعلق ذلك بتركة

الميت كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركة لم يلزم الوارث بشئ لأنه لا يلزمه أداء دينه
إذا كان حيا مفلسا فكذلك إذا كان ميتا وان خلف تركة تعلق الدين بها فإن أحب الوارث تسليمها
في الدين لم يلزمه الا ذلك وان أحب استخلاصها وايفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين
من قيمتها أو قدر الدين بمنزلة الجاني، وإن كان الوارث واحدا فحكمه ما ذكرنا وان كانا اثنين أو أكثر
وثبت الدين باقرار الميت أو بينة أو اقرار جميع الورثة فكذلك، وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين
من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه
والخيرة إليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف
وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي
في أحد قوليه، وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قولي الشافعي رجع إليه
بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى)
من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصبا فتعلق
الدين بما يقي من التركة كما لو غصبه أجنبي، ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر
من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولأنه إقرار يتعلق بحصته وحصه أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه
كالإقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولأنه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو إقرار

الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجربها إلى نفسه نفعا (فصل) إذا ادعى رجلان دارا بينهما ملكاها بسبب يوجب الاشتراك مثل أن يقولوا ورثناها أو ابتعناها معا فآقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لهما جميعا لأنهما اعترفا أن الدار لهما مشاعة فإذا غضب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما وإن لم يكونا ادعى شيئا يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنهما لم يعترفا بالاشتراك فإن أقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه إليه وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف إليه لأن الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلته فيثبت لمن يقر له، وإن لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فإن قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع إلا نصفها قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى أقر الانسان بشئ فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى الف لأن له حجة به أو لأن النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف به، فإن لم يصدقه في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار به لأنه أقرب له لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لمالكه (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم المنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنعو ما ذكرنا

(مسألة) قال (وكل من قلت القول قوله فلخصمه عليه اليمين)
يعنى في هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندي الف ثم قال وديعة أو قال علي ثم
قال وديعة أو قال
له عندي رهن فقال المالك وديعة، ومثل الشريك والمضارب والمنكر للدعوى، وإذا
اختلفا في قيمة الرهن
أو قدره أو قدر الدين الذي الرهن به وأشباه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه
اليمين لقول النبي
صلى الله عليه وسلم (لو أعطي الناس بدعوايهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن
اليمين على المدعى عليه) رواه
مسلم ولان اليمين يشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه تقوية لقوله واستظهارا
والذي جعل القول
قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين في حقه
(فصل) إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجر
المستأجر ثم
أنكر ذلك وسال احلاف خصمه ففيه روايتان (إحدهما) لا يستحلف وهو قول أبي
حنيفة ومحمد لأن
دعواه تكذيب لاقاره فلا تسمع كما لو أقر المضارب أنه ربح ألفا ثم قال غلطت ولان
الاقرار أقوى
من البينة، ولو شهدت البينة فقال احلفوه لي مع بينته لم يستحلف كذا ههنا (والثانية)
يستحلف وهو قول
الشافعي وأبي يوسف لأن العادة جارية بالاقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي
أن يستحلف
خصمه لنفى الاحتمال، ويفارق الاقرار البينة لوجهين (أحدهما) ان العادة جارية بالاقرار
بالقبض ولم تجر

العادة بالشهادة على القبض قبله لأنها تكون شهادة زور (والثاني) ان انكاره مع الشهادة طعن في البيئة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرد غير هذا الوجه، وكذلك لو أقر انه اقترض منه ألفا وقبضها أو قال له علي الف ثم قال ما كنت قبضتها وإنما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز إلا على اليقين، فأما ان أقر أنه وهبه طعاما ثم قال ما أقبضتكم وقال المتهم بل أقبضتني فالحكم بقول الواهب لأن الأصل عدم القبض، وان كانت في يد المتهم فقال أقبضتنيها فقال بل اخذتها مني بغير اذني فالحكم بقول الواهب أيضا لأن الأصل عدم الإذن وان كانت حين الهبة في يد المتهم لم يعتبر اذن الواهب وإنما يعتبر مضي مدة يتأتى القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منهما اليمين لما ذكرنا (مسألة) قال (والاقرار بدين في مرض موته كالاقرار في الصحة إذا كان لغير وارث) هذا ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز وحكى أصحابنا رواية أخرى انه لا يقبل لأنه اقرار في مرض الموت أشبه الاقرار لو ارث، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى انه لا يقبل اقراره بزيادة على الثلث لأنه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك

عطيته بخلاف الثلث فما دون. ولنا انه إقرار غير متهم فيه فقبل كالأقرار في الصحة
يحققه ان حالة المرض
أقرب إلى الاحتياط لنفسه وبراء ذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول، وفارق
الأقرار للوارث لأنه
متهم فيه علي ما سنذكره
(فصل) فإن أقر لأجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت بيينة أو قرار في صحته وفي
المال سعة
لهما فهما سواء وان ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الخرقى انهما سواء وهو اختيار
التميمي وبه قال مالك
والشافعي وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة لأنهما حقان يجب
قضاؤهما من رأس المال لم
يختص أحدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا بيينة، وقال أبو الخطاب لا يحاص غرماء
الصحة وقال القاضي هو
قياس المذهب لنص احمد في المفلس انه إذا أقر وعليه دين بيينة يبدأ بالدين الذي بالبيينة
وبهذا قال
النخعي والثوري وأصحاب الرأي لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك
المقر له من
ثبت دينه بيينة كغريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق
بماله منعه من التبرع
ومن الأقرار لوارث ولأنه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته وتبرعاته فلم يشارك من أقر
له قبل الحجر
ومن ثبت دينه بيينة كالذي أقر له المفلس، وإن أقر لهما جميعا في المرض تساويا ولم
يقدم السابق منهما لأنهما
استويا في الحال فأشبهها غريمي الصحة

(مسألة) قال وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة) وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الأنصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن وإسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الإقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كالْمذهبين وقال مالك يصح إلا إذا لم يتهم ويبطل إن اتهم كمن له بنت وابن عم فإقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لأنه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلّة منع الإقرار التهمة فاخصّ المنع بموضعها، ولنا أنه إيصال ماله إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضی بقیة ورثته كهفته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس وفارق الأجنبي فإن هبته له تصح وما ذكره مالك لا يصح فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الإرث وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما (فصل) وإن أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه صح في قولهم جميعا لا نعلم فيه مخالفا إلا الشعبي قال لا يجوز إقراره لها لأنه إقرار لوارث، ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبهه ما لو كان عليه دين ببينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك أن اشترى من وارثه شيئا فأقر له بثمن مثله لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها

ثم أبانها ثم رجع تزوجها ومات في مرضه لم يقبل إقراره لها وقال محمد بن الحسن يقبل لأنها صارت إلى حال لا يتهم فيها فأشبهه ما لو أقر المريض ثم برأ، ولنا أنه إقرار لوارث في مرض الموت أشبه ما لو لم بينها، وفارق ما إذا صح من مرضه لأنه لا يكون مرض الموت (فصل) وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثا صح إقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره لأنه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابنا والأب حي ثم مات بعد ذلك جاز إقراره فقال أحمد لا يجوز وبهذا قال عثمان البتي وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية، ولنا أنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولأنه إذا أقر لغير

وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خاليا عن تهمة فيثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط
وإذا أقر لوارث وقع باطلا لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولأنه اقرار لوارث فلم يصح كما لو
استمر الميراث وان أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الإرث أما الوصية فإنها عطية بعد الموت
فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسألتنا
(فصل) وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الأجنبي ويحتمل أن لا يصح في حق الأجنبي كما لو شهد بشهادة يجر إلى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل وكما لو شهد لابنه وأجنبي، وقال أبو حنيفة ان أقر لهما بدين من الشركة فاعترف الأجنبي بالشركة صح الاقرار
لهما وان جحدتها صح له دون الوارث، ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للأجنبي دون الوارث كما
لو أقر بلفظين أو كما لو جحد الأجنبي الشركة، ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه
العدالة، ولو أقر بشئ له فيه نفع كالاقرار بنسب موسر قبل ولو أقر بشئ يتضمن دعوى على غيره

قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت باقراره والقول قولها
في نفي العوض
وإن قال لعبدته اشتريت نفسك مني بألف فكذلك.
(فصل) ويصح إقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه إقرار
لوارث
فأشبهه الاقرار له بمال والأول أصح لأنه عند الاقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر
وارثا ويمكن بناء
هذه المسألة على ما إذا أقر لغير وارث ثم صار وارثا فمن صحح الاقرار ثم صححه
ههنا ومن أبطله
أبطله، وإن ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته وهو أقرب عصبته
عتق ولم يرثه لأن
توريثه يوجب إبطال الاقرار بحريته وإذا بطلت الحرية سقط الإرث فصار توريثه سببا
إلى إسقاط
توريثه فأسقطنا التوريث وحده، ويحتمل أن يرث لأنه حين الاقرار غير وارث فصح
إقراره له كالمسألة قبلها.
(فصل) ويصح الاقرار من المريض باحبال الأمة لأنه يملك ذلك فملك الاقرار به
وكذلك كل
ما ملكه ملك الاقرار به فإذا أقر بذلك ثم مات فإن بين انه استولدها في ملكه فولده حر
الأصل وأمه

أم ولد تعتق من رأس المال وان قال من نكاح أو وطئ شبهة لم تصر الأمة أم ولد وعتق
الولد فإن
كان من نكاح فعليه الولاء لأنه مسه رق وان قال من وطئ شبهة لم تصر الأمة أم ولد
وان لم يتبين
السبب فالأمة مملوكة لأن الأصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد
لأن الظاهر استيلادها
في ملكه من قبل انها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لأن الأصل عدمه
فلا يثبت الا بدليل.
(فصل) في الألفاظ التي يثبت بها الاقرار إذا قال: له علي الف، أو قال: له لي عليك
الف،
فقال نعم أو أجل أو صدقت أو لعمرى أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو بدعواك، كان
مقرا في جميع
ذلك لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقا؟
قالوا نعم)
وان قال أليس لي عندك الف؟ قال بلى، كان اقرارا صحيحا، لأن بلى جواب للسؤال
بحرف النفي
قال الله تعالى (ألست بربكم قالوا بلى) وان قال لك علي الف في علمي أو فيما أعلم
كان مقرا به لأن ما في
علمه لا يحتمل الا الوجوب وان قال اقضني الألف الذي لي عليك قال نعم، كان مقرا
به لأنه تصديق

لما ادعاه، وان قال اشتر عبدي هذا أو اعطني عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا لما
ذكرنا، وإن قال لك
علي الف إن شاء الله تعالى كان مقرا به نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي ليس
باقرار لأنه علق
إقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولان ما علق مشيئة الله تعالى
لا سبيل إلى معرفته.
ولنا انه وصل إقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الاقرار فلزمه ما أقربه وبطل ما
وصله
به كما لو قال له علي الف إلا ألفا ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكما آخر ولا
يقتضي رفع الحكم
أشبه ما لو قال: له علي الف في مشيئة الله تعالى، وإن قال: له علي الف إلا أن يشاء
الله صح الاقرار
لأنه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال: لك علي الف ان شئت
أو ان شاء
زيد لم يصح الاقرار، وقال القاضي يصح لأنه عقبه بما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه
كاستثناء الكل
وكما لو قال إن شاء الله.
ولنا انه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال: له علي الف ان شهد بها
فلان وذلك لأن

الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فإن مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركا وصلة وتفويضا إلى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين محلقين رءوسكم) وقد علم الله أنهم سيد خلون بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاتهم، بخلاف مشيئة الآدمي (الثاني) ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقف الامر على وجودها، ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطا بتوقف الامر على وجودها، والماضي لا يمكن وقفه فيتعين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون وعدا لا إقرارا، وان قال بعثك إن شاء الله تعالى أو زوجتك إن شاء الله تعالى فقال أبو إسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافا عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح؟ فقال نعم إن شاء الله تعالى ان النكاح وقع به قال أبو حنيفة ولو قال بعثك بألف إن شئت فقال قد شئت وقبلت صح لأن هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فإن الايجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره وان

قال: له علي الفان ان قدم فلان لم يلزمه لأنه لم يقربها في الحال ومالا يلزمه في الحال
لا يصير واجبا
عند وجود الشرط، وإن قال: إن شهد فلان علي لك بألف صدقته لم يكن إقرارا لأنه
يجوز ان
يصدق الكاذب، وان قال إن شهد بها فلان فهو صادق احتمل أن لا يكون إقرارا لأنه
علقه على شرط
فأشبهت التي قبلها واحتمل أن يكون إقرارا في الحال لأنه يتصور صدقه إذا شهد بها إلا
أن تكون
ثابتة في الحال وقد أقر بصدقه وإن قال له علي الف إن شهد بها فلان لم يكن إقرارا
لأنه معلق على شرط.
(فصل) وان قال: لي عليك الف فقال أنا أقر لم يكن إقرارا لأنه وعد بالاقرار في
المستقبل
وان قال لا أنكر لم يكن اقرارا لأنه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فإن بينهما قسما
آخر وهو السكوت
عنهما وان قال لا أنكر أن تكون محقا لم يكن اقرارا لذلك وان قال أنا مقر ولم يزد
احتمل أن يكون
مقرا لأن ذلك عقيب الدعوى فينصرف إليها وكذلك أن قال أقررت قال الله تعالى (قال
أقررتم وأخذتم
علي ذلكم إصري؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقرارا
واحتمل

أن لا يكون مقرر لأنه يحتمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو
بيطلان دعواك
وان قال لعل أو عسى لم يكن مقرا لأنهما للترجي، وان قال أظن أو أحب أو أقدر لم
يكن اقرارا
لأن هذه الألفاظ تستعمل للشك، وان قال خذ أو اتزن لم يكن مقرا لأنه يحتمل خذا
الجواب أو اتزن
شيئا آخر، وان قال خذها أو أتزنها أو هي صحاح ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار
لأن الصفة
ترجع إلى المدعى ولم يقر بوجوبه ولأنه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون
واجبا عليه فأمره

بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقرارا لأن الضمير يعود إلى ما تقدم
وان قال له علي الف إذا جاء رأس الشهر أو إذا جاء رأس الشهر فله علي الف فقال
أصحابنا الأول
اقرار والثاني ليس باقرار وهذا منصوص الشافعي لأنه في الأول بدأ بالاقرار والثاني ليس
باقرار
ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لأن قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا
يبطل الاقرار بأمر
محتمل وفي الثاني بدأ بالشرط فعلق عليه لفظا يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون
اقرارا مع
الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينهما لأن تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما
جميعا وجهان

كتاب العارية
(مسألة) قال (والعارية مضمونة وان لم يتعد فيها المستعير)
العارية إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال مشتقة من عار الشيء إذا ذهب وجاء ومنه
قيل
للبطال عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول اعاره وعاره مثل أطاعه وطاعة، والأصل
فيها الكتاب
والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (ويمنعون الماعون) روي عن ابن عباس
وابن مسعود
أنهما قالوا العواري وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو، وأما السنة فما روي
عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبة عام حجة الوداع (العارية مؤداة والدين مقضي
والمنحة مردودة والزعيم
غارم) أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروي صفوان بن أمية أن النبي صلى
الله عليه وسلم استعار منه
أدراعا يوم حنين فقال اغصبا يا محمدا؟ قال (بل عارية مضمونة) رواه أبو داود،
واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، ولأنه لما جازت هبة الأعيان جازت
هبة المنافع ولذلك
صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعا. إذا ثبت هذا فإن العارية مندوب إليها وليست
واجبة في قول أكثر
أهل العلم، وقيل هي واجبة للآية ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
(ما من صاحب إبل
لا يؤدي حقها) الحديث قيل يا رسول الله وما حقها؟ قال (إعارة دلوها وإطراق فحلها
ومنحة لبنها يوم
وردها) فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكر في
خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (إذا أدت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك) رواه ابن المنذر وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (ليس في المال حق سوى الزكاة) وفي حديث الاعرابي الذي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما إذا فرض الله علي من الصدقة؟ قال (الزكاة) فقال هل علي غيرها؟ قال (لا إلا ان تطوع شيئاً) أو كما قال، والآية فسرهما ابن عمر والحسن البصري بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة إذا جمع ثلاثتها فله الويل إذا سها عن الصلاة ورائى ومنع الماعون. ويجب رد العارية ان كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها ان كانت تالفة تعدى فيها المستعير أو لم يتعد روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة واليه ذهب عطاء والشافعي وإسحاق، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والأوزاعي وابن شبرمة هي أمانة لا يجب ضمانها الا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (ليس على المستعير غير المغل ضمان) ولأنه قبضها باذن مالِكها فكانت أمانة كالوديعة) قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم (العارية مؤداة) يدل على أنها أمانة لقول الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان (بل عارية مضمونة) وروي الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (على اليد ما اخذت حتى تؤديه) رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولأنه اخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف

فكان مضمونا كالغاصب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد
الجبار
عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان قال الدارقطني ويحتمل
انه أراد ضمان
المنافع والاجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم.
(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حفص العكبري
يسقط،
قال أبو الخطاب أو ما إليه احمد وهو قول قتادة والعنبري لأنه لو أذن في إتلافها لم
يجب ضمانها فكذلك
إذا أسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعنبري انها لا تضمن إلا أن يشترط
ضمانها فيجب لقول النبي
صلى الله عليه وسلم لصفوان (بل عارية مضمونة)
ولنا أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض بيع صحيح أو فاسد وما
اقتضى الأمانة
فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم اخبار
بصفة العارية وحكمها، وفارق
ما إذا أذن في الاتلاف فإن الاتلاف فعل يصح الاذن فيه ويسقط حكمه إذ لا ينعقد
موجبا للضمان
مع الاذن فيه، وإسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا
يملك الاذن فيه.
(فصل) وإذا انتفع بها ورد لها على صفتها فلا شيء عليه لأن المنافع مأذون في إتلافها فلا
يجب
عوضها، وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليه ضمانها لأن ما
ضمن جملته ضمن أجزاؤه
كالمغصوب، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة وخف
الثوب بلبسه ففيه

وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لأنها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت مغصوبة ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كسائر الأجزاء (والثاني)

لا يضمنها وهو قول الشافعي لأن الإذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في اتلافها صريحا، وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إنما أذن في اتلافها على وجه الانتفاع فإذا تلفت العين قبل ذلك فقد فأنت؟؟ على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها

كما لو أجر العين المستعارة فإنه يضمن منافعها، فإذا قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فإنها تقوم حال التلف لأن الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذونا في اتلافها

فلا يجوز تقويمها عليه وإن قلنا يجب ضمان الأجزاء قومت العين قبل تلف أجزائها، وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها بأجزائها، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يعيره ثوبا ليلبسه فحمل فيه ترابا فإنه يضمن نقصه ومنافعه لأنه تلف بتعديه وإن تلف بغير تعد منه

ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فينبغي أن يضمن ما تلف منها بالنار ونحوها

لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبهه تلفها بفعل غير مأذون فيه، وما تلف بمرور الزمان

عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال لأنه تلف بالامسك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه.

(فصل) فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه في أحد الوجهين لأنه لم يدخل في الإعارة فلم يدخل

في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه فأشبهه الوديعة، ويضمنه في الآخر لأنه ولد عين
مضمونة فيضمن
كولد المغصوبة والأول أصح فإن ولد المغصوبة لا يضمن إذا لم يكن مغصوبا وكذلك
ولد العارية
إذا لم يوجد مع أمه وإنما يضمن ولد المغصوبة إذا كان مغصوبا فلا أثر لكونه ولدا لها.
(فصل) ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال فإن لم تكن مثلية
ضمنها بقيمتها
يوم تلفها الا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه فإنه
يضمنها بقيمتها
قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها
على الوجهين جميعا
(فصل) وان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها ويبرأ
بذلك من
ضمانها وان ردها إلى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها
وبهذا قال الشافعي
وقال أبو حنيفة يبرأ لأنها صارت كالمقبوضة فإن رد العواري في العادة يكون إلى
أملاك أربابها فيكون
مأذونا فيه من طريق العادة.
ولنا أنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي وما
ذكره يبطل
بالسارق إذا رد المسروق إلى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها، وان ردها إلى من
جرت عادته
بجريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفه في ماله ورد الدابة إلى سائسها فقياس
المذهب انه يبرأ قاله
القاضي لأن احمد قال في الوديعة إذا سلمها المودع إلى امرأته لم يضمنها ولأنه مأذون
في ذلك عرفا
أشبه ما لو أذن فيه نطقا، ومؤنة الرد على المستعير لقول النبي صلى الله عليه وسلم
(العارية مؤداة) وقوله (على اليد

ما أخذت حتى تؤديه) وعليه ردها إلى الموضع الذي أخذها منه الا ان يتفقا على ردها إلى غيره لأن ما وجب رده لزم رده إلى موضعه كالمغصوب.

(فصل) ولا تصح العارية الا من جائز التصرف لأنه تصرف في المال فأشبهه التصرف بالبيع وتعقد بكل فعل أو لفظ يدل عليها مثل قوله أعرتك هذا أو يدفع إليه شيئا ويقول أبحثك الانتفاع به أو خذ هذا فانتفع به أو يقول أعرنني هذا أو أعطنيه أركبه أو احمل عليه ويسلمه إليه وأشباه هذا لأنه إباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف (فصل) وتجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعقار والعبيد والجواري والدواب والثياب والحلي للبس والفحل للضراب والكلب للصيد وغير ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعار أدراعا؟؟ وذكر إعارة دلوها وفحلها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فيثبت الحكم في هذه الأشياء وما عداها مقيس عليها إذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاءه من المنافع ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع كالثياب ولأنها أعيان تجوز اجارتها فجازت اعارتها كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها، فإن استعارها لينفقها فهذا قرض وهذا قول أصحاب الرأي وقيل ليس هذا جائزا ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئا، ولنا أن هذا معنى القرض فانهقد القرض به كما لو صرح به

(فصل) ولا تجوز إعاره العبد المسلم لكافر لأنه لا يجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز إعارته لذلك

ولا إعاره الصيد لمحرم لأنه لا يجوز له إمساكه ولا إعاره المرأة الجميلة لرجل غير محرمها إن كان يخلو بها

أو ينظر إليها لأنه لا يؤمن عليها، وتجاوز إعارتها لامرأة ولذي محرمها، ولا تجوز إعاره العين لنفع محرم كإعارة

الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يعصي الله تعالى فيها ولا إعاره عبده للزمر أو ليسقيه الخمر أو يحملها

له أو يعصرها أو نحو ذلك، ويكره أن يستعير والديه لخدمته لأنه يكره له استخدامهما فكره استعارتهما لذلك

(فصل) وتجاوز الإعارة مطلقا ومقيدا لأنها إباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام ولان الجهالة إنما تؤثر

في العقود اللازمة فإذا أعاره شيئا مطلقا أبيع له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به فإذا

أعاره أرضا مطلقا فله أن يزرع فيها ويغرس ويبني ويفعل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لأن الاذن

مطلق، وان أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررها فكأنه استوفى بعض

ما أذن له فيه، وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لأن ضررها أكثر فلم يكن الاذن في القليل

اذنا في الكثير وان استعارها للغراس أو للبناء ملك المأذون فيه منهما دون الآخر لأن ضررها مختلف

فإن ضرر الغراس في باطن الأرض لانتشار العروق فيها وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في

أحدهما اذنا في الآخر، وان استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو أقل ضررا منها كالشعير

والباقلا والعدس، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لأن الرضى بزراعة شئ رضى بضرره وما هو دونه

وليس له زرع ما هو أكثر ضررا منه كالذرة والدخن والقطن لأن ضرره أكثر وحكم
إباحة الانتفاع
في العارية كحكم الانتفاع في الإجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه وسنذكر في
الإجارة تفصيل ذلك
إن شاء الله تعالى. وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له
في غرس شجرة
فانقلعت لم يكن له غرس أخرى وكذلك أن أذن له في وضع خشبة على حائط
فانكسرت لم يملك وضع
أخرى لأن الأذن إذا اختص بشيء لم يتجاوز
(فصل) وإن استعار شيئا فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لأن وكيله نائب عنه ويده
كيده وليس
له أن يؤجره لأنه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافا، ولا
خلاف بينهم أن المستعير
لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه وليس له أن
يعيره غيره وهذا
أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لأنه
يملكه على حسب
ما ملكه فجاز كما للمستأجر أن يؤجر، قال أصحاب الرأي إذا استعار ثوبا ليلبسه هو
فأعطاه غيره
فلبسه فهو ضامن وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه، وقال مالك إذا لم يعمل بها إلا
الذي كان
يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه، ولنا أن العارية إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها
غيره كإباحة الطعام
وفارق الإجارة لأنه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها وفي العارية لم
يملكها إنما ملك استيفاءها
على وجه ما أذن له فأشبهه من أبيح له أكل الطعام، فعلى هذا إن أعار فللمالك الرجوع
بأجر المثل وله

أن يطالب من شاء منهما لأن الأول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه والثاني استوفاه بغير اذنه
فإن ضمن الأول رجوع على الثاني لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول لأنه غر الثاني ودفع إليه العين على أنه يستوفي منافعتها بغير عوض وإن تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه فإن رجوع على الأول رجوع الأول على الثاني وإن رجوع على الثاني لم يرجع على أحد (فصل) وإن اعاره شيئاً واذن له في اجارته مدة معلومة أو في إعارته مطلقاً أو مدة جاز لأن الحق لمالكه فجاز ما اذن فيه وليس له الرجوع بعد عقد الإجارة حتى ينقضي لأن عقد الإجارة لازم وتكون العين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر لأن عقد الإجارة لا يوجب ضماناً وإن أجره بغير اذن لم تصح الإجارة ويكون على المستأجر الضمان وللمالك تضمين من شاء منهما على ما ذكرنا في العارية (فصل) ويجوز أن يستعير عبداً يرهنه قال ابن المنذر أجمعوا على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شيء معلوم إلى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن له فيه أن ذلك جائز وذلك لأنه استعاره ليقضي به حاجته فصح كسائر العواري ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه لأن

العارية لا يعتبر فيها العلم وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الشافعي يعتبر ذلك لأن الضرر يختلف بذلك. ولنا أنها عارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الأرض للزرع، ولا يصير المعير ضامنا للدين وقال الشافعي في أحد قوليهِ يصير ضامنا له في رقة عبده لأن العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضمان ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامنا كسائر العواري وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو لمالك العين، وان عين المعير قدر الدين الذي يرهنه به وجنسه أو محلا تعين لأن العارية تتعين بالتعيين فإن خالفه في الجنس لم يصح لأنه عقد لم يأذن له فيه أشبه ما لو لم يأذن في رهنه وكذلك إذا أذن له في محل فخالفه فيه لأنه إذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لا يجد ما يفكه به في الحال، وان أذن في رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل لم يصح، وان رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح لأن من رضي بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه وان رهنه بأنقص منه جاز لأن من رضي بعشرة رضي بما دونها عرفا فأشبهه من أمر بشراء شيء بثمن فاشتراه بدونه وللمعير مطالبة الراهن بفكك الرهن في الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل لأن للمعير الرجوع في العارية متى شاء وان حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه في الدين لأن ذلك مقتضى الرهن فإذا بيع في الدين أو تلف رجع السيد على الراهن بقيمته لأن العارية تضمن بقيمتها

وان تلف بغير تفريط فلا شئ على المرتهن لأن الرهن لا يضمن من غير تعد، وان
استعار عبدا
من رجلين فرهنه بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما لم تخرج لأنه
رهنه بجميع الدين
في صفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد
(فصل) وتجاوز العارية مطلقة ومؤقتة لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام وللمعير الرجوع
في
العارية أي وقت شاء سواء كانت مطلقة أو مؤقتة ما لم يأذن في شغله بشئ يتضرر
بالرجوع فيه
وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك ان كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت
وان لم
تؤقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لأن المعير قد ملكه المنفعة في مدة
وصارت العين في يده
بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته
والمستأجر.
ولنا أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده فلم يملكها بالإعارة كما لو لم تحصل
العين في يده، وأما العبد
الموصى بخدمته فللموصي الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم
وأما المستأجر فإنه
مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف
نعلمه لأنه إباحة
فكان لمن أبيع له تركه كإباحة الطعام.
(فصل) وإذا أطلق؟؟ المدة في العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع وإن وقتها فله أن
ينتفع ما لم يرجع
أو ينقضي الوقت لأنه استباح ذلك بالاذن ففيما عدا محل الاذن يبقى على أصل
التحريم، فإن كان

المعار أرضاً لم يكن له أن يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه وحكمه حكم الغاصب في ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم (ليس لعرق ظالم حق) وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه العدوان ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام الغصب لأنه عدوان.

(فصل) فإن أعاره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع في العارية في أثناءه ضرر بالمستعير لم يجز له الرجوع لأن الرجوع يضر بالمستعير فلم يجز له الاضرار به مثل أن يعيره لوحاً يرقع به سفينته فرقعها به ولجح بها في البحر لم يجز الرجوع ما دامت في البحر وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه، وإن أعاره أرضاً ليدفن فيها فله الرجوع ما لم يدفن فيها فإذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يبيل الميت، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز كما تجوز إعارة الأرض للبناء والغراس وله الرجوع ما لم يضعه وبعد وضعه ما لم يبين عليه لأنه لا ضرر فيه، فإن بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء، وإن قال أنا أدفع إليك أرضاً ما نقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لأنه إذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة وإن انهدم الحائط وزال الخشب عنه أو أزاله المستعير باختياره لم يملك إعادته سواء بنى الحائط

بآلته أو بغيرها لأن العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر
بالمستعير بإزالة
المأذون في وضعه وقد زال ذلك وكذلك إذا سقط الخشب؟؟ والحائط بحاله، وإن
أعاره أرضاً لزرعة
شيء فله الرجوع ما لم يزرع فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع فإن
بذل له قيمة
الزرع ليملكه لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لأن له وقتاً ينتهي إليه فإن كان مما
يحصد قصيلاً فله الرجوع
في وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيه وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى
ينتهي، وإن أذن له
في البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعه فإذا غرس وبني فللمالك الرجوع فيما بين
الغراس والبناء
لأنه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه في الرجوع منها فأشبهه ما لو لم يبن في
الأرض شيئاً ولم يغرس
فيها ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لأنه ملكه فملك نقله ولا يلزمه
تسوية الحفر،
ذكره القاضي، لأن المستعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بان له قلع غرسه،
ويحتمل أن عليه
تسوية الحفر لأن القلع باختياره فإنه لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه تسوية الحفر كما
لو حرب أرضه
التي لم يستعرها، وإن أبى القلع فبذل له المعير ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه
قائماً ليأخذه المعير
أجبر المستعير عليه لأنه رجوع في العارية من غير اضرار، وإن قال المستعير أنا أدفع
قيمة الأرض
لتصير لي لم يكن له لأن الغراس تابع والأرض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء في
البيع ولا تتبعهما
وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان
إلا أن يكون أعاره
مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها لأن المعير لم يعره فكان عليه القلع كما لو شرطه
عليه

ولنا أنه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يعره ممنوع فإن الغراس والبناء يراد للتبقيّة وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له: لا تغرس بعد هذه المدة فإن امتنع المعير من دفع القيمة وأرّش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الأجرة لم يقلع لأن الإعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضا بالابقاء وقول النبي صلى الله عليه وسلم (ليس لعرق ظالم حق) يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق فعند ذلك أن اتفقا على البيع بيعت الأرض بغراسها ودفع إلى كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الأرض غير مغروسة ولا مبنية فإذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مغروسة ومبنية؟ فإن قالوا خمسة عشر قلنا فللمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه وان امتنعا عن البيع بقيا على حالهما وللمعير دخول أرضه كيف شاء والانتفاع بها بما لا يضر الغراس والبناء ولا ينتفع بهما وليس لصاحب الغراس والبناء الدخول إلا لحاجة مثل السقي واصلاح الثمرة لأن الاذن في الغراس اذن فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره وسقيه وليس له دخولها للتفرج لأنه قد رجع في الاذن له ولكل واحد منهما بيع ما يختص به من الملك منفردا فيكون للمشتري مثل ما كان لبائعه وقال بعض أصحاب الشافعي ليس للمستعير بيع الشجر لأن ملكه فيه غير مستقر بدليل أن للمعير أخذه متى شاء بقيمته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصدّاق قبل الدخول، وفي جميع هذه المسائل متى كان المعير

شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشغولة لزمه ذلك، لأن المسلمين على شروطهم ولأن العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لأن المستعير دخل في العارية راضيا بالتزام الضرر الداخلة عليه بالقلع وليس على صاحب الأرض ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافاً، وأما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فإن كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا وإلا لم يلزم لأنه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل إلا فيما إذا استعار أرضاً للزرع فزرعها ثم رجع المعير فيها قبل كمال الزرع فإن عليه أجر مثله من حين رجع المعير لأن الأصل جواز الرجوع وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الأجر جمع بين الحقيقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه ويحتمل أن لا يجب الأجر في شيء من المواضع لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والإعارة تقتضي الانتفاع بغير عوض.

