

# بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

## أبو بكر الكاشاني

### الجزء السادس

[ 1 ]

الجزء السادس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع تأليف الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاشاني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة هـ 587 رية (الطبعة الاولى) 1409 هـ 1989 م الناشر المكتبة الحبيبية كانسي رود حاجي غيبي چوك كوئته پاكستان

[ 2 ]

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

[ 3 ]

المحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه ينبئ عن تحمل الضمان وقوله على كلمة ايجاب وكذا قوله إلى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فالى وعلى وقوله قبلي ينبئ عن القبالة وهى الكفالة على ما ذكرنا وقوله عندي وان كانت مطلقة للوديعة لكنه بقربينة الدين يكون كفالة لان قوله عندي يحتمل اليد ويحتمل الذمة لانها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيها جميعاً فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه ادنى وعند قربينة الدين يحمل على الذمة أي في

ذمتي لان الدين لا يحتمله الا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول قبلت أو رضيت أو هو يت أو ما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة في الاصل لا يخلو عن أربعة اقسام اما أن يكون مطلقا أو مقيدا بوصف أو معلقا بشرط أو مضافا إلى وقت فان كان مطلقا فلا شك في جوازه إذا استجمع شرائط الجواز وهى ما نذكر ان شاء الله تعالى غير انه ان كان الدين على الاصيل حالا كانت الكفالة حالة وان كان الدين عليه مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الاصيل فتتقيد بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا يخلو اما ان كان مقيدا بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل إلى وقت معلوم بأن كفل إلى شهر أو سنة جاز ثم ان كان الدين على الاصيل موجلا إلى أجل مثله يتأجل إليه في حق الكفيل أيضا وان سمي الكفيل أجلا أزيد من ذلك أو أنقص جاز لان المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه وان كان الدين عليه حالا جاز التأجيل إلى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلا في حقهما جميعا في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد أنه يكون تأجيلا في حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما إذا كفل حالا أو مطلقا ثم آخر عنه بعد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان التأجيل في نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلا عليه ضرورة بخلاف ما إذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى إلى الاصيل ولو كان الدين على الاصيل مؤجلا إلى سنة فكفل به مؤجلا الى سنة أو مطلقا ثم مات الاصيل قبل تمام السنة يحل الدين في ماله وهو على الكفيل إلى أجله وكذا لو مات الكفيل دون الاصيل يحل الدين في مال الكفيل وهو على الاصيل إلى أجله لان المبطل للاجل وجد في حق أحدهما دون الآخران كان التأجيل إلى وقت مجهول فان كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل إلى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز (وجه) قوله ان هذا عقد إلى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحملها الكفالة وهذا لان الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لا فضائها إلى المنازعة بالتقديم والتأخير وجهالة التقديم والتأخير لا تفضى إلى المنازعة في باب الكفالة لانه يسامح في أخذ العقد مالا يسامح في غيره لا مكان استيفاء الحق من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة إلى هذه الآجال متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فاخرالى هذه الاوقات جاز أيضا ما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كمجئ المطر وهبوب الريح فالاجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطلت الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب إلى هذه الاوقات جاز وان كان ثمن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير في الكفالة وذالا يؤثر في البيع فكذا هذا إذا كانت الكفالة مؤجلة فأما إذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الاصيل حالا أو مؤجلا لما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل ولو كفل حالا ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر في حق الكفيل إذا قبل التأخير دون الاصل بخلاف ما إذا كان التأجيل في العقد لما ذكرنا من الفرق ولو كان الدين على الاصل حالا فأخره الطالب إلى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيرا في حق الكفيل هذا إذا كانت المكفالة مقيدة بوصف فأما إذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرطا سببا لظهور

الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الاداء في الجملة جازبان قال ان استحق المبيع فأن كفيلا لان استحقاق المبيع سبب لظهور الحق وكذا إذا قال إذا قدم زيد فأن كفيلا لان قدومه وسيلة إلى الاداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو يكون مضاربة فان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إلى الاداء في الجملة لا يجوز بان قال إذا جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فأن كفيلا لان الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا والاصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط الاشرطا الحق به تعلق بالظهور أو التوصل إليه في الجملة فيكون ملائما للعقد فيجوز ولان الكفالة جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلك فلان أو ان شجك فلان أو ان غصبك فلان أو ان بايعت فلا نافانا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال سبب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبي حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس أو من غصبك من الناس أو من شجك من الناس أو من بايعك من الناس لم يجز لان التعليل بالشرط بل لان المضمون عنه مجهول وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال ضمننت لك ما على فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملائم للعقد لانه مؤكد لمعنى التوصل إلى ما هو المقصود وكذا لو قال ان خرج من المصر ولم يعطك فانا ضامن لما ذكرنا ولو شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه جاز لان هذا تأجيل الكفالة بالنفس إلى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا سائر أنواع الكفالات في التعليل بالشرط والتأجيل والاضافة إلى الوقت سواء لان الكل في معنى الكفالة على السواء ولو قال كفلت لك مالك على فلان حالا على أنك متى طلبته فلى اجل شهر جاز وإذا طلبته منه فله اجل شهر ثم إذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء ولو شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان الموجود ههنا كفالتان احدهما حالة مطلقة والثانية مؤجلة إلى شهر معلقة بشرط الطلب فإذا وجد الشرط ثبت التأجيل إلى شهر فإذا مضى الشهر انتهى حكم التأجيل فيأخذه بالكفالة الحالة هذا معنى قوله في الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الاول بخلاف ما اذا كان التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط والتأجيل نفسه لا يحتمل التعليق بالشرط فيبطل ألا ترى أنه إذا كفل إلى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقا ثم أخر إلى قدوم زيد لم يجز لما ذكرنا كذا هذا ولو كفل بنفس المطلوب على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو الالف فمضى الوقت ولم يواف به فالمال لازم للكفيل لان هنا كفالتان بالنفس وبالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلاشك فيها وكذا الكفالة بالمال لان هذا شرط ملائم للعقد محقق لما شرع له وهو الوصول إلى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول إليه من قبل الاصيل فاذا لم يوجد الشرط لزمه المال وإذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجوزان يدعى عليه مالا أخر فيلزمه تسليم نفسه وكذا إذا قال فعليه ما عليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ويلزمه جميع الالف لانه أضاف الكفالة إلى ما عليه والالف عليه وكذا لو كفل لا مرأة بصادقها ان لم يواف الزوج وصادقها وصيف فالوصيف لازم للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال أن لم أوافك به غدا فعلى الف درهم ولم يقل الالف التي عليه أو الالف التي ادعيت المطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يلزم (وجه) قول محمد ان هذا ايجاب

المال معلقا بالخطر ابتداء لانه لم توجد الاضافة إلى الواجب ووجوب المال ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قولهما ان مطلق الالف ينصرف إلى الالف المعهودة وهي الالف المضمونة مع ما ان في الصرف إلى ابتداء الايجاب فساد العقد وفي الصرف إلى ما عليه صحته فالصرف إلى ما فيه صحة العقد أولى ولو كفل بنفسه على أن يوافي به إذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التي عليه

[ 5 ]

جاز لانه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس عند طلب الموافاة وهذا شرط ملائم للعقد لما ذكرنا فإذا طلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برئ لانه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة بالنفس عند الطلب ولو قال ائتنى به عشية أو غدوة وقال الكفيل أنا أتيتك به بعد غد فان لم يأت به في الوقت الذي طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان آخر المطالبة إلى ما بعد غد كما قاله الكفيل فأتى به فهو برئ من المال لانه بالتأخير أبطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كانه طلب منه من الابتداء التسليم بعد غدو قد وجدو برئ من المال ولو كفل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا برئ فوافاه من الغد يبرأ من المال في رواية وفي رواية لا يبرأ (وجه) الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فانا برئ تعليق البراءة عن المال بشرط الموافاة بالنفس والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لان فيها معنى التمليك والتعليكات لا يصح تعليقها بالشرط (وجه) الرواية الاولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والاول أشبه ولو شرط في الكفالة بالنفس ان يسلمه إليه في مجلس القاضى جاز لان هذا شرط مفيد ويكون التسليم في المصر أو في مكان يقدر على احضاره مجلس القاضى تسليما إلى القاضى لما نذكر ان شاء الله تعالى ولو شرط ان يسلمه إليه في مصر معين يصح التقييد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح التعيين عند أبى حنيفة وعندهما يصح على ما نذكر ان شاء الله تعالى ولو شرط ان يدفعه إليه عند الامير لا يتقيد به حتى لو دفعه إليه عند القاضى أو عزل الامير وولى غيره فدفعه إليه عند الثاني جاز لان التقييد غير مفيد ولو كفل بنفسه فان لم يواف به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى شئ فقد أضاف الالتزام إلى ما ليس بسبب اللزوم وكذا إذا أقربها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها أو أقربها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به إلى شهر فعليه ما عليه فمات الكفيل قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به إلى الطالب فالمال لازم للكفيل ويضرب الطالب مع الغرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط يثبت مضافا إلى السبب السابق وهو عند مباشرة السبب صحيح ولهذا لو كفل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لامن الثلث (أما) الضرب مع الغرماء فلا ستواء الدينين وكذا لو مات المكفول به ثم مات الكفيل لانه إذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا إذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما إذا كانت مضافة إلى وقت بان ضمن مادان له على فلان أو ما قضى له عليه أو مادان فلانا أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة لانها أضيفت إلى

سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا في الحال والكفالة ان كان فيها معنى التملك فليست بتمليك محض فجاز أن تحمل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلا نافئمنه على أو ما بايعت أو الذي بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما بايعه ولو قال ان بايعت أو إذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثمن أول المبايعة ولا يؤاخذ بثمن ما بايعة بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والذي للعموم وقد دخلت على المبايعة فيقتضى تكرار المبايعة ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله ان بايعت ونظائره والله عزوجل أعلم (فصل) وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع إلى الكفيل وبعضها يرجع إلى الاصيل وبعضها يرجع إلى المكفول له وبعضها يرجع إلى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ (أما) الذي يرجع إلى الكفيل فأنواع (منها) العقل ومنها البلوغ وانهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا أن الاب أو الوصي لو استدان دينا في تفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جازولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط

[ 6 ]

لا يزيده الا تأكيد افلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يجز (ومنها) الحرية وهى شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له في التجارة لانها تبرع والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لانعدام الاهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لانها غير منعقدة منه لعدم الاهلية فلا تحتل النفاذ بالبلوغ ولو اذن له المولى بالكفالة فان كان عليه دين لم يجز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته في الكفالة بالدين الا ان يفديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الأجنبي لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء اذن له المولى أو لم يأذن لان اذن المولى يصح في حقه وضح في حق القن ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لانهما يملكان التبرع عليه وأما صحة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع (وأما) الذي يرجع إلى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبي حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافى بقاء الدين لانه مال حكى فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة ولهذا بقى إذا مات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلسا وإذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح البراء عنه والتبرع (وجه) قول أبي حنيفة ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان بدين ولا دين عليه وإذا مات مليا فهو قادر بنائبه وكذا إذا مات عن كفيل لانه قائم مقامه في قضاء دينه (وأما) البراء والتبرع فهما في الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة في قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة ارضاء الخصم بهية هذا القدر منه فاما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة فلا على ما عرف في الخلافات والثانى أن يكون معلوما بان كفل ما على فلان فاما إذا قال على أحد من الناس أو بعين أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه غير معروفة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة

بمضمون ما على الاصل مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجه أما العبد فلان الدين واجب عليه وبطالب به في الجملة فاشبه الكفالة بالدين المؤجل وأما الصبي والمجنون فلان الدين في ذمتهمما والولى مطالب به في الحال وبطالبان أيضا في الجملة وهو ما بعد البلوغ والا فاقه فتجوز الكفالة عن العبدوان كان محجورا وعن الصبي والمجنون الان الكفيل لا يملك الرجوع عليهم بما أدى وان كانت الكفالة باذنهـم لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة إلى الكفالة في الغالب في مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة فيهما أجوز ما يكون (وأما) الذى يرجع إلى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوما حتى انه إذا كفل لا حدمن الناس لا تجوز لان المكفول له إذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثق (ومنها) أن يكون في مجلس العقد وانه شرط الانعقاد عند أبى حنيفة ومحمد إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا تجوز عند هما إذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبى يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد في الاصل انها جائزة على قوله الآخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد لان محمدا ربما؟ يطلق الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسميه باطلا الا أن يجيز وهذا الاطلاق صحيح لان الجائز هو النافذ في اللغة يقال جاز السهم إذا نفذ (وجه) قول أبى يوسف الآخر ما ذكرنا في صدر الكتاب ان معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد والدليل عليه مسألة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا ان فيه معنى التمليك أيضا والتمليك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شطر العقد فلا يقف على غائب

[ 7 ]

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

أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في اليد الاجير لانه أضاف الكفالة إلى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لانهما مضمونا التسليم عليهما فالكفالة أضيفت إلى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فحصت (وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى انه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا ولا تصح بالنوع الثاني لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه إذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء ولكن يسقط الثمن عن المشتري وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا يرى أنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه إذا هلك لا شيء على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فان كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل وان كات بغير عينها جازت لان في الوجه الاول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الاصيل فلم تجزو في الوجه الثاني الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت وعلى هذا إذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أصحابنا لان الكفالة بالنفس كالفة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فجاز وكذا إذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبته أو بروحه أو بنصفه والاصل فيه أنه إذا أضاف الكفالة إلى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكرا للبدن كما في باب الطلاق والعتاق وكذا إذا أضاف إلى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس في حق وجوب التسليم لا

[ 8 ]

تتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعا ذكر لكه كما في الطلاق والعتاق وإذا أضافها إلى اليد أو الرجل ونحوهما من الاجزاء المعينة لا تجوز لان هذه الاعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهى في حكم الكفالة متجزئة فلا يكون ذكرها ذكرا لجميع البدن كما في الطلاق والعتاق ولو قال في الكفالة بالنفس هو على جاز لان هذا صريح في التزام تسليم النفس وكذا إذا قال أنا ضامن لوجه جزء جامع ولو قالانا ضامن لمعرفته لا تصح لان المعرفة لا تحتل أن تكون مضمونة على الاصيل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لان المضمون غير معلوم أصلا ثم ما ذكرنا من الكفالة بالنفس والعين والفعل انها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله انها غير صحيحة (وجه) قوله ان الكفالة أضيفت إلى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك ان الكفالة التزام الدين فكان محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف إلى غير محله باطل ولان القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الاعتاق لا تتحقق (ولنا) قوله عزوجل ولمن جاء به حمل بغير وأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة بالعين عن الامم السالفة ولم يغير