(فصل) وإذا استعار دابة ليركبها جاز لأن اجارتها لذلك جائزة والإعارة أوسع لجوازها فيما لا تجوز اجارته مثل إعارة الكلب للصيد فإن استعارها إلى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه الأجرة للزيادة خاصة فإذا استعارها إلى طبرية فتجاوز إلى القدس فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة

وان اختلفا فقال المالك أعرتكها إلى طبرية وقال المستعير أعرتها إلى القدس فالقول قول المالك
وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان يشبه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان
ولنا أن المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لكن اليمين على المدعى عليه)
(فصل) ومن استعار شيئا فانتفع به ثم ظهر مستحقا فلما لكه أجر مثله يطالب به من شاء منهما
فإن ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم لأنه غره بذلك وغرمه لأنه دخل على أن لا أجر له وإن
رجع على المعير لم يرجع على أحد فإن الضمان استقر عليه، قال أحمد في قصار دفع ثوبا إلى غير صاحبه
فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وان تلف فالقيمة تستقر على المستعير لأنه دخل على أن العين
مضمونة عليه فإن ضمن المعير رجع على المستعير وان ضمن المستعير لم يرجع على أحد لأن الضمان استقر
عليه، وان نقصت العين بالاستعمال انبني على ضمان النقص فإن قلنا هو على المستعير فحكمه حكم القيمة وان
قلنا هو على المعير فهو كالأجر على ما بيناه
(فصل) إذا حمل السيل بذر رجل من أرض إلى أرض غيره فنبت فيها لم يجبر على قلعه وقال
أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض به لأن ملكه حصل في ملك
غيره بغير اذنه فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره. ولنا أن قلعه اتلاف للمال على مالكة
ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه
لا يمكن خروجها الا بقلع الباب أو قتلها فإننا لا نجبره على قتلها، ويفارق أغصان الشجرة فإنه يدوم ضرره

ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء فيؤدي أجره. إذا ثبت هذا فإنه يقر في الأرض إلى حين حصاده
باجر مثله وقال القاضي ليس عليه أجر لأنه حصل في أرض غيره بغير تفريطه فأشبهه ما
لو باتت دابته
في أرض انسان بغير تفريطه وهذا بعيد لأن الزامه تبقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير
أجر
ولا انتفاع إضرار به وشغل لملكه بغير اختياره من غير عوض فلم يجز كما لو أراد ابقاء
بهيمته في دار
غيره عاماً، ويفارق مبيتها لأن ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من اخراجها فإذا
تركها اختياراً منه
كان راضياً به بخلاف مسئلتنا، ويكون الزرع لملك البذر لأنه من عين ماله يحتمل أن
يكون حكم
هذا الزرع حكم زرع الغاصب على ما سنذكره لأنه حصل في أرضه بغير اذنه فأشبهه ما
لو زرعه مالكة
والأول أولى لأن هذا بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الاجر إليه،
وان أحب
مالكه قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الأرض لأنه أدخل النقص على ملك
غيره لاستصلاح
ملكه فأشبهه المستعير، وأما إن كان السيل حمل نوى فنبت شجراً في أرض غيره
كالزيتون والنخيل ونحوه
فهو لملك النوى لأنه من نماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لأن ضرره
يدوم فأجبر على ازالته
كأغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غير مالكة وان حمل السيل أرضاً بشجرها
فنبت في أرض
آخر كما كانت فهي لملكها يجبر على ازلتها كما ذكرنا، وفي كل ذلك إذا ترك
صاحب الأرض المنتقلة
أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل إليها لم يلزمه نقله ولا اجر ولا غير
ذلك لأنه حصل
بغير تفريطه ولا عدوانه وكانت الخيرة إلى صاحب الأرض المشغولة به ان شاء اخذه
لنفسه وان شاء قلعه

(فصل) وإذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب هي عارية وقال المالك بل
اكثريتها
فإن كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من أن يكون الاختلاف عقيب العقد أو بعد
مضي مدة لمثلها اجر
فإن كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لأن الأصل عدم عقد الإجارة وبراءة ذمة
الراكب منها
فيحلف ويرد الدابة إلى مالكةا لأنها عارية وكذلك أن ادعى المالك انها عارية وقال
الراكب بل اكثريتها
فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا، وإن كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها اجر
فادعى المالك
الإجارة فالقول قوله مع يمينه وحكي ذلك عن مالك وقال أصحاب الرأي القول قول
الراكب وهو
منصوص الشافعي لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك
عوضا لها والأصل عدم
وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فكان القول قوله. ولنا أنهما اختلفا في كيفية انتقال
المنافع إلى ملك
الراكب فكان القول قول المالك كما لو اختلفا في عين فقال المالك بعتكها وقال
الآخر وهتنيها ولان المنافع تجرى
مجرى الأعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الأعيان كان القول قول المالك
كذا ههنا وما ذكره يبطل
بهذه المسألة ولأنهما اتفقا على أن المنافع لا تنتقل إلى الراكب الا بنقل المالك لها
فيكون القول قوله في
كيفية الانتقال كالأعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر وفي قدره وجهان (أحدهما)
أجر المثل لأنهما
لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى
(والثاني) المسمى
لأنه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل، وإن كان اختلافهما في
أثناء المدة فالقول
قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقي لأن ما بقي بمنزلة ما لو
اختلفا عقيب العقد وان
ادعى المالك في هذه الصورة انها عارية وادعى الراكب انها بأجر فالراكب يدعي
استحقاق المنافع

(३१)

ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته، وان اختلفا
في ذلك بعد تلف البهيمه قبل مضي مدة لمثلها أجر فالقول قول المالك سواء ادعى الإجارة أو الإعارة
لأنه ان ادعى الإجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه وان
ادعى الإعارة فهو يدعي قيمتها فالقول قوله لأنهما اختلفا في صفة القبض والأصل فيما يقبضه الانسان
من مال غيره الضمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) فإذا حلف المالك استحق القيمة
والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لأنه ينكر الزيادة المختلف فيها والأصل عدمها، وان اختلفا في
ذلك بعد مضي مدة لمثلها أجر وتلف البهيمه وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك منهما أقل
مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الإجارة أو الإعارة إذ لا فائدة في اليمين
على شئ يعترف له به ويحتمل ان لا يأخذه الا بيمين لأنه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له الراكب
بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه، وإن كان ما يدعيه المالك أكثر مثل ان كانت قيمة البهيمه أكثر من
أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الأجرة وادعى الراكب أنها مكتراة
أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية
فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فإذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في
هذا كله نحو ما ذكرنا.
(فصل) وان قال المالك غصبتها وقال الراكب بل أعرتنيها فإن كان الاختلاف عقيب العقد والدابة
قائمة لم يتلف منها شئ فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك بهيمته وكذلك أن كانت الدابة تالفة لأن

القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب، وإن كان الاختلاف بعد مضي مدة
لمثلها أجر
فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه
أن القول
قول الراكب لأن المالك يدعي عليه عوضا الأصل براءة ذمته منه ولأن الظاهر من اليد
أنها بحق
فكان القول قول صاحبها
ولنا ما قدمنا في الفصل الذي قبل هذا بل هذا أولى لأنهما ثم اتفقا على أن المنافع ملك
للراكب
وهنا لم يتفقا على ذلك فإن المالك ينكر انتقال الملك فيها إلى الراكب والراكب
يدعيه والقول قول
المنكر لأن الأصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر، وان قال المالك غصبته وقال
الراكب
أجرتنيها فالاختلاف ههنا في وجوب القيمة لأن الاجر يجب في الموضعين الا ان
يختلف المسمى وأجر
المثل والقول قول المالك مع يمينه فإن كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ
قيمتها وان كانت قد
بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه
وكذلك
إن كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وإن كان زائدا على المسمى لم
يستحقه الا بيمين وجهها واحدا

كتاب الغضب
الغضب هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع:
أما الكتاب فقول
الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن
تراض منكم)
وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من
أموال الناس
بالاثم وأنتم تعلمون) وقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا)
والسرقة نوع
من الغضب، وأما السنة فروى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته
يوم النحر (إن دماءكم
وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا) رواه مسلم وغيره
وعن سعيد بن
زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من أخذ شيئا من الأرض ظلما
طوقه من سبع
أرضين) متفق عليه وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي صلى
الله عليه وسلم
أنه قال (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه) رواه أبو إسحاق الجوزجاني.
وأجمع المسلمون
على تحريم الغضب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه. إذا ثبت هذا فمن غصب
شيئا لزمه رده
ما كان باقيا بغير خلاف نعلمه لقول النبي صلى الله عليه وسلم (على اليد ما أخذت
حتى تؤديه) ولأن حق

المغصوب منه معلق بعين ماله وماليتيه ولا يتحقق ذلك إلا برده فإن تلف في يده لزمه بدله لقول الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فإن كان مما تتماثل أجزاءه وتتفاوت صفاته كالحبوب والادهان وجب مثله لأن المثل أقرب إليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الإدراك بالسمع والقياس طريقة الظن والاجتهاد، وإن كان غير متقارب الصفات وهو ما عدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة وحكي عن العنبري يجب في كل شئ مثله لما روت جسة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت ما رأيت صناعا مثل حفصة صنعت طعاما فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذني إلا فكل فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال " اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام " رواه أبو داود، وعن أنس أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الأخرى فدفع النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة

وجلس المكسورة في بيته، رواه أبو داود مطولا، ورواه الترمذي نحوه وقال حديث
حسن صحيح
ولان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بعيرا ورد مثله
ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في
عبد قوم عليه
قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل
ولأن هذه
الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتتباين صفاتها فالقيمة فيها اعدل وأقرب إليها فكانت أولى
واما الخبر فمحمول
على أنه جوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضي بذلك
(فصل) وما تتماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالدرهم والدنانير والحبوب والادهان
ضمن بمثله
بغير خلاف قال ابن عبد البر كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب
على مستهلكه
مثله لا قيمته وأما سائر المكييل والموزون فظاهر كلام احمد انه يضمن بمثله أيضا فإنه
قال في رواية
حرب وإبراهيم بن هاني ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون
القيمة فظاهر
هذا وجوب المثل في كل مكييل وموزن الا أن يكون مما فيه صناعة كمعمول الحديد
والنحاس والرصاص
من الأواني والآلات ونحوها والحلي من الذهب والفضة وشبهه والمنسوج من الحرير
والتكان والقطن

والصوف والشعر والمغزول من ذلك فإنه يضمن بقيمته لأن الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة

فالقيمة فيه أحصر فأشبهه غير المكييل والموزون وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الأثمان والعنب

والرطب والكمثرى يضمن بقيمته وظاهر كلام احمد يدل على ما قلنا وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا

ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها وفيه إتلاف

فعلى هذا إن كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد فإن كانت من غير جنسه

وجبت بكل حال وان كانت من جنسه فكانت موزونة وجبت قيمته وان كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه

لئلا يؤدي إلى الربا، وقال القاضي ان كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه لأن

ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو كسر الحلي وجب أرش كسره ويخالف البيع لأن الصناعة لا يقابلها

العوض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها بالاتلاف قال بعض أصحاب

الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الأول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لأن القيمة

مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه ربا كالبيع وكانقص وقد قال أحمد في رواية ابن منصور إذا

كسر الحلي يصلحه أحب إلي قال القاضي وهذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لا أنه على طريق الوجوب

وهذا فيما إذا كانت الصناعة مباحة فإن كانت محرمة كالأواني وحلي الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من

وزنه وجها واحدا لأن الصناعة لا قيمة لها شرعا فهي كالمعدومة.

(مسألة) قال (ومن غصب أرضاً فغرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها إلى وقت تسليمها ومقدار نقصانها إن كان نقصها الغرس)
الكلام في هذه المسألة في فصول (أحدها) انه يتصور غصب العقار من الأراضي والدور ويجب
ضمانها على غاصبها هذا ظاهر مذهب احمد وهو المنصوص عن أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد
ابن الحسن وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض وإن كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء، وظاهر هذا انها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف
لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب وان أتلّفها ضمنها بالاتلاف لأنه لا يوجد فيها النقل والتحريم فلم يضمنها كما لو
حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولأن الغصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه تزول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين)
رواه البخاري عن عائشة وفي لفظ (من غصب شبراً من الأرض) فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولان ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمنقول ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين متاعه فما استولى على ماله فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولي

على داره وأما ما تلف من الأرض بفعله أو سبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها وكشط
ترابها والقاء الحجارة
فيها أو نقص يحصل بغرسه أو بنائه فيضمنه بغير اختلاف في المذهب ولا بين العلماء
لأن هذا اتلاف
والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف، ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل
أرض إنسان أو
داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها باذنه أو غير اذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم
يكن، وقال بعض
أصحاب الشافعي إن دخلها بغير اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو
ظن أنها داره أو دار
أذن له في دخولها لأن يد الداخل تثبت عليها بذلك فيصير غاصبا فإن الغصب اثبات
اليد العادية وهذا
قد تثبت يده بدليل أنهما لو تنازعا في الدار ولا بينة لهما حكم بها لمن هو فيها دون
الخارج منها. ولنا أنه
غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها باذنه أو دخل صحراه ولأنه إنما يضمن
بالغصب ما يضمنه في
العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب إذا
كان بغير إذن
(الفصل الثاني) أنه إذا غرس في أرض غيره بغير اذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض
قلع غراسه
أو بنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافا لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل
أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال (ليس لعرق ظالم حق) رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن
وروى أبو داود وأبو
عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلا غرس في
أرض رجل من

الأنصار من بني بياضة فاخترصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بأرضه
وقضى للآخر أن
ينزع؟؟ نخله قال فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالفؤس وإنما لنخل عم (١) ولأنه
شغل ملك غيره بملكه الذي
لا حرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قماشاً وإذا قلعتها لزمه
تسوية الحفر ورد الأرض
إلى ما كانت عليه لأنه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته ازالته، وان أراد صاحب
الأرض أخذ
الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لأنه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب
الأرض أخذه
كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيواناً وان طلب أخذه بقيمته وأبى مالكة الا القلع فله القلع
لأنه ملكه
فملك نقله ولا يجبر على أخذ القيمة لأنها معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفق على
تعويضه عنه بالقيمة أو غيرها
جاز لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه وان وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الأرض
ليتخلص من قلعه
وقبله المالك جاز وان أبى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما
تقدم وان لم يكن
في قلعه غرض صحيح احتمال أن يجبر على قبوله لأن فيه رفع الخصومة من غير غرض
يفوت ويحتمل
أن لا يجبر لأن فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب أرضاً وغراساً من
رجل واحد فغرسه
فيه فالكل لمالك الأرض فإن طالبه المالك بقلعه وفي قلعه غرض أجبر على قلعه لأنه
فوت عليه غرضاً
مقصوداً بالأرض فأخذ بإعادتها إلى ما كانت، وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص
الغراس لما ذكرنا

وإن لم يكن في قلعه غرض لم يجبر على قلعه لأنه سفه فلا يجبر على السفه وقيل يجبر
لأن المالك محكم
في ملكه والغاصب غير محكم فإن أراد الغاصب قلعه ومنعه الحاكم لم يملك قلعه لأن
الجميع ملك للمغصوب
منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير اذنه
(فصل) والحكم فيما إذا بنى في الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها في هذا التفصيل
جميعه إلا أنه
يتخرج انه إذا بذل مالك الأرض القيمة لصاحب البناء أجبر على قبولها إذا لم يكن في
النقض غرض
صحيح لأن النقض سفه والأول أصح لما روى الخلال باسناده عن الزهري عن عروة
عن عائشة قالت
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من بنى في رباغ قوم باذنهم فله القيمة ومن بنى
بغير اذنهم
فله النقض) ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها وإذا كانت الآلة من تراب الأرض
وأحجارها فليس
للمغاصب النقض على ما ذكرنا في الغرس
(فصل) وان غصب دارا فخصصها وزوقها وطالبه رباها بإزالته وفي ازالته غرض لزمه
ازالته وأرشد نقصها
ان نقصت وان لم يكن فيه غرض فوهبه الغاصب لمالكها أجبر على قبوله لأن ذلك
صفة في الدار فأشبهه قسارة الثوب
ويحتمل أن لا يجبر لأنها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش وان طلب الغاصب قلعه
ومنعه المالك وكان
له قيمة بعد الكشط فللمغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو
لم يبذل وان

لم يكن له قيمة ففيه وجهان (أحدهما) يملك قلعه لأنه عين ماله (والثاني) لا يملك لأنه
سفه يضر
ولا ينفع فلم يجبر عليه وان بذل المالك له قيمته ليركه
(فصل) وان غصب أرضا وكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طلبه المالك
وكان فيه
غرض صحيح وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه؟ يحتمل وجهين، وان منعه
المالك فرشه
أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان في رده غرض من إزالة ضرر أو ضمان فله فرشه
ورده وعليه
أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها، وان أخذ تراب أرض فضرر به لبناء رده ولا شئ
له الا أن يكون
قد جعل فيه تبنا له فيكون له أن يحله ويأخذ تبنه وإن كان لا يحصل منه شئ ففيه
وجهان بناء على
كشط التزويق إذا لم يكن له قيمة وان طالبه المالك بحله لزمه ذلك إذا كان فيه غرض
وان لم يكن
فيه غرض فعلى وجهين، وان جعله آجرا أو فخارا لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له
كسره ولا
للمالك اجباره عليه لأن ذلك سفه لا يفيد واتلاف للمال وإضاعة له وقد نهى النبي
صلى الله عليه
وسلم عن إضاعة المال.
(فصل) وان غصب أرضا فحفر فيها بئرا فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك لأنه يضر
بالأرض ولان
التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض وكذلك أن حفر فيها نهرا أو
حفر بئرا في

ملك رجل بغير أذنه وان أراد الغاصب طمها فمنعه المالك نظرنا فإن كان له غرض في طمها بان يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها إلى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج إلى تفريره فله الرد لما فيه من الغرض وبهذا قال الشافعي، وان لم يكن له غرض في طم البئر مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب منه وأبرأه المغصوب منه مما حفر واذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين لأنه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطمها دراهم ثم أراد جعلها نقرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية، وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لنا لأنه لا يبرأ من الضمان ببراء المالك لأنه ابراء مما لم يجب بعد وهو أيضا ابراء من حق غيره وهو الواقع فيها ولنا أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا ابراء مما لم يجب وإنما هو اسقاط التعدي برضائه به وهكذا ينبغي أن يكون إذا لم يتلفظ بالابراء ولكن منعه من طمها لأنه يتضمن رضاه بذلك.

(الفصل الثالث) ان على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها وهكذا كل ما له أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت لأنها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وان غصب أرضا فبناها دارا فإن كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه اجر

الأرض دون بنائها لأنه إنما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه اجر ماله، وان بناها
بتراب منها
وآلات للمغصوب منه فعليه اجرها مبنية لأن الدار كلها ملك للمغصوب منه وإنما
للغاصب فيها اثر
الفعل فلا يكون في مقابلته اجر لأنه وقع عدوانا، وان غصب دارا فنقضها ولم بينها
فعليه اجر دار
إلى حين نقضها وأجرها مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها لأن البناء انهدم وتلف
فلم يجب اجره
مع تلفها، وان نقضها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم فيها كذلك وان بناها بآلتها أو آلة
من ترابها
أو ملك المغصوب منه فعليه اجرها عرصه منذ نقضها إلى أن بناها وأجرها دارا فيما قبل
ذلك وبعده
لأن البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناه الغاصب حكم ما لو غصبها
عرصة فبناها وإن كان
الغاصب باعها فبناها المشتري أو نقضها ثم بناها فالحكم لا يختلف لكن للمالك
مطالبة من شاء منهما
والرجوع عليه فإن رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما تلف من
الأعيان لأن
المشتري دخل على أنه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضمانه عليه وان رجع المالك على
المشتري رجع
المشتري على الغاصب بنقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف، وهل يرجع كل واحد
منهما على صاحبه
بالاجر؟ على روايتين، وليس له مطالبة المشتري بشئ من الاجر الا بأجر مدة مقامها في
يديه
لأن يده إنما ثبتت عليها حينئذ.

(الفصل الرابع) ان على الغاصب ضمان نقص الأرض إن كان نقصها الغرس أو نقصت
بغيره
وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها إذا كان نقصا مستقرا كثوب
تخرق وانا تكسر وطعام
سوس وبناء خرب ونحوه فإنه يردها وأرش النقص لأنه نقص حصل في يد الغاصب
فوجب ضمانه
كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا شق رجل
لرجل ثوبا
شقا قليلا أخذ أرشه وإن كان كثيرا فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين
امساكه وأخذ
أرشه، وقد روي عن أحمد كلام يحتمل هذا فإنه قال في رواية موسى بن سعيد في
الثوب إن شاء
شق الثوب وإن شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ أرش الشق ووجهه ان هذه جناية
أُتلفت معظم
منفعته فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له، وحكى أصحاب مالك عنه انه إذا
جنى على عين
فأُتلف غرض صاحبها فيما كان المجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وان شاء
سلمها واخذ قيمتها
ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي يبنى على ذلك لأنه أُلّف غرضه به
فإنه لا يركبه في
العادة وحجتهم انه أُلّف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أُلّف
جميعها

ولنا انها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيرا
ولأنها جناية تنقص بها القيمة فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة تلف جميعها لأن الاعتبار في الاتلاف بالمجني عليه لا بغرض صاحبه لأن هذا ان لم يصلح لهذا صلح لغيره.
(فصل) وقدر الأرش قدر نقص القيمة في جميع الأعيان وبهذا قال الشافعي وعن أحمد رواية
أخرى ان عين الدابة تضمن بربع قيمتها فإنه قال في رواية أبي الحارث في رجل فقأ عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها قيل له فقأ العينين؟ فقال إذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فما سمعت فيهما شيئا، قيل له فإن كان بعيرا أو بقرة أو شاة فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ننظر ما نقصها وهذا يدل على أن احمد إنما أوجب مقدرا في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للأثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع إلى القياس، واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه كتب إلى شريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة انا كنا ننزلها منزلة الآدمي إلا أنه أجمع

رأينا أن قيمتها ربع الثمن وهذا إجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رؤوس المسائل وقال أبو حنيفة إذا قلع عيني بهيمة تنتفع بها من وجهين كالدابة والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر رضي الله عنه أجمع رأينا علي أن قيمتها ربع الثمن، وروي عن أحمد في العبد أنه يضمن في الغصب بما يضمن به في الجناية ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه ضمان لابعاض العبد فكان مقدرًا من قيمته كأرش الجناية. ولنا أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالثوب وذلك لأن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولأنه لو فات الجميع لوجب قيمته فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحًا لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه فإن قول النبي صلى الله عليه وسلم أحق أن يحتج به، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين دينارًا ولو كان تقديرًا لوجب في العين نصف القيمة كعين الآدمي، وأما ضمان الجناية على أطراف العبد فمعدول به عن القياس للاحاق بالجناية على الحر والواجب ههنا ضمان اليد ولا تثبت اليد على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الأصل والحاقه بسائر الأموال المغصوبة، وقول أبي حنيفة ان هذا في بهيمة الأنعام والدابة لا يصح لأن هذا القول مبني على قول عمر وقول عمر إنما هو في الدابة والدابة في العرف ما يعد للركوب دون بهيمة الأنعام

(فصل) وان غصب عبدا فجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية الواجب أرش الجناية كما لو جني عليه من غير غصب فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وان قلنا ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الامرين من أرش النقص أو دية ذلك العضو لأن ضمان كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فإن الجناية واليد وجدا جميعا، فإن غصب عبدا يساوي ألفا فزادت قيمته فصار يساوي الفين ثم قطع يده فنقص ألفا لزمه الف ورد العبد لأن سبب زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه وإن نقص ألفا وخمسمائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخمسمائة ويرد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه الف ورد العبد فحسب وإن نقص خمسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه الف أو خمسمائة؟ على وجهين.

(فصل) وإن غصب عبدا فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيهما شاء لأن الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص في يده فإن ضمن الجاني فله تضمينه صف قيمته لا غير ولا يرجع على أحد لأنه لم يضمه أكثر مما وجب عليه ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد، وإن قلنا إن ضمان الغصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضم الغاصب وهنا شيئا، وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا إن ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجاني لأن التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه، وان قلنا إن ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الامرين لأن ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة لأنها أرش جناية فلا يجب عليه أكثر منها.

(فصل) وان غصب عبدا فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو خصييه لزمته قيمته كلها ورد العبد نص عليه احمد وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة والثوري يخير المالك بين ان يصبر ولا شئ له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لأنه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الأموال.

ولنا أن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر المدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه ولأن المضمون هو المفوت فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسع أصابع وبهذا ينفصل عما ذكره فإن الضمان في مقابلة المتلف لا في مقابلة الجملة، فاما ان ذهبت هذه الأعضاء بغير جناية فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو بما نقص؟ على روايتين سبق ذكرهما.

(فصل) وإن جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونة على الغاصب لأنه نقص في العبد الجاني لكون أرش الجناية يتعلق برقبته فكان مضمونا على الغاصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد، وإن جنى على سيده فجنايته مضمونة على الغاصب أيضا لأنها من جملة جناياته فكان مضمونا على الغاصب كالجناية على الأجنبي.

(فصل) إذا نقصت عين المغصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذهب جزءا مقدر البدل كعبد خصاه وزيت أغلاه ونقرره ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها

فإنه يجب ضمان النقص فيضمن نقص العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلهما مع رد الباقي منهما لأن الناقص من العين له بدل مقدر فلزمه ما تقدر به كما لو أذهب الجميع (الثاني) أن لا يكون مقدرًا مثل ان غصب عبداً ذا سمن مفراط فحرف جسمه ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لأن الشرع إنما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء بخلاف الصورة الأولى فإن الذاهب مقدر البدل فلم يسقط بدله (الثالث) أن يكون النقص في مقدر البدل لكن الذاهب منه أجزاء غير مقصودة كعصير أغلاه فذهبت مائته وانعدت أجزاءه فنقصت عينه دون قيمته ففيه وجهان (أحدهما) لا شيء عليه سوى رده لأن النار إنما أذهبت مائته التي بقصد ذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته فلم يجب ضمانها كسمن العبد الذي ينقص قيمته (والثاني) يجب ضمانه لأنه مقدر البدل فأشبهه الزيت إذا أغلاه وان نقصت العين والقيمة جميعاً وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لأن كل واحد منهما مضمون منفرداً فكذلك إذا اجتمعا وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه فصار قيمة الباقي درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم، وإن كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لأن قيمة الباقي لم تنقص وان خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصييه؟؟ لأن ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينيه وهل يجب في العصير ما نقص من القيمة أو يكون كالزيت؟ على وجهين (فصل) وان غصب عبداً فسمن سمننا نقصت به قيمته أو كان شاباً فصار شيخاً أو كانت الجارية

ناهذا فسقط ثدياها وجب أرش النقص لا نعلم فيه خلافا، فإن كان العبد أمرد فنبتت
لحيته فنقصت
قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لأن الفئات
لا يقصد قصدا
صحيحا فأشبه الصناعة المحرمة، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه كبقية
الصور
(فصل) وإن نقص المغصوب نقصا غير مستقر كقطعام ابتل وخيف فساده أو عفن
وخشي تلفه
فعليه ضمان نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه لا يضمن نقصه وقال
القاضي لا يلزمه بدله
لأنه لا يعلم قدر نقصه وكما نقص شيئا ضمنه لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد
الغاصب فكان كالموجود
في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده
ويأخذ أرش نقصه
وقال أبو حنيفة يتخير بين امساكه ولا شيء له أو تسليمه إلى الغاصب ويأخذ من قيمته
لأنه لو ضمن
النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزا جيدا بقفيز ردي
ودرهم
ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبدا
فمرض، وقد وافق
بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن وقال لا يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا
يضمن ما تولد منه
لأنه ليس من فعله، وهذا الفرق لا يصح لأن البلبل قد يكون من غير فعله أيضا وقد
يكون الفن بسبب
منه، ثم إن ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول
أبي حنيفة لا يصح
لأن هذا الطعام عين ماله وليس يبدل عنه وقول أبي الخطاب لا بأس به

(مسألة) قال (وإن كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الأرض وعليه النفقة وإن استحققت بعد أخذ الغاصب الزرع فعليه أجره الأرض) قوله فأدركها ربها يعني استرجعها من الغاصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحققت
يعني أخذها مستحقها فمتى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع فإنه للغاصب لا نعلم فيه خلافا وذلك لأنه
نماء ماله وعليه الأجرة إلى وقت التسليم وضمن النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضا لما قدمنا في المسألة التي قبل هذه، فأما ان أخذها
صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك اجبار الغاصب على قلعه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض
إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجر الأرض وأرش نقصها وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له
وبهذا قال أبو عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الغاصب على قلعه، والحكم فيه كالغرس سواء لقوله
عليه السلام (ليس لعرق ظالم حق) ولأنه زرع في أرض غيره ظلما أشبه الغراس ولنا ما روى نافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زرع في أرض قوم بغير
إذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن فيه دليل
على أن الغاصب لا يجبر على قلعه لأنه ملك للمغصوب منه وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى زرعاً

في أرض طهير فأعجبه فقال (ما أحسن زرع طهير) فقال إنه ليس لطهير ولكنه لفلان
قال (فخذوا
زرعكم وردوا عليه نفقته) قال رافع فأخذنا زرعنا ورددنا عليه نفقته ولأنه أمكن رد
المغصوب إلى
مالكه من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز اتلافه كما لو غصب
سفينة فحمل
فيها ماله وادخلها البحر أو غصب لوحا فرقع به سفينة فإنه لا يجبر على رد المغصوب
في اللجة وينتظر
حتى ترسي صيانة للمال عن التلف كذا ههنا ولأنه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر
على قلعه على
وجه يضر به كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة، وفارق الشجر والنخل لأن
مدته تتناول ولا يعلم متى
ينقطع من الأرض فانتظاره يؤدي إلى ترك رد الأصل بالكلية وحديثهم ورد في الغرس
وحديثنا في
الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وذلك أولى من ابطال
أحدهما. إذا ثبت هذا
فمتى رضي المالك بترك الزرع للغاصب ويأخذ منه اجر الأرض فله ذلك لأنه شغل
المغصوب بماله فملك صاحبه
اخذا اجره كما لو ترك في الدار طعاما أو احجارا يحتاج في نقله إلى مدة، وان أحب
اخذ الزرع فله ذلك
كما يستحق الشفيع اخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان
(إحدهما) قيمة الزرع لأنه
بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولان الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك
له منه بدليل انه لو
اخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكا له ولو لم يكن ملكا له لما ملكه بأخذه فيكون
اخذ المالك له تملكا
له إلا أن يعوضه فيجب أن يكون بقيمته كما لو اخذ الشقص المشفوع ويجب على
الغاصب اجر الأرض إلى حين

تسليم الزرع لأن الزرع كان محكوما ماله به وقد شمل به ارض غيره (والرواية الثانية)
انه يرد على الغاصب
ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي
وهذا ظاهر كلام
الخرقي وظاهر الحديث لقوله عليه السلام (عليه نفقته) وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له
والحديث مبني على هذه
المسألة فإن احمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فإن القياس
ان الزرع لصاحب البذر
لأنه نماء عين ماله فأشبهه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضا له أو طعاما فعلفه دواب له
كان النماء له وقد صرح
به احمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع إليه نفقته للأثر ولذلك جعلناه
للغاصب
إذا استحقت الأرض بعد اخذ الغاصب له وإذا كان العمل بالحديث فيجب ان يتبع
مدلوله
(فصل) فإن كان الزرع مما يبقى أصوله في الأرض ويجز مرة بعد أخرى كالرطوبة
والنعناع احتمل
أن يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لأنه ليس له فرع قوي فأشبهه الحنطة
والشعير واحتمل أن يكون
حكمه حكم الغرس لبقاء أصوله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي ان يثبت لكل زرع
مثل حكم الغرس
وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس
(فصل) وان غصب أرضا فغرسها فأثمرت فأدر كها ربها بعد اخذ الغاصب ثمرتها فهي
له وان أدر كها
والثمرة فيها فكذلك لأنها ثمرة شجره فكانت له كما لو كانت في ارضه ولأنها نماء
أصل محكوم به للغاصب فكان
له كأغصانها وورقها ولبن الشاة وولدها، وقال القاضي هي لمالك الأرض ان أدر كها
في الغراس لأن احمد

قال في رواية علي بن سعيد إذا غصب أرضا فغرسها فالنماء لمالك الأرض قال القاضي
وعليه من النفقة ما أنفقه
الغارس من مؤنة الثمرة لأن الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الأرض إذا أدركه
قائما فيها كالزرع، والأول
أصح لأن أحمد قد صرح بأن اخذ رب الأرض الزرع شيء لا يوافق القياس وإنما صار
إليه للأثر فيختص الحكم
به ولا يعدى إلى غيره ولأن الثمرة تفارق الزرع من وجهين (أحدهما) ان الزرع نماء
الأرض فكان لصاحبها
والثمر نماء الشجر فكان لصاحبه (الثاني) انه يرد عوض الزرع الذي اخذه مثل البذر
الذي نبت منه الزرع
مع ما أنفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر
(فصل) وان غصب شجرا فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه لأنه نماء
ملكه ولان الشجر
عين ملكه نمى وزاد فأشبهه ما لو طالت أغصانه، وعليه رد الثمر إن كان باقيا وإن كان
تالفا فعليه بدله وإن كان
رطبا فصار تمرا أو عبا فصار زيبيا فعليه رده وأرش نقصه ان نقص وليس له شيء بعمله
فيه وليس
للشجر أجرة لأن أجرتها لا تجوز في العقود فكذلك في الغصب ولان نفع الشجر تربية
الثمر واخراجه
وقد عادت هذه المنافع إلى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها ان ولدت
عنده ويضمن لبنها بمثله لأنه
من ذوات الأمثال ويضمن أوبارها وأشعارها بمثله كالقطن
(فصل) وإذا غصب أرضا فحكمتها في جواز دخول غيره إليها حكمتها قبل الغصب فإن
كانت
محوطة كالدار والبستان المحوط لم يجوز لغير مالكتها دخولها لأن ملك مالكتها لم يزل
عنها فلم يجوز دخولها بغير اذنه
كما لو كانت في يده قال أحمد في الضيعة تصير غيضة فيها سمك لا يصيد فيها أحد
الا باذنهم وان كانت صحراء جاز

الدخول فيها ورعي حشيشها قال أحمد لا بأس برعي الكلاً في الأرض المغصوبة وذلك لأن الكلاً لا يملك بملك الأرض، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى قياساً لها عليها ونقل عنه المروزي في رجل والداه في دار طوايقها غضب لا يدخل على والديه وذلك لأن دخوله عليهما تصرف في الطوايق المغصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد في رجل له اخوة في أرض غضب يزورهم ويرأودهم على الخروج فإن أجابوه والا لم يبق معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم بحيث يأتي باب دراهم ويتعرف اخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل إليهم، ونقل المروزي عنه أكره المشي على العبارة (١) التي يجري فيها الماء وذلك لأن العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشي عليها وربما كان المشي عليها يضربها، وقال أحمد لا يذفن في الأرض المغصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير اذنتهم، وقال أحمد فيمن ابتاع طعاماً من موضع غضب ثم علم رجع إلى الموضع الذي أخذه منه فرده وروي عنه أنه قال: يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لأن قعوده فيه حرام منهى عنه فكان البيع فيه محرماً ولأن الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على العقود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع العقود وقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق إلا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان إذا بنى داراً وجمع الناس إليها أكره الشراء منها وهذا إن شاء الله تعالى على سبيل الورع لما فيه من الإعانة على الفعل المحرم والظاهر صحة البيع لأنه إذا صحت الصلاة في الدار المغصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى، وقال فيمن غضب ضيعة وغصبت من الغاصب فأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالكها والغاصب الأول وان مات بعضهم جمع ورثته إنما قال هذا احتياطاً خوفاً

(۳۹۶)

التبعة من الغاصب الأول لأنه ربما طالب بها وادعاهها ملكا باليد وإلا فالواجب ردها
على مالكيها وقد
صرح بهذا في رواية عبد الله في رجل استودع رجلا ألفا فجاز رجل إلى المستودع
فقال إن فلانا
غصبني الألف الذي أستودعك وصح ذلك عند المستودع فإن لم يخف التبعة وهو أن
يرجعوا به
عليه دفعه إليه
(مسألة) قال (ومن غصب عبدا أو أمة وقيمتها مائة فزاد في بدنه أو بتعلم حتى صارت
قيمتها مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذه السيد
وأخذ من الغاصب مائة)
وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب
بردها زائدة
فلا يردّها لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها
ولنا أنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل
وفارق زيادة السعر
فإنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة ان لم تكن من عين
المغصوب فهي صفة فيه
ولذلك يضمنها إذا طوّل برد العين وهي موجودة فلم يردّها وأجريناها هي والتعلم
مجرى السمن
الذي هو عين لأنها صفة تتبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى
الزيادة الموجودة حال

الغصب لأنها زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له أيضا لأنها تابعة للعين، فأما ان غصب العين سمينة أو ذات صناعة أو تعلم القرآن ونحوه فهزلت ونسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمانه نقصها لا نعلم فيه خلافا لأنها نقصت عن حال غصبها نقصا اثر في قيمتها فوجب ضمانها كما لو اذهب عضوا من أعضائها (فصل) إذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها ألفا ثم تعلمت صناعة فبلغت الفين ثم هزلت ونسيت فعادت قيمتها إلى مائة ردها ورد ألفا وتسعمائة وان بلغت بالسمن ألفا ثم هزلت فبلغت مائة ثم تعلمت فبلغت ألفا ثم نسيت فعادت إلى مائة ردها ورد ألفا وثمانمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة، وان سمت فبلغت ألفا ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم تعلمت فعادت إلى الف ردها وتسعمائة لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدث زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا ينجبر ملك الانسان بملكه، وأما إذا بلغت بالسمن ألفا ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم سمت فعادت إلى الف ففيه وجهان (أحدهما) يردّها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين فإن ملك الانسان لا ينجبر بملكه لأن الزيادة الثانية غير الأولى فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والوجه الثاني) انه إذا ردها سمينة فلا شئ عليه لأنه عاد ما ذهب فأشبهه ما لو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق العبد ثم عاد، وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى فإنه لم يعد ما ذهب وهذا

الوجه أقيس لما ذكرنا من شواهد، فعلى هذا لو سمت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها إلى ما بلغت في السمن الأول أو زادت عليه ضمن أكثر الزياتين وتدخل الأخرى فيها وعلى الوجه الأول يضمهما جميعاً فأما إن زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت ما نسيته فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول لأن العلم الثاني هو الأول فقد عاد ما ذهب وإن تعلمت علماً آخر أو صناعة أخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الأولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعليم والأول أولى.