والحكيم إذا حكى عن منكر غيره ولان هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة والتابعين إلى زمن الشافعي رحمه الله فكان الانكار خروجاً عن الاجماع فكان باطلا ولما ذكرنا ان هذه الكفالة أضيفت إلى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عينا والعين مقدورة التسليم في حق الاصيل كالدين عبد مقر بالرق في يد رجل فأخذ منه المولى كفيلاً بنفسه فأبق فهو باطل لانه كفيل بما ليس بمضمون وكذا لو كفيل بعد اباقه لما قلنا وكذا لو ادعى رجل على انسان انه عبده وأنكر المدعى عليه زعم انه حر وكفيل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شيء على الاصيل لما ذكرنا ولو كان المدعى في يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا ان استحقته صحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه فالكفيل ضامن كل قيمته لان باقامة البينة تبين انه كفيل بمضمون صبي في يد رجل يدعى انه ابنه وادعى رجل آخر انه عبده فضمن له انسان فأقام المدعى البينة وقد مات الصبي فالكفيل ضامن لما ذكرنا أنه لما قامت البينة تبين انه كفيل بمضمون وعن محمد فيمن ادعى على انسان انه غصبه عبداً فقبل أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذي يدعى فهو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البينة عليه لانه كفيل بمضمون على الاصيل وهو احضاره مجلس القاضى فان هلك واستحقه بينة فهو ضامن لقيمه لانه تبين انه كفيل بمضمون بعين مضمون بنفسه ولو ادعى انه غصبه الف درهم واستهلكها أو عبداً ومات في يده فقال رجل خله فأنا ضامن المال أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته ولا يقف على اقامة البينة لان بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الاصيل فقد كفيل بمضمون على الاصيل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الاول لان هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل باقامة البينة فتوقف عليها والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيل لا بالكسب بمضمون وتجاوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس وما دونها وبحد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلاً بلا خلاف بين اصحابنا وهو الصحيح لانه كفالة بمضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وإنما الخلاف انه إذ امتنع من اعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضى عليه قال أبو حنيفة لا يجبره وقال أبو يوسف ومحمد يجبره (وجه) قولهما ان نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ولا يبي حنيفة ان الكفالة شرعت

[ 9 ]

وثيقة ولحدود مبناهما على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل يركبه الشهود والحبس توثيق لان الحبس للثمة لا للتوثيق لان شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن ايراث تهمة فكان الحبس لا جل للثمة دون التوثيق ويجوز الجبر على اعطاء الكفيل في التعزير لانه لا يحتال لدرئه لكونه حق العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لانه مضمونه على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من



الكفيل ليكون العقد مفيدا فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازما فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط الدين عن نفسه التعجيز لا بالكسب فلو أجزنا الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو (أما) أن يملك الكفيل اسقاطه عن نفسه كما يملك الاصيل (وأما) ان لا يملك فان ملك لا تفيد الكفالة وان لم يملك لم يكن هذا التزام ما على الاصيل فلا يتحقق التصرف كفالة ولانا لو أجزنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه على الاصيل لان المكاتب إذا مات عاجزا بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزا مفلسا لم يبطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل ألزم منه على الاصيل وهذا خلاف ما توجهه الاصول ولان الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيما لا عرف فيه ولا عرف في الكفالة ببدل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لان غيره من الديون انما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لولا لزوم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين الكتابة أصلا لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالأصل فلان لا تجوز بالفرع أولى وأخرى ولا تجوز الكفالة ببدل السعابة عند أبي حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس بشرط حتى لو كفل بأحد شئتين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لان هذه جهالة مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه جاز وبيرا بدفع واحد منهما إلى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهد فضمانه باطل عند أبي حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما ان ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ولا بى حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحيفة وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت الكفالة بالعهد بين ان تكون بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو كونه مضمونا على الاصيل وضمن الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وإذا استحق المبيع يخاصم المشتري البائع أو لا فإذا اقضي عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولا في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه قال الكفيل يكون خصما هذا إذا كان المبيع ما سوى العبد فان كان عبدا فظهر انه حر بالبينة فللمشتري أن يخاصم أيهما شاء بالأجماع ولو انفسخ البيع بينهما بما سوى الاستحقاق بالرد بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤخذ به الكفيل لان ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشتري رهنا بالدرك لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشتري في الدار بناء ثم استحققت الدار ونقض عليه البناء فللمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه مبنيا إذا سلم النقض إلى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه الا بالثمن خاصة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء التالف ولو سلم النقض

إلى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنيا له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن ويأخذ البائع بقيمة البناء في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعا ان شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جعل الطحاوي قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من الدرك ضمان المشتري في متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري ثم استحقتها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعقر فان المشتري يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يؤاخذ الكفيل بقيمة الولد وللمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة بالدرك والله عزوجل أعلم ولو كفل بماله على فلا فقامت البينة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفل بمضمون على الاصيل وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يقربه أما القول قوله في المقر به لانه مال لزم بالتزامه فيصدق في القدر الملتزم كما إذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما اليمين فلانه منكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه في الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لان اقرار الانسان حجة في حق نفسه لا في حق غيره لانه مقر في حق نفسه مدع في حق غيره ولا يظهر صدق المدعى الا بحجة (فصل) واما بيان حكم الكفالة فنقول وبالله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الاصيل عند عامة مشايخنا ويطرد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات لان الكل في احتمال هذا الحكم على السواء وانما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحدا يطالب بكل الدين وان كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسائة اذالم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا في الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء وبطالب الكفيل بالنفس باحضار المكفول بنفسه ان لم يكن غائبا وان كان غائبا يؤخذ الكفيل إلى مدة يمكنه احضاره فيها فان لم يحضر في المدة ولم يظهر عجزه للقاضي حبسه إلى أن يظهر عجزه له فإذا علم القاضي ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره إلى حال القدرة على احضاره لانه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلزمه من الطالب ولا يحول الطالب أيضا بينه وبين أشغاله ولا يمنعه من الكسب وغيره وبطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان كانت هالكة وبطالب الكفيل بتسليم العين وبالفعل بهما وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب الاصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة وبه أخذ شيخه الامام الشافعي رحمه الله وزعم أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالاعيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق في الكفالة بغير الدين وهذا غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانعدام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر فأما براءة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل الا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل لانها حوالة معنى أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لا نهافى معنى الحوالة أيضا وقال ابن ابي ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنبئ عن الضم وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الاصيل أو في حق أصل الدين والبراءة تنافى الضم ولان الكفالة لو

كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغيران لان تغاير الاسامي دليل تغاير المعاني في الاصل وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الاخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء فإذا اختار تضمين أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر (ووجه) الفرق ان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فإذا اختار تضمين أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون

[ 11 ]

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بنى اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر حتى يثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لانه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولا إلى المعتق عند اختياره لان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء يسعى وهو رقيق وإنما يعتق كله بآداء السعاية وبينهما تناف ولا تناف ههنا لا الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك مطالبة الآخر والثاني ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الاصيل إذا كانت الكفالة بأمره في الانواع كلها ثم إذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل بتسليم نفسه إلى الطالب إذا طالبه وان كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها إذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إذا كانت ها لكة إذا طوالب به وان كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما وان كانت بدين يطالبه بالخلاص إذا طوالب فكما طوالب الكفيل طالب هم المكفول عنه بالخلاص وان حبس فله ان يحبس المكفول عنه لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وان كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل إذا لوزم ولا حق الحبس إذا حبس وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو وان كانت الكفالة بأمره لان ولاية المطالبة انما تثبت بحكم القرض والتملك على ما ذكره وكل ذلك يقف على الاداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء ان له ولاية مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال نفسه لان هناك الثمن يقابل المبيع والملك في المبيع كما وقع وقع للموكل فكان المثل عليه فكان له أن يطالبه به وهنا المطالبة بسبب القرض أو التملك ولم يوجد هنا وإذا أدى كان له أن يرجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره لان الكفالة بالامر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل بآداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه في الاداء إلى الطلب وفي حق الطالب تملك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشتري يملك الشراء بالبيع لا غير هذا (فصل) وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول وبالله التوقيق اما الكفيل بالمال فانما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما آداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الاداء سواء كان الاداء من الكفيل او من الاصيل لان حق المطالبة للتوسل إلى الاداء فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهى حكم العقد وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الاصيل لان الهبة بمنزلة الاداء لما ذكرنا وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الاصيل لان الصدقة تملك كالهبة فكان هو وآداء المال سواء كالهبة والثاني الابراء وما هو معناه فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الاصيل خرج عن الكفالة غير انه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل وإذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لان الدين على الاصيل لا على الكفيل انما عليه حق المطالبة فكان ابراء الاصيل اسقاط الدين عن ذمته فإذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لان المطالبة بالدين ولا دين محال فاما ابراء الكفيل فابراؤه عن المطالبة لا عن الدين إذ لادين عليه وليس

من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لان حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فإذا سقطت تنتهي الا ان ابراء الاصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصديق عليه وبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصديق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان اشاء الله تعالى وإذا ارتدت هذه التصرفات برد الاصيل عاد الدين إلى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل اختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بعد موته فرد ورثته يرتد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله ان هذا بمنزلة مالو ابراه حال حياته ثم مات قبل الرد وهنا لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ولهما ان ابراءه بعد موته ابراء لورثته لانهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وبراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لانهم لا يطالبون بدينه بوجه فاقصر حكم الابراء عليه فلا يرتد برد الورثة وكذا لو قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لانه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التي هي غايتها

[ 12 ]