(فصل) وإن مرض المغصوب ثم برأ أو ابيضت عينه ثم ذهب بياضها أو غصب جارية حسناً فسمت سمناً نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لأنه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أو جب الضمان زال في يديه وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فإن رد المغصوب ناقصاً بمرض أو عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه أرش نقصه فإن زال عيبه في يدي مالكة لم يلزمه رد ما أخذ من أرشه لأنه استقر ضمانه برد المغصوب وكذلك إن أخذ المغصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك

(فصل) زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها

وثمره الشجرة وولد الحيوان متى تلف شئ منه في يد الغاصب ضمنه سواء تلف منفردا
أو تلف مع أصله وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الغصب إلا أن
يطالب بها فيمتنع
من أدائها لأنها غير مغصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم الغصب انه فعل
محرم وثبت يده
على هذه الزوائد ليس من فعله لأنه انبنى على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس
بفعل محرم منه.
ولنا انه مال المغصوب منه حصل في يده بالغصب فيضمنه بالتلف كالأصل وقولهم ان
اثبات
يده ليس من فعله لا يصح لأنه بامسك الام تسبب إلى إثبات يده على هذه الزوائد
وإثبات يده
على الام محذور.
(فصل) وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار نص عليه احمد
هو قول
جمهور العلماء وحكي عن أبي ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فيلزمه إذا
ردها كالسمن.
ولنا انه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شئ كما لو لم تنقص
ولا نسلم أنه
يضمنه مع تلف العين وان سلمنا فلانه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت
في التقويم
بخلاف ما إذا ردها فإن القيمة لا تجب ويخالف السمن فإنه من عين المغصوب والعلم
بالصناعة صفة فيها وههنا
لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لاحق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه
في العين وهي
باقية كلها كما كانت ولان الغاصب يضمن ما غصب والقيمة لا تدخل في الغصب
بخلاف زيادة العين
فإنها مغصوبة وقد ذهبت

(فصل) ولو غصب شيئاً فشقه نصفين وكان ثوباً ينقصه القطع رده وأرش نقصه فإن تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص وان لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة التلف لاغير وان كانا باقيين ردهما ولا شئ عليه سوى ذلك وان غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرش نقصهما فإذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمن رد الباقي وأربعة دراهم وفيه وجه آخر لا يلزمه إلا قيمة التلف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالنقص بتغير الأسعار، والصحيح الأول لأنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق إذا تلف أحد شقيه بخلاف نقص السعر فإنه لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه (فصل) وان غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت لذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش فنقصه، فلو غصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة خمسة فلا يعتبر ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة

مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب
عشرين لم يضمن الا
عشرة لأنها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها
(فصل) وان غصب ثوبا أو زليا فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة وزئبرة الثوب فعليه
أرش نقصه
وإن أقام عنده مدة لمثلها أجره لزمه أجره سواء استعمله أو تركه، ان اجتمعا مثل أن
أقام عنده مدة
فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معا الاجر وأرش النقص سواء كان ذهاب الاجزاء
بالاستعمال أو بغيره
وقال بعض أصحاب الشافعي ان نقص بغير الاستعمال كثوب ينقصه النشر فنقص بنشره
وبقي عنده مدة
ضمن الاجر والنقص، وإن كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه ففيه
وجهان (أحدهما) يضمنهما
معا (والثاني) يجب أكثر الامرين من الاجر وأرش النقص لأن ما نقص من الاجزاء في
مقابلة الاجر
ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء، ويتخرج لنا مثل ذلك. ولنا أن كل واحد
منهما ينفرد بالايجاب
عن صاحبه فإذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم تلف والأجرة تجب في مقابلة
ما يفوت من المنافع
لافي مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تلفت الاجزاء وان لم يكن للمغصوب
اجر كثوب غير
منخيط فلا اجر على الغاصب وعليه ضمان نقصه لاغير
(فصل) إذا نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشتري فله ان يضمن من
شاء منهما
فإن ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف لأنه في
ضمانه من حين

غصبه إلى يوم تلف وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه لأن ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وإن كان له اجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وان شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده وبالباقي على الغاصب والكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد أن شاء الله تعالى (فصل) وإذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها أو حديدا فعمله سكاكين وأواني أو خشبة فنجرها بابا أو تابوتا أو ثوبا فقطعه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرش نقصه ان نقص ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الغاصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجع عنه فإن محمدا مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة، واحتجوا بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوما من الأنصار في دارهم فقدموا إليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال (إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق) فقالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الأنصار جيراننا؟؟ ونحن نرضيهم من ثمنها فقال النبي صلى الله عليه وسلم (أطعموها الاسرى) رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لأمر بردها عليهم. ولنا أن عين مال المغصوب منه قائمة فلزم ردها إليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولأنه لو فعله بملكه لم يزل عنه فإذا فعله بملك غيره

لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم ولأنه لا يزيل الملك إذا كان بغير
فعل آدمي فلم يزل
إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه فأما الخبر فليس بمعروف كما رووه وليس في رواية أبي
داود ونحن نرضيهم
عنها، فإذا ثبت هذا فإنه لا شئ للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا
مذهب الشافعي وذكر
أبو الخطاب ان الغاصب يشارك المالك بالزيادة لأنها حصلت بمنافعه ومنافعه أجريت
مجري الأعيان فأشبهه
ما لو غصب ثوبا فصنعه والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضي لأن الغاصب عمل في
ملك غيره بغير
إذنه فلم يستحق لذلك عوضا كما لو أغلى زينا فزادت قيمته أو بنى حائطا لغيره أو
زرع حنطة انسان
في أرضه وسائر عمل الغاصب، فاما صبغ الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزول ملك
صاحبه عنه بجعله مع
ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله
كالصفة فلان لا يزول
ملك غيره بعمله فيه أولى، فإن احتج بان من زرع في أرض غيره يرد عليه نفقته قلنا
الزرع ملك للغاصب
لأنه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فإذا أخذه مالك الأرض احتسب له بما أنفق
على ملكه وفي
مسئلتنا عمله في ملك المغصوب منه بغير إذنه فكان لاغيا، على أننا نقول إنما تجب
قيمة الزرع على إحدى
الروايتين فاما ان نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين
والقيمة ضمنهما
معا كالزيت إذا غلاه، وهكذا القول في كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو
حليا أو طينا جعله
لبنأ أو غزلا نسجه أو ثوبا قصره، وان جعل فيه شيئا من عين ماله مثل ان سمر الرفوف
بمسامير من

عنده فله قلعها ويضمن ما نقصت الرفوف وإن كانت المسامير من الخشبة المغصوبة أو مال المغصوب منه
فلا شيء للغاصب وليس له قلعها إلا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه وإن كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك
فهل يجبر على قبول الهبة؟ على وجهين، وإن استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه
فالأجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه إلا أن للمالك أن يضمن النقص من
شأن منهما فلو استأجر قصابا فذبح شاة فللمالك أخذها وأرشد نقصها ويغرم من شاء منهما فإن غرم الغاصب
لم يرجع على أحد إذا لم يعلم القصاب الحال وإن ضمن القصاب رجوع على الغاصب لأنه غره وإن علم
القصاب أنها مغصوبة فغرمه لم يرجع على أحد لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه عالما بالحال وإن
ضمن الغاصب رجوع على القصاب لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن استعار من
ذبح له فهو كما لو استأجره.
(فصل) وإن غصب حبا فزرعه فصار زرعاً أو نوى فصار شجراً أو بيضا فحضره فصار فرخاً فهو
للمغصوب منه لأنه عين ماله نمت فأشبه ما تقدم، ويتخرج إن يملكه الغاصب بناء على الرواية المذكورة
في الفصل السابق، وإن غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخاً فهم لمالكها ولا شيء
للمغاصب في علفها قال أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم فأفرخت عندهم يرد فروخها إلى أصحاب الطيرة
ولا شيء للغاصب فيما عمل، وإن غصب شاة فأنزى عليها فحلا فالولد لصاحب الشاة لأنه من نمائها وإن
غصب فحلا فأنزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لأنه يتبع الام ولا أجرة له لأن النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن عسب الفحل وإن نقصه الضراب ضر نقصه

(فصل) وان غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لآخر فلم يتميزا صارا شريكين وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب وعليه غرامة مثلها لهما وان خلطها بمثلها من ماله ملكها لأنه تعذر تسليمها بعينها فأشبهه ما لو تلفت. ولنا أنه فعل في المغصوب على وجه التعدي لم يذهب بمالته فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة

(فصل) وان غصب عبدا فصاد صيدا أو كسب شيئا فهو لسيدته وإن غصب جارحا كالفهد والبازي فصاد به فالصيد لمالكة لأنه من كسب ماله فأشبهه صيد العبد ويحتمل أنه للغاصب لأنه الصائد والجارحة آلة له ولهذا يكتفى بتسميته عند ارساله الجارح، وان غصب قوسا أو سهما أو شبكة فصاد به ففيه وجهان (أحدهما) أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة لأنه حاصل به فأشبهه نماء ملكه وكسب عبده (والثاني) للغاصب لأن الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبهه ما لو ذبح بسكين غيره فإن قلنا هو للغاصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه في يديه إن كان له أجر وإن قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطیاده في أحد الوجهين لأن الاجر في مقابلة منفعه ومنفعه في هذه المدة عائدة إلى مالكة فلم يستحق عوضها على غيره كما لو زرع أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بنفقته والثاني عليه أجر مثله لأنه استوفى منفعه أشبه ما لو لم يصد شيئا

(مسألة) قال (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد وأخذها سيدها وأولادها ومهر مثلها)
وجملة ذلك أن الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة فهو زان لأنها ليست زوجة له ولا ملك يمين فإن
كان عالما بالتحريم فعليه حد الزنا لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة
وقال الشافعي لامهر للمطاوعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البغي. ولنا أن هذا حق للسيد فلا يسقط
بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولأنه حق يجب للسيد مع اكرامها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعتها
والخبير محمول على الحرية، ويجب أرش بكارتها لأنه بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لأن مهر البكر
يدخل فيه أرش البكارة ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لأجل ما يتضمنه من تفويت البكارة، وان حملت
فالولد مملوك لسيدها لأنه من نمائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطئ لأنه من زنا فإن وضعته حيا
وجب رده معها وان أسقطته ميتا لم يضمن لأننا لا نعلم حياته قبل هذا (١) هذا قول القاضي وهو الظاهر من
مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حيا نص عليه الشافعي
لأنه يضمنه لو سقط بضربته وما ضمن بالاتلاف ضمنه الغاصب بالتلف في يده كاجر العين والأولى
إن شاء الله تعالى أن يضمنه بعشر قيمة أمه لأنه الذي يضمنه به بالجناية فيضمنه به في التلف كالأجزاء، وان

(١) من هنا إلى قوله وان وضعته حيا زيادة من بعض النسخ

وضعته حيا حصل مضمونا في يد الغاصب كالأم فإن مات بعد ذلك ضمنه بقيمته وان
نقصت الام
بالولادة ضمن نقصها ولم ينجر بالولد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ينجر نقصها
بولدها
ولنا أن ولدها ملك للمغصوب منه فلا ينجر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص
الحاصل بغير
الولادة، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت الجنين ميتا فعليه عشر قيمة أمه، وان ضرب
بطنها أجنبي ففيه مثل
ذلك، وللمالك تضمين أيهما شاء فإن ضمن الغاصب رجع على الضارب وان ضمن
الضارب لم يرجع على أحد
لأن الاتلاف وجد منه فاستقر الضمان عليه، وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما
كانت ويدخل في
ذلك أرش بكارتها ونقص ولادتها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها، وسواء
في هذه الأحكام
كلها حالة الاكراه أو المطاوعة لأنها حقوق لسيدها فلا تسقط بمطاوعتها وأما حقوق
الله تعالى كالححد عليها
والتعزير في موضع يجب فإن كانت مطاوعة على الوطء عالمة بالتحريم فعليها الحد إذا
كانت من أهله
والاثم وإلا فلا
(فصل) وإن كان الغاصب جاهلا بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئا ببادية
بعيدة يخفى
عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جاريتها فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا
حد عليه لأن الحد
يدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة، وان حملت فالولد حر لاعتقاده انها ملكه
ويلحقه النسب
لموضع الشبهة وإن وضعته ميتا لم يضمه لأنه لم يعلم حياته ولأنه لم يحل بينه وبينه
وإنما وجب تقويمه لا جل

الحيلولة وان وضعت حيا فعليه قيمته يوم انفصاله لأنه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملا فقوم عليه أول انفصاله لأنه أول حال امكان تقويمه ولان ذلك وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت جنينا ميتا فعليه غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثه عنه لا يرث الضارب منها شيئا لأنه أتلف جنينا حرا وعليه للسيد عشر قيمة أمه لأن الاسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المماليك ولهذا لو وضعت حيا قومناه مملوكا، وإن كان الضارب أجنبيا فعليه غرة دية الجنين الحر لأنه محكوم بحريته وتكون مورثة عنه وعلى الغاصب للسيد عشر قيمة أمه لأنه يضمنه ضمان المماليك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه، والحكم في المهر والأرش والاجر ونقص الولادة وقيمتها على ما مضى إذا كانا عالمين لأن هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية (مسألة) قال (وإن كان الغاصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الغاصب) وجملة ذلك أن الغاصب إذا باع الجارية فبيعه فاسد لأنه يبيع مال غيره بغير اذنه، وفيه رواية أخرى انه يصح ويقف على إجازة المالك وقد ذكرنا ذلك في البيع، وفيه رواية ثالثة ان البيع يصح

وينفذ لأن الغصب في الظاهر تتناول مدته فلو لم يصح تصرف الغاصب أفضى إلى الضرر بالمالك والمشتري لأن المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها والتفريع على الرواية الأولى، والحكم في وطئ المشتري كالحكم في وطئ الغاصب إلا أن المشتري إذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فإنه لا يقبل منه إلا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لأن الغاصب أخذها بغير حق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) وللمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضا فيدخل في عموم الخبر ولأن مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ويلزم المشتري المهر لأنه وطئ جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه فالولد حر لا اعتقاده انه يطاء مملوكته فمنع ذلك انحلاق الولد رقيقا ويلحقه نسبه وعليه فداؤهم لأنه فوت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطئ هذا الصحيح في المذهب وعليه الأصحاب وقد نقل ابن منصور عن أحمد ان المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لأنهم كانوا في حال العلق أحرارا ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الحلال أحسبه قولاً لأبي عبد الله أول والذي أذهب إليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضا وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم بدلهم يوم الوضع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لأن ولد المغصوبة لا يضمه عند إلا بالمنع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا فيقوم يوم وضعه لأنه أول حال أمكن

تقويمه واختلف أصحابنا فيما يفديهم به فنقل الخرقى ههنا أن يفديهم بمثلهم والظاهر أنه أراد بمثلهم
في السن والصفات والجنس والذكورية والأنوثية وقد نص عليه احمد، وقال أبو بكر
عبد العزيز يفديهم
بمثلهم في القيمة، وعن أحمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيمتهم وهو قول أبي حنيفة
والشافعي وهو أصح
إن شاء الله تعالى لأن الحيوان ليس بمثلي فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ولأنه لو
أُتلفه ضمنه بقيمته
وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضع. وقول الخرقى رجع بذلك كله على
الغاصب يعني
بالمهر وما فدى به الأولاد لأن المشتري دخل على أن يسلم له الأولاد وأن يتمكن من
الوطئ بغير عوض
فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه فاما الجارية إذا ردها لم يرجع ببدلها
لأنها يملك
المغصوب منه رجعت إليه لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه، وإن كانت
قد أقامت عنده
مدة لمثلها أجر في تلك المدة فعليه أجرها، وإن اغتصبها بكرا فعليه أرش بكارتها وإن
نقصتها الولادة
أو غيرها فعليه أرش نقصها، وإن تلفت في يده فعليه قيمتها. وكل ضمان يجب على
المشتري فللمغصوب منه
ان يرجع به على من شاء منهما لأن يد الغاصب سبب يد المشتري، وما وجب على
الغاصب من أجر
المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده فإنه يرجع به على الغاصب وحده لأن
ذلك كان قبل يد
المشتري، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري
الرجوع به على الغاصب
نظرت فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها غير مغصوبة لم يرجع بشئ لأن موجب
الضمان وجد في يده

من غير تغيير، وان لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها إن تلفت في يده وأرش بكارتها وبدل جزء من أجزائها لأنه دخل مع البائع على أنه يكون ضامنا لذلك بالثمن فإذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع به وهو بدل الولد إذا ولدت منه لأنه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضمونا عليه ولم يحصل من جهته اتلاف وإنما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة، وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها فهل يرجع به على الغاصب؟ فيه روايتان (إحداهما) يرجع به وهو قول الخرقى لأنه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض فإذا غرم عوضه رجع به كبديل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي. (والثانية) لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها وهذا القول الثاني للشافعي وان رجع بذلك كله على الغاصب. فكل ما لو رجع به على المشتري لا يرجع به على الغاصب إذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصب على المشتري، وكل ما لو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري، ومتى ردها حاملا فماتت من الوضع فإنها مضمونة على الواطئ لأن التلف بسبب من جهته (فصل) ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لأنها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة فإن كانت حرة كان المهر لها وان كانت أمة كان لسيدها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة

لا يجب المهر لأنه وطئ يتعلق به وجوب أحد فلم يجب به المهر كما لو طواعته. ولنا أنه وطئ في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة فإذا كان الواطئ من أهل الضمان في مقها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة، وأما المطاوعة فإن كانت أمة وجب مهرها لأنه حق لسيدها فلا يسقط برضاها وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لأن رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنته في قطع يدها أو اتلاف جزء منها، وروي عن أحمد رواية أخرى أن الثيب لامهر لها وإن أكرهت نقلها ابن منصور وهو اختيار أبي بكر، والصحيح الأول لأنها مكروهة على الوطئ الحرام فوجب لها المهر كالبكر ويجب أرش البكارة مع المهر كما لو قد منا (فصل) إذا أجر الغاصب المغضوب فالإجارة باطلة على إحدى الروايات كالبيع ولما لكة تضمين أيهما شاء أجر مثلها فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لأنه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد، وإن كان دفعه إلى الغاصب رجوع وبه، وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما لكة تغريم من شاء منهما قيمتها فإن غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم، هذا إذا لم يعلم بالنصب وإن علم لم يرجع على أحد لأنه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فإن غرم الغاصب الأجر والقيمة رجع بالأجر على المستأجر على كل حال ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر عالما بالغصب والأفلا وهذا قول الشافعي ومحمد

ابن الحسن في الفصل كله، وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر للغاصب دون صاحب
الدار وهذا فاسد لأن
الاجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كعوض الاجزاء
(فصل) وإن أودع المغصوب أو وكل رجلا في بيعه ودفعه إليه فتلف في يده فللمالك
تضمين
أيهما شاء أما الغاصب فلأنه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه
والمستودع والوكيل
لا ثباتهما أيديهما على ملك معصوم بغير حق، فإن غرم الغاصب وكانا غير عالمين
بالغصب استقر الضمان
عليه ولم يرجع على أحد وإن غرمهما رجعا على الغاصب بما غرما من القيمة والاجر
لأنهما دخلا على أن
لا يضمننا شيئا من ذلك ولم يحصل لهما بدل عما ضمننا وإن علم أنها مغصوبة استقر
الضمان لأن التلف
حصل تحت أيديهما من غير تغرير بهما فاستقر الضمان عليهما فإن غرما شيئا لم يرجعا
به وإن غرم
الغاصب رجع عليهما لأن التلف حصل في أيديهما، وإن جرحها الغاصب ثم أودعها أو
ردها إلى مالكيها
فتلفت بالجرح استقر المضان على الغاصب بكل حال لأنه هو المتلف فكان الضمان
عليه كما لو باشرها
بالاتلاف في يده
(فصل) وإن أعار العين المغصوبة فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيهما شاء
أجرها وقيمتها فإن
غرم المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحد وإن غرم الغاصب رجع على
المستعير وإن لم يكن علم
بالغصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، وهل
يرجع بما غرم من

الاجر؟ فيه وجهان (أحدهما) يرجع لأنه دخل على أن المنافع له غير مضمونة عليه
(والثاني) لا يرجع
لأنه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الاجزاء
بالاستعمال، وإذا كانت العين
وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الأكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين
لأنه دخل على أنه لا يضمه
ولم يستوف بدله، فإن ردها المستعير على الغاصب فللمالك أن يضمه أيضا لأنه فوت
الملك على مالكه
بتسليمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الغاصب ان حصل التلف في يديه
وكذلك الحكم
في المودع وغيره.
(فصل) وإن وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على المتهب فمهما غرم من
قيمة العين
أو أجزائها لم يرجع به على أحد لأن التلف حصل في يديه ولم يغره أحد وكذلك أحر
مدة
مقامه في يديه وأرش نقص ان حصل، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمين أيهما شاء فإن
ضمن المتهب رجوع
على الواهب بقيمة العين والاجراء لأنه غره وقال أبو حنيفة أيهما ضمن لم يرجع على
الأخر
ولنا أن المتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة
الأولاد
فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه، فاما الأجرة والمهر وأرش البكارة فهل يرجع به
المتهب على الواهب؟
فيه وجهان، وان ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب؟ فيه وجهان.
(فصل) وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين (إحداهما)
بطلانها

(والثانية) صحتها ووقوفها على إجازة المالك، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الغاصب الحكمية رواية انها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والإجارة والنكاح، وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يطله المالك فأما ما احتار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافا وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء بطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك. (فصل) وإذا غصب أثمانا فاتجر بها أو عروضاً فباعها واتجر بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والبيع المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك قال الشريف وعن أحمد انه يتصدق به، وان اشترى في ذمته ثم نقد الأثمان؟؟ فقال أبو الخطاب يحتمل أن يكون الربح للغاصب وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه لأنه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المغصوب وهذا قياس قول الخرقى ويحتمل أن يكون الربح للمغصوب منه لأنه نماء ملكه فكان له كما لو اشترى بعين المال وهذا ظاهر المذهب، وإن حصل خسران فهو على الغاصب لأنه نقص حصل في المغصوب، وان دفع المال إلى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لأنه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما الغاصب فإن

كان المضارب عالما بالغضب فلا أجر له لأنه متعدد بالعمل ولم يغرّه أحد وإن لم يعلم بالغضب فعلى الغاصب
أجر مثله لأنه استعمله عملا بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد.
(مسألة) قال (ومن غضب شيئا ولم يقدر على رده لزم الغاصب القيمة فإن قدر عليه رده وأخذ القيمة)
وجملته أن من غضب شيئا يعجز عن رده كعبد أبق أو دابة شردت فللمغصوب منه المطالبة ببده
فإذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي
أداها وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردها
وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكا للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها
بقوله مع يمينه لأن المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولأنه تضمين فيما ينقل الملك
فيه فنقله كما لو خلط زيتيه بزيتيه
ولنا ان المغصوب لا يصح تملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتالف ولأنه غرم ما تعذر عليه رده
بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبرا وليس هذا جمعا بين البدل والمبدل لأنه
ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا إذا رد المغصوب إليه رد القيمة عليه ولا يشبهه

الزيت لأنه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبدا. إذا ثبت هذا فإنه متى قدر على المغصوب رده ونماه المنفصل والمتصل وأجر مثله إلى حين دفع بدله، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى رده؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لأنه استحق الانتفاع ببده الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عداه (والثاني) له اجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه إلى الغاصب لأنه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها إن كان باقيا بعينه ورد زيادته المتصلة كالسمن ونحوه لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب وإن كان البدل تالفا رد مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الأمثال. (فصل) وان غصب عصيرا فصار خمرا فعليه مثل العصير لأنه تلف في يديه فإن صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع القيمة لأن العصير تلف بتخميره فوجب ضمانه وان عاد خلا كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سمنها فإنه يردّها وأرش نقصها ولنا ان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كما لو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشا، وأما السمن الأول فلنا فيه منع وان سلمناه فالثاني غير الأول بخلاف مسألتنا

(فصل) وإذا غضب شيئاً ببلد فلقية ببلد آخر فطالبه به نظرت فإن كان أثماناً لزمه دفعها إليه لأن الأثمان قيم الأشياء فلا يضر اختلاف قيمتها وإن كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو كانت قيمته في بلد الغضب أكثر لزمه أداء مثله لأنه لا ضرر عليه وكذلك أن كانت قيمته مختلفة إلا أنه لا مؤونة لحمله فله المطالبة بمثله لأنه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه، وإن كان لحمله مؤونة وقيمتها في البلد الذي غضبه فيه أقل فليس عليه رده، ولا رد مثله لأننا لا نكلفه مؤونة النقل إلى بلد لا يستحق تسليمه فيه وللمغصوب منه الخيرة بين الصبر إلى أن يستوفيه في بلده وبين المطالبة في الحال بقيمتها في البلد الذي غضبه فيه لأنه تعذر رده ورد مثله، وإن كان من المتقومات فله المطالبة بقيمتها في البلد الذي غضبه فيه ومتى قدر على رد العين المغصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه في المسألة قبل هذا.

(مسألة) قال (ولو غضبها حاملاً فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته) الكلام في هذه المسألة في أمرين (أحدهما) أنه إذا غضب حاملاً من الحيوان أمه أو غيرها فالولد مضمون وكذلك لو غضب حائلاً فحملت عنده وولدت ضمن ولدها وبهذا قال الشافعي وقال

أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان الولد في الصورتين لأنه ليس بمغصوب إذا الغصب فعل محذور ولم يوجد فإن الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من فعله لأنه انبنى على وجود الولد ولا صنع له فيه ولنا أن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرة في الصدفة والجوز واللوز ولأنه مغصوب فيضمن كالأم فإن الولد إما أن يكون مودوعا في الام كالدرة في الحقنة واما أن يكون كأجزائها وفي كلا الموضوعين الاستيلاء على الظرف والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف فإن أسقطته ميتا لم يضمنه لأنه لا تعلم حياته ولكن يجب ما نقصت الام عن كونها حاملا وأما إذا حدث الحمل فقد سبق الكلام فيه (الأمر الثاني) انه يلزمه رد الموجود من المغصوب وقيمة التالف فإن كانت قيمة التالف لا تختلف من حين الغصب إلى حين الرد ردها، وان كانت تختلف نظرنا فإن كان اختلافا لمعنى فيه من كبر وصغر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص فالواجب القيمة أكثر ما كانت لأنها مغصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب على ما قررناه فيما مضى، فإن كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لأنه كان يلزمه ردها زائدة فلزمته قيمتها كذلك، وان كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت زائدة لأنه لو ردها ناقصة للزمه أرش نقصها وهو بدل الزيادة فإذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند تلفها فإن كان اختلافها لتغير الأسعار لم يضمن الزيادة لأن نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين

فلا يضمن عند تلفها، وحمل القاضي قول الخرقى على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الأسعار وهو مذهب الشافعى لأن أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه فإذا تعذر ردها ضمنها كقيمة يوم التلف وإنما سقطت القيمة مع رد العين والمذهب الأول لما ذكرنا، وتفارق هذه الزيادة زيادة المعاني لأن تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها، وقولهم انها سقطت برد العين لا يصح لأنها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم، قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الأسعار، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف رواه الجماعة عن أحمد، وعنه انها تضمن بقيمتها يوم الغصب وهو قول أبى حنيفة ومالك لأنه الوقت الذي أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه ولنا أن القيمة إنما تثبت في الذمة حين التلف لأن قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكروه لا يصح لأن امسك المغصوب غصب فإنه فعل يجب عليه تركه في كل حال وما روي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الخلال حين أحمد عنه كأنه رجع إلى قوله الأول (فصل) وإن كان المغصوب من المثليات فتلف وجب رد مثله فإن فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البدل لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب

الشافعي تحب قيمته يوم المحاكمة لأن القيمة لم تنقل إلى ذمته الا حين حكم بها
الحاكم
ولنا أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم
ودليل
وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أدائها ولا ينفي
وجوب المثل لأنه
معجوز عنه والتكليف يستدعى الوسع ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا
يجب على الآخر
داؤه فلم يكن واجبا كحالة المحاكمة، وأما إذا قدر على المثل بعد فقدته فإنه يعود
وجوبه لأنه الأصل
قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد
المحاكمة وقبل الاستيفاء
لاستحق المالك طلبه وأخذه وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من
كذا
وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم يحاسبه وكذلك روي عنه في حوائج البقال
عليه القيمة يوم
الايخذ، وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم الغصب وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا
ويمكن التفريق
بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ههنا بإذن مالكة ملكه وحل له التصرف فيه
فتثبت
قيمه يوم ملكه، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لأنه ملكه والمغصوب
ملك للمغصوب
منه والواجب رده لا قيمته وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت
القيمة حينئذ
وتغيرت بتغيره قبل ذلك فأما إن كان المغصوب باقيا وتعذر رده فأوجبنا رد قيمته فإنه
يطالبه بقيمته
يوم قبضها لأن القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها
وبين الصبر

إلى وقت امکان الرد ومطالبة الغاصب بالسعي في رده وإنما يأخذ القيمة لأجل الحيلولة
بينه وبينه

فيعتبر ما يقوم مقامه ولان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره
(مسألة) قال (وإذا كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب رده وأجر مثله مدة
مقامه في يديه)

هذه المسألة تشتمل على حكمين (أحدهما) وجوب رد المغصوب (والثاني) رد أجرته:
أما الأول

فإن المغصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (على
اليد ما أخذت حتى ترده) رواه
أبو داود وابن ماجة والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب بن يزيد
عن أبيه عن جده

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبا جادا، ومن أخذ
عصا أخيه فليردها)

رواه أبو داود، يعنى أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في ادخال الغم
والغيظ عليه ولأنه

أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه اعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد
المغصوب إذا كان باقيا

بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره، فإن غصب شيئا فبعده لزم رده وان غرم عليه أضعاف
قيمته لأنه جنى

بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فإن قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو
بذل له أكثر من

قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وان
قال المالك دعه لي

في مكانه الذي نقلته إليه لم يملك الغاصب رده لأنه أسقط عنه حقا فسقط وان لم يقبله
كما لو أبرأه من
دينه وان قال رده لي إلى بعض الطريق لزمه ذلك لأنه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها
المطلوب وسقط
عنه ما أسقطه، وان طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب
ذلك سواء كان أقرب
من المكان الذي يلزمه رده إليه أو لم يكن لأنه معاوضة، وان قال دعه في مكانه
وأعطني أجر رده لم
يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما
(فصل) وان غصب شيئا فشغله بملكه كخييط خاط به ثوبا أو نحوه أو حجرا بنى عليه
نظرنا فإن بلي الخييط
أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يؤخذ برده ووجب قيمته لأنه صار
هالكا فوجب قيمته، وإن كان
باقيا بحاله لزمه رده وإن انتقض البناء وتفصل الثوب، وبهذا قال مالك والشافعي وقال
أبو حنيفة لا يجب
رد الخشبة والحجر لأنه صار تابعا لملكه يستضر بقلعه فلم يلزم رده كما لو غصب
خييطا فخاط به جرح عبده
ولنا أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فوجب كما لو بعد العين ولا يشبه الخييط الذي
يخاف على
العبد من قلعه لأنه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته إلى ذلك
تبيح؟؟ أخذه
ابتداء بخلاف البناء، وان خاط بالخييط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة (أحدها) أن
يخييط به جرح
حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيجب نزع رده لأنه لا يتضمن
تفويت ذي حرمة
فأشبه ما لو خاط به ثوبا (والثاني) أن يخييط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله
كالآدمي، فإن خيف

من نزعه الهلاك أو ابطاء برئه فلا يجب نزعه لأن الحيوان أكد حرمة من عين المال ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعل والحمار الأهلي (الثالث) أن يخيط به جرح حيوان مأكول فإن كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقطع لأن فيه اضرارا بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يحن صيانة لمال آخر، وإن كان الحيوان للغاصب فقال القاضي لا يجب رده لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز، وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمانع من وجوب رد المغصوب كنقص البناء لرد الحجر المغصوب، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلعه لأن للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير أكله ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ويحتمل ان يفرق بين ما يعد للاكل من الحيوان كبهيمة الأنعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لا يعد له كالخيل والطيور المقصود صوته فالأول يجب ذبحه إذا توقف رد المغصوب عليه (والثاني) لا يجب لأن ذبحه اتلاف له فجرى مجرى ما لا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الخيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده (فصل) وان غصب فصيلا فادخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقا لا يخرج منه لا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة فإن

كان حصوله في الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب
الفصيل لأنه لتخليص
ماله من غير تفريط من صاحب الدار. وأما الخشبة فإن كان كسرها أكثر ضررا من
نقض الباب
فهي كالفصيل وإن كان أقل كسرت، ويحتمل في الفصيل مثل هذا فإنه متى كان ذبحه
أقل ضررا ذبح
وأخرج لحمه لأنه في معنى الخشبة، وإن كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه
كرجل غصب دارا
فأدخلها فصيلا أو خشبة أو تعدى على انسان فأدخل داره فرسا ونحوها كسرت
الخشبة وذبح الحيوان
وان زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجمل؟؟ عليه دون غيره
ولو باع دارا
فيها خوابي لا يخرج الا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضررا
من بقاء ذلك
ن في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان اصلاحه على البائع لأنه لتخليص ماله
وإن كان أكثر ضررا
لم ينقض لأنه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بأن يشتريه مشتري الدار أو غير
ذلك
(فصل) وإن غصب جوهرة فابتلعها بهيمة. فقال أصحابنا: حكمها حكم الخيط الذي
خاط به
جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان ورددت إلى
مالكها وضمن الحيوان على الغاصب الا أن يكون الحيوان آدميا، وفارق الخيط لأنه
في الغالب
أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين
ماله إليه
ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير
مغصوبة ولم يمكن

اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على
 صاحب الجوهرة لأنه لتخليص
 ماله الا أن يكون التفريط من صاحب الشاة بكون؟؟ يده عليها فلا شيء لصاحب
 الجوهرة لأن التفريط من صاحب
 الشاة فالضرر عليه، وان أدخلت رأسها في قمقم فلم يمكن اخراجه الا بذبحها وكان
 الضرر في ذبحها أقل ذبحت
 وإن كان الضرر في كسر القمقم أقل كسر القمقم، وإن كان التفريط من صاحب الشاة
 فالضمان عليه وإن كان
 التفريط من صاحب القمقم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه، وان لم يكن منهما
 تفريط فالضمان
 على صاحب الشاة ان كسر القمقم لأنه كسر لتخليص شاته، وان ذبحت الشاة
 فالضمان على صاحب القمقم
 لأنه لتخليص قمقمه فإن قال من عليه الضمان منهما أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر
 فله ذلك
 لأن اتلاف مال الآخر إنما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فإذا رضي بتلفه لم يجز
 اتلاف غيره، وان
 قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمقم
 لا يجبر على
 شيء لأن القمقم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل
 له تركها لما فيه
 من تعذيب الحيوان فيقال له إما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما ان تغرم القمقم
 لصحابه إذا كان
 كسره أقل ضرراً ويخلصها لأن ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزمه
 كعلفها، وإن كان
 الحيوان غير مأكول احتمال أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا واحتمل أن
 يكسر القمقم
 وهو قول أصحابنا لأنه لا نفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه
 وسلم عن ذبح الحيوان لغير أكله
 ويحتمل ان يجري مجرى المأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً وكانت الجنابة من
 صاحبه قتل لأن حرمة

معارضة لحرمة الآدمي الذي يتلف ماله والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن إضاعة المال وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته إضاعة للمال والله أعلم
(فصل) وان غصب دينارا فوق في محبرته أو أخذ دينار غيره فسها فوق في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجة وكذلك أن كان درهما أو أقل منه، وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لأنه لتخليص ماله، وان غصب دينارا فوق في محبرة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب في كسرها، وإن كان كسرها أكثر ضررا من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر، وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره عدوانا فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى برميها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بغير اذن المالك لاخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهرا لم يلزمه أكثر من قيمتها
(فصل) وان غصب لوحا فرقع به سفينة فإن كانت على الساحل لزم قلعه ورده وان كانت في لجهة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه لزم قلعه وان خيف غرقها بقلعه لم يقطع حتى تخرج إلى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبدا

فأبق وقال أبو الخطاب إن كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وإن كان فيها مال للغاصب أولاً مال فيها ففيها وجهان (حدهما) لا يقلع (والثاني) يقلع في الحال لأنه أمكن رد المغصوب فلزم وإن أدى إلى تلف المال كرد الساجة المبني عليها ولا صحاب الشافعي وجهان كهذين ولنا أنه أمكن رد المغصوب من غير اتلاف فلم يجوز الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء فإنه لا يمكن ردها من غير إتلاف (فصل) وإذا غصب شيئاً فخلطه بما يمكن تمييزه منه كحنطة بشعير أو سمس أو صغار الحب بكبار أو زبيب أسود بأحمر لزمه تمييزه ورده وأجر المميز عليه وإن لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييزه ما أمكن وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب: (أحدها) أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حنطة بمثلها أو دقيق بمثله أو دنانير أو دراهم بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المغصوب منه وهو ظاهر كلام احمد لأنه نص على أنه يكون شريكاً به إذا خلطه بغير الجنس فيكون تنبيها على ما إذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي إلا في الدقيق فإنه تجب قيمته لأنه عندهم ليس بمثلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله إن شاء منه وإن شاء من غيره، لأنه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبهه ما لو تلف لأنه لا يتميز له شيء من ماله

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في
الجميع كما
لو غصب صاعا فتلف نصفه، وذلك لأنه إذا دع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبدل
الباقي فكان
أولى من دفعه من غيره.
(الضرب الثاني والثالث والرابع) أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه فظاهر كلام
احمد
أنهما شريكان يباع الجميع ويدفع إلى كل واحد منهما قدر حقه لأنه قال في رواية أبي
الحارث في
رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد
منهما قدر حصته
وذلك لأننا إذا فعلنا ذلك أو صلنا إلى كل واحد منهما عين ماله وإذا أمكن الرجوع إلى
عين المال لم يرجع
إلى البدل وإن نقص المغصوب عن قيمته منفردا فعلى الغاصب ضمان النقص لأنه حصل
بفعله وقال
القاضي قياس المذهب أنه يلزم الغاصب مثله لأنه صار بالخلط مستهلكا وكذلك لو
اشترى زيتا فخلطه
بزيتته ثم أفلس صار البائع كأسوة الغرماء ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له
بدله كما لو
كان تالفا ويحتمل أن يحمل كلام احمد على ما إذا اختلطا من غير غصب فاما
المغصوب فقد وجد من
الغاصب ما منع المالك من أخذ حقه من المثليات مميزا فلزمه مثله كما لو أتلفه إلا أنه
إن خلطه بخير منه
وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة
في مثل الباقي
وإن خلطه بأدون منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بذله لأنه أمكنه رد
بعض المغصوب

ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الغاصب ذلك لأن حقه انتقل إلى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمغضوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لأنه دون حقه وإن تراضيا بذلك جار وكان المالك متبرعا بترك بعض حقه وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الردئ أو دون حقه من الجيد لم يجز لأنه ربا لأنه يأخذ الزائد في القدر عوضا عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي دون حقه من الردئ أو سمح الغاصب فدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لأنه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لأنه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما.

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فإن أمكن تخليصه خلصه ورد نقصه وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله لأنه صار كالهالك وإن لم يفسده رده ورد نقصه وإن احتيج في تخليصه إلى غرامة لزم الغاصب ذلك لأنه بسببه ولا صحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا.

(فصل) وإن غصب ثوبا فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يصبغه بصبغ له (الثاني) أن يصبغه بصبغ للمغضوب منه (الثالث) أن يصبغه بصبغ لغيرهما، والأول لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون الثوب والصبغ بحالهما لم تزد قيمتهما ولم تنقص مثل ان كانت قيمة كل واحد

منهما خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة فهما شريكان لأن الصبغ عين مال له قيمة فإن تراضيا بتركه لها جاز وان باعه فثمنه بينهما نصفين.

(الحال الثاني) إذا زادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين نظرت فإن كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وإن كانت لزيادة الصبغ في السوق فالزيادة لصاحبه وان كانت لزيادتهما معا فهي بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فإن تساويا في الزيادة في السوق تساوى صاحبهما فيهما وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك وان زادا بالعمل فالزيادة بينهما لأن عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المصبوب للمصبوب منه إذا كان أثرا وزيادة مال الغاصب له وان نقصت القيمة لتغير الأسعار لم يضمه الغاصب لما تقدم، وان نقص لأجل العمل فهو على الغاصب لأنه بتعديه فإذا صار قيمة الثوب مصبوغا خمسة فهو كله لمالكه ولا شيء للغاصب لأن النقص حصل بعد وانه فكان عليه وان صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسباعه ولصاحب الصبغ سبعا، وان زادت قيمة الثوب في السوق فصار يساوى سبعة ونقص الصبغ فصار يساوي ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبغ ثلاثة وإن ساوى اثني عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها وان انعكس الحال فصار الثوب يساوي في السوق ثلاثة والصبغ سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبغ ههنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ لأن زيادة السعر لا تضمن فإن أراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وبهذا قال الشافعي لأنه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره ولم يفرق أصحابنا

بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك وينبغي أن يقال ما يهلك بالقلع لا يملك
قلعه لأنه سفه وظاهر
كلام الخرقى أنه لا يمكن من قلعه إذا تضرر الثوب بقلعه لأنه قال في المشتري إذا بنى
أو غرس في
الأرض المشفوعة فله أخذه إذا لم يكن في أخذه ضرر وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لأن
فيه اضرازا
بالثوب المغصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الغرس لأنه الضرر قليل
يحصل به نفع قلع
العروق من الأرض. وان اختار المغصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان (أحدها) يملك
اجبار الغاصب
عليه كما يملك اجباره على قلع شجره من أرضه وذلك لأنه شغل ملكه بملكه على
وجه أمكن تخليصه
فلزمه تخليصه وان استضر الغاصب كقلع الشجر، وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب
وأجر القلع كما
يضمن ذلك في الأرض (والثاني) لا يملك اجباره ولا يمكن من قلعه لأن الصبغ يهلك
بالاستخراج
وقد أمكن وصول الحق إلى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من
الأرض، وفارق
الشجر فإنه لا يتلف بالقلع، قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول
أحمد في الزرع
وهذا مخالف للزرع لأن له غاية ينتهي إليها ولصاحب الأرض أخذه بنفقته فلا يمتنع
عليه استرجاع
أرضه في الحال بخلاف الصبغ فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر في
الأرض، ويختص
وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فإنه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف
ولأصحاب الشافعي وجهان
كهذين، وان بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه لم يجبر على قبوله لأنه اجبار
على بيع ماله

فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الغراس ويحتمل أن يجبر على ذلك إذا لم يقلعه
قياسا على الشجر والبناء
في الأرض المشفوعة والعارية وفي الأرض المغصوبة إذا لم يقلعه الغاصب ولأنه أمر
يرتفع به النزاع ويتخلص
به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الغاصب قيمة
الثوب لصاحبه ليملكه
لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لمالكها في هذه المواضع،
وان وهب الغاصب
الصبغ لمالك الثوب فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لأن الصبغ صار من
صفات العين
فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه (الثاني) لا يجبر لأن الصبغ عين يمكن افرادها فلم
يجبر على قبولها
وظاهر كلام الخراقي أنه يجبر لأنه قال في الصداق إذا كان ثوبا فغصبه فبذلت له نصفه
مصبوغا لزمه
قبوله وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه لأنه ملكه فلا يملك الغاصب
منعه من بيع
ملكه بعد وانه وان أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه لأنه متعدد فلم يستحق
إزالة ملك صاحب
الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه
(القسم الثاني) أن يغصب ثوبا وصبغا من واحد فيصبغه به فإن لم تزد قيمتهما ولم
تنقص ردهما
ولا شئ عليه وإن زادت القيمة فهي للمالك ولا شئ للغاصب ولأنه إنما له في الصبغ
أثر لاعين وان
نقصت بالصبغ فعلى الغاصب ضمان النقص لأنه بتعديه وان نقص لتغير الأسعار لم
يضمنه
(القسم الثالث) أن يغصب ثوب رجل وصبغ آخر فيصبغه به فإن كانت القيمتان بحالهما
فهما شريكان

بقدر مالهما وإن زادت فالزيادة لهما وإن نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ويكون
النقص من صاحب الصبغ
لأنه تدد في الثوب ويرجع به على الغاصب، وإن نقص لنقص سعر الثياب أو سعر
الصبغ أو لنقص
سعرهما لم يضممه الغاصب وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه وإن أراد
صاحب الصبغ قلعه
أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكمهما حكم ما لو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على
ما مر بيانه، وإن
غصب عسلا ونشاء وعقده حلواء فحكمه حكم ما لو غصب ثوبا فصبغه على ما ذكر
فيه
(الحكم الثاني) انه متى كان للمغصوب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه
سواء استوفى
المنافع أو تركها تذهب، هذا هو المعروف في المذهب نص عليه احمد في رواية
الأثرم، وبه قال الشافعي،
وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك. وقد روى محمد بن
الحكم عن أحمد فيمن
غصب دارا فسكنها عشرين سنة لا أجتري أن أقول عليه سكنى ما سكن، وهذا يدل
على توقفه عن
إيجاب الاجر إلا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لأن محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد
الله بعشرين
سنة واحتج من لم يوجب الاجر بقول النبي صلى الله عليه وسلم (الخراج بالضمان)
وضمانها على الغاصب ولأنه استوفى
منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمها كما لو زنا بامرأة مطاوعة
ولنا أن كل ما ضمنه بالاتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمه بمجرد الاتلاف
كالأعيان ولأنه أتلف
متقوما فوجب ضمانه كالأعيان أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين فاما
الخبر فوارد في البيع

ولا يدخل فيه الغاصب لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالاجماع، ولا يشبه الزنا لأنها رضيت باتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره داره، ولو أكرهها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الإجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها فأما الغنم والشجر والطيور ونحوها فلا شيء فيها لأنه لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطئ فيها لم يضمن مهرها لأن منافع البضع لا تتلف الا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولأنها تقدر بزمن فيكون مضي الزمان يتلفها بخلاف المنفعة (فصل) إذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء لأن الغاصب حال بينه وبين ماله والآكل أتلف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير اذنه مالكة، فإن كان الآكل عالما بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير اذن عالما من غير تغيير فإذا ضمن الغاصب رجع عليه وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد وإن لم يعلم الآكل بالغصب نظرنا فإن كان الغاصب قال له كله فإنه طعامي استقر الضمان عليه لاعترافه بأن الضمان باق عليه وأنه لا يلزم الآكل شيء. وإن لم يقل ذلك ففيه روايتان (إحدهما) يستقر الضمان على الآكل وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لأنه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد (والثانية) يستقر الضمان على الغاصب لأنه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الخرقى لقوله في المشتري للأمة يرجع بالمهر وكل ما غرم على

الغاصب، وأيهما استقر عليه الضمان فغرمه لم يرجع على أحد فإن غرمه صاحبه رجع عليه، وان أطعم المغصوب لمالكة فأكله عالما أنه طعامه برئ الغاصب وان لم يعلم وقال له الغاصب كله فإنه طعامي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا وان كانت له بينة بأنه طعام المغصوب منه، وان لم يقل ذلك بل قدمه إليه وقال كله أو قال قد وهبتك إياه أو سكت فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ لأنه قال في رواية الأثرم في رجل له قبل رجل تبعة فأوصلها إليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الأولى لأنه ثم رد إليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم إليه لم تعد إليه اليد والسلطان فإنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ الغاصب كما لو علفه لدوابه ويتخرج ان يبرأ بناء على ما مضى إذا أطعمه لغير مالكة فإنه يستقر الضمان على الآكل في إحدى الروايتين فيبرأ ههنا بطريق الأولى وهذا مذهب أبي حنيفة، وان وهب المغصوب لمالكة أو أهدها إليه فالصحيح أنه يبرأ لأنه قد سلمه إليه تسليما صحيحا تاما وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الأثرم وارد فيما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية فأخذ المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومسئلتنا فيما إذا رد إليه عن ماله وأعاد يده التي أزالها، وان باعه إياه وسلمه إليه برئ من الضمان لأنه قبضه بالابتياح والابتياح يوجب الضمان، وإن أقرضه إياه برئ أيضا لذلك

وان أعاره إياه برئ أيضا لأن العارية توجب الضمان، وان أودعه إياه أو أجره إياه أو رهنه أو أسلمه عنده
ليقتصره أو يعلمه لم يبرأ من الضمان إلا أن يكون عالما بالحال لأنه لم يعد إليه سلطانه
إنما قبضه على أنه أمانة
وقال بعض أصحابنا يبرأ لأنه عاد إلى يده وسلطانه وهذا أحد الوجهين لأصحاب
الشافعي والأول أولى
فإنه لو أباحه إياه فأكله لم ير فهنا أولى
(فصل) إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ولا بينة لأحدهما فالقول قول
الغاصب لأن
الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقيم عليه به حجه كما لو ادعى عليه ديناً فأقر ببعضه
وكذلك إن قال
المالك كان كاتباً أوله صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله كذلك فإن شهدت له البينة
بالصفة
ثبتت، وإن قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبغ زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول
قوله لأن
الأصل عدم ذلك ذلك والقول قول الغاصب في قيمته على كل حال، وان اختلفا بعد
زيادة قيمة المغصوب في
وقت زيادته فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه
فالقول قول
الغاصب لأن الأصل براءة ذمته، وان شاهدنا العبد معيباً فقال الغاصب كان معيباً قبل
غصبه وقال المالك
تعيب عندك فالقول قول الغاصب لأنه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، وان
غصبه حمراً ثم
قال صاحبه تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لأن الأصل بقاؤه على ما كان
وبراءة الذمة، وان
اختلفا في رد المغصوب أورد مثله أو قيمته فالقول قول المالك لأن الأصل عدم ذلك
واشتغال الذمة به

وان اختلفا في تلفه فادعاه الغاصب وأنكره المالك فالقول قول الغاصب لأنه أعلم بذلك
وتتعدر إقامة
البينة عليه فإذا حلف فللمالك المطالبة ببده لأنه تعذر رد العين فلزم بدلها كما لو
غصب عبدا فأبق وقيل
ليس له المطالبة بالبدل لأنه لا يدعيه وإن قال غصبت مني حديثا فقال بل عتيقا فالقول
قول الغاصب لأن
الأصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لأنه دون حقه
(فصل) وإذا باع عبدا فادعى انسان على البائع أنه غصبه العبد وأقام بذلك بينة انتقض
البيع ورجع
المشتري على البائع بثمنه وان لم تكن بينة فأقر البائع والمشتري بذلك فهو كما لو
قامت به بينة وان أقر البائع
وحده لم يقبل في حق المشتري لأنه لا يقبل اقراره في حق غيره ولزمت البائع قيمته
لأنه حال بينه
وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لأنه ملكه في الظاهر وللبيع احلافه ثم إن كان
البائع لم يقبض
الثمن فليس له مطالبة المشتري به لأنه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين
من الثمن أو قيمة
العبد لأنه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق
أقل الأمرين
فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاهما على حكمه كما لو قال لي عليك
الف من ثمن مبيع فقال بل
الف من قرض، وإن كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لأنه لا يدعيه ومتى
عاد العبد إلى البائع
بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه وإن كان اقرار
البائع في مدة الخيار
له انفسخ البيع لأنه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه، وان أقر المشتري وحده لزمه
رد العبد ولم يقبل اقراره

على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن أن كان قبضه ويلزمه دفعه عليه إن كان لم يقبضه، وان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن، وان أقام البائع بينة إذا كان هو المقر نظرنا فإن كان في حال البيع قال بعثك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بينته لأنه يكذبها وتكذبه وان لم يكن قال ذلك قبلت لأنه يبيع ملكه وغير ملكه، وأن أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لأنه يجبر بها إلى نفسه نفعا وان أنكره جميعا فله احلافهما ان لم تكن له بينة قال أحمد في رجل يجد سرقة بعينها عند انسان قال هو ملكه يأخذه اذهب إلى حديث سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم (من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه) رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة (فصل) وإن كان المشتري أعتق العبد فأقرا جميعا لم يقبل ذلك وكان العبد حرا لأنه قد تعلق به حق لغيرهما فإن وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضا لأن الحرية يتعلق بها حق الله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق إذا اتفقوا كلهم ويعود العبد إلى المدعي لأنه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه فصح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكمنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه ثم إن ضمن البائع رجوع على المشتري لأنه أتلفه وان رجوع على المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وان مات العبد

وخلف مالا فهو للمدعي لاتفاقهم على أنه له وإنما منعنا رد العبد إليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخلف وارثا فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لاحد لأنه لا يدعيه أحد وان صدق المشتري البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الأقسام على ما مضى (فصل) وإذا باع عبدا أو وهبه ثم ادعى اني فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآن بميراث أو هبة من مالكة فيلزمك رده علي لأن البيع الأول والهبة باطلان وان أقام بذلك بينة نظرت فإن كان قال حين البيع والهبة هذا ملكي أو بعثك ملكي هذا وكان في ضمنه اقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ملكي ونحو ذلك لم يقبل البينة لأنه مكذب لها وهي تكذبه وان لم يكن كذلك قبلت الشهادة لأن الانسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه (فصل) إذا جنى العبد المغصوب جناية أو جبت القصاص فاقتص منه فضمناه على الغاصب لأنه قد تلف في يديه فإن عفي عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمن ذلك على الغاصب لأنه نقص حدث في يده فلزمه ضمانه لأن ضمان العبد ونقصه على سيده، ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده، وان جنى على ما دون النفس مثل أن قطع يدا فقطعت يده قصاصا فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون أرش اليد لأن اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبهه ما لو سقطت وان عفي عنه على مال تعلق أرش اليد برقبته وعلى الغاصب أقل الأمرين من قيمته أو أرش اليد فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم إنه مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها إلى سيده فإذا أخذها تعلق أرش الجناية بها لأنها

كانت متعلقة بالعبء فتعلقت ببذله كما أن الرهن إذا أتلفه متلف وحبب قيمته وتعلق الدين بها، فإذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الغاصب بقيمة أخرى لأنه القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الغاصب فكانت من ضمانه، ولو كان العبد وديعة فجنى جناية استغرقت قيمته ثم إن المودع قتله بعد ذلك وحبب عليه قيمته وتعلق بها أرش الجناية فإذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لأنه جنى وهو غير مضمون عليه ولو أن العبد جنى في يد سيده جناية تستغرق قيمته ثم غصبه غاصب فجنى في يده جناية تستغرق قيمته بيع في الجنائيتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منهما لأن الجناية كانت في يده وكان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الأول لأنه بدل عن قيمة الجنائي لا يزاحم فيه فإن مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب نصف القيمة لأنه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجنى عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه (مسألة) قال (من أتلّف لذمي خمراً أو خنزيراً فلا غرم عليه وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهر منه)

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمياً نص عليه
احمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لدمي خمراً فلا ضمان عليه، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانهما إذا أتلفهما على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عينا قومها كنفس الآدمي وقد عصم خمر الذمي بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها ولأنها مال لهم يتمولونها بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه إن أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمر فكتب إليه عمر: ولو هم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم ولنا أن جابر روي أن النبي صلى الله عليه وسلم (ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام) متفق على صحته وما حرم بيعه لا لحرمة لم تجب قيمته كالميتة، ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي كالمرتد ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فإن تحريمها ثبت في حقها وخطاب النواهي يتوجه إليهما فما ثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهر حلت إراققتها ثم لو عصمها ما لزم تقويمها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومين غير متقومين، وقولهم أنها مال عندهم ينتقض بالعبد المرتد فإنه مال عندهم، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر بأخذ

عشر أثمانها لأنهم إذا تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم ننقضه وتسميتها أثمانا مجاز كما سمي الله تعالى
ثمن يوسف ثمنا فقال (وشروه بثمن بخس) وأما قول الخرقى وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه فلان
كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر واتخاذ ذوات
المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهروه لأننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نعرض لهم
فيما التزمنا تركه، وما أظهروه من ذلك تعين إنكاره عليهم فإن كان خمرا جازت إراقته، وإن أظهروا
صليباً أو طنبوراً جاز كسره، وإن أظهروا كفرهم أدبوا على ذلك، ويمنعون من إظهار ما يحرم على المسلمين.
(فصل) وان غصب من ذمي خمرا لزمه ردها لأنه يقر على شربها وإن غصبها من مسلم لم يلزم
ردها ووجبت إراقته لأن أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا فأمره بإراقته، وإن
أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لأن ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (إن
الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه ولان ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فإن أمسكها في يده حتى
صارت خلا لزم ردها على صاحبها لأنها صارت خلا على حكم ملكه فلزم ردها إليه فإن تلفت ضمنها له
لأنها مال للمغصوب منه تلف في يد الغاصب وإن أراقها فجمعها انسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الخل
لأنه أخذها بعد إتلافها وزوال اليد عنها.

(فصل) وإن غصب كلبا يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبهه المال
وان أتلفه لم يغرمه وان حبسه مده لم يلزم أجر لأنه لا تجوز اجارته، وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ فمن قال بطهارته أوجب رده لأنه يمكن اصلاحه فهو كالثوب النجس، ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لأنه لا سبيل إلى اصلاحه فإن أتلفه أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمنه لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه، وان دبغه الغاصب لزم رده ان قلنا بطهارته لأنه كالخمر إذا تخللت، ويحتمل أن لا يجب رده لأنه صار مالا بفعله بخلاف الخمر وان قلنا لا يطهر لم يجب رده لأنه لا يباح الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به في الياسات لأنه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدبغ.
(فصل) وان كسر صليبا أو مزمارا أو طنورا أو صنما لم يضمنه وقال الشافعي أن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسورا لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه وقال أبو حنيفة يضمن

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمه كالميتة، والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى
الله عليه وسلم
(ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام) متفق عليه، وقال النبي صلى الله
عليه وسلم (بعثت
بمحق القينات والمعازف)
(فصل) وان كسر آنية من ذهب أو فضة لم يضمها لأن اتخاذها محرم وحكى أبو
الخطاب رواية
أخرى عن أحمد أنه يضمن فإن مهنا نقل عنه فيمن هشم على غيره إبريقا فضة عليه
قيمته يصوغه كما
كان، قيل له أليس قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اتخاذها؟ فسكت، والصحيح
أنه لا ضمان عليه نص عليه أحمد
في رواية المروزي فيمن كسر إبريق فضة لا ضمان عليه لأنه أتلف ما ليس بمباح فلم
يضمه كالميتة،
ورواية مهنا تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل تحريمه
ولان في هذه
الرواية أنه قال يصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك.
(فصل) وان كسر آنية الخمر ففيها روايتان (إحدهما) يضمها لأنه مال يمكن الانتفاع
به ويحل

بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولان جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط
ضمانها كالبيت الذي جعل مخزنا
للخمر (والثانية) لا تضمن لما روى الإمام أحمد في مسنده (حدثنا أبو بكر بن أبي
مريم عن ضمرة
ابن حبيب قال: قال عبد الله بن عمر أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتية
بمديية وهي الشفرة
فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال (اغد علي بها) ففعلت فخرج بأصحابه
إلى أسواق المدينة
وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق
بحضرته كلها
وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني وأمرني أن آتي الأسواق كلها
فلا أجد فيها
زق خمر الا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقا الا شققته. وروي عن أنس قال
كنت أسقي أبا طلحة
وأبي بن كعب وأبا عبيدة شرابا من فضيخ فأتانا آت فقال إن الخمر قد حرمت فقال أبو
طلحة قم يا أنس
إلى هذه الدنان فاكسرها. وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمنها
كسائر المباحات

(فصل) ولا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحر فإنه لا يضمن بالغصب إنما يضمن بالاتلاف وان
أخذ حرا فحبسه فمات عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال، وان استعمله مكرها لزمه أجر
مثله لأنه استوفى
منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد وان حبسه مدة لمثلها أجر ففيه وجهان
(أحدهما) يلزمه
أجر تلك المدة لأنه فوت منفعتة وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب
كمنافع العبد،
(والثاني) لا يلزمه لأنها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه
ولأنها تلفت
تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا، ولو منعه العلم من غير حبس لم يضمن
منافعه وجهان واحدا لأنه
لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه
ضمانها لأنها تابعة
لما لم تثبت اليد عليه في الغصب وسواء كان كبيرا أو صغيرا وهذا كله مذهب أبي
حنيفة والشافعي

(فصل) وأم الولد مضمونة بالغصب وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة
لا تضمن لأن أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل انه لا يتعلق بها حق الغرماء
فأشبهت الحر
ولنا ان ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن ولأنها مملوكة فأشبهت المدبرة
وفارقت الحرية فإنها
ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة
(فصل) وإذا فتح قفصا على طائر فطار، أو حل دابته فذهبت ضمنها وبه قال مالك وقال
أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا أن يكون أهاجها حتى ذهب، وقال أصحاب
الشافعي ان وقفها
بعد الحل والفتح ثم ذهب لم يضمنها وان ذهب عقيب ذلك ففيه قولان واحتجا بأن
لهما اختيارا وقد
وجدت منهما المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجئ فإذا اجتمعا لم يتعلق الضمان
بالسبب كما لو حفر بئرا
فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله
والمباشرة إنما حصلت
ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر واهاج الدابة أو أشلى كلبا
على صبي فقتله أو
اطلق نارا في متاع انسان فإن للنار فعلا لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان
وجوده كعدمه ولأن
الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وإنما يبقى بالمانع فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه
فكان ضمانه على من أزال
المانع كمن قطع علاقة قنديل فوق وقع فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير
فأفلت وان فتح
القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنفرهما فذهبا فالضمان على منفرهما لأن
سببه أخص
فاختص المضان به كالدافع مع الحافر، وان وقع طائر انسان على جدار فنفره انسان
فطار لم يضمه

لأن تنفيره لم يكن سبب فواته فإنه كان ممتنعا قبل ذلك وان رماه فقتله ضمنه وإن كان في داره لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه في هواء دار غيره (فصل) ولو حل زقا فيه مائع فاندفق ضمنه سواء خرج في الحال أو خرج قليلا قليلا أو خرج منه شيء بل أسفله فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط أو سقط بريح أو بزلزلة الأرض أو كان جامدا فذاب بشمس لأنه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وهو قول أصحاب الشافعي ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان واحتجوا بأن فعله غير ملجئ والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان ولنا أن فعله سبب تلفه ولم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلا قليلا وكما لو جرح انسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فإنه يضمن، وأما

ان دفعه انسان فإن المتخلل بينهما مباشرة يمكن الإحالة عليها بخلاف مسئلتنا ولو كان
جامدا فأدنى منه
آخر نارا فأذابه فسال فالضمان على من أذابه لأن سببه أخص لكون التلف يعقبه فأشبهه
المنفر
مع فاتح القفص وقال بعض الشافعية لا ضمان على واحد منهما كسارقين نقب أحدهما
وأخرج آخر المتاع
وهذا فاسد لأن مدني النار ألجأه إلى الخروج فضمنه كما لو كان واقفا فدفعه والمسألة
حجة عليه فإن الضمان
على مخرج المتاع من الحرز والقطع حد لا يجب الا بهتك الحرز واخذ المال جميعا
ثم إن الحد يدرأ بالشبهات
بخلاف الضمان، ولو أذابه أحدهما أولا ثم فتح الثاني رأسه فاندفق فالضمان على الثاني
لأن التلف تعقبه
وان فتح زقا مستعلي الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلا قليلا فجاء آخر
فكنسه فاندفق
فضمان ما خرج بعد التنكيس على المنكس وما قبله على الفاتح لأن فعل الثاني أخص
كالجارح والذابح
(فصل) وان حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها سواء تعقب فعله أو تراخى
والخلاف
فيها كالخلاف في الطائر في القفص

(فصل) إذا أو قد في ملكه نارا أو في موات فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها أو سقى أرضه فنزل الماء إلى ارض جاره فغرقها لم يضمن إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط لأنه غير متعد ولأنها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود، وفارق من حل زقا فاندفق لأنه متعد بحله ولأن الغالب خروج المائع من الزق المفتوح وليس الغالب سراية هذا الفعل المعتاد إلى تلف مال غيره وإن كان ذلك بتفريط منه بأن أجح نارا تسري في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيرا يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أو قد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى إلى غير الدار التي أو قد فيها والأرض التي الماء فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به، وان أوقد نارا فأبيست أغصان شجرة غيره ضمنها لأن ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمنها لأن دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها وهذا الفصل مذهب الشافعي كما ذكرنا سواء (فصل) وان ألقى الريح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت تحت يده فلزمه

حفظه كاللقطة وان لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها وان عرف صاحبه
لزمه اعلامه فإن لم
يفعل ضمنه لأنه أمسك مال غيره بغير اذنه من غير تعريف فصار كالغاصب، وان سقط
طائر في داره لم
يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه لأنه محفوظ بنفسه وان دخل برجه فاغلق عليه الباب
ناويا امساكه
لنفسه ضمنه لأنه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب والا فلا ضمان عليه لأنه
يتصرف في برجه كيف
شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمنا لتصرفه الذي لم يتعد فيه

(فصل) إذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن وان لم يكن معها لم
يضمن ما أكلته، وإذا استعار من رجل بهيمته فأتلقت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه
على المستعير
سواء أتلقت شيئاً لمالكها أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد واليد للمستعير وان كانت
البهيمة في يد الراعي

فأتلقت زرعاً فالضمان على الراعي دون صاحبها لأن اتلافها للزرع في النهار لا يضمن
إلا بثبوت اليد
عليها واليد للراعي دون المالك فكان الضمان عليه كالمستعير، وإن كان الزرع للمالك
فإن كان ليلاً ضمن
أيضاً لأن ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به في الليل والنهار جميعاً

(فصل) إذا شهد بالغضب شاهدان فشهد إحداهما انه غصبه يوم الخميس وشهد آخر
أنه غصبه يوم
الجمعة لم تتم البينة وله أن يحلف مع أحدهما، وان شهد أحدهما انه أقر بالغضب يوم
الخميس وشهد

الآخر انه أقر ببعضه يوم الجمعة ثبتت البينة لأن الاقرار وان اختلف رجوع إلى أمر واحد،
وان شهد انه
أقر انه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر انه غصبه يوم الجمعة لم تثبت البينة أيضا، وان
شهد له واحد

وحلف معه ثبت الغصب فلو كان الغاصب حلف بالطلاق انه لم يغصبه لم نوقع طلاقه
لأن الشاهد
واليمين بينة في المال لا في الطلاق والله أعلم
كتاب الشفعة
وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه، وهي
ثابتة بالسنة والاجماع
اما السنة فما روي عن جابر رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت

الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. متفق عليه ولمسلم قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك يقسم ربعة أو حائط لا يحل له ان يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وان شاء ترك فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به. وللبخاري: إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. واما الاجماع فقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض أو دار أو حائط. والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد ان يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة ان يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه ولا نعلم أحدا خالف هذا الا الأصم فإنه قال لا تثبت الشفعة لأن في ذلك اضرار بأرباب الاملاك فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا ليس بشئ لمخالفته الآثار الثابتة والاجماع المنعقد قبله، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) انه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة ان يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة، واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج فإن الشفيع كان نصيبه منفردا في ملكه فبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه

(مسألة) قال أبو القاسم (ولا يجب الشفعة إلا للشريك المقاسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)
وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاء منه واجبار
له على المعاوضة مع ما ذكره الأصم لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحة فلا تثبت الا بشروط أربعة
(أحدها) أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم فاما الجار فلا شفعة له وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز
وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وربيعه والمغيرة بن عبد الرحمن
ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى
وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، وقال أبو حنيفة يقدم الشريك فإن
لم يكن وكان الطريق مشتركا كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب
فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة، وقال العنبري وسوار تثبت بالشركة في المال
وبالشركة في الطريق، واحتجوا بما روى أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الجار أحق بصقبة (١)) رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم

(١) كذا في الأصل بالصاد وفي صحيح البخاري بالسين ومعناه القرب يعني ان الجار بسبب قربه أحق بالشفعة

قال (جار الدار أحق بالدار) رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه الترمذي في حديث جابر (الجار أحق بداره ينتظر به إذا كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا) وقال حديث حسن ولأنه اتصال ملك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب - أو عن أبي سلمة أو عنهما - قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إذا قسمت الأرض وحدثت فلا شفعة فيها) رواه أبو داود ولا الشفعة تثبت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو ان الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى احداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب يقال بالسين والصاد قال الشاعر كوفية نازح محلتها* لا أمم دارها ولا صقب فيحتمل أنه أراد باحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك وخبرنا صريح صحيح فيقدم، وبقية الأحاديث في أسانيدھا مقال فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة قاله أصحاب الحديث. قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث جابر الذي رويناہ وما عداہ من

الأحاديث فيها مقال على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضا ويسمى كل واحد من الزوجين جارا قال الشاعر
أجارتنا بيني فإنك طالق * كذاك أمور الناس غاد وطارقه
قال الأعشى وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج قال حمل بن مالك كنت بين جارتين
لي فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضا
إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل
له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب إذا وقعت الحدود فلا شفعة، وقال
في رواية أبي طالب وعبد الله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم إلى الحاكم فأنكر لم يحلف إنما
هو اختيار وقد اختلف الناس فيه قال القاضي إنما هذا لأن يمين المنكر ههنا على القطع والبت ومسائل
الاجتهاد مظنونة فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد ههنا على الورع لا على
التحريم لأنه يحكم ببطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى
(فصل) الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضا لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها، وأما غيرها
فينقسم قسمين (أحدهما) تثبت فيه الشفعة تبعا للأرض وهو البناء والغراس يباع مع الأرض فإنه يؤخذ
بالشفعة تبعا للأرض بغير خلاف في المذهب ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافا وقد دل عليه

قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والأشجار (القسم الثاني) مالا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة تبعا كالبناء والغراس ولنا أنه لا يدخل في البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس، وتحقيقه أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الاخذ بغير رضى المشتري فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لأنها تتبع في البيع فأشبهت الغراس في الأرض وأما ما بيع مفردا من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفردا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والأوزاعي والعنبري وقتادة وربيعه وإسحاق لا شفعة في المنقولات واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالوا بالشفعة في كل شئ حتى في الثوب، وقال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيوف والحيوان وما في معني ذلك، قال أبو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى ان الشفعة تجب في البناء والغراس وان بيع مفردا وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام

(الشفعة فيما لم يقسم) ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم ولان ابن أبي مليكة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الشفعة في كل شئ) ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم (الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) لا يتناول الا ما ذكرناه وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض بدليل قوله (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق) ولان هذا مما لا يتبقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرو في الكتب الموثوق بها، والحكم في الغراف (١) والدولاب والناعورة كالحكم في البناء فأما ان بيعت الشجرة مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من الأرض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار ولان هذا مما لا ينقسم على ما سذكروه ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن القرار تابع لها فإذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيه تبعها، وان بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت فإن كان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلو لأنه بناء مفرد وإن كان لصاحب العلو فكذلك لأنه بناء مفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة لأن له قرارا فهو كالسفل

(فصل) (الشرط الثالث) أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والعضادة والطريق الضيقة والعراض الضيقة فعن أحمد فيها روايتان (إحدهما)

لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وربيعه والشافعي (والثانية) فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة

(١) بتشديد الراء

والثوري وابن سريج وعن مالك كالروايتين، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام (الشفعة فيما يقسم) وسائر الألفاظ العامة، ولأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره والأول ظاهر المذهب لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة) والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في رؤوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بئر ولا فحل ولأن اثبات الشفعة في هذا يضربا لبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من اثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع؟؟ البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من أحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، وقولهم ان الضرر ههنا أكثر لتأبده، قلنا الا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى أحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعديدية وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر اللاحاق. فأما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث إذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حماما فإن الشفعة تجب؟؟ فيه، وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان كالبئر ينقسم بئرين يرتقي الماء منهما وجبت الشفعة وكذلك أن كان مع البئر بياض أرض بحيث يحصل البئر في أحد النصيبين وجبت الشفعة أيضا لأنه تمكن القسمة وهكذا الرحي إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجر في أحد

القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل واحد منهما بحجرين وجبت الشفعة وان لم يمكن إلا بأن يحصل لكل واحد منهما ما لم يتمكن من إبقائها رحي لم تجب الشفعة. فأما الطريق فإن الدار إذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق لأنه لا شركة لاحد في ذلك، وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضا لأن اثبات ذلك يضر بالمشتري لأن الدار تبقى لا طريق لها، وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فإن كان ممرا لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه وإن كان تمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة فوجبت فيه الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق إلى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشتري وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكا في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها والقول في دهليز الجار وصحنه كالقول في الطريق المملوك، وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم المانع والصحيح أنه لا شفعة فيه لأن في ثبوتها تبعض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر (فصل) (الشرط الرابع) أن يكون شقفا منتقلا بعوض وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن

مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة ويأخذه الشفيع بقيمته
وحكي ذلك عن ابن
أبي ليلى لأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة وهذا موجود في الشركة كيفما كان
والضرر اللاحق
بالمتهب؟؟ دون ضرر المشتري لأن اقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه
دليل حاجته إليه فانتزاعه
منه أعظم ضررا من اخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه. ولنا انه انتقل بغير عوض
أشبه الميراث
ولان محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من
المشتري بمثل
السبب الذي انتقل به إليه ولا يمكن هذا في غيره ولان الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا
بقيمته وفي غيره
يأخذه بقيمته فافترقا. فاما المنتقل بعوض فينقسم قسمين (أحدهما) ما عوضه المال
كالبيع فهذا فيه الشفعة
بغير خلاف وهو في حديث جابر فإن باع ولم يؤذنه فلو أحق به وكذلك كل عقد
جرى مجرى البيع
كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنایات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها الثواب
المعلوم لأن ذلك
بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي الا أن
أبا حنيفة
وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا لأن الهبة لا
تثبت إلا بالقبض فأشبهت
البيع بشرط الخيار
ولنا أنه يملكها بعوض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا
يصح ما قالوه
من اعتبار لفظ الهبة لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة
عندهم فإنه

ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (القسم الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقى أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي. ثم اختلف بم يأخذه فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمته قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد إن كان الشقص صداقاً أو عوضاً في خلع أو متعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلي والشافعي لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بعرض، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبهه البيع ولنا أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك وبالقيمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الاخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه، ولأنه ليس له عوض يمكن الاخذ به فأشبهه الموهوب والموروث، وفارق البيع فإنه أمكن الاخذ بعوضه فإن قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لأنه موجود في يدها بصفته

وان طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لأن ملكها زال عنه فهو كما لو باعته،
وان طلق قبل علم
الشفيع ثم علم ففيه وجهان (أحدهما) حق الشفيع مقدم لأن حقه أسبق لأنه يثبت بالبيع
وحق الزوج
بالطلاق (والثاني) حق الزوج أولى لأنه ثبت بالنص والاجماع والشفعة ههنا لا نص
فيها ولا اجماع
فأما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ
منه وكذلك
ان جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله إلى الزوج لم يستحق الشفيع أخذه
لأنه عاد إلى المالك
لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص
إلى العاقد كرده بعيب
أو مقابلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن وقد ذكرنا في الاقاله رواية أخرى أنها بيع
فتثبت فيها
الشفعة وهو قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من
أيهما شاء وان
عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الاخذ بها
(فصل) وإذا جنى جنائتين عمدا وخطأ فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف
الشقص دون
باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها إن موجب العمد
القصاص عينا
وان قلنا موجب أحدهما وجبت الشفعة في الجميع وقال أبو حنيفة لا شفعة في
الجميع لأن في الاخذ
بها تبعض الصفقة على المشتري
ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة
جمعت ما تجب
فيه الشفعة وما لا تجب فيه فوجبت فيما تجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصا
وسيفا وبهذا الأصل

يطل ما ذكره، وقول أبي حنيفة أقيس لأن في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري
وربما لا يبقى منه
الا ما لا نفع فيه فأشبهه ما لو أراد أحد الشفيعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف
مسألة الشقص
والسيف، وأما إذا قلنا إن الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت
الدية فكان
الجميع عوضا عن المال
(فصل) ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما
وحده أيهما
كان وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة
الخيار كما بعد
انقضائه وقال أبو حنيفة إن كان الخيار للبائع أولهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لأن
في الاخذ بها
اسقاط حق البائع من الفسخ والزام البيع في حقه بغير رضائه ولأن الشفيع إنما يأخذ من
المشتري
ولم ينتقل الملك إليه وإن كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك إليه ولا حق لغيره فيه
والشفيع يملك
أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلان يملك ذلك قبل لزومه أولى وعامة ما يقدر
ثبوت الخيار له
وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيبا وللشافعي قولان كالمذهبين
ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الاخذ
بالشفعة يلزم
المشتري بالعقد بغير رضائه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين
التمن فلم يحز كما لو كان
الخيار للبائع فإننا إنما منعنا من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البائع وتفويت حق
الرجوع عليه في

عين مالهما وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب فإنه ثبت لاستدراك
الظلامة وذلك
يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار عالما بيع الأول سقطت
شفعته وثبتت
الشفعة فيما باعه للمشتري الأول في الصحيح من المذهب، وفي وجه آخر انه يثبت
للباع بناء على الملك
في مدة الخيار لمن هو منهما وان باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي
لأن ملكه زال
قبل ثبوت الشفعة، ويتوجه على تخريج أبي الخطاب ان لا تسقط شفعته فيكون له على
هذا أخذ
الشقص من المشتري الأول وللمشتري الأول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفيع من
مشتريه لأنه
كان شريكا للشفيع حين بيعه
(فصل) وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الأحكام إذا باع
بثمن
المثل سواء كان لوarith أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو
حنيفة لا يصح
بيع المريض مرض الموت لوarith لأنه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي
ولنا أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع فيما سواه كالأجنبي إذا لم يزد على
التبرع بالثلث
وذلك لأن الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتهن في الرهن لا
يمنع التصرف في
غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته، فاما بيعه بالمحاباة فلا
يخلو اما أن يكون لوarith
أو لغيره فإن كان لوarith بطلت المحاباة لأنها في المرض بمنزلة الوصية والوصية
لوarith لا تجوز ويبطل البيع في قدر
المحاباة من المبيع، وهل يصح فيما عداه؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لأن
المشتري بذل الثمن في كل المبيع

فلم يصح في بيعه كما لو قال بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قال قبلت نصفه بخمسة، ولأنه لم يكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح كتفريق الصفقة الثاني أنه يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى وللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لأن الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لأن البطلان إنما جاء من المحاباة فاختص بما يقابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لأن الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك المحاباة له فإن أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الاخذ به لأنه به لأنه يأخذ بالثمن وان ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الاخذ قبل إجازة الورثة وردهم لأن حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الاخذ بالشفعة قدم الشفيع لأنه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعيه (القسم الثاني) إذا كان المشتري أجنبيا والشفيع أجنبي فإن لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الاخذ بها بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصا وان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث وإن كان الشفيع وارثا ففيه وجهان (أحدهما) له الاخذ بالشفعة لأن المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني)

يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلا إلى إثبات حتى لو ارثته في المحاباة ويفارق الهبة لغريم الوارث لأن استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا، ولأصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين والثالث) أن البيع باطل من أصله لافضائه إلى إيصال المحاباة إلى الوارث وهذا فاسد لأن الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الأصل ببطلان فرع له، وعلى الوجه الأول ما حصلت للوارث المحاباة إنما حصلت لغيره ووصلت إليه بجهة الاخذ من المشتري فأشبهه هبة غريم الوارث (الوجه الرابع) ان للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة لأن المحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لأنه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الأجنبي أخذ الكل لأن الموهوب لا شفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر المحاباة وهذا فاسد لأننا محاباة لأجنبي بما دون الثلث فلا تبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا؟؟ (فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك إذا كان الثمن والشقص معلومين ولا يفتقر إلى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لأن البيع السابق سبب فإذا انضمت له المطالبة كان كالإيجاب في البيع انضم إليه القبول وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لأنه نقل للملك عن

مالكه إلى غيره قهرا فافتقر إلى حكم الحاكم كأخذ دينه
ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر إلى حاكم كالرد بالعيب وما ذكره
ينتقض بهذا
الأصل ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولأنه مال يتملكه قهرا فملكه
بالأخذ
كالغنائم والمباحات وباللفظ الدال على الاخذ لأنه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل
به فانتقل باللفظ
الدال عليه، وقولهم يملك بالمطالبة بمجردا لا يصح لأنه لو ملك بها لما سقطت
الشفعة بالعفو بعد
المطالبة ولو جب أنه إذا كان له شفيعان فطلبا الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر
أخذ قدر
نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه. إذا ثبت هذا فإنه إذا قال قد أخذت الشقص
بالثمن الذي تم عليه
العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له لا للمشتري لأن
الشقص يؤخذ قهرا
والمقهور لا خيار له والأخذ قهرا لا خيار له أيضا كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه أو
الثمن لعيب في المبيع
وإن كان الثمن مجهولا أو الشقص لم يملكه بذلك لأنه بيع في الحقيقة فيعتبر العلم
بالعوضين كسائر
اليوع وله المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع
فيأخذه بثمنه ويحتمل
أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب
(فصل) وإذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه وإن كان في يد
البائع
أخذه منه وكان كأخذه من المشتري هذا قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة لأن العقد
يلزم في بيع

العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار
كما لو قبضه المشتري وقال القاضي ليس له أخذه من البائع ويجبر الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه
الشفيع منه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا
يأخذه من غيره، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم الا بالقبض فإذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة
(فصل) إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري ففيه وجهان (أحدهما) للشفيع الاخذ بالشفعة وهو
قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) ليس له الاخذ بها ونصره الشريف أبو جعفر في مسائله وهو قول
مالك وابن شريح لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولان الشفيع إنما يأخذ الشقص
من المشتري وإذا أنكر البيع لم يمكن الاخذ منه ووجه الأول أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق
للمشتري فإذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما
ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فيوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه
فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لأن القبض منه ولم يثبت الشراء
في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لأن مقصود
البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ النقص وضممان العهدة وقد حصل من البائع فلا
فائدة في المحاكمة، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل دينا فقال آخر أنا ادفع إليك الدين الذي تدعيه ولا
تخاصمه لا يلزمه قبوله فهل لا قلت ههنا كذلك؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غريمه وههنا

بخلافه ولان البائع يدعي أن الثمن إلي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضا عن هذا المبيع فصار كالنائب عن المشتري في دفع الثمن والبائع كالنائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقرا بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا استحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري اما أن تقبضه واما أن تبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع إليه لأنه لأحدهما وان تداعياه جميعا فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئا فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولان البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعيا هذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمننا إنما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه (مسألة) قال ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبتي والأوزاعي وأبي حنيفة والعنبري والشافعي في أحد قوليه وحكي عن أحمد رواية ثانية ان الشفعة على التراخي

لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك
وهذا قول مالك
وقول الشافعي الا أن مالكا قال تنقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها
لأن هذا الخيار
لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص وبيان عدم الضرر أن النفع
للمشتري باستغلال
المبيع وان أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى
والثوري أن الخيار مقدر
بثلاثة أيام وهو قول الشافعي لأن الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار
والله أعلم
ولنا ما روى ابن السلماني عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
(الشفعة كحل العقل - وفي
لفظ أنه قال - الشفعة كمنشطة العقل إن قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها)
وروي عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه قال (الشفعة لمن واثبها) رواه الفقهاء في كتبهم لأنه خيار لدفع
الضرر عن المال فكان على
الفور كخيار الرد بالعيب ولان إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه
على المبيع ويمنعه
من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في
الغالب أكثر
من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه، والأصل
المقيس عليه ممنوع
ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب، وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس
وهو قول أبي حنيفة
فمتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لأن المجلس كله في حكم حالة
العقد بدليل ان القبض
فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد. وظاهر كلام الخرقى انه لا يتقدر
بالمجلس بل متى بادر

فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفيعته، وهذا ظاهر كلام أحمد وقول للشافعي لما ذكرنا من الخبر والمعنى.

وما ذكروه يبطل بنخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخرج المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفيعته،

وان أخرجها لعذر مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصحيح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب،

أو لطهارة أو اغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدا في

جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفيعته لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى

بترك الشفيعه الا أن يكون المشتري حاضرا عنده في هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله

عن أشغاله فإن شفيعته تبطل بتركه المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه، فأما مع غيبته

فلا لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم

يفعل ومضى على حسب عادته لم يسقط شفيعته لأنه طلب بحكم العادة. وإذا فرغ من حوائجه مضى على

حسب عادته إلى المشتري فإذا لقيه بدأ بالسلام لأن ذلك السنة وقد جاء في حديث (من بدأ بالكلام

قبل السلام فلا تجيبوه) ثم يطالب وان قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو

ذلك لم تبطل شفيعته لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملة الدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه

لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضى وان اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفيعته لما قدمنا

(فصل) فإن أجبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفيعه بطلت شفيعته سواء كان المخبر ممن يقبل

خبره أو لا يقبل لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه.
وان قال لم أصدقه
وكان المخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفيعته لأن قولهما حجة تثبت
بها الحقوق. وإن كان
ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل شفيعته. وحكي عن أبي يوسف انها
تسقط لأنه خبر
يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفيعه كخبر العدل
ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع فأشبهه قول الطفل والمجنون وان أخبره رجل عدل أو
مستور
الحال سقطت شفيعته ويحتمل أن لا تسقط ويروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لأن الواحد
لا
تقوم به البيعة.
ولنا أنه خبر لا تعبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الأخبار الدينية.
وفارق
الشهادة فإنه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وانكاره ولان الشهادة
يعارضها إنكار
المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر والمرأة في ذلك كالرجل والعبد كالحر
وقال القاضي هما
كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لأن قولهما لا يثبت به حق
ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحرة كالرواية
والاخبار الدينية
والعبد من أهل الشهادة فيما عدا والحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبهه الحر
(فصل) إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفيعه لم
تسقط الشفيعه بذلك

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفعة
 إلا لمكان الثمن
 الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه سلم ورضي
 ولنا أنه تركها للعدر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد لا يكون معه الكثير
 فلم
 تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم، وكذلك أن أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت
 كثيرة أو أظهر أنهما
 تبايعا بدنانير فبان أنها دراهم أو بدراهم فبانت دنانير وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو
 حنيفة
 وصاحباها ان كانت قيمتهما سواء سقطت الشفعة لأنهما كالجنس الواحد
 ولنا أنهما جنسان فاشبهها الثياب والحيوان ولأنه قد تملك بالنقد الذي وقع به البيع دون
 ما أظهره
 فيتركه لعدم ملكه له، وكذلك أن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بعرض
 فبان أنه بنقد أو بنوع
 من العرض فبان أنه بغيره أو اشتراه مشتر فبان أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشتراه لغيره
 فبان أنه
 اشتراه له أو أنه اشتراه لانسان فبان أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى شركة إنسان دون
 غيره وقد يحابي
 إنسانا أو يخافه فيترك لذلك، وكذلك أن أظهر أنه اشترى الكل بثمان فبان أنه اشترى
 نصفه بنصفه
 أو انه اشترى نصفه بثمان فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشترى الشقص وحده
 فبان انه اشتراه هو
 أو غيره أو أنه اشتراه هو وغيره فبان أنه اشتراه وحده لم تسقط النفعة في جميع ذلك
 لأنه قد يكون له غرض
 فيما أبطنه دون ما أظهر فيترك لذلك فلم تسقط شفيعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثمان
 فبان أقل منه، فاما أن أظهر
 أنه اشتراه بثمان فبان أنه اشتراه بأكثر أو انه اشترى الكل بثمان فبان أنه اشترى به بعضه
 سقطت

شفعته لأن الضرر فيما أبطنه أكثر فإذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره فالكثير
أولى
(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في
البلد الذي
فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لأن ذلك ليس
بعذر في ترك
المطالبة فإنها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي فيه، وان قال
نسيت فلم أذكر المطالبة
أو نسيت البيع سقطت شفعته لأنها خيار على الفور فإذا أخره نسيانا بطل كالرد بالعيب
وكما لو أمكنت
المعتقة وزوجها من وطئها نسيانا ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لأنه تركها لعذر فأشبهه
ما لو تركها
لعدم علمه بها وان تركها جهلا باستحقاقه لها بطلت كالرد بالعيب
(فصل) وإذا قال الشفيع للمشتري بعني ما اشتريت أو قاسمني بطلت شفعته لأنه يدل
على رضاه
بشرائه وتركه للشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضا وقال القاضي لا تسقط
لأنه لم يرض
باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة
ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضها فيثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو
قال بعني فلم
يبعه ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولأصحاب
الشافعي وجهان كهذين
فإن صالحه عنها بعوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لأنه
عوض عن إزالة
ملك فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها

ولنا أنه خيار لا يسقط إلى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط ويبطل ما قاله
بخيار
الشرط وأما الخلع فهو معاوضة عما ما ملكه بعوض وههنا بخلافه
(فصل) وان قال أخذ نصف الشقص سقطت شفيعته وبهذا قال محمد بن الحسن
وبعض أصحاب
الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لأن طلبه ببعضها طلب بجميعها لكونها لا تتبع
ولا يجوز أخذ بعضها
ولنا انه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيها لأنها لا تتبع ولا يصح ما ذكره فإن
طلب
بعضها ليس بطلب لجميعها وما لا يتبع لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه
كالنكاح، ويخالف السقوط
فإن الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق والعتاق
(فصل) وان أخذ الشقص بثمن مغصوب ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفيعته لأنه
بالعقد استحق
الشقص بمثل ثمنه في الذمة فإذا عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقي الاستحقاق في
الذمة فأشبهه ما لو
أخر الثمن أو كما لو اشترى شيئاً آخر ونقد فيه ثمناً مغصوباً (والثاني) تسقط شفيعته
لأن أخذه للشقص
بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فتسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها
(فصل) ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالماً بذلك سقطت شفيعته لأنه لم يبق له
ملك يستحق
به ولأن الشفعة ثبتت له لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك ببيعه، وإن
باع بعضه
ففيه وجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لأنها استحققت بجميعه فإذا باع بعضه سقط ما تعلق
بذلك من استحقاق

الشفعة فيسقط باقيها لأنها لا تتبع بعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالنكاح والرق
وكما لو عفي عن بعضها
(والثاني) لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد
فكذلك إذا
بقي وللمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني في المسألة الأولى وفي الثانية إذا قلنا
تسقط شفعة البائع
الأول لأنه شريك في المبيع وان قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من
المشتري الأول، وهل
للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لأنه
شريك فإن الملك ثابت
له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق نماءه وفوائده واستحقاق الشفعة به
من فوائده (والثاني)
لا شفعة له لأن ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه متزلزل ضعيف فلا
يستحق الشفعة
به لضعفه والأول أقيس فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق
قبل الدخول
والشقص الموهوب للولد. فعلى هذا للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني سواء
أخذ منه المبيع بالشفعة
أو لم يؤخذ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الاخذ من المشتري الأول في أحد
الوجهين، فأما ان باع
الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول فقال القاضي تسقط شفעתه أيضا لما ذكرناه ولأنه
زال السبب الذي
يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى معيبا فم
يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه
فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سواء فيما إذا باع جميعه أو بعضه، وقال أبو
الخطاب لا تسقط شفעתه

لأنها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على اسقاطها والأصل بقاؤها
فتبقى، وفارق ما إذا
علم فإن بيعه دليل على رضاه بتركها، فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري
الأول فإن
عفي عنه فللمشتري الأول أخذ الشقص من المشتري الثاني وان أخذ منه فهل للمشتري
الأول
الاخذ من الثاني؟ على وجهين
(مسألة) قال (ومن كان غائبا وعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وان طالت غيبته)
وجملة ذلك أن الغائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شريح والحسن
وعطاء
وبه قال مالك والليث والثوري والأوزاعي والشافعي والعبري وأصحاب الرأي، وروى
عن النخعي ليس
للغائب شفعة وبه قال الحارث العكلي والبتي الا للغائب القريب لأن اثبات الشفعة له
يضر بالمشتري
ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه فلم يثبت ذلك
كثبوته للحاضر
على التراخي. ولنا عموم قوله عليه السلام (الشفعة فيما لم يقسم) وسائر الأحاديث
ولان الشفعة
حق مالي وجد سببه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالإرث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع
فتثبت له الشفعة
عند علمه كالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يندفع
بايجاب القيمة له كما
في الصور المذكورة. إذا ثبت هذا فإنه إذا لم يعلم بالبيع الا وقت قدومه فله المطالبة
وان طالت غيبته
لأن هذا الخيار يثبت لإزالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه
كالرد بالعيب

ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه ان طالب على الفور استحق والا
بطلت شفيعته وحكم
المريض والمحبوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب لما ذكرنا
(مسألة) قال (وان علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفيعه له)
ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل أن
شفيعته تسقط سواء
قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد في
رواية أبي طالب في
الغائب له الشفيعه إذا بلغه أشهد وإلا فليس له شئ وهو وجه للشافعي والوجه الآخر لا
يحتاج إلى الاشهاد
لأنه إذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفيعه لذلك فقبل قوله فيه
ولنا أنه قد يترك الطلب للعذر وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفيعه وقد يسير لغيره
وقد
قدر أن يبين ذلك بالاشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفيعته كتارك الطلب مع حضوره،
وقال القاضي ان سار
عقيب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير اشهاد احتمال أن لا تبطل شفيعته لأن
ظاهر سيره أنه
الطلب؟؟ وهو قول أصحاب الرأي والعنبري وقول للشافعي، وقال أصحاب الرأي له من
الاجل بعد العلم
قدر السير فإن مضى الاجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفيعته وقال العنبري له مسافة
الطريق
ذاهبا وجائيا لأن عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه إلى الشهادة، وقد ذكرنا
وجه قول الخرقى ولا خلاف
في أنه إذا عجز عن الاشهاد في سفره أن شفيعته لا تسقط لأنه معذور في تركه فأشبهه ما
لو ترك الطلب

لعذره أو لعدم العلم ومتى قدر على الاشهاد فأخره كان كتأخير الطلب للشفعة إن كان لعذر لم تسقط الشفعة
وإن كان لغير عذر سقطت لأن الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر
الا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفيعته بتركه لأن
قولهم غير معتبر فلم يلزم اشهادهم كالأطفال والمجانين، وان لم يجد من يشهده الا من لا يقدم معه إلى
موضع المطالبة فلم يشهد فالأولى أن شفيعته لا تبطل لأن اشهاده لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل
شهادته فإن لم يجد الا مستوري الحال فلم يشهدهما احتمل أن تبطل شفيعته لأن شهادتهما يمكن اثباتها بالتركية
فأشبهها العدلين ويحتمل أن لا تبطل لأنه يحتاج في اثبات شهادتهما إلى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على
ذلك فلا تقبل شهادتهما وان أشهدهما لم تبطل شفيعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لأنه لم يمكنه
أكثر من ذلك فأشبهه العاجز عن الاشهاد وكذلك أن لم يقدر الا على اشهاد واحد فأشهده أو ترك اشهاد
أكثر من ذلك فأشبهه العاجز عن الاشهاد وكذلك أن لم يقدر الا على اشهاد واحد فأشهده أو ترك اشهاد
(فصل) إذا أشهد على المطالبة ثم أصر القدوم مع امكانه فظاهر كلام الخرقى أن الشفعة بحالها
وقال القاضي تبطل شفيعته وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضا
لأنه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي إلا أن
لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين (أحدهما) لا تسقط شفيعته لأن له غرضا بأن يطالب
لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه
اقراره فكان معذورا

ولنا أن عليه في السفر ضررا لالتزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها
وتضيع بغيته
والتوكيل إن كان بجعل لزمه غرم وإن كان بغير جعل لزمته منة ويخاف الضرر من
جهته فاكتمفى
بالاشهاد. فأما ان ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفيعته وجها واحد
لأنه معذور
فأشبهه من لم يعلم وان لم يقدر على الاشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت
شفيعته لأنه تارك
للطلب بها مع امكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضرا
(فصل) ومن كان مريضا مرضا لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والألم القليل فهو
كالصحيح وإن كان
مرضا يمنع المطالبة كالحمى وأشباهاها فهو كالغائب في الاشهاد والتوكيل وأما
المحبوس فإن كان
محبوسا ظلما أو بدين لا يمكنه أداءه فهو كالمريض فإن كان محبوسا بحق يلزمه أداءه
وهو قادر عليه فهو
كالمطلق ان لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفيعته لأنه تركها مع القدرة
عليها
(مسألة) قال (فإن لم يعلم حتى تباع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة
من شاء منهم فإن طالب الأول رجع الثاني بالثمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني)
وجملة ذلك أن المشتري إذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه فتصرفه
صحيح لأنه
ملكه وصح قبضه له ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يملكه عليه وذلك لا يمنع من
تصرفه كما لو

كان أحد العوضين في البيع معيبا لم يمنع التصرف في الآخر والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه، فمتى تصرف فيه تصرفا صحيحا تجب به الشفعة مثل أن باعه فالشفيع بالخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الأول بتمنه لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وإن شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لأنه شفيع في العقدين فكان له الاخذ بما شاء منهما، وإن تباع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول وينسخ العقدان الأخيران وله أن يأخذه بالثاني وينسخ الثالث وحده وله أن يأخذه بالثالث ولا يفسخ شيء من العقود، فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به وإن أخذ من الثاني الثمن دفع إليه الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لأنه قد انسخ عقده وأخذ الشقص منه فيرجع بتمنه على الثاني لأنه أخذه منه، وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به وانسخ عقد العقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ورجع الثاني على الأول بما أعطاه، فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة وأخذ الثاني من الأول عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انسخ عقده فيرجع بتمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافا وبه يقول مالك والشافعي والعبري وأصحاب الرأي، وما كان في معنى

البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا، وإن كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف
على ما سنذكره إن شاء الله تعالى (فصل) وان تصرف المشتري في الشقص بما لا
تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله
مسجدا فقال أبو بكر للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع وبه
وهو قول مالك
والشافعي وأصحاب الرأي لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ
بهما فبان
يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى، ولان حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى فلم
يملك المشتري أن
يتصرف تصرفا يبطل حقه، ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف
المريض أملاكه
وعليه دين فإنه إذا مات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم إبطال
العتق فالوقف
أولى، وقال القاضي المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد
استقاط الشفعة فيما إذا
تصرف بالوقف والهبة، وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لأن الشفعة إنما تثبت
في المملوك وقد
خرج هذا عن كونه مملوكا، وقال ابن أبي موسى من اشترى دارا فجعلها مسجدا فقد
استهلكها ولا
شفعة فيها ولان في الشفعة ههنا إضرار بالموهوب له والموقوف عليه لأن ملكه يزول
عنه بغير عوض
ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فإنه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني
بالثمن الذي أخذ
منه فلا يلحقه ضرر، ولان ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض إلى غير مالك وسلبه
عن المالك فإذا

قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام وان قلنا بثبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده
ويفسخ؟؟ عقده
ويدفع الثمن إلى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لأنه يأخذ ملكه
ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول ولو لم يكن وهب كان
الثمن له
كذلك بعد الهبة المفسوخة
(فصل) فإن جعله صداقا أو عوضا في خلع أو صلح عن دم عمدا نبي ذلك على
الوجهين في
الاحذ بالشفعة، فإن قايل البائع المشتري أو رده عليه بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد
والاحذ بالشفعة
لأن حقه سابق عليهما ولا يمكنه الاحذ معهما، وان تحالفا على الثمن وفسخا البيع
فللشفيع أن يأخذ
الشقص بما حلف عليه البائع لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع
باستحقاق
الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل
فسخهما
ويأخذ لأن حقه أسبق
(فصل) وان اشترى شقصا بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيبا فله رد العبد واسترجاع
الشقص
ويقدم على حق الشفيع لأن في تقديم حق الشفيع اضراارا بالبائع باسقاط حقه من
الفسخ الذي
استحقه والشفعة لا تثبت لإزالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر فإن الضرر
لا يزال بالضرر

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقدم حق الشفيع لأن حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشقص عيبا فرده ولنا أن في الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق لأنه استند إلى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقا وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت، ويفارق ما إذا كان الشقص معيبا فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد، وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافترقا، فإن لم يرد البائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي فإن الشفعة بيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لأنه بمنزلة التالف، والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجعان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجعان لأن الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحا لا عيب فيه بدليل ان البائع إذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيبا لأنه إنما أعطى عبدا معيبا فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجعان لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فإذا قلنا يتراجعان فأيهما كان ما دفعه أكثر يرجع بالفضل على صاحبه، وان لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشئ

لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غير معيب، وان أدى قيمته معييا رجع المشتري عليه بما أدى من أرشه وان عفا عنه ولم يأخذ أرشا لم يرجع الشفيع عليه بشئ لأن البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فأشبهه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وان عاد الشقص إلى المشتري ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الأول لأن ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه إلى القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئا لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فإنه يردده لأن ملك المغصوب لم يزل عنه (فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلا أو موزونا فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لأنه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الإقالة والرد بالعيب وإن كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسألة التي قبلها لأن لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه فأشبهه ما لو اشتراه منه أجنبي (فصل) وان اشترى شقصا بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقا فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك إلى المشتري وهو العقد الصحيح فأما الباطل فوجوده كعدمه، فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك الا ببينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين، فإن أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد على

صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص، وان أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة
ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع
والبائع ينكره
ويدعي عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن، وان أقر
الشفيع والبائع
وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك
البائع مطالبة المشتري
بشئ لأن البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر، وان أقر
الشفيع وحده
لم تثبت الشفعة ولا يثبت شئ من أحكام البطلان في حق المتبايعين، فاما ان اشترى
الشقص بثمن في
الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقا كانت الشفعة واجبة لأن البيع صحيح فإن تعذر قبض
الثمن من
المشتري لاعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لأن الاخذ بها يحصل
للمشتري ما يوفيه
ثمنا فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى
(فصل) وإذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن إلى
المشتري
فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الإقالة لأنها تصح بين المتبايعين وليس بين
الشفيع والبائع بيع
وإنما هو مشتر من المشتري فإن باعه إياه صح البيع لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل
قبضه

(مسألة) قال (وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة)
وجملة ذلك أنه إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء
منهم الحسن
وعطاء ومالك والأوزاعي والشافعي وسوار والعنبري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى
لا شفعة له
وروي ذلك عن النخعي والحارث العكلي لأن الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره
حتى يبلغ لما فيه من الاضرار
بالمشترى وليس للولي الاخذ لأن من لا يملك العفو لا يملك الاخذ. ولنا عموم
الأحاديث ولأنه خيار جعل
لإزالة الضرر عن المال فيثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ
غير صحيح فإن الولي
يأخذ بها كما يرد المعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فإن
ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد
ولان في الاخذ تحصيلا للملك للصبي ونظرا له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا
يلزم من ملك
ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع، ولان العفو اسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من
ملك الولي استيفاء
حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، وان لم يأخذ الولي انتظر
بلوغ الصبي كما ينتظر
قدوم الغائب وما ذكره من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب. إذا ثبت هذا فإن ظاهر
قول الخرقى أن
للصغير إذا كبر الاخذ بها سواء عفا عنها الولي أو لم يعف وسواء كان الحظ في الاخذ
بها أو في تركها وهو
ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة إذا بلغ فاختر ولم يفرق وهذا قول
الأوزاعي وزفر
ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لأن المستحق للشفعة يملك
الاخذ بها سواء كان له