نفسه هي براءة القبض والاستيفاء وبرئاً جمعياً لان استيفاء الدين يوجب برأتها جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل إذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل إلى فكذلك عند أبي يوسف وهذا وقوله برئت إلى سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الاصيل وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده (وجه) قول محمد ان البراءة عن المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالابراء فلا تحمل على الاداء الا بدليل زائد وقد وجد ذلك في الفصل الاول هو قوله إلى لان ذلك ينبئ عن معنى الاداء لما ذكرنا ولم يوجد هنا فتحمل على الابراء لان البراءة حكم الابراء في الاصل (وجه) قول أبي يوسف أن البراءة المضافة إلى المال تستعمل في الاداء عرفاً وعادة فتحمل عليه ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التمليك والتمليك لا يحتمل التعليق بالشروط ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب فالمحتمل عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذا إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وبراء الكفيل والاصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة لان الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلاً لما يأتي في كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة بان يصلح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس المدعى اسقاط بعض الحق فكان فيه معنى الابراء وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى الابراء وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان في حالين يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفي حال يبرأ الكفيل دون الاصيل (أما) الحالان اللتان برىء فيهما الكفيل والاصيل جميعاً احدهما ان يقول الكفيل للطالب صالحتك من الالف على خمسمائة على انى والمكفول منه برئان من الخمسمائة الباقية ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع بها على الاصيل وان شاء أخذها من الاصيل والثانية ان يقول صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلاً لما ذكرنا قبل هذا ان الابراء المضاف إلى المال المجرد عن شرط البراءة المضافة إلى الكفيل ابراء عن الدين والدين واحد فإذا سقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الاصيل فهي ان يقول الكفيل للطالب صالحتك على انى برئ من

الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب باختياران شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء احداها تسليم النفس إلى الطالب وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضوع يقدر على احضاره مجلس القاضى لان التسليم في مثل هذا الموضوع محصل للمقصود من العقد وهو امكان استيفاء الحق بالمرافعة إلى القاضى فإذا حصل المقصود ينتهى حكمه فيخرج عن الكفالة ولو سلمه في صحراء أو بيرة لا يخرج لانه لم يحصل المقصود ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضى أما إذا أطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره مجلس القاضى بدلالة الغرض وكذا إذا قيد لان التسليم في هذه الامكنة تسليم في مجلس القاضى بواسطة ولو شرط أن يسلمه في مصر معنى فسلمه في مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبى حنيفة وعندهما لا يخرج عنها الا أن يسلمه في المصر المشروط (وجه) وقولهما التقييد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على اقامتها فيه دون غيره فكان التعيين مفيدا فيتقيد به (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان المقصود من تسليم النفس هو الوصول إلى الحق بالمرافعة إلى القاضى وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو سلمه في السواد ولا قاضى فيه لا يخرج عن الكفالة لان التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة إلى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو شرط أن يدفعه إليه عند الامير فدفعه إليه عند القاضى يخرج عن الكفالة وكذا إذا عزل الامير وولى غيره فدفعه إليه عند الثاني لان التسليم عند كل من ولى ذلك محصل للمقصود فلم يكن التقييد مفيدا فلا يتقيد ولو كفل جماعة بنفس

[ 13 ]

رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤا جميعا وان كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقيون (ووجه) الفرق أن الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد الإبراء به فيبرأ هو دون الباقيين وليس هذا كما إذا كفل جماعة بمال واحد كفالة واحدة أو متفرقة فأدى أحدهم برئ الباقيون لان الدين يسقط عن الاصيل باداء المال فلا يبقى على الكفيل لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فان لم يوافق به غدا فعليه ما عليه وهو كذا فلقى الرجل الطالب فخاصمه الطالب ولازمه فالمال على الكفيل وان لازمه إلى آخر اليوم لانه لم يوجد من الكفيل الموافقة به ولو قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي إليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أولا لانه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم كمن تبرع بقضاء دين غيره ان هناك لا يجبر على القبول وهنا يجبر عليه والفرق انعدام الجبران على القبول في باب المال للتحرز عن لحوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع لان نفسه ربما لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لان تسليم نفسه واجب عليه ولامنة في أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لان نفسه مضمون التسليم في الحالين، والثانى الإبراء إذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس وقد أسقط المطالبة عنه بالإبراء فينتهى الحق ضرورة ولا يكون هذا الإبراء للاصيل لانه أسقط المطالبة عنه دون الاصيل ولو أبرأ الاصيل برئاً جميعا لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالإبراء فينتهى حكم

الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكيفل والله عزوجل أعلم (وأما) الكفيل بالاعيان المضمونة بنفسها والافعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها ان كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكة ويحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل والثاني الابراء فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكاري لان نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم (فصل) وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين أحدهما في شرائط ولاية الرجوع والثاني في بيان ما يرجع به (أما) الشرط فأنواع (منها) أن تكون الكفالة بأمر الكفول عنه لان معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يرجع والصحيح قول العامة لان الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لان اذنه بالكفالة لم يصح لانه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان (وأما) العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح في حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العناق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال والله عزوجل أعلم (ومنها) اضافة الضمان إليه بان يقول اضمن عنى ولو قال اضمن كذا ولم يضيف إلى نفسه لا يرجع لانه اذا لم يضيف إليه فالكفالة لم تقع اقراضا اياه فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الاداء إليه فلا يمكن الرجوع قبل الاداء لان معنى الاقراض والتمليك لا يتحقق الا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا يكون للاصيل على الكفيل دين مثله فاما إذا كان فلا يرجع لانه إذا أدى الدين التقى الدينان قصاصا إذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الاصيل لثبت للاصيل أن يرجع عليه أيضا فلا يفيد فيسقطان جميعا ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الاصيل لان الهبة في معنى الاداء لانه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع عليه كما إذا ملكه بالاداء وإذا وهب الدين من الاصيل برئ الكفيل لان هذا وأداء المال سواء لانه لما وهبه منه فقدملك ما في ذمته كما إذا أدى ومتى برئ الاصيل برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولو مات الطالب فورثه الكفيل