الحظ فيها أو لم يكن فلم يسقط بترك غيره كالغائب إذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال أبو عبد الله بن حامد ان تركها الولي لحظ الصبي أو لأنه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهذا ظاهر مذهب الشافعي لأن الولي فعل ما له فعله فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي فصح كالاخذ مع الحظ وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بعفو الولي عنها في الحالين لأن من ملك الاخذ بها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحبه في هذا لأنه أسقط حقا للمولي عليه لاحظ له في اسقاطه فلم يصح كالأبراء واسقاط خيار الرد بالعيب، ولا يصح قياس الولي على المالك لأن للمالك التبرع والبراء ومن؟؟ لاحظ له فيه بخلاف الولي (فصل) فاما الولي فإن كان للصبي حظ في الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصا أو بثمان المثل وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الاخذ بالشفعة لأن عليه الاحتياط له والاخذ بما فيه الحظ فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الأوزاعي ليس للولي الاخذ بها لأنه لا يملك العفو عنها فلا يملك الاخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها الصبي إذا كبر، ولا يصح هذا لأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فملكه الولي في حق الصبي كالرد بالعيب، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فإن تركها الولي مع الحظ فللصبي الاخذ بها إذا كبر ولا يلزم الولي لذلك غرم لأنه لم يفوت شيئا من ماله وانا ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبهه ما لو ترك

شراء العقار مع الحظ في شرائه وإن كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لأنه لا يملك فعل ما لاحظ للصبي فيه فإن أخذ فهل يصح؟ على روايتين (إحداهما) لا يصح ويكون باقيا على ملك المشتري لأنه اشترى له مالا يملك شراءه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيبا يعلم عيب، ولا يملك الولي المبيع لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير اذنه فإنه يقع باطلا ولا يصح لواحد منهما كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي (والرواية الثانية) يصح الاخذ للصبي لأنه يشتري له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى؟؟ معيبا لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشقص الذي يشتره بزوال الشركة أو لأن الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع (فصل) وإذا باع وصي الأيتام فباع لأحدهم نصيبا في شركة آخر كان له الاخذ للآخر بالشفعة لأنه كالشراء له وإن كان الوصي شريكا لمن باع عليه لم يكن له الاخذ لأنه متهم في بيعه ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ لليتيم بالشفعة إذا كان له الحظ فيها لأن التهمة منتفية فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافق ولأن الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به فإذا

رفع الامر إلى الحاكم فباع عليه فللوصي الاخذ حينئذ لعدم التهمة، وإن كان كان الوصي أب فباع شقص الصبي فله أن يأخذه بالشفعة لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة وإن بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية وإذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر (فصل) وإذا عفا ولي الصبي عن شفيعته التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لأنها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها إذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لأن ذلك يؤدي إلى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها إذا كبر لأن الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيرها حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها إذا قدم فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وان صار فيها حظ أو كان معسرا عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فإن قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها إذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس فله الاخذ بها بحال لأنها قد سقطت على الاطلاق فأشبهه ما لو عفا الكبير عن شفيعته (فصل) والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لأنه محجور عليه لحظه وكذلك السفيه لذلك، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم الغائب والمجنون ينتظر افاقته، وأما المفلس

فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الاخذ بها لأن الملك لم يثبت لهم في
أملاكه قبل قسمتها
ولا اجباره على الاخذ بها لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم
اجباره على العفو
لأنه اسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لأنه يأخذ
في ذمته وليس
بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبهه
ما لو اشترى
في ذمته شقصا غير هذا ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به
سواء أخذه برضاهم
أو بغيره لأنه مال له فأشبهه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الاخذ والترك وليس لسيد
الاعتراض
عليه لأن التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له في التجارة من العبيد فله الاخذ
بالشفعة لأنه
مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عفو لأن الملك لسيدته ولم يأذن له في
إبطال حقوقه،
وان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد ان يأخذ لأن للسيد الحجر عليه، ولان الحق
قد أسقطه
مستحقه فيسقط باسقاطه
(فصل) وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها
فإن تركها
فلرب المال الاخذ لأن مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لأن الملك لغيره فلم
ينفذ عفو كالمأذون
له وان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصا في شركة رب المال فهل لرب المال
فيه شفعة على وجهين
مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب
شفيعه ولا ربح في المال
فله الاخذ بها لأن الملك لغيره وإن كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك وان
قلنا يملك بالظهور
ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا فإن باع
المضارب شقصا في شركته
لم يكن له أخذه بالشفعة لأنه متهم فأشبهه شراءه من نفسه

(فصل) ولا شفعة بشركة الوقف ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب فيه كالمجاور وغير المنقسم، ولأننا ان قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وان قلنا هو مملوك فملكه غير تام لأنه لا يفيد إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكا تاما وقال أبو الخطاب ان قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لأنه مملوك يبيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه كوجوبها في الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لأن الاخذ بها يبيع وهو مما لا يجوز بيعه (مسألة) قال (وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه الا أن يشاء المشتري أن يأخذ بنائه فله ذلك إذا لم يكن في أخذه ضرر) وجملته أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها) أن يظهر المشتري أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائبا فيقاسمه وكيله أو صغيرا فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك أن كان غائبا أو صغيرا فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقام ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فإن

للمشترى قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لأنه ملكه فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر
ولا نقص
الأرض ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه غرس وبنى في ملكه وما حدث من
النقص إنما حدث
في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن، وظاهر كلام الخراقي أن عليه ضمان النقص الحاصل
بالقلع لأنه اشترط
في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره لأجل تخليص
ملكه فلزمه
ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لاجراج ديناره منها، وقولهم ان النقص حصل في
ملكه ليس كذلك فإن
النقص الحاصل بالقلع إنما هو في ملك الشفيع فاما نقص الأرض الحاصل بالغرس
والبناء فلا يضمنه لما
ذكروه فإن لم يختر المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء ترك الشفعة وبين
دفع قيمة
الغراس والبناء فيملكه مع الأرض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع
وبهذا قال الشعبي والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبتي وسوار
وإسحاق، وقال حماد بن أبي سليمان
والثوري وأصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لأنه بنى فيما استحق غيره
أخذه فأشبهه
الغاصب ولأنه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبهه ما لو بانت مستحقة.
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) ولا يزول الضرر عنهما الا
بذلك ولأنه بنى في ملكه
الذي تملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا، وفارق ما قاسوا
عليه فإنه بنى في
ملك غيره ولأنه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق بخلاف مسئلتنا فإنه غير ظالم فيكون
له حق
إذا ثبت هذا فإنه لا يمكن ايجاب قيمته مستحقا للبقاء في الأرض لأنه لا يستحق ذلك،
ولا قيمته

مقلوعا لأنه لو وجبت قيمته مقلوعا لملك قلعه ولم يضمن شيئا ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الأرض تقوم وفيها الغراس والبناء ثم تقوم خالية منهما فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار القلع لأن ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء، ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقا للترك بالأجرة أو لآخذه بالقيمة إذا امتنع من قلعه فإن كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وإن قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختر الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لأنه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي باحتماله، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذه نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة (فصل) وان زرع في الأرض فللشفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد لأن ضرره لا يتبقى ولا أجره عليه لأنه زرعه في ملكه، ولان الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى إلى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع، وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشتري فهو له مبقى إلى الجذاذ كالزرع (فصل) وإذا نمى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون نماء متصلا كالشجر

إذا كثر أو ثمرة غير ظاهرة فإن الشفيع يأخذه بزيادته لأن هذه زيادة غير متميزة فتبعت الأصل كما لو رد بعيب أو خيار أو إقالة فإن قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائدا إذا طلق قبل الدخول؟ قلنا لأن الزوج يقدر على؟؟ الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع بالعين وفي مسئلتنا إذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائع، وإذا أخذ الأصل تبعه نماؤه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها (الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والأجرة والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري لاحق للشفيع فيها لأنها حدثت في ملكه وتكون للمشتري مبقاة في رأس النخل إلى الجذاذ لأن أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه، فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة، ويأخذ الأرض والنخيل بحصتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصا وسيفا (فصل) وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لأنه ملكه تلف في يده ثم إن أراد الشفيع الاخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري كنقصه للبناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم، ثم إن كانت الانقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهذا قول الثوري والعبري

وأبي يوسف وقول للشافعي، وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان التلف بفعل آدمي كما
ذكرنا، وإن
كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي الا
بكل الثمن
أو يترك وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله
إلى المشتري
فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شئ فيكون الاخذ منه اضرارا به والضرر
يزال بالضرر
ولنا أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من
الثمن كما لو تلف
بفعل آدمي سواه أو كما لو كان له شفيع آخر، أو نقول أخذ بعض ما دخل معه في
العقد فأخذه بالحصة كما
لو كان معه سيف، وأما الضرر فإنما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه
الشفيع يؤدي
ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه، وإنما قلنا يأخذ الانقاض وان كانت منفصلة لأن
استحقاقه للشفعة
كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلا اتصالا ليس مآله إلى الانفصال
وانفصاله بعد ذلك
لا يسقط حق الشفعة، ويفارق الثمرة غير المؤبرة إذا تأرت فإن مآلها إلى الانفصال
والظهور فإذا ظهرت
فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن
انشق الحائط
واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له الا الاخذ بجميع الثمن أو الترك
لأن هذه المعاني
لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان، ولهذا قلنا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه،
ولو زاد المبيع زيادة
متصلة دخلت في الشفعة

(مسألة) قال (وإن كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيح مثل ذلك، وإن كان عرضاً أعطاه قيمته) وجملته أن الشفيح يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لما روي في حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (هو أحق بالثمن) رواه أبو إسحاق الجوزجاني في كتابه، ولأن الشفيح إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري فإن قيل إن الشفيح استحق أخذه بغير رضی مالكة فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ وعدم غيره، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله إلى قيمته والشفيح استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع. إذا ثبت هذا فانا ننظر في الثمن فإن كان دنانير أو دراهم أعطاه الشفيح مثله، وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فإن الشفيح يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي، وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا لأنها تجب بمثل الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كما لو جهل الثمن ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي وما ذكروه لا يصح لأن المثل

يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبديل المتلف، فأما إن كان الثمن من
المثليات غير الأثمان
كالحبوب والادهان فقال أصحابنا يأخذه الشفيع بمثله لأنه من ذوات الأمثال فهو
كالأثمان وبه يقول
أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي ولان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى
من المماثل في
إحداهما ولان الواجب بدل الثمن فكان مثله كبديل القرض والمتلف
(فصل) ويستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر ثم غيراه
في زمن
الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم
العقد وإنما
يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد،
والتغيير يلحق بالعقد
فيه لأنهما على اختيارهما فيه كما لو كانا في حال العقد، فاما إذا انقضى الخيار وانبرم
العقد فزادا أو
نقصا لم يلحق بالعقد لأن الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ولا
يثبت ذلك
في حق الشفيع وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون
الزيادة، وان
كانا عنده يلحقان بالعقد لأن الزيادة تضر الشفيع فلم يملكها بخلاف النقص وقال
مالك ان بقي
ما يكون ثمنا أخذ به، وان حط الأكثر أخذه بجميع الثمن الأول
ولنا أن ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولا الشفيع
استحق
الاخذ بالثمن الأول قبل التغيير فلم يؤثر التغيير بعد ذلك فيه كالزيادة وما ذكره من
العذر غير صحيح

لأن ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع، وان أضربه كالزيادة، في مدة الخيار ولأنه حط بعد لزوم العقد فأشبهه حط الجميع أو الأكثر عند مالك (فصل) وإن كان الثمن مما تجب قيمته فإنها تعتبر وقت البيع لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص، وإن كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لأنه حين استحقاق الشفعة وبهذا قال الشافعي، وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يقوم للمشتري وما نقص فمن مال البائع فلا ينقص به حق المشتري (فصل) وإذا كان الثمن مؤجلا أخذ الشفيع بذلك الاجل إن كان مليئا وإلا أقام ضمينا مليئا وأخذه وبه قال مالك وعبد الملك وإسحاق، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا، وقال أبو حنيفة لا يأخذها إلا بثمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ، وعن الشافعي كمذهبنا ومذهب أبي حنيفة لأنه لا يمكنه الاخذ بالمؤجل لأنه يفضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تتماثل وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا بسلعة بمثل الثمن إلى الاجل لأنه إنما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحدة منهما فلم يبق إلا التخيير

ولنا أن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في
الحلول زيادة
على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكروه من اختلاف الذمم فإننا لا
نوجبها حتى توجد
الملاءة في الشفيع أو في ضمينه بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك
كما لو اشترى
الشقص بسعة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما، ومتى أخذه الشفيع بالأجل فمات
الشفيع أو
المشتري وقلنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لأن سبب
حلوله الموت
فاختص بمن وجد في حقه
(فصل) وإذا باع شقصا مشفوعا ومعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد
ثبتت
الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن
على قدر قيمتهما فما
يخص الشقص يأخذه الشفيع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا تجب
الشفعة لئلا تتبعض
صفقة المشتري وفي ذلك اضرار به فأشبهه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص، وقال
مالك
ثبتت الشفعة فيما لذلك
ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرد
وما يلحق المشتري
من الضرر فهو ألحقه بنفسه بجمعه في العقد بين ما ثبتت فيه الشفعة ومالا تثبت ولان
في أخذ الكل ضررا بالمشتري
أيضا لأنه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له ففي أخذه منه إضرار به من غير سبب
يقتضيه

(فصل) وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلهما أن يأخذا ويقتسما الثمن على قدر القيمتين. وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن، ويتخرج انه لا شفعة له كالمسألة التي قبلها وليس له أخذهما معا لأن أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف، وإن كان الشريك فيهما واحدا فله أخذهما وتركهما لأنه شريك فيهما، وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك، وهذا منصوص الشافعي، ويحتمل انه لا يملك ذلك، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لأنه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصا واحدا، ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين، ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب - إذا كانا شريكين فترك أحدهما شفעתه - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه (فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضرارا بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر، فإن أحضر رهنا أو ضمينا لم يلزم المشتري قبوله لأن في تأخير الثمن ضررا فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال، فإن بذل عوضا عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة

لم يجبر عليها، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فإن كان موجودا سلمه وان تعذر في الحال قال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوما أو يومين بقدر ما يرى الحاكم، فإذا كان أكثر فلا، وهذا قول مالك وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي: ينظر ثلاثا لأنها آخر حد القلة فإن أحضر الثمن وإلا فسخ عليه وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا لا حضار عوضه كتسليم المبيع ولنا انه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله، وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة فإذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها وإلا فسخ الحاكم الاخذ ورده إلى المشتري، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ، والأولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولأنه تعذر على البائع الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه، وكما لو أفلس الشفيع، ولأن الاخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب، ولأن وقف ذلك على الحاكم يفضي إلى الضرر بالمشتري لأنه قد يتعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد يصعب

عليه حضور مجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضي إلى الضرر،
ولأنه لو وقف الأمر
على الحاكم لم يملك الاخذ الا بعد احضار الثمن لئلا يفضي إلى هذا الضرر، وان أفلس
الشفيع خير
المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشتري
(فصل) لا يحل الاحتيال لاسقاط الشفعة وان فعل لم تسقط، قال أحمد في رواية
إسماعيل
ابن سعيد وقد سألته عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شي من الحيل في ذلك
ولا في إبطال حق
مسلم وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوز جاني، وقال
عبد الله بن عمر
من يخدع الله يخدعه وقال أيوب السختياني انهم ليخادعون الله ما يخادعون صبيا لو
كانوا يأتون
الأمر على وجهه كان أسهل علي
ومعنى الحيلة ان يظهر وا في البيع شيئا لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤن في الباطن على
خلافه: مثل أن
يشترى شقصا يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير، أو يشتريه
بمائة دينار
ويقضيه عنها مائة درهم، أو يشترى البائع من المشتري عبدا قيمته مائة بألف في ذمته
ثم يبيعه الشقص
بالألف، أو يشترى شقصا بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة، أو يشترى جزءا من
الشقص بمائة ثم يهب
له البائع باقيه، أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو بعقد البيع بثمن
مجهول المقدار كحفنة

قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشباه هذا، فهذا كله إذا وقع من غير تحيل سقطت الشفعة، وان تحيلا به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الأولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهبا، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد البراء وهو المائة المقبوضة، وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص، كله بجميع الثمن لأنه إنما وهبه بقية الشقص عوضا عن الثمن الذي اشترى به جزءا من الشقص، وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب، وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو بقيمته ان لم يكن مثلها إذا كان الثمن موجودا وان لم يوجد عينه دفع إليه قيمة الشقص لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها، وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجز كما لو لم يكن حيلة ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (من أدخل فرسا بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار، وان أمن أن يسبق فهو قمار) رواه أبو داود وغيره، فجعل ادخال الفرس المحلل قمارا في الموضوع الذي يقصد به إباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جعلاً مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقيهما، وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيها واستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (لا تركبوا ما ارتكبت

اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل) وقال النبي صلى الله عليه وسلم (لعن الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه) متفق عليه ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون الا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة، وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلتهم فإنه رأى انهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء إليها يوم الجمعة فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها إلى ليلة الأحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فمسخهم الله تعالى بحيلتهم، وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها موعظة للمتقين) قيل يعني به أمة محمد صلى الله عليه وسلم أي لتتعظ بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون، ولان الحيلة خديعة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم (لا تحل الخديعة لمسلم) ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر فلم تسقط كما لو أسقطها المشتري بالبيع والوقف، وفارق ما لم يقصد به التحيل لأنه لا خداع فيه ولا قصد به إبطال حق والأعمال بالنيات، فإن اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أو لا؟ فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه أعلم بنيته وحاله إذا ثبت هذا فإن الغرر في الصورتين الأوليين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بمائة وما

يساوي مائة درهم بمائه دينار وأشهد على نفسه ان عليه ألفا فربما طالبه بذلك فلزمه
في ظاهر الحكم
وفي الثالثة الغور على البائع لأنه اشترى عبدا يساوي مائة بألف، وفي الرابعة على
المشتري لأنه اشترى
شقصا قيمته مائة بألف وكذلك في الخامسة لأنه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه،
وفي السادسة على
البادي منهما بالهبة لأنه قد لا يهب له الآخر شيئا، فإن خالف أحدهما ما تواطأ عليه
فطالب صاحبه بما
أظهراه لزمه في ظاهر الحكم لأنه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختارا، فاما فيما بينه
وبين الله تعالى فلا يحل لمن
غر صاحبه الاخذ بخلاف ما تواطأ عليه لأن صاحبه إنما رضي بالعقد للتواطؤ فمع فواته
لا يتحقق الرضى به
(مسألة) قال (وان اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الا أن يكون للشفيع بينة)
وجملته أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال
الشفيع بل
بخمسين فالقول قول المشتري لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا
ينزع من يده
بالدعوى بغير بينة وبهذا قال الشافعي، فإن قبل فهلا قلت قول الشفيع لأنه غارم
ومنكر للزيادة فهو
كالغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه إذا أعتق؟ قلنا الشفيع ليس بغارم لأنه لا
شئ عليه وإنما
يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق، فأما إن كان للشفيع
بينه حكم بها
وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واستغنى عن يمينه ويثبت ذلك بشاهد ويمين
وشهادة رجل

وامرأتين ولا تقبل شهادة البائع لأنه إذا شهد للشفيع كان متهما لأنه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه، وان أقام كل واحد منهما بينة احتمال تعارضهما لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما، وذكر الشريف أن البينة بينة الشفيع ويقتضيه مذهب الخرقى لأن بينة الخارج عنده مقدمة على بينة الداخل والشفيع هو الخارج وهذا قول أبي حنيفة، وقال صاحباه البينة بينة المشتري لأنها ترجح بقول المشتري فإنه مقدم على قول الشفيع، ويخالف الخارج الداخل لأن بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده، وفي مسألتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع ولنا أنهما بينتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ويحتمل ان يقرع بينهما لأنهما يتنازعان في العقد ولا يدلها عليه فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرهما (فصل) وان قال المشتري لا أعلم مبلغ الثمن فالقول قوله لأن ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافا أو بثمان نسي مبلغه ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بذل ولا يمكن أن يدفع إليه مالا يدعيه، فإن ادعى أنك فعلت ذلك تحيلا على اسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك (فصل) فإن اشترى شقصا بعرض واختلفا في قيمته فإن كان موجودا عرضه على المقومين، وان تعذر إحضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدر الثمن، وان ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا

فيما إذا ادعى جهل ثمنه، وان اختلفا في الغراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا أحدثته وأنكر الشفيع
فالقول قول المشتري لأنه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فالقول قول المالك
(فصل) إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة
فإنه
يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثلث
ويدعي الشفعة
فيه فإذا فعل ذلك سئل المدعى عليه فإن أقر لزمه، وان أنكر وقال إنما اتهمته أو ورثته
فلا شفعة لك فيه
فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فإن حلف برئ وان نكل
قضي عليه وان
قال لا نستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في
الانكار، وإذا نكل
وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثلث فإن أخذه دفع إليه، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة
أوجه (أحدها)
يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع إليه كما لو أقر له بدار فأنكرها والثاني
أن يأخذه الحاكم
فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ومتى ادعاه دفع إليه (والثالث) يقال له إما أن
نقبضه واما أن
تبرئ منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال المكاتب فادعى أنه حرام اختار هذا
القاضي وهذا
مفارق للمكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك
بمجرد دعوى
سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطلب الشفيع بشئ فلا ينبغي أن يكلف ابراء مما لا
يدعيه والوجه
الأول أولى إن شاء الله تعالى

(فصل) وان قال اشتريته لفلان وكان حاضرا استدعاه الحاكم وسأله فإن صدقه كان الشراء له والشفعة عليه، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة إليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه واخذ منه بالشفعة، وإن كان المقر له غائبا أخذه الحاكم ودفعه إلى الشفيع وكان الغائب على حجته إذا قدم لأننا لو وقفنا الامر في الشفعة إلى حضور المقر له لكان في ذلك اسقاط الشفعة لأن كل مشتر يدعي انه لغائب. وان قال اشتريته لا بني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية ففيه وجهان:
(أحدهما) لا تثبت الشفعة لأن الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لأنه ايجاب حق في مال صغير باقرار وليه (الثاني) تثبت لأنه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بعيب في مبيعه، فأما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت بيينة أو يقدم الغائب وبلوغ الطفل فيطالبهما بها لأن الملك يثبت لهما باقراره به فاقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا قر بالشراء ابتداء لأن الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعا، وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب بيئانه لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمنهنا

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب انه اشتراه منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فللشفيع أخذه بالشفعة لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يديه وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولا صحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لأن هذا اقرار على غيره ولنا انه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه انك بعت نصيب الغائب باذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار البائع بالبيع فإذا قدم الغائب فأنكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينتزع الشقص ويطالب بأجره من شاء منهما ويستقر الضمان على الشفيع لأن المنافع تلفت تحت يده فإن طالب الوكيل رجوع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل انك اشتريت الشقص الذي في يدك فأنكر وقال إنما أنا وكييل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه فإن كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لأن القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انتزاع الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمنا، فإن لم تكن بينة وطلب الشفيع يمينه فنكل عنها احتمل أن يقضى عليه لأنه لو أقر لقضى عليه فكذلك إذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لأنه قضاء على الغائب بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي
فعلى
الشفيع إقامة البينة انه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف إذا
كان في يده
استحق به الشفعة لذلك لأن الظاهر من اليد الملك
ولنا أن الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت
ومجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده، فإن ادعى أن المدعي يعلم أنه
شريك فعلى المشتري
اليمين انه لا يعلم ذلك لأنها يمين على نفي فعل الغير فكان على العلم كاليمين على
نفي دين الميت
فإذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه
(فصل) إذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمر وفلي شفعتة فصدقه عمرو
فأنكر
الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة انه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة
بذلك، وقال
محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده إلى البائع فيأخذه الشفيع
منهما لأنهما
شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع
ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمر وعلى المنكر بالبيع لا يقبل لأنه اقرار على غيره
فلا يقبل في
حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار
بمنزلة ما لو

حلف اني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا له: أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده فأنكر المشتري الشراء لأن الذي في يده الدار مقربها للشفيع ولا منازع له فيها سواه وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لا شئ في يده ولا يقدر على تسليم الشقص فافترقا (فصل) وإذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتماها فإن قالوا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأن الشفعة إنما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده، وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضي له، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا، وإن شهدت بين كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقد منا دعواه وسألنا خصمه فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم تسمع دعوى الثاني على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا، وإن ادعى الأول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لأن خصمه قد استحق ملكه، وإن حلف الثاني ونكل الأول قضينا عليه (فصل) إذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف فأقام

البائع بينة أن الثمن ألفان أخذهما المشتري وللشفيح أخذه بالألف لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيح بهما لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به الحاكم ولنا أن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به وإنما حكم بها للبائع لأنه لا يكذبها، فإن قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذبا أو ناسيا ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل رجوعه لأنه رجوع عن اقرار تعين به حق آدمي غيره فأشبهه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المرابحة بثمن ثم قال غلطت والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لأنه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وإن لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشفيح أخذه بما حلف عليه البائع، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لأن للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك ولأنه يفضي إلى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيح أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري لأن حق البائع من الفسخ قد زال، فإن عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن ألفان وكنت غالطا فهل للشفيح أخذه بالثمن الذي حلف عليه؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة

(فصل) وإن اشترى شقصا له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين انه عفا عن الشفعة
وشهد
له بذلك الشفيع الآخر قبل عفو عن شفيعته لم تقبل شهادته لأنه يجر إلى نفسه نفعاً
وهو توفر الشفعة
عليه فإذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت
للتهمة فلم تقبل بعد
زوالها كشهادة الفاسق إذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت
شهادته لعدم التهمة
ويحلف المشتري مع شهادته، ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه، وإن
كانت الدعوى على الشفيعين
معا فحلفا ثبتت الشفعة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فإن صدق
شريكه في الشفعة
في أنه لم يعف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة، وبينهما لأن الحق له فإن الشفعة
تتوفر عليه إذا سقطت
شفعة شريكه، وإن ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو
كانا شريكين، وإن شهد أجنبي
بعفو أحد الشفيعين واحتج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة
وإن كان بعده حلف
المشتري وسقطت الشفعة، وإن كانوا ثلاثة شفعا فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو
بعد عفوهم قبلت
وإن شهدا قبله ردت وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير
العافي وقبلت
شهادة العافي، وإن شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان
قبله ففيه وجهان (أحدهما)
تقبل لأنهما سواء عنده (والثاني) لا تقبل لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل
استيفاء الثمن لأن المشتري
يأخذه من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفلسه فيستحق
استرجاع المبيع، وإن شهد

لمكاتبه بعفو شفعة أو شهد بشراء شئ لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لأن المكاتب عبده
فلا تقبل شهادته
له كمديره ولان ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد لأنه ان عجز صار له وان لم يعجز
سهل عليه الوفاء
له، وان شهد على مكاتبه بشئ من ذلك قبلت شهادته لأنه غير متهم فأشبه الشهادة على
ولده

(مسألة) قال (وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر
سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما)
الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع إذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر
املاكهم اختاره
أبو بكر وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والعنبري
وإسحاق وأبو
عبيد وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم
اختارها ابن
عقيل وروى ذلك عن النخعي والشعبي وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري
وأصحاب الرأي
لأن كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فإذا اجتمعوا تساوا كالبنين في الميراث
والمعتقين
في سراية العتق
ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالغلة ودليلهم ينتقض بالابن
والأب
أو الجد وبالجد مع الاخوة وبالفرسان مع الرجالة في الغنيمة وبأصحاب الديون
والوصايا إذا نقص ماله

عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وفارق الأعيان لأنه اتلاف والاتلاف
يستوي فيه القليل
والكثير كالنجاسة تلقى في مائع، وأما البنون فإنهم تساوا في التسبب وهو البنوة
فتساوا في الإرث
بها فنظيره في مسئلتنا تساوي الشفعاء في سهامهم، فعلى هذا ننظر مخرج سهام
الشركاء كلهم فنأخذ منها
سهام الشفعاء فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين
الشفعاء على تلك العدة
كما يفعل في مسائل الرد سواء، ففي هذه المسألة التي ذكر الخرقى مخرج سهام
الشركاء ستة فإن باع صاحب النصف
فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة
ويصير العقار بينهم
أثلاثاً لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين
أرباعاً لصاحب
النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أحماساً
لصاحب
النصف ثلاثة أحماسه وللآخر خمسه وعلى الرواية الأخرى يقسم الشقص المشفوع
بين الآخرين نصفين
على كل حال، فإن باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكه لكل واحد الربع
فيصير لصاحب
الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس، وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف
الثلثان
وللآخر الثلث، وإن باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع ولصاحب الثلث
ربع
وسدس والله أعلم.

(فصل) ولو ورث اخوان داراً أو اشترياها بينهما نصفين أو غير ذلك فمات أحدهما عن
ابنين

فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في
الجديد وقال في
القديم ان أخاه أحق بالشفعة وبه قال مالك لأن أخاه أخص بشركته من العم
لاشتراكهما في سبب الملك
ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد،
ولان الشفعة
تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل،
يوجد ما ذكره
لا أصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهل
تقسم بين العم وابن
أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم
اشترى ابنه
نصفها الآخر أو ورثاه أو اتهباه أو وصل إليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما
نصيبه، أو لو
ورث ثلاثة دارا فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين
جميع الشركاء
وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباع إحدى الأختين نصيبها أو إحدى
الابنتين فالشفعة
بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضا فمات أحدهم عن ابنين
فباع أحد العمين
نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه، ولو خلف ابنين وأوصى بثلثة لاثنين فباع أحد
الوصيين أو أحد
الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم، ولمخالفينا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره
(فصل) وإن كان المشتري شريكا فالشفعة الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه وبهذا قال أبو
حنيفة
والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبتي لا شفعة للآخر لأنها تثبت لدفع ضرر
الشريك الداخل وهذا

شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شئ للمشتري فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع، وما ذكرناه للقول الأول لا يصح لأن الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضا لأننا نقول إنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه، ثم لا يمتنع أن يستحق الانسان على نفسه لا جل تعلق حق الغير به، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيدته ثبت للسيد على عبده أرش الجناية لأجل تعلق حق المرتهن به ولو لم يكن رهنا ما تعلق به. إذا ثبت هذا فإن لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لاغير أو العفو، وإن قال له المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري لأن ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجرى الشفيعين إذا أخذوا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه، وكذلك إذا حضر أحد الشفيعين فآخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فإن قال الأول خذ الكل أو دع فاني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فإن قيل هذا تبويض للشفقة على المشتري قلنا هذا التبويض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقصا وسيفا

(مسألة) قال (فإن ترك أحدهما شفيعته لم يكن للآخر أن يأخذ الا الكل أو يترك) وجملة أنه إذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقيين الا أخذ الجميع أو ترك الجميع
وليس لهم أخذ البعض، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولان في أخذ البعض اضرار بالمشتري بتبعض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر لأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك الداخلة خوفا من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت ولو كان الشفيع واحدا لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك فإن فعل سقطت شفيعته لأنها لا تبعض فإذا سقط بعضها سقط جميعها كالقصاص، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح لأن ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص (فصل) فإن كان الشفعاء غائبين لم تقسط الشفعة لموضع العذر فإذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ الا الكل أو يترك لا نالا نعلم اليوم مطالبا سواء ولان في أخذه البعض تبعضا لصفقة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه إلى أن يقدم شركاؤه لأن في التأخير اضرارا بالمشتري فإذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفى فيبقى للأول لأن المطالبة إنما وجدت منهما فإن قاسمه

ثم حضر الثالث قاسمهما ان أحب أو عفا فيبقى للأولين فإن نوى الشقص في يد الأول
نماء منفصلا
لم يشاركه فيه واحد منهما لأنه انفصل في ملكه فأشبهه ما لو انفصل في يد المشتري
قبل الاخذ
بالشفعة، وكذلك إذا أخذ الثاني فنى في يده نماء منفصلا لم يشاركه الثالث فيه، وان
خرج الشقص
مستحقا فالعهدة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فإن
الايخذ وإن كان من
الأول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع إليهما والنائب عنهما في دفع الثمن إليه
لأن الشفعة
مستحقة عليه لهم وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وان امتنع الأول من المطالبة حتى
يحضر صاحبه أو
قال آخذ قدر حقي ففيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لأنه قدر على أخذ الكل وتركه
فأشبهه المنفرد
(والثاني) لا يبطل لأنه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه، والترك لعذر لا
يسقط الشفعة
بدليل ما لو أظهر المشتري ثمنا كثيرا فترك لذلك ثم بان بخلافه، فإن ترك الأول شففته
توفرت الشفعة
على صاحبه فإذا قدم الأول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الأول فإن أخذ
الأول بها ثم رد
ما أخذه بعيب فكذلك وبهذا قال الشافعي، وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر
عليهما وليس لهما أخذ
نصيب الأول لأنه لم يعف وإنما رد نصيبه لأجل العيب فأشبهه ما لو رجع إلى المشتري
بييع أو هبة
ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الأول فكان لشريكه أخذه كما
لو عفا،
ويفارق عوده بسبب آخر لأنه عاد غير الملك الأول الذي تعلقت به الشفعة

(فصل) وإذا حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ نصف الشقص منه واقتسما ثم قدم الثالث

فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حال القسمة لثبوت حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع، فإن قيل فكيف تصح القسمة وشريكهما الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريكان رفعا ذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقا سهمها وبقي الغائب على شفيعته، فإن قيل فكيف تصح مقاسمتها للشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرهما ويملك الشفيع ابطاله كذا ههنا، إذا ثبت هذا فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكه غائبا أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لأنه قدر ما يستحقه ثم إن قضى له القاضي على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضا، وان لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم لأنه موضع عذر (فصل) إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا أخذ منك نصفه بل اقتصر على قد نصيبى وهو الثلث فله ذلك لأنه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبويض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يد الأول ويقتسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما لأن الثلث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فضمه إلى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين

في تسعة تكن ثمانية عشر للثاني أربعة أسهم ولكل واحد من شريكه سبعة، وإنما كان
 كذلك لأن
 الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه في
 الشفعة فلأول
 والثالث أن يقولنا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئا من حقه فنجمع ما
 معنا فنقسمه فيكون
 على ما ذكرنا، وان قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها فإذا قدم
 الثالث أخذ منه نصف
 سدس وهو ثلث ما في يده فضمه إلى ثلاثة الأرباع وهي تسعة يصير؟؟ الجميع عشرة
 فيقتسمانها لكل واحد
 منهما خمسة وللثاني سهمان وتصح من اثني عشر
 (فصل) إذا اشترى رجل من رجلين شقفا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر،
 وبهذا
 قال الشافعي، وحكي عن القاضي انه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لئلا
 تتبع صفة
 المشتري. ولنا ان عقد الاثنين مع واحد عقدان لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه
 بضمن مفرد
 فكان للشفيع أخذه كما لو أفرده بعقد وبهذا ينفصل عما ذكره، وان اشترى اثنان
 نصيب واحد
 فللشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى
 الروايتين عنه، وقال في
 الأخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لأنه قبل القبض تتبع صفة البائع
 ولنا انهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض، وما ذكره لا
 نسلمه على أن
 المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضا، فإن باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود
 وللشفيع
 أخذ الكل أو ما شاء منهما

(فصل) فإذا باع شقصا لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لأن عقد كل منهما منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ
بما في العقد الآخر كما لو كانت متفرقة، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته في الشفعة
لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذه نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق، فأما إن باع نصيبه لثلاثة
في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضا أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ما شاء منها، وإن أخذ نصيب
الأول لم يكن للآخرين مشاركته في شفيعته لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه، وإن أخذ نصيب الثاني
وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الأول في شفيعته لأن ملكه سابق لشراء الثاني فهو
شريك حال شرائه. ويحتمل أن لا يشاركه لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا
يكون سببا في استحقاقها. وإن أخذ من الثالث وعفا عن الأولين ففي مشاركتها له وجهان، وإن أخذ
من الثلاثة ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يشاركه أحد منهم لأن أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا
يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهذا قول أبي حنيفة وبعض أصحاب
الشافعي لأنه كان مالكا ملكا صحيحا حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته إذا عفا من شفيعته
فكذلك إذا لم يعف لأنه إنما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه، ولذلك قلنا
في الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الأول وللمشتري الأول أخذ

نصيب المشتري الثاني، وعلى هذا يشاركه الأول في شفعة الثاني والثالث جميعا، فعلى هذا إذا كانت

دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدسا فللشفيع السدس الأول

وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث وللمشتري الأول ربع السدس الثاني وخمس الثالث،

وللمشتري الثاني خمس الثالث فتصح المسألة من مائة وعشرين سهما للشفيع الأول مائة وسبعة أسهم

وللثاني تسعة وللثالث أربعة، وان قلنا إن الشفعة على عدد الرؤوس فللمشتري الأول نصف السدس

الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون

وللثاني خمسة وللثالث سهمان

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم

يبعض فللذي لم يبيع الشفعة في الجميع، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الأول والثاني؟

على وجهين، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الأول والثاني؟ على وجهين، وهل يستحق

مشتري الربع الأول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث؟ على ثلاثة أوجه

(أحدها) يستحقان لأنهما مالكان حال البيع (والثاني) لاحق لهما لأن ملكهما متزلزل يستحق

أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنهما أخذا وإلا فلا، فإذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم

يبع ثلث كل ربع لأن له شريكين فصار له الربع مضموما إلى ملكه فكل له النصف وللبياع

والمشتري الأول الثلث لكل واحد منهما السدس لأنه شريك في شفعة بيع واحد وتصح من اثني عشر

(فصل) وان باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقيته في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الأول والثاني وله أخذ أحدهما دون الثاني لأن لكل عقد حكم نفسه فإن أخذ الأول لم يشاركه في شفيعته أحد وان أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفيعته بنصيبه الأول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه شريك وقت البيع الثاني يملكه الذي اشتراه أولا (والثاني) لا يشاركه لأن ملكه على الأول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن الأول شاركه في الثاني وان أخذ بهما جميعا لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لأنه إذا عفا عنه استقر ملكه فشارك به بخلاف ما إذا أخذ فإن قلنا يشارك في الشفعة ففي قدر ما يستحق وجهان (أحدهما) ثلثه (والثاني) نصفه بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرؤوس فإذا قلنا يشاركه فعفا له عن الأول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه، وان لم يعف عن الأول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه. وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم ما لو باعه لثلاثة أنفس على ما شرحناه ويستحق ما يستحقون وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم (فصل) وإذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد فلشريكهما الشفعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك

لأن المالك اثنان فهما يبعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو تو ليا العقد (والثاني)
ليس له ذلك لأن الصفقة
واحدة وفي أخذها أحدهما تبعض الصفقة على المشتري فلم يحز كما لو كانا لرجل
واحد، وان وكل رجل رجلا في
شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ
نصيب أحدهما
لأنهما مشتريان فأشبه ما لو وليا العقد، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ان أخذ
أحد النصيبين
لا يفضي إلى تبعض صفقة المشتري ولأنه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر
بخلاف التي
قبلها فإن المشتري واحد
(مسألة) قال (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)
يعني أن الشفيع إذا أخذ الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع
المشتري على
البائع وان وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ أرشه منه والمشتري يرد على
البائع أو يأخذ
الأرش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي، وقال ابن
أبي ليلى
وعثمان البتي عهدة الشفيع على البائع لأن الحق ثبت له بايجاب البائع فكان رجوعه
عليه كالمشتري، وقال
أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لأن
الشفيع إذا أخذه
من البائع تعذر قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع آخذا من
البائع مالكا
من جهته فكانت عهده عليه

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع، وأما إذا أخذه من البائع فالبايع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه، ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحقت به (فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري وان علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فللشفيع رده على المشتري أو أخذ أرشه منه وليس للمشتري شيء، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرش لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فإذا أخذ الأرش فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري، وان علم الشفيع دون المشتري فليس لواحد منهما رد ولا أرش لأن الشفيع أخذه عالما بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرش كالمشتري إذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الأرش لأنه استدرك ظلّامته ورجع إليه جميع ثمنه فأشبهه ما لورده على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الأرش لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر، فعلى هذا ما يأخذه من الأرش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد

فأشبهه ما لو أخذ الأرش قبل أخذ الشفيع منه، وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد
ولا أرش لأن كل
واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ببذل الثمن فيه بهذه الصفة، وان لم يعلما فللشفيع
رده على المشتري
وللمشتري رده على البائع فإن لم يرده الشفيع فلا يرد المشتري لما ذكرنا أو لا، وان
أخذ الشفيع أرشه
عن المشتري فللمشتري أخذه من البائع، وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري،
ويحتمل أن يملك
أخذه على الوجه الذي ذكرناه فإذا أخذه فإن كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري سقط
عنه من الثمن
بقدره لأنه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه، وان أسقطه عن
المشتري توفر عليه كما
لو زاده على الثمن باختياره، فاما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح من المذهب
أن لا يبرأ فيكون
كأنه لم يبرأ إليه من شيء، وفيه رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب
فدلسه واشترط البراءة
فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشتري لأنه دخل على
شرائه فصار كمشتري
ثان اشترط البراءة، وان لم يعلم ذلك فحكمه حكم ما لو علمه المشتري دون الشفيع
(مسألة) قال (والشفعة لا تورث الا أن يكون الميت طالب بها)
وجملة ذلك أن الشفيع إذا مات قبل الاخذ بها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يموت
قبل الطلب
بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة. قال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد
إذا مات
المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة، وهذه الثلاثة الأشياء
إنما هي بالطلب

فإذا لم يطلب فليس تجب إلا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأنني قد طلبته فإن مات بعده

كان لوارثه الطلب به، وروي سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي والعنبري يورث قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه

خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل

للتملك أشبه خيار القبول، فأما خيار الرد بالعيب فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع (الحال الثاني)

إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب، وقد

ذكرنا نص أحمد عليه لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط،

وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا فإنه

لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها، فإذا ثبت

هذا فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب موارثهم لأنه حق مالي موروث فينتقل إلى جميعهم

كسائر الحقوق المالية، وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرؤوس لأن هذا ينتقل إليهم

من موروثهم، فإن ترك بعض الورثة حقه توفر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل

أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفيعته لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة

على المشتري وهذا ضرر في حقه

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل وكان للورثة المطالبة بها، نص عليه أحمد لأن الأشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطلب

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيعان فعفا أحدهما عنها وطالب الآخر بها ثم مات المطالب فورته العافي فله أخذ الشقص بها لأنه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الآخر بها كأجنبي، وكذلك لو قذف رجل أمهما وهي ميتة فعفا أحدهما فطالب الآخر ثم مات الطالب فورته العافي ثبت له استيفاءه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجوب الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا شفعة لهم لأن الحق انتقل إلى الغرماء ولنا أنه بيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس، ولا نسلم ان التركة انتقلت إلى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو نمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم، وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فإنه يستحق الشفعة به، ولو كان للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم، ولو كان الوارث شريكا للموروث فبيع نصيب الموروث في

دينه فلا شفعة أيضا لأن نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوراث فإذا بيع فقد بيع ملكه
فلا
يستحق الشفعة على نفسه
(فصل) ولو اشترى شقفا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لأن حقه
أسبق
من حق الموصى له فإذا أخذه دفع الثمن إلى الورثة وبطلت الوصية لأن الموصى به
ذهب فبطلت
الوصية له كما لو تلف ولا يستحق الموصى له بدله لأنه لم يوص له الا بالشقص وقد
فات بأخذه
ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له
فالشفعة للورثة
في الصحيح لأن الموصى به لا يصير للموصي إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على
ملك الورثة،
ويحتمل أن يكون للموصي إذا قلنا إن الملك ينتقل إليه بمجرد الموت، فإذا قبل الوصية
استحق المطالبة
لأننا تبينا أن الملك كان له فكان المبيع في شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لأننا
لا نعلم أن الملك
له قبل القبول وإنما يتبين ذلك بقبوله فإن قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان
للورثة، ولا تستحق
الورثة المطالبة أيضا لذلك، ويحتمل ان لهم المطالبة لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق
لهم، ويفارق
الموصى له من وجهين (أحدهما) ان الأصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه ان يقبل
ثم يطالب
بخلاف الوارث فإنه لا سبيل له إلى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو لغيره فإذا طالبوا
ثم قبل الوصي الوصية
كانت الشفعة له ويفتقر إلى الطلب منه لأن الطلب الأول يتبين انه من غير المستحق،
وان قلنا

بالرواية الأولى فطالب الورثة بالشفعة فلهم الاخذ بها، وإذا قبل الوصي أخذ الشقص الموصى به
دون الشقص المشفوع لأن الشقص الموصى به إنما انتقل إليه بعد الاخذ بشفعته فأشبهه ما لو أخذ بها
الموصى في حياته، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به فلا شفعة للموصى له
لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك به وحصول شركته، وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه
(فصل) ولو اشترى رجل شقصا ثم ارتد فقتل أو مات فللشفيع أخذه بالشفعة لأنها وجبت
بالشراء وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الاسلام فورثه ورثته أو صار
مال بيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال
(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصا فتصرفه موقوف، فإن قتل على رده أو مات عليها تبيننا ان
شراءه باطل ولا شفعة فيه، وان أسلم تبيننا صحته وثبوت الشفعة فيه، وقال أبو بكر
تصرفه غير صحيح
في الحالين لأن ملكه يزول برده فإذا أسلم عاد إليه تمليكا مستأنفا
وقال الشافعي وأبو يوسف تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه، ومبني الشفعة
ههنا
على صحة تصرف المرتد، ويذكر في غير هذا الموضع، وان بيع شقص في شركة
المرتد وكان المشتري
كافرا فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضا لأن أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري
فأشبهه
شراءه لغيره، وان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله إلى
المسلمين، فإن كان

طالب بالشفعة انتقلت أيضا إلى المسلمين ينظر فيها الإمام أو نائبه. وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفעתه كما لو مات على إسلامه، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين ان مات بعد الطلب وإلا فلا (مسألة) قال (وان اذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك) وجملة ذلك أن الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والبيه وأصحاب الرأي، وروي عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فإن إسماعيل ابن سعيد قال قلت لأحمد ما معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم (من كان بينه وبين أخيه ربة فأراد بيعها فليرضها عليه) وقد جاء في بعض الحديث (ولا يحل له إلا أن يعرضها عليه) إذا كانت الشفعة ثابتة له؟ فقال: ما هو ببعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة. وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث قال ابن المنذر: وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفעתه وقال مرة لا تبطل، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم (من كان له شركة في أرض ربة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن

شريكة فإن شاء أخذ وان شاء ترك) ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم (من شاء ترك) فلا يكون لتركه معنى، ومفهوم قوله فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه باذنه لاحق له، ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بادخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان إليه في عرضه عليه وهذا المعنى معدوم ههنا فإنه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه يبيعه؟؟ وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخرج المطالبة بعد البيع ووجه الأول انه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أبرأه مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه لبيتاع ذلك أن أراد فتحف عليه المؤنة ويكتفي أخذ المشتري الشقص لا إسقاط حقه من شفخته (فصل) إذا توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفخته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشتري ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال القاضي وبعض الشافعية إن كان وكيل البائع فلا شفعة له لأنه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكيل المشتري، وقال أصحاب الرأي لا شفعة لو كيل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل إلى الوكيل فلا يستحق على نفسه ولنا انه وكيل فلا تسقط شفخته كالأخر ولا نسلم أن الملك ينتقل إلى الوكيل إنما ينتقل إلى الموكل ثم لو انتقل إلى

الوكيل لما ثبت في ملكه إنما ينتقل في الحال إلى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها، وأما التهمة فلا تؤثر لأن الموكل وكله مع علمه بثبوت شفيعته راضيا بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو أذن لو وكيل في الشراء من نفسه. فعلى هذا لو قال لشريكه بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي تثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل (فصل) وان ضمن الشفيع العهدة للمشتري أو شرط له الخيار فاختار امضاء العقد لم تسقط شفيعته وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي تسقط لأن العقد تم به فأشبهه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه. ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالأذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع، وما ذكره لا يصح فإن البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما إذا كان المشتري شريكا فإن البيع قد تم به وتثبت له الشفعة بقدر نصيبه (فصل) وإذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكه بألف فاشترى به نصف نصيب الثلث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لأن أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وان باع الثالث باقي نصيبه لا جنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسا لرب المال خمساها وللعامل خمساها ولمال المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال

المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما
(فصل) فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد
الشريكين
بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة
فإن الشفعة
بين الشريكين نصفين سواء اشتراها الأجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وان ترك المطالب
بالشفعة
حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفעתه، وان أخذ نصف المبيع
لذلك ثم تبين
كذب المشتري وعفا الشريك عن شفעתه فله أخذ نصيبه من الشفعة لأن اقتصاره على
أخذ النصف
بني على خبر المشتري فلم يؤثر في اسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه
وان امتنع من
أخذ الباقي سقطت شفעתه كلها لأنه لا يملك تبعض صفقة المشتري، ويحتمل أن لا
يسقط حقه من
النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لأن المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا
يبطل برجوعه
عن اقراره، وان أنكر الشريك كون الشراء له وعفا من شفעתه وأصر المشتري على
الاقرار للشريك
به فللشفيع أخذ الكل لأنه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار
المشتري
له باستحقاق ذلك
(فصل) وان قال أحد الشفيعين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة
كلها
للمعترف بالصحة وكذلك أن قال ما اشتريته إنما انهبته وصدقه الآخر انه اشتراه
فالشفعة للمصدق

بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع صحيح ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع وقال لا شفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وان اعتقد أن له شفعة وطالب بها فارتفع إلى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لأنها سقطت بحكم الحاكم فأشبهه ما لو سقطت باسقاط المستحق (فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فأنكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لأن المدعي يزعم أنه محق في دعواه وان ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره إلى المدعي اكتفاء لشره ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة وان قال المنكر للمدعي خذا الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي أخذه لأنه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لأنها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة كما لو كانت بين مقرين ولنا أن المدعي يزعم أن ما أخذه، كان ملكاً له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استنقذه بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لا جنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الاخذ بأحدهما لأنه شريك فيهما فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه لأنه لا شريك له في شفيعته، وإن أخذ بالعقد الأول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لأن المشتري شريكه في شفيعته ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الأول، ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسألة من اثني عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني لأن يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الأول بثلثه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول فالحكم على ما ذكرنا

لا يختلف، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربعه ثم باع ربعاً مما في يده لأجنبي ثم علم شريكه فأخذه بالبيع الثاني أخذ جميعه وودع إلى المشتري ثمنه، وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الأول وثلثه من الثاني، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثاً لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة إلى الشريك ويصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أتساع ويدفع الشريك الثمن إلى المشتري الأول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لأنه قد أخذ منه تسع مبيعه وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الأول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهماً وهي خمسة أتساع ويبقى في يد الأول ستة عشر سهماً وهي أربعة أتساع ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثمانية أتساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بتسع الثمن الثاني (فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد

ثلث الدار ثم باع عمرا سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثلث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وذلك تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الأول ويبقى من مبيعه خمسة أتساعه لزيد ثلث شفيعته فيقسم بينهما أثلاثا وتصح المسألة من مائة واثنين وستين سهما الثلث المبيع أربعة وخمسون سهما لعمرو ثلثها بشفيعته ستة وثلاثون سهما يأخذ ثلثها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهما قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهما ولبكر ثلاثون سهما ولعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي الثمن في البيع الأول وعليه وعلى زيد خمسة اتساع الثمن الباقي بينهما أثلاثا، وان عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد أثلاثا ويحصل لعمرو أربعة اتساع الدار لزيد تسعها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة وان باع بكر السدس لا جنبي فهو كبيعه إياه لعمرو الا أن لعمرو العفو عن شفيعته في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها، وان باع بكر الثلث لأجنبي فلعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد

الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد أثلاثا وتصح أيضا من مائة
واثنين وستين ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي ثمن مبيعه ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني
ثمن خمسة
أسباع مبيعه بينهما أثلاثا ويرجع المشتري الثاني على بكر بثمان أربعة أتساع مبيعه، وان
لم يعلم عمرو
حتى باع مما في يده سدسا لم تبطل شفيعته في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو
لم يبع شيئا (الثاني)
تبطل شفيعته كلها (الثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع، وقد ذكرنا توجيهه
هذه الوجوه فاما
شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعا
للمشتري نصفها ولكل
واحد منهما ربعها على أملاكهم حين بيعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر
سهما لزيد تسعة
ولبكر خمسة لأن لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه. أربعة أتساعه بالشفعة فيبقى
معه خمسة أتساع
السدس ملكه مستقر عليها فأضفناه إلى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط
المشتري الثاني
ولا بكرا بالسهم المستحقة بالشفعة شيئا لأن الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان عفا
لهم عن الشفعة
استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئا وان عفا عن بعضهم دون بعض
استحق المعفو عنه
بسهامه دون غير المعفو عنه، وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه
فيخرج في قدره وجهان ولو
استقصينا فروع هذه المسألة على سبيل البسط لطال، وخرج إلى الاملال

(فصل) وإذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه، فإن طالب كل واحد منهم بشفעתه قسم المبيع بينهم أثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك، وان عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك أن عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله، وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين وتصح من ستة عشر، وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان، والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر، وان عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم أثلاثا فيحصل للذي لم يعفو عنه ربع وثلاث ثمن وذلك سدس وثمان الباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين وان عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ ممن لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها، ويصح أيضا من ثمانية وأربعين، وان عفا الرابع ولم يعف الآخر فلغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين ما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا

(مسألة) قال (ولا شفعة لكافر على مسلم)
وجملة ذلك أن الذمي إذا باع شريكه شقفا لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك عن
الحسن والشعبي
وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي وإياس بن معاوية
وحماد بن أبي
سليمان والثوري ومالك والشافعي والعبري وأصحاب الرأي لعموم قوله عليه السلام (لا
يحل له أن يبيع
حتى يستأذن شريكه وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به) ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر
بالشراء فاستوى
فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب
ولنا ما روى الدارقطني في كتاب العلل باسناده عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال (لا شفعة لنصراني)
وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولأنه معنى يملك به يترتب على وجود ملك مخصوص
فلم يجب للذمي على
المسلم كالزكاة ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان يحققه أن الشفعة
إنما تثبت للمسلم دفعا للضرر
عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر
المسلم على المسلم
تقديم دفع ضرر الذمي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى، ولأن ثبوت الشفعة في
محل الاجماع على

خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم، وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل

وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الأدلة الموجبة، ولأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمة ورعاية حقه فلان تثبت على الذمي مع دناءته أولى وأخرى (فصل) وتثبت للذمي على الذمي لعموم الاخبار ولأنهما تساويا في الدين والحرمة فتثبت لأحدهما

على الآخر كالمسلم على المسلم، ولا نعلم في هذا خلافا، وان تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه، وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو الخطاب ان تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة

وقال أبو حنيفة تثبت الشفعة إذا كان الثمن خمرا لأنها مال لهم فأشبهه ما لو تبايعوا بدراهم لكن

إن كان الشفيع ذميا أخذه بمثله وإن كان مسلما أخذه بقيمة الخمر ولنا انه بيع عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين، ولأنه عقد بثمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة، ولا نسلم ان الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كما حرم الخنزير، واعتقادهم حله لا يجعله

مالا كالخنزير، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم ما لم يتحاكموا إلينا قبل تمامه ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه (فصل) فأما أهل البدع فمن حكم باسلامه فله الشفعة لأنه مسلم فتثبت له الشفعة كالفاسق بالافعال

ولان عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها

وقد روى حرب ان أحمد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ ويروى عن ابن إدريس أنه قال
ليس للرافضة شفعة فضحك وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام، فظاهر هذا انه أثبت
لهم الشفعة،
وهذا محمول على غير الغلاة منهم وأما من غلا كالمعتقد ان جبريل غلط في الرسالة
فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم
وإنما أرسل إلى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن فلا
شفعة له لأن الشفعة
إذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى
(فصل) وثبت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل
العلم، وقال
الشعبي والبتي لا شفعة لمن لم يسكن المصر
ولنا عموم الأدلة واشتراكهما في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة
(فصل) قال أحمد في رواية حنبل لا نرى في أرض السواد شفعة وذلك لأن أرض
السواد موقوفة
وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ولا يصح بيعها والشفعة إنما تكون في البيع،
وكذلك الحكم في

سائر الأرض التي وقفها عمر رضي الله عنه وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها
كأرض الشام
وأرض مصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين الا أن يحكم ببيع
ذلك حاكم
أو يفعله الإمام أو نائبه، فإن فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لأنه فصل مختلف فيه، ومتى
حكم الحاكم في
المختلف فيه بشئ نفذ حكمه والله أعلم
كتاب المساقاة
المساقاة أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء
معلوم له من
ثمره، وإنما سميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقي لأن أهل الحجاز أكثر حاجة
شجرهم إلى السقي
لأنهم يستقون من الآبار فسميت بذلك، والأصل في جوازها السنة والاجماع، أما السنة
فما روى
عبد الله بن عمر (رض) قال عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشرط ما
يخرج منها من ثمر أو زرع حديث
صحيح متفق عليه، وأما الاجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن
أبي طالب رضي
الله عنه وعن آباءه عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشرط ثم أبو بكر
وعمر وعثمان وعلي ثم أهلهم
إلى اليوم يعطون الثلث والربع، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم
واشتهر ذلك
فلم ينكره منكر فكان اجماعا، فإن قيل لا نسلم انه لم ينكره منكر فإن عبد الله بن عمر
راوي

حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال كنا يخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة وهذا يمنع انعقاد الاجماع ويدل على نسخ حديث ابن عمر

لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث

ان عمر لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف

يتصور نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع

النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة

والاجماع، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري باسناده

قال. كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب

الأرض ويسلم ذلك فنهينا، فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ، وروي تفسيره أيضا بشيء غير هذا من

أنواع الفساد وهو مضطرب جدا، قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن حديث رافع بن خديج

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزارعة فقال رافع روي عنه في هذا ضروب كأنه يريد أن اختلاف

الروايات عنه يرهن حديثه، وقال طاوس ان أعلمهم يعنى ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه

عنه ولكن قال (لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما) رواه البخاري

ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو

يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره؟
ورجوع ابن عمر
إليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه، وأما
غير ابن عمر نقد
أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته والمعنى يدل على ذلك
فإن كثيرا من
أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه، وكثير من
الناس
لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ففي تجويز المساقاة دفع للحاجتين وتحصيل
لمصلحة الفئتين فجاز ذلك
كالمضاربة بالأثمان
(مسألة) قال أبو القاسم (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم
يجعل للعامل من الثمر)
وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر هذا قول الخلفاء الراشدين
رضي الله عنهم
وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد
وإسحاق وأبو ثور
وقال داود لا يجوز إلا في النخيل لأن الخبر إنما ورد بها فيه، وقال الشافعي لا يجوز
إلا في النخيل
والكرم لأن الزكاة تجب في ثمرتهما، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه
لأن الزكاة لا تجب في
نمائه فأشبهه مالا ثمرة له، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمرة لم
تخلق أو إجارة بثمرة
مجهولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه

ولنا السنة والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما، وقولهم انها إجارة غير صحيح إنما هو عقد على العمل في المال ببعض نمائه فهو كالمضاربة، وينكسر ما ذكروه بالمضاربة فإنه يعمل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم قد جوز الشارع العقد في الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة مع أن القياس إنما يكون في الحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه؟ فأما في ابطال نص وخرق اجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه، وأما تخصيص ذلك بالنخيل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل، وقد جاء في لفظ بعض الأخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر، ولأنه شجر يثمر كل حول فأشبهه النخيل والكرم، ولان الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرتة فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر له فيها وإنما العلة ما ذكرناه (فصل) فاما مالا ثمر له من الشجر كالصفصاف والجوز ونحوهما أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والأرز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معي المنصوص، ولان المساقاة إنما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له الا أن يكون مما يقصد ورقه كالتوت والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لأنه في معنى الثمر لأنه نماء يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه

(فصل) وان ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب فيها روايتين (إحدهما) تجوز وهو اختيار
أبي بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا
جازت في المعدومة مع
كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى، وإنما تصح إذا بقي من العمل ما
يستزاد به الثمرة
كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة، فإن بقي ما لا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز
بغير خلاف
(والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى
المنصوص فإن
النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع،
ولان هذا يفضي إلى أن يستحق
بالعقد عوضا موجودا ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كما لو بدا
صلاح الثمرة، ولأنه
عقد على العمل في المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة، ولان هذا
جعل العقد إجارة
بمعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك
وقولهم انه أقل غررا قلنا قلة الغرر ليست ممن المقتضي للجواز، ولا كثرته الموجودة في
محل النص
مانعة فلا تؤثر قلته شيئا، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضا موجودا
ولا ينتقل
إليه من ملك رب المال شيء وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه
فلم تجز مخالفة هذا
الموضوع ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقا به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة
بعد ظهور الربح
(فصل) فأما قول الخرقى (بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر) فيدل على شيئين
(أحدهما) ان

المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها وسواء قل الجزء أو أكثر، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء وجعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز ما لم يفعل ذلك حيلة، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالخمسين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف سبع ونحو ذلك جاز، وإن عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لأنه إذا لم يكن معلوماً لم تمكن القسمة بينهما، ولو ساقاه على أصع معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم أصعاً لم تجز لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو ربما كثر الحاصل فيستضر العامل، وإن شرط له ثمر نخلات بعينها لم تجز لأنها قد لا تحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل، ولهذه العلة نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الأرض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً قال رافع كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا. متفق عليه، فمتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمره كلها لرب المال لأنها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (الثاني) إن الشرط للعامل لأنه إنما يأخذ بالشرط فالشرط يراد لأجله ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط، فإذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح وكان الباقي لرب المال، وإن قال على أن لي ثلث الثمرة فقال ابن

حامد يصح والباقي للعامل، وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة، وان
اختلفا في الجزء المشروط
لمن هو منهما فهو للعامل لأن الشرط يراد لأجله كما ذكرنا
(فصل) إذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم والرمان فشرط
للعامل
من كل جنس قدرا كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم وخمس الرمان، أو
كان فيه أنواع
من جنس فشرط من كل نوع قدرا وهما يعلمان قدر كل نوع صح لأن ذلك كأربعة
بساتين ساقاه على
كل بستان قدر مخالف للقدر المشروط من الآخر، وان لم يعلما قدره أو لم يعلم
أحدهما لم يجز لأنه قد
يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه
الكثير، ولو قال:
ساقيتك على هذين البستانين بالنصف من هذا والثلث ومن هذا صح لأنها صفقة واحدة
جمعت عوضين
فصار كأنه قال بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة، وان قال بالنصف من أحدهما
والثلث من
الآخر لم يصح لأنه مجهول لا يدري أيهما الذي يستحق نصفه ولا الذي يستحق ثلثه،
ولو ساقاه على
بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا الثلث وهما متميزان صح لأنهما كبستانين
(فصل) وإن كان البستان لاثنين فساقيا عاملا واحدا على أن له نصف نصيب أحدهما
وثلث
نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز لأن عقد الواحد مع الاثنين
عقدان، ولو أفرد
كل واحد منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه وان جهل نصيب كل واحد منهما
لم يجز لأنه غرر

فإنه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حظه وقد يكثر فيتوفر حظه فاما ان شرطا
قدرا واحدا
من مالهما جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لأنها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر
فصار كما لو قال
بعناك دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لأنه أي نصيب كان فقد
علم عوضه وعلم
جملة المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز يجوز أن يشترط لهما
التساوي في النصيب
ويجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من الآخر
(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الأولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة
الربع
جاز لأنه قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدرا
(فصل) ولو دفع إلى رجل بستانا فقال ما زرعت فيه من حنطة فلي رבעه وما زرعت من
شعير
فلي ثلثه وما زرعت من باقلا فلي نصفه لم يصح لأن ما يزرعه من كل واحد من هذه
الأصناف
مجهور القدر فجرى مجرى ما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا
النوع الآخر وهو جاهل
بما فيه منهما، وان قال إن زرعتها حنطة فلي ربعها وان زرعتها شعيرا فلي ثلثه وان
زرعتها باقلا فلي نصفه لم
يصح أيضا لأنه لا يدري ما يزرعه فأشبهه ما لو قال بعتك بعشرة صحاح أو أحد عشرة
مكسرة
وفيه وجه آخر انه يصح بناء على قوله في الإجارة ان خطته روميا فلك درهم وان خطته
فارسيا فلك
نصف درهم فإنه يصح في المنصوص عنه فيخرج ههنا مثله وان قال ما زرعتها من شئ
فلي نصفه صح

لأن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقلا وبيننا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الأنواع اما بتقدير البذر واما بتقدير المكان وتعيينه أو بمساحته مثل ان قام تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيرا وتزرع مدين حنطة ومدين شعيرا أو تزرع قفيزا حنطة وقفيزين شعيرا جاز لأن كل واحد من هذه طريق إلى العلم فاكتفى به (فصل) وان ساقاه على أنه ان سقى سيحا فله الثلث وان سقى بكلفة فله النصف لم يصح لأن العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة، ويتخرج ان يصح قياسا على مسألة الإجارة ولو قال لك الخمسان ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه احمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، وهذا في معنى المسألة التي قبلها ويخرج فيها مثل ما خرج فيها، ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقيه في الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصح لأنه شرط عقدا في عقد فصار في معنى بيعتين في بيعة كقوله بعثك ثوبي على أن تبيعني ثوبك وإنما فسد لمعنيين (أحدهما) انه شرط في العقد عقدا آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) ان العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لأجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولا

(فصل) وان ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له الثلثين من الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث، وان ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها بملكه ولم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً، وإذا شرط له الثلث فقد شرط ان غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح، فإذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لأنه تبرع به لرضاء بالعمل بغير عوض فأشبهه ما لو قال له أنا أعمل فيه بغير شيء وذكر أصحابنا وجهاً آخر انه يستحق أجر مثله لأن المساقاة تقتضي عوضاً فلا تسقط برضاه باسقاطه كالنكاح ولم يسلم له العوض فيكون له أجر مثله ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة، ويفارق النكاح لوجهين (أحدهما) ان عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والإباحة والعمل ههنا يستباح بذلك ولان المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالإصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لا يوجب ولو أوجب لا يوجب قبل العمل ولا خلاف

ان هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً، وان وجب بالإصابة لم يصح القياس عليها لوجهين
(أحدهما) أن
الإصابة لا تستباح بالإباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الإصابة لو نخلت عن
العقد لا وجبت
وهذا بخلافه وان وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها. فاما إن ساقى أحدهما
شريكة على أن
يعملا معا فالمساقاة فاسدة والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساويا
فيه، وإن كان
لأحدهما فضل نظرت فإن كان قد شرط له فضل ما في مقابلة عمله استحق ما فضل له
من أجر المثل وان لم
يشترط له شيء فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه
(فصل) وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج إلى سقي وبهذا
قال مالك ولا
نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها
إلى المعاملة في
غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم في المزارعة
(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها
كالبيع فإن
ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح لأنه عقد على مجهول فلم يصح كالبيع
وان ساقاه على أحد هذين
الحائطين لم يصح لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على
غير معين كالبيع
(فصل) وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها من الألفاظ نحو عاملتك
وفالحتك واعمل في
بستاني هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبه هذا لأن القصد المعنى فإذا أتى به بأي لفظ دل
عليه صح كالبيع، وان

قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ذكره أبو الخطاب، لأن الإجارة يشترط لها كون العوض معلوما والعمل معلوما، وتكون لازمة والمساقاة بخلافه (والثاني) يصح وهو أقيس لأنه مود للمعنى فصح به العقد كسائر الألفاظ المتفق عليها

وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول احمد تجوز إجارة الأرض ببعض الخارج منها المزارعة على أن البذر والعمل من العامل وما ذكر من شروط الإجارة إنما يعتبر في الإجارة الحقيقية أما إذا أريد بالإجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شرط المزارعة (فصل) ويلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الأرض تحت الشجر والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقى الشجر واستقاء الماء واصلاح طرق الماء وتنقيتها وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج إلى قطعه وتسوية الثمرة واصلاح الأجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب، والحفظ للثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وإن كان مما يشمس فعليه تشميسه، وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل كسد الحيطان وانشاء الأنهار وعمل الدولاب وحفر بئره وشراء ما يلحق به، وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا يتكرر فهو على رب المال وهذا صحيح في العمل، فأما شراء ما يلحق به فهو على رب المال وان تكرر لأن هذا ليس من العمل

فاما البقرة التي تدير الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لأنها ليست من العمل فأشبهت
ما يلحق به، والأولى انها على العامل لأنها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث ولان استقاء
الماء على العامل
إذا لم يحتج إلى بهيمة فكان عليه وان احتاج إلى بهيمة كغيره من الأعمال
وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بصلاح الأصول والثمرة معا كالكسح للنهر
والثور هو على
من شرط عليه منهما وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة، وقد ذكرنا
ما يدل على أنه
على العامل، فأما تسميد الأرض بالزبل ان احتاجت إليه فشرء ذلك على رب المال لأنه
ليس من العمل
فجرى مجرى ما يلحق به وتفريق ذلك في الأرض على العامل كالتلقيح، وإن أطلقا
العقد ولم يبين ما على
كل واحد منهما فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه وإن شرطاً ذلك كان تأكيداً،
وإن شرطاً على
أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك، فعلى هذا
تفسد المساقاة وهو
مذهب الشافعي لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فافسده كالمضاربة إذا شرط العمل
فيها على رب المال
وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما فإن شرطه
على العامل
جاز وهذا مقتضى كلام الخرقى في المضاربة، لأنه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا
مفسدة فيه فصح
كتأجيل الثمن في المبيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه، لكن يشترط أن يكون ما
يلزم كل واحد
من العمل معلوماً لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل فيختل العمل، وأن لا يكون ما على
رب المال أكثر