[ 14 ]

يرجع على الاصيل ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل ومتى ملكه برئ فيبرأ الكفيل كما إذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الاصيل لان الابراء اسقاط وهو في حق الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تمليك الدين أصلا فلا يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد باذنه موجود والابراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كالابراء عن الاجرة قبل مضي مدة الاجارة ولو لم يؤد الكفيل ما كفل به حتى عجل الاصيل لما كفل عنه ودفع إلى الكفيل ينظران دفعه إليه على وجه القضاء يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها تثبت بعد الاداء فأشبه الدين المؤجل إذا عجله المطلوب قبل حل الاجل انه يقبل منه ويكون قضاء كذا هذا وبرئ الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء فان أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لانه تبين انه لم يكن قضاء وان كان

الكفيل تصرف في ذلك المعجل وربح هل يطيب له الربح ينظر ان كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالاجماع لانهما لا يتعيانان في عقود المعاوضات فحصل التمليك باذن صاحبها فيطيب له الربح وان كان الدين مكيلا أو موزونا مما يتعين في العقد يطيب له الربح أيضا عند أبي يوسف ومحمد عن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الربح ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب إلى أن يرد الربح على المكفول عنه هذا إذا دفعه إليه على وجه القضاء فاما إذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه إليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل وربح لا يطيب له الربح سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب إذا تصرف في الوديعة والمغصوب وربح فيهما انه لا يطيب له الربح عندهما وعند أبي يوسف يطيب والمسألة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لما نذكر وفي قوله برئت من المال اختلاف نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بالف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة فأدى أحدهما شيئا من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلوا اما ان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلا فان لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلا لا يرجع على صاحبه بشئ مما أدى لأنه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلا لأنه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الاصيل لأنه كفيل عنه بأمره وان كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل فيما أدى انه من كفالة صاحبه إليه أو من كفالة نفسه لأنه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل والثاني من جهة الكفالة عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الإداء عن أيهما شاء فإذا قال أدبته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع على لأنه كفل عنه بأمره سواء أدى المال إلى الطالب ثم قال ذلك أو قال ابتداء انى أؤدى عن كفالة صاحبي وكذا إذا قال أدبته عن كفالة الاصيل فقبل منه ويرجع عليه لأنه كفل عنه بأمره سواء قال ذلك بعد أداء المال إلى الطالب أو عنده ابتداء وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى كل واحد مهما يكون عن نفسه إلى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لا عن نفسه بل يكون عن نفسه إلى هذا القدر فلا يرجع على شريكه وكذا إذا قال ابتداء انى أؤدى عن شريكى لا عن نفسي لا يقبل منه ويكون عن نفسه إلى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى على خمسمائة لان المؤدى إلى خمسمائة له معارض والزيادة لا معارض لها فإذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل وكذا لو اشترى

[ 15 ]

رجلان عبداً بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوضان إذا افترقا و عليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما و أيهما أدى شيئا لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرنا هذا إذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فأما إذا كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى أحدهما شيئا يرجع بكل المؤدى على الاصيل ان شاء وان شاء يرجع

بنصفه على شريكه لان حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه الكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى وإذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الاداء كما ساواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤدياً عن نفسه إلى النصف وههنا بخلافه لما مر. (فصل) وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق ان الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جواد فأعطاه مكسرة أو زيوفاً وتجاوز به المطالبة يرجع عليه بالصحاح الجواد لانه بالاداء ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحاح الجواد وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له ان يرجع بالمؤدى لا بالدين لانه بالاداء مالك الدين بل أقرض المؤدى من الأمر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدارهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فانه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما إذا صالح من الالف على خمسمائة انه يرجع بالخمسمائة لا بالالف لانه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الاصيل وهو الالف لانه لا يمكن ايقاع الصلح تمليكا ههنا لان يؤدى إلى الربا فيقع اسقاطا لبعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الاصيل والكفيل جميعاً وبرئاً جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدنانيرين لان في الفصل الاول ايقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باسقاط بعضه فكان الصلح واقعا عنهما جميعاً فيبران جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لانه ملك هذا القدر بالاداء فيرجع به عليه (وأما) في الفصل الثاني فاضافة الصلح إلى ثلاثة مقرونا بشرط الا براء المضاف إلى الكفيل ابراء للكفيل عن المطالبة بدنانيرين وإبراء الكفيل لا يوجب ابراء الاصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذه الطالب منهما وبالله التوفيق \* (كتاب الحوالة) \* الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الحوالة وفي بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) ركن الحوالة فهو الايجاب والقبول الايجاب من المحيل القبول من المحال عليه والمحال، جميعاً فالإيجاب ان يقول المحيل للطالب أحلتك على فلان هكذا والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله أن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك فأما إذا كان له عليه دين فيتم بايجاب المحيل وقبول المحتال (وجه) قوله ان المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه بيد الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما اذا وكله بالقبض وليس هو كالمحال لان الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة إلى ذمة مع اختلاف الذمم فلا يصح من غير رضا صاحب الحق (ولنا) ان الحوالة تصرف على المحال

[ 16 ]

عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفاً عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ولان الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء وبعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة



مضافا إلى التزامه (فصل) وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى المحيل وبعضها يرجع إلى المحال وبعضها يرجع إلى المحال وبعضها يرجع إلى المحال عليه وبعضها يرجع إلى المحال به (أما) الذي يرجع إلى المحيل فأنواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغا وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفا نفاذه على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بحالها و فيها معنى المعاوضة بمالها خصوصا إذا كانت مقيدة فتتعقد من الصبي كالبيع ونحوه فاما حرية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد ماذونا كان في التجارة أو محجورا لانها ليست بتبرع بالتزام شئ كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان ماذونا في التجارة رجع عليه المحال عليه للحال إذا أدى ولم يكن للعبد عبه دين مثله ويتعلق برقبته وان كان محجورا يرجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرها على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التمليك فتفسد بالاكراه كسائر التمليكات (وأما) الذي يرجع إلى المحال فأنواع (منها) العقل لما ذكرنا ولان قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (وأما) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فينعقد احتياله موقوفا على اجازة وليه ان كان الثاني أملا من الاول وكذا الوصي إذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشريطة لانه منهي عن قربان ماله الاعلى وجه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن (ومنها) الرضا على لو احتال مكرها لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتال لو كان غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف ينفذ والصحيح قولهما لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كما في البيع (وأما) الذي يرجع إلى المحال عليه فأنواع أيضا (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضا فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا وان كان عاقلا سواء كان محجورا عليه أو ماذونا في التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) إذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعا بابتدائه وانتهائه وكذلك إذا كانت بأمره لانه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبي محجورا كان أو ماذونا في التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضا لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي (ومنها) الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا في جانب المحيل (وأما) الذي يرجع إلى المحال به فنوعان أحدهما أن يكون ديناً فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها نقل ما في الذمة ولم يوجد والثاني أن يكون لازماً فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبذل الكتابة وما يجري مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة إذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة سواء كان للمحيل على المحال عليه دين أولم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيده بالدين الذي عليه والمقيدة أن يقيده بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملى فليتبع من غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام (منها) أنه إذا أطلق الحوالة ولم يكن له على

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

[ 17 ]

المحال بدين الحوالة ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لان الحوالة لم تتقيد بالدين الذي للمحال عليه لانها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة فيتعلق دين الحوالة بنعته ودين المحيل بقى على حاله وإذا قيدها بالدين الذي عليه ينقطع حق مطالبة المحيل لانه قيد الحوالة بهذا الدين فيتقيد به ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وان لم يكن رهنا على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بان كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن إذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لانه قضى دينه بامرهم ولو ظهر ذلك في الحوالة المطلقة لا يبطل لانه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فإذا اظهر انه لا دين فقد ظهر انه لا حوالة لان الحوالة بالدين وقد تبين انه لا دين فتبين انه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد في الحوالة المطلقة لان تعلق الدين به يوجب تقيد الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق الذمة فلا يظهر ان الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بالف وديعة عند رجل فهلكت الالف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الالف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لانه يجب عليه مثلها (ومنها) انه إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهوان المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى انه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغنمه لان الخراج بالضمان فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى انه لو ترى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضا بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة في ذلك وإذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك لان المال الذي قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسألة بحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال في ذلك وانما يؤخذ من المحال عليه لان الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال في ذلك لان حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود إلى المحيل ولكن القاضى يأخذ من غرماء المحيل كفيلا لانه ثبت الرجوع إليهم لا حدرجلين (اما) المحال اذا توى ما على الآخر وأما المحال عليه إذ أدى الدين فالقاضي نصب ناظر الامور المسلمين فيحتاط في ذلك بأخذ الكفيل (فصل) واما بيان حكم الحوالة فنقول وبالله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة المحيل وهذا عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء (وجه) قوله ان الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براءة الا اول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تغيير كما في الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها والشئ إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الاول ضرورة

ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاءة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الاصيل جازوتكون حوالة لانه اتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع انفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة قال بعضهم انها نقل المطالبة والدين جميعا وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فاما اصل الدين فباق في ذمه المحيل (وجه) قول الاولين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فلانا أجمعنا على انه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولو لا أن الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه وفرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الاول لان الابراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال الصح الثاني لان الابراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وان تأخرت المطالبة كالابراء عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلان الحوالة توجب النقل لانها

[ 18 ]

مشتقة من التحويل وهو النقل فيقتضي نقل ما أضيف إليه وقد أضيف إلى الذين لا إلى المطالبة لانه إذا قال أحلت بالدين أو أحلت فلانا بدينه فيوجب انتقال الدين إلى المحال