العمل لأن العامل يستحق بعمله فإذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً
(فصل) فاما الجذاذ والحصاد واللقاط فهو على العامل نص أحمد عليه في الحصاد وهو مذهب الشافعي لأنه من العمل فكان على العامل كالتشميس، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه إذا شرط على العامل فجائز لأن العمل عليه وإن لم يشترطه فعلى رب المال بحصته ما يصير إليه فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لأنه شرط ينافي مقتضى العقد واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فأشبهه نقله إلى منزله ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع خبير إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم، ولأن هذا من العمل فيكون عليه كالتشميس وما ذكره يبطل بالتشميس، ويفارق النقل إلى المنزل فإنه يكون بعد القسمة وزوال العقد فأشبهه المخزن (فصل) وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لأن عملهم كعمله فإن يد الغلام كيد مولاه، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) كما ذكرنا (والثاني) يجوز لأن غلمان ماله فجاز أن تعمل تبعاً لماله كثور الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن فإذا شرط غلماناً

يعملون معه فنفتهم على ما يشترطان عليه فإن أطلقا ولم يذكرنا نفقتهم فهي على رب المال، وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساقى، ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال لأن العمل على المساقى فمؤنة من يعمله عليه كمؤنة غلمانه ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو أجره فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها، وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها لأنه اشترط عليه مالا يلزمه فوجب أن يكون معلوما كسائر الشروط ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الإجارة (فصل) وإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الأجرة لم يصح لأن العمل عليه فإذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وإن لم يقدره فسد لذلك ولأنه مجهول، ويفارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج إليهم من الحمالين ونحوهم لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كمسئلتنا (فصل) ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة أو ماء إليه في رواية الأثرم، وسئل عن الاكار يخرج نفسه من غير أن يخرجها صاحب الضيعة فم يمنع من ذلك ذكره الشيخ أبو

عبد الله بن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث، وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم وهو قول أكثر الفقهاء لأنه عقد معاوضة فكان لازماً كالإجارة، ولأنه لو كان جائزاً لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستضر ولنا ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (نقركم على ذلك ما شئنا) ولو كان لازماً ما لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ولو قدر لم يترك نقله لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بتقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم فيها ولأنه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من نمائه أشبه المضاربة وفارق الإجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الأعيان ولأن عوضها مقدر معلوم فأشبهت البيع وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الإجارة فقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا إذا ظهرت الثمرة، فهي تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح فعلى هذا لا يفتقر إلى ضرب مدة ولذلك لم يضرب النبي صلى الله عليه وسلم ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لأهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم ولأنه عقد جائز فلم يفتقر إلى

ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لأنه رضي باسقاط حقه فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة إذا فسخ قبل اتمام عمله، وان فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لأنه منعه اتمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل اتمام عمل الجعالة، وفارق رب المال في المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالباً فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً، فأما ان قلنا إنه عقد لازم فلا يصح الا على مدة معلومة وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور يصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة، وأجازه بعض أهل الكوفة استحساناً لأنه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها، ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالإجارة ولأن المساقاة أشبه بالإجارة لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولأنها إذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها لأنه يفضي إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره

بالسنة لأنه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة، فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان
عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت، وقد قيل لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت
لا يصر إليه الا بنص أو اجماع، فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها لأن
المقصود أن يشتركا في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة، فإن ساقاه على مدة لا تكمل فيها الثمرة
فالمساقاة فاسدة فإذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجر مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء
له لأنه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع، والأول أصح لأن هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من
الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لا يمكن تسليمه إليه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه إليه كان
أجر مثله كما في الإجارة الفاسدة، وفارق المتبرع فإنه رضي بغير شيء وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح
الوجهين لأنه رضي بالعمل بغير عوض، وان ساقاه إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالبا فلم يحمل تلك السنة
فلا شيء للعامل لأنه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه فأشبه المضاربة إذا لم يربح فيها
وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها. وان ساقاه
إلى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ويحتمل أن لا يكون ففي صحة المساقاة وجهان (أحدهما) تصح لأن
الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لا يصح لأنه عقد على معدوم
ليس الغالب وجوده فلم تصح كالسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجز العقد معه كما

لو شرط ثمر نخلة بعينها، وفارق ما إذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة فإن الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه فإن قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فإن لم يحمل فلا شيء له وإن قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لأنه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجهها واحدا بخلاف ما لو جعل الاجل إلى مدة لا يحمل في مثلها غالبا ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الأجل فله حقه منها إذا قلنا بصحة العقد وإن خرجت بعده فلا حق له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا (فصل) ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط لأنهما إن كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وإن كانت لازمة فإذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وهو العمل فيها، وأما خيار المجلس فلا يثبت إن كانت جائزة لما تقدم وإن كانت لازمة فعلى وجهين (أحدهما) لا يثبت لأنها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح (والثاني) يثبت لأنه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع (فصل) ومتى قلنا بجوازها لم يفتقر إلى ضرب مدة لأن ابقاءها إليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء فلم تحتج إلى مدة كالمضاربة، وإن قدرها بمدة جاز لأنه لا ضرر في التقدير وقد تبينا جواز ذلك في المضاربة والمساقاة مثلها، وتنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه لسفه كقولنا

في المضاربة فإذا مات العامل أو رب المال انفسخت المساقاة فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه، وان قلنا بلزومها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لأنه عقد لازم فأشبهه الإجارة، لكن إن كان الميت العامل فأبي وارثه القيام مقامه لم يجبر لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال الفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فيثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه. ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك، وان احتيج إلى بيع الجميع بيع، ثم لا يخلو اما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبد فإن كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز وان اختار بيع نصيبه أيضا باعه وباع الحاكم نصيب العامل وان أبي البيع والشراء باع الحكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل يكتري عليه من يعمله وما فضل لورثته، وإن كان لم يبد صلاحها خير المالك أيضا فإن بيع لأجنبي لم يجز الا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكنه قطعه الا بقطع نصيب المالك فيقف امكان قطعه على قطع ملك غيره، وهل يجوز شراء المالك لها؟ على وجهين، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل لقولنا بجوازها وأبي الورث العمل، وان اختار رب المال البقاء على المساقاة

لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الانفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق،
فإن عجز عن استئذان
الحاكم فأنفق محتسبا بالرجوع وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق
وهذا أحد الوجهين
لأصحاب الشافعي لأنه مضطر، وان أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع من غير
استئذانه
فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه، وان تبرع بالانفاق
لم يرجع بشيء
كما لو تبرع بالصدقة، والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها
كالحكم ههنا سواء
(فصل) وان هرب العامل فلرب المال الفسخ لأنه عقد جائز، وان قلنا بلزومه فحكمه
حكم ما لو
مات وأبى وارثه أن يقوم مقامه الا أنه ان لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه
من بيت المال
أو غيره فعل، وان لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت ادراك الثمرة فعل
فإن لم يجد فلرب المال
الفسخ أما الميت فلا يقترض عليه لأنه لا ذمة له
(فصل) والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعى عليه من خيانة لأن
رب المال
ائتمنه بدفع ماله إليه فهو كالمضارب فإن اتهم حلف فإن ثبتت خيانتته باقرار أو بينة أو
نكوله ضم إليه من يشرف
عليه فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وبهذا قال الشافعي وقال
أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل
يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبه ما لو فسق بغير
الخيانة
ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب، ولا نسلم
امكان استيفاء

المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة،
وإنما لم يمكن حفظها
من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت في حقك فلا
يلزم رب المال ائتمانك
وفارق فسخه بغير الخيانة فإنه لا ضرر على رب المال وههنا يفوت ماله
(فصل) فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا ينزع من يده لأن العمل
مستحق
عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه، وان عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والأجرة عليه في
الموضعين لأن
عليه توفية العمل وهذا من توفيته
(فصل) وان اختلفا في الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد
وقال مالك القول
قول العامل إذا ادعى ما يشبه لأنه أقوى سببا لتسلمه للحائط والعمل، وقال الشافعي
يتحالفان وكذلك أن
اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر
ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام
(البينة على)
المدعي واليمين على المدعى عليه) فإن كان مع أحدهما بينة حكم بها وإن كان مع
كل واحد منهما بينة
ففي أيهما تقدم بينته؟ وجهان بناء على بينة الداخل والخارج، فإن كان الشجر لا ثنين
فصدق أحدهما العامل
وكذبه لآخر أخذ نصيبه من مال المصدق فإن شهد على المنكر قبلت شهادته إذا كان
عدلا لأنه لا يجر إلى نفسه
نفعاً ولا يدفع ضرراً ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلا كانت شهادته كعدمها، ولو
كان العامل اثنين ورب المال
واحدا فشهدا أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضا لما ذكرنا

(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أتلفت كلها الا واحدة كانت بينهما وهذا أحد
قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالقراض
ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة
بينهما على كل
حال لأنه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة ولا ملكها كالأصول، وأما
القراض فإنه يملك الربح فيه بالظهور
كمسئلتنا ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال
لربه وهذا ليس بوقاية
لشئ ولذلك لو تلفت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما. فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كل
واحد منهما زكاة نصيبه
إذا بلغت حصته نصابا نص عليه أحمد في المزارعة وان لم تبلغ النصاب الا بجمعهما
لم تجب لأن الخلطة لا تؤثر
في غير المواشي في الصحيح وعنه أنها تؤثر فتؤثر ههنا فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان
ما بقي، وان كانت
حصة أحدهما تبلغ نصابا دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصابا الزكاة دون الآخر
يخرجها بعد المقاسمة
الا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصابا ما يتم به النصاب من مواضع أخر فتجب عليهما
جميعا الزكاة وكذلك
إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان بمجموعهما نصابا فعليه الزكاة في
حصته، وإن كان أحد الشريكين
ممن لا زكاة عليه كالمكاتب والذمي فعلى الآخر زكاة حصته ان بلغت نصابا وبهذا
كله قال مالك والشافعي،
وقال الليث إن كان شريكه نصرانيا أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بغد
الزكاة ما بقي
ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شئ كما لو انفرد بها، وقد روى
أبو داود

في السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيحرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخير يهود خيبر يأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه إليهم بذلك الخرص لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق. قال جابر خرصها ابن رواحة أربعين الف وسق وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا التمر وعليهم عشرون الف وسق (فصل) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لأنه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولان الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضا وزارع غيره فيها وبهذا قال الشافعي، وقد نقل عن أحمد في الذي يتقبل الأرض البيضاء ليعمل عليها وهي من أرض السواد يتقبلها من السلطان فعلى من يقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر، وهذا معناه والله أعلم: إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ فيؤدي خراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكره الخرقى في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرنا ههنا إن شاء الله تعالى
* (مسألة) * قال (ولا يجوز ان يجعل له فضل دراهم)
يعني إذا شرط جزءا معلوما من الثمرة ودراهم معلومة كعشرة ونحوها لم يجز بغير خلاف لأنه

ربما لم يحدث من النماء ما يساوي تلك لدراهم فيتضرر رب المال ولذلك منعنا من
اشتراط أقفزة
معلومة ولو شرط له دراهم منفردة عن الجزء لم يجز لذلك ولو جعل له ثمرة سنة غير
السنة التي ساقاه
فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه أو شرط عليه عملا في غير الشجر الذي
ساقاه عليه
أو عملا في غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو
بعضه لأنه يخالف
موضوع المساقاة إذ موضوعها ان يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك
الوقت الذي
يستحق عليه فيه العمل
(فصل) وإذا ساقى رجلا أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض والشجر لم يجز
ذلك،
وبهذا قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازاه مالك إذا جاء برجل أمين. ولنا انه عامل في
المال بجزء من
نمائه فلم يجر أن يعامل غيره فيه المضارب ولأنه إنما أذن له في العمل فيه فلم يجز أن
يأذن لغيره كالوكيل
فأما ان استأجر أرضا فله أن يزارع غيره فيها لأنها صارت منافعها مستحقة له فملك
المزارعة فيها
كالمالك والأجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج، وكذلك يجوز
لمن في يده أرض خراجية
ان يزارع فيها لأنه بمنزلة المستأجر لها، وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى
على شجره لأنه
إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم في هذا خلافا عند من أجاز المساقاة
والمزارعة والله أعلم
(فصل) وإذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالبا ويكون
له فيها

جزء من الثمرة معلوم صح لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا يمنع صحتها كما لو جعل له سهما من الف سهم، وفيه الأقسام التي ذكرنا في كبار النخل والشجر وهي اننا ان قلنا المساقاة عقد جائز لم نحتج إلى ذكر مدة، وان قلنا هو لازم ففيه ثلاثة أقسام (أحدها) أن يجعل المدة زمنا يحمل فيه غالبا فيصح فإن حمل فيها فله ما شرط له وان لم يحمل فيها فلا شيء له (الثاني) أن يجعلها إلى زمن لا يحمل فيه غالبا فلا يصح وان عمل فيها فهل يستحق الاجر؟ على وجهين، وان حمل في المدة لم يستحق ما جعل له لأن العقد وقع فاسدا فلم يستحق ما شرط فيه (والثالث) أن يجعل المدة زمنا يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح؟ على وجهين فإن قلنا لا يصح استحق الاجر وان قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرط له وان لم يحمل فيها لم يستحق شيئا، وان شرط نصف الثمرة ونصف الأصل لم يصح لأن موضوع المساقاة ان يشتركا في النماء والفائدة فإذا شرط اشتراكهما في الأصل لم يجز كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال، فعلى هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءا من ثمرتها مدة بقائها لم يجز وان جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجز لأنه يخالف موضوع المساقاة (فصل) وان ساقاه على شجر يخرسه ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضا والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه

وقد قال أحمد في رواية المروزي في رجل قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجرا أو
نحلا فما كان
من غلة فلك بعمل كذا وكذا سهما من كذا وكذا، فاجازه واحتج بحديث خبير في
الزرع والنخيل لكن
بشرط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب
الأرض فإن كان
من العامل خرج على الروائين فيما إذا اشترط البذر في المزارعة من العامل، وقال
القاضي المعاملة باطلة
وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له أرش نقصها وبين اقرارها في
أرضه ويدفع إليه
قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض التي اشتراها ثم جاء الشفيع فأخذها، وإن اختار
العامل قلع
شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لأنه ملكه فلم يمنع تحويله، وإن اتفقا
على ابقاء الغراس
ودفع أجر الأرض جاز، ولو دفع أرضه إلى رجل يغرسها على أن الشجر بينهما لم يجز
على ما سبق
ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فإن المزارع يبذر في الأرض فيكون الزرع بينه وبين
صاحب الأرض

وهذا نظيره، وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما فالمعاملة فاسدة وجها واحدا،
وبهذا قال مالك
والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفا لأنه شرط اشتراكهما في الأصل
ففسد كما لو دفع إليه
الشجر والنخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع
بينهما
(فصل) وإن ساقاه على شجر فبان مستحقا بعد العمل أخذه ربه وثمرته لأنه عين ماله
ولاحق
للعامل في ثمرته لأنه عمل فيها بغير إذن مالكة ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله
على الغاصب لأنه
غره واستعمله فلزمه الأجر كما لو غصب نقرة فاستأجر من ضربها دراهم، وإن شمس
الثمرة فلم تنقص
أخذها ربها وإن نقصت فربها أرش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك
على الغاصب،
وإن استحقت بعد أن اقتسماها وأكلاها فربها تضمين من شاء منهما فإن ضمن
الغاصب فله تضمينه
الكل وله تضمينه قدر نصيبه ويضمن العامل قدر نصيبه لأن الغاصب سبب يد العامل
فلزمه ضمان
الجميع فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لأن التلف وجد في يده فاستقر
الضمان عليه ويرجع
العامل على الغاصب بأجر مثله، ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لأنه
غره فلم يرجع عليه
كما لو أطعم إنسانا شيئا وقال له كله فإنه طعامي ثم تبين أنه مغصوب، وإن ضمن
العامل احتمل أنه
لا يضمنه إلا نصيبه خاصة لأنه ما قبض الثمرة كلها وإنما كان مراعيها لها وحافظا فلا
يلزمه ضمانها ما لم
يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه
الكل رجع
العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله، وإن ضمن كل واحد منهما ما صار
إليه رجع العامل على
الغاصب بأجر مثله لا غير، وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن
جعل العامل قابضا
لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن لا يكون قابضا إلا بأخذ نصيبه

منها، قال لا يلزمه
الضمان ويكون علي الغاصب
* (باب المزارعة) *

(مسألة) قال (وتجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض)
معنى المزارعة دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في
قول كثير
من أهل العلم. قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث
والربع، وزارع

علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي
وابن سيرين،
وممن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة
والزهري
وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد، وروي ذلك عن معاذ والحسن
وعبد الرحمن بن
يزيد، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر،
وإن جاءوا
بالبذر فلهم كذا وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة
وروي عن ابن عباس الأمران جميعا وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل إذا كان
بياض
الأرض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين ومنعها في الأرض البيضاء لما روى رافع بن
خديج قال: كنا نخاير
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية

رسول الله صلى الله عليه وسلم أنفع قال قلنا ما ذاك؟ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرهها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى) وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزراعة بأسا حتى سمعنا رافع بن خديج يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها، وقال جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة. وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها، والمخابرة المزراعة واشتقاقها من الخبار وهي الأرض اللينة والخبير الاكار، وقيل المخابرة معاملة أهل خيبر، وقد جاء حديث جابر مفسرا فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والرابع والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم (من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه) وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة، قلت وما المخابرة؟ قال (أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع) ولنا ما روى ابن عمر قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه. وقد روى ذلك ابن عباس وجابر بن عبد الله وقال أبو جعفر عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشرط ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلهم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به، وعمل به

أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من بعده فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقا تمرا وعشرون وسقا شعيرا

فقسم عمر خيبر فخير أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطع لهن من الأرض والماء أو يمضي لهن الأوسق فمنهن من اختار الأرض ومنهن من اختار الأوسق فكانت عائشة اختارت الأرض. ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى كان نسخه؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها؟ فأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به؟ فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) انه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساده فإنه قال كنا من أكثر الأنصار حقلا فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما بالذهب والورق فلم ينهنا، متفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين (الثاني) ان خبره ورد في الكراء بثلاث أو ربع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها

أصلا وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضا لأن القصة واحدة رويت
بألفاظ مختلفة
فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر
(الثالث) ان أحاديث رافع مضطربة جدا مختلفة اختلافا كثيرا يوجب ترك العمل بها لو
انفردت فكيف يقدم على مثل حديثنا؟
قال الإمام أحمد حديث رافع ألوان وقال أيضا حديث رافع ضروب، وقال ابن المنذر
قد
جاءت الاخبار عن رافع بعلة تدل على أن النهي كان لذلك منهما الذي ذكرنا ومنها
خمس أخرى،
وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وان عباس، قال زيد بن ثابت أنا
أعلم بذلك منه،
وإنما سمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين قد اقتتلا فقال (إن كان هذا شأنكم فلا
نكروا المزارع) رواه أبو داود
والأثرم، وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت المخابرة فإنهم
يزعمون أن
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها، قال إن أعلمهم - يعني ابن عباس - أخبرني ان
النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها
ولكن قال، ان يمنح أحدكم أخاه خيرا له من أن يأخذ عليها خراجا معلوما)
ثم إن أحاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على
الاطلاق، ومنها
ما لا يختلف في فساده كما قد بينا وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه
وتارة عن ظهير

ابن رافع وإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب اخراجها واستعمال الأخبار الواردة في شأن خبير الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معني لتركها بمثل هذه الأحاديث الواهية (الجواب الرابع) انه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعدر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين، ويستحيل القول بنسخ حديث خبير لكونه معمولاً به من جهة النبي صلى الله عليه وسلم إلى حين موته ثم من بعده إلى عصر التابعين، فمتى كان نسخه؟ وأما حديث جابر في النهي عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فإنه قد روى حديث خبير أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة خبير لاستحالة نسخها كما ذكرنا، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت. فإن قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل وأحاديث النهي عن الأرض البيضاء جمعا بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) انه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة إليه (الثاني) ان ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوي له بما ذكرناه، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث والجمع بينهما بحمل بعضها على ما فسره رواية به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث)

ان قولهم يفضي إلى تقييد كل واحد من الحديثين، وما ذكرناه حمل لأحدهما وحده
(الرابع) ان فيما
ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث
رسول الله صلى الله عليه وسلم
وسنته ومعانيها وهو أولى من قول من خالفهم (الخامس) ان ما ذهبنا إليه مجمع عليه،
فإن أبا جعفر
روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة، وعن الخلفاء لا ربعة وأهلهم وفقهاء الصحابة
واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكان اجماعاً،
وما روي في مخالفته فقد بينا
فساده فيكون هذا إجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم لا يسوغ لاحد خلافه والقياس
يقتضيه، فإن
الأرض عين تنمي بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها كالأثمان في
المضاربة والنخل في المساقاة
أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخيل ولان الحاجة داعية إلى
المزارعة لأن
أصحاب الأرض قد لا يقدرون على زرعها والعمل عليها والأكرة يحتاجون إلى الزرع
ولا أرض لهم
فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة ههنا
أكد لأن الحاجة
إلى الزرع أكد منها إلى غيره لكونه مقتاتاً ولكون الأرض لا ينتفع بها الا بالعمل عليها
بخلاف المال
ويدل على ذلك قول راوي حديثهم نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان
لنا نافعاً والشارع لا ينهى
عن المنافع وإنما ينهى عن المضار والمفاسد فيدل ذلك على غلط الرواي في المنهي
عنه وحصول المنفعة

فيما ظنه منها عنه. إذا ثبت هذا فإن حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها إنما تجوز
بجزء للعامل من الزرع
وفي جوازها ولزومها وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها
(فصل) وإذا كان في الأرض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الأرض
التي
بين الشجر جاز سواء قل بياض الأرض أو كثر نص عليه أحمد، وقال قد دفع النبي
صلى الله عليه وسلم خبير
على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة فإذا قال ساقيتك على
الشجر وزار عتك على
الأرض بالنصف جاز، وإن قال عاملتك على الأرض والشجر على النصف جاز لأن
المعاملة تشملهما، وإن
قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه
على أنواع من
الشجر ويجعل له في كل نوع قدرا، وإن قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف
جاز لأن المزارعة
مساقاة من حيث إنها تحتاج إلى السقي فيها لحاجة الشجر إليه، وقال أصحاب الشافعي
لا يصح لأن
المساقاة لا تتناول الأرض وتصح في النخل وحده وقيل ينبني على تفريق الصفقة
ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كما
لو عبر بلفظ
البيع في السلم لأن المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله، وهكذا إن قال في الأرض
البيضاء ساقيتك على
هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها، فأما إن قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر
الأرض لم تدخل
في العقد وليس للعامل أن يزرع وبهذا قال الشافعي، وقال مالك وأبو يوسف للداخل
زرع البياض فإن

تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز، وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض لم يصلح لأن الداخل يستقي لرب الأرض فتلك زيادة ازدادها عليه ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة (فصل) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأجازوه مالك إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لأنه يسير فيدخل تبعا ولنا أنه اشترط الثمرة كلها فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث (فصل) وإن أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لأنهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والإجارة، ويحتمل أن لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الأصل والأول أولى إلا أن يفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في ابطال الحيل (مسألة) قال (إذا كان البذر من رب الأرض) ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض والعمل من العامل نص عليه أحمد في رواية جماعة واختاره عامة الأصحاب وهو مذهب ابن سيرين والشافعي وإسحاق لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة

وقد روي عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية مهنا في الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك وقد دفع النبي صلى الله عليه وسلم خيبر على هذا، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر. فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز، وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح إن شاء الله تعالى وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلمهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً. والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول صلى الله عليه وسلم شطر ثمرتها وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. أخرجهما البخاري فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر، والأصل المعول عليه في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي صلى الله عليه وسلم أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أدخل بذكره ولو فعله النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لنقل ولم يجز الاخلال بنقله، ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعاً فإن البخاري

روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا
 بالبذر فلهم كذا
 فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان اجماعاً، فما قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة
 فكيف يفعله عمر
 رضي الله عنه؟ قلنا يحتمل أنه قال ذلك ليخبرهم في أي العقدین شاءوا فمن اختار عقداً
 عقده معه معيناً
 كما لو قال في البيع ان شئت بعته بعشرة صحاح، وإن شئت بأحد عشر مكسورة
 فاختار أحدهما
 فعقد البيع معه عليه معيناً، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر
 مع اقرار عموله
 على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ولهذا روي عن أحمد رحمه الله صحة الإجارة
 فيما إذا قال إن خطته
 رومياً فلك درهم وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم، وما ذكره أصحابنا من القياس
 يخالف ظاهر النص
 والاجماع الذين ذكرناهما فكيف يعمل به؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن
 صاحب أحدهما
 (فصل) فإن كان البذر منهما نصفين وشرطاً أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما، سواء
 قلنا بصحة المزارعة
 أو فسادها لأنها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وان كانت فاسدة
 فلكل واحد منهما
 بقدر بذره، لكن إن حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء، وإن قلنا من
 شرط صحتها إخراج
 رب المال البذر فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف
 أجر عمله فيتقاصان
 بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل. وان شرطاً التفاضل في الزرع
 وقلنا بصحتها فالزرع
 بينهما على ما شرطاه ولا تراجع بينهما، وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر
 بذرهما ويتراجعان كما ذكرنا
 وكذلك أن تفاضلاً في البذر وشرطاً التساوي في الزرع أو شرطاً لأحدهما أكثر من
 قدر بذره أو أقل

(فصل) فإن قال صاحب الأرض أجرتك نصف أرضي هذه بنصف بذرك ونصف منفعتك
ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة،
وكذلك لو جعلها أجرة
لأرض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض، وان
أمكن علم
المنفعة وضبطها بما لا تختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما، ويحتمل أن
لا يصح لأن البذر
عوض في الإجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعا وما حصل فيه قبض، وان قال
أجرتك نصف أرضي
بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج البذر فهي كالتالي قبلها الا أن الزرع يكون
بينهما على كل حال
(مسألة) قال (فإن اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما ما بقي لم يجز)
وكانت للمزارع أجرة مثله وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع
للمزارع وعليه
أجرة الأرض، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره فلا يصح لأنه كأنه
اشترط لنفسه
قفزانا معلومة وذلك شرط فاسد تفسد به المزارعة لأن الأرض ربما لا يخرج منها إلا
تلك القفزان
فيختص رب المال بها وربما لا تخرجها الأرض، وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو
مبني على الروايتين
في صحة هذا الشرط
وقد ذكر الحرقى أنه فاسد فإذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في
المضاربة رأس

المال من عنده ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر لأنه عين ماله ينقلب من حال إلى حال
وينمو فصار كصغار الشجر إذا غرس فطال والبيضة إذا حصنت فصارت فرخا، والبذر ههنا من المزارع
فكان الزرع له وعليه أجر الأرض لأن ربها إنما بذلها له بعوض لم يسلم له فرجع إلى عوض منافعها
النايبة بزرعها على صاحب الزرع، ولو فسدت البذر من رب الأرض كان الزرع له وعليه أجر مثل
العامل لذلك وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجر مثل
الأرض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الأرض (فصل) وإن زارعه على أن لرب الأرض زرعاً بعينه وللعامل زرعاً بعينه مثل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية وللآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ما على السواقي والجد أول إما منفرداً
أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء لأن الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولأنه
يودى إلى تلف ما عين لأحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه (فصل) والشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين (أحدهما) ما يعود بجهالة نصيب
كل واحد منهما مثل ما ذكرنا ههنا أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولاً أو دراهم معلومة أو أقفزة معينة
أو أنه إن سقى سيحاً فله كذا وإن سقى بكلفة فله كذا، فهذا يفسدها لأنه يعود إلى جهالة المعقود عليه
فأشبهه البيع بثمن مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما، وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص

عن أحمد فساد العقد لأن الشرط إذا فسد لزم كون الزرع لرب البذر لكونه نماء ماله
فلا يحصل لرب
الأرض شيء منه ويستحق الاجر وهذا معنى الفساد، فأما إن شرط مالا يفضي إلى جهالة
الربح
كعمل رب المال معه أو عمل العامل في شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة؟
يخرج علي روايتين بناء
على الشرط الفاسد في البيع والمضاربة
(فصل) وان دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه في أرضه ويكون ما يخرج
بينهما فهو
فاسد أيضا لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر
وعليه أجر
الأرض والعمل، وان قال صاحب الأرض لرجل أنا ازرع الأرض ببذري وعواملي
ويكون سقيها من
مائك والزرع بيننا ففيها روايتان (إحدهما) لا يصح اختارها القاضي لأن موضع
المزارعة على أن
يكون من أحدهما الأرض، ومن الآخر العمل وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل
ولا بذر ولأن
الماء لا يباع ويستأجر فيكيف تصح المزارعة به؟ (والثانية) يصح اختارها أبو بكر ونقلها
عن أحمد يعقوب بن
بختان وحرب لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما
كالأرض والعمل والأول أصح
لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لما ذكرناه
(فصل) وان اشترك ثلاثة من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل
على
أن ما رزق الله بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه في رواية أبي داود ومهنا وأحمد
بن القاسم، وذكر
حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال أحدهم علي الفدان وقال

الآخر قبلي الأرض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي صلى الله
 عليه وسلم الزرع
 لصاحب البذر والغى صاحب الأرض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب
 الفدان شيئاً
 معلوماً فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره، وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن
 الوليد بن مسلم
 عن الأوزاعي، وعن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به
 مكحولاً فقال ما يسرني
 بهذا الحديث وصيفاً. وحكم هذه المسألة حكم المسألة التي ذكرناها في صدر الفصل
 وهما فاسدان لأن
 موضوع المزارعة على أن البذر من رب الأرض أو من العامل وليس هو ههنا من واحد
 منهما، وليست
 شركة لأن الشركة تكون بالأثمان، وإن كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد
 شئ من
 ذلك ههنا، وليست إجارة لأن الإجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال
 مالك والشافعي
 وأصحاب الرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لأنه نماء ماله ولصاحبيه عليه
 أجر مثلهما لأنهما
 دخلا على أن يسلم لهما المسمى فإذا لم يسلم عاد إلى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو
 ثور، وقال أصحاب
 الرأي يتصدق بالفضل، والصحيح أن النماء لصاحب البذر ولا تلزمه الصدقة به كسائر
 ماله. ولو كانت
 الأرض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم على أن ما أخرج الله
 بينهم على قدر مالهم فهو جائز وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا
 نعلم فيه خلافاً
 لأن أحدهم لا يفضل صاحبيه بشئ
 (فصل) وإذا زارع رجلاً وآجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شئ فنبت في تلك
 الأرض

عاما آخر فهو لصاحب الأرض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث
وقال الشافعي هو
لصاحب الحب لأنه عين ماله فهو كما لو بذره قصدا
ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لأن العادة ترك
ذلك لمن يأخذه
ولهذا أبيح التقاطه ورعيه، ولا نعلم خلافا في إباحة التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل
وحب وغيرهما فجرى ذلك
مجرى نبذه على سبيل الترك له وصار كالشئ التافه يسقط منه كالثمرة واللقمة
ونحوهما والنوى لو التقطه انسان
فغرسه كان له دون من سقط منه كذا ههنا
(فصل) في إجارة الأرض تجوز إيجارها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المطعوم
في قول
أكثر أهل العلم قال أحمد فلما اختلفوا في الذهب والورق، وقال ابن المنذر أجمع عوام
أهل العلم
على أن اكتراء الأرض وقتا معلوما ما جائز بالذهب والفضة روينا هذا القول عن سعيد
ورافع بن
خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم وعبد الله
بن الحارث
ومالك والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروي عن طاوس
والحسن كراهة
ذلك لما روى رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع متفق عليه
ولنا أن رافعا قال اما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي صلى الله عليه وسلم متفق
عليه ولمسلم (أما بشئ معلوم
مضمون فلا بأس) وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض فقال
نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن كراء الأرض قال فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها
ببعض ما يخرج منها اما بالذهب
والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال كنا نكري الأرض بما على السواقي وما
سعد بالماء منها فنهانا رسول

الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة رواه أبو داود،
ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة
المباحة منها مع بقائها فجازت إجارتها بالأثمان، ونحوها كالدور والحكم في العروض
كالحكم في الأثمان، وأما
حديثهم فقد فسره الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا
مفسر لحديثهم فإن
راويهما واحد وقد رواه عاما وخاصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر
الأحاديث
والقياس وقول أكثر أهل العلم
فاما اجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بمطعموم غير الخارج منها
معلوم
فيجوز نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد
بن جبير وعكرمة
والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع اجارتها بالبن
والعسل،
وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيبته قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع
ومذهبه الجواز.
والحجة لمالك ما روى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم (من كانت له أرض
فلا يكرها بطعام مسمى) رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال دعاني
رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال (ما تصنعون بمحاقلكم؟) قلت نؤجرها على الربع أو على الأوسق من التمر أو
الشعير قال، لا تفعلوا
ازرعوها أو امسكوها) متفق عليه، وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن المحاقلة والمحاولة
استكراء الأرض بالحنطة
ولنا قول رافع فاما بشئ معلوم مضمون فلا بأس به، ولأنه عوض معلوم مضمون لا
يتخذ وسيلة
إلى الربا فجازت اجارتها به كالأثمان، وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في
المزارعة على
أنه يحتمل النهي عن اجارتها بذلك إذا كان خارجا منها ويحتمل النهي عنه إذا آجرها
بالربع والأوسق
وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا اكتراها لزرع الحنطة



(०१४)

(القسم الثاني) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة لزرعها فقال
أبو الخطاب فيها روايتان (إحدهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبا وهي قول مالك لما تقدم من الأحاديث ولأنها ذريعة إلى المزارعة عليها بشئ معلوم من الخارج منها لأنه يجعل مكان قول قوله زارعتك آجرتك فتصير مزارعة بلفظ الإجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الأول ولأن ما جازت اجارته بغير المطعوم جازت به كالدور (القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربع فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الأصحاب واختار أبو الخطاب أنها لا تصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم من الأحاديث في النهي من غير معارض لها، ولأنها إجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى، ولأنها إجارة لعين بعض نمائها فلم تجز كسائر الأعيان، ولأنه لا نص في جوازها ولا يمكن قياسها على المنصوص فإن النصوص إنما وردت بالنهي عن اجارتها بذلك ولا نعلم في تجويزها نصا، والمنصوص على جوازه اجارتها بذهب أو فضة أو شئ مضمون معلوم وليست هذه كذلك، فأما نص احمد في الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الإجارة فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ولزومها وفيما يلزم العامل ورب الأرض وسائر أحكامها والله أعلم (تم بحمد الله وعونه الجزء الخامس..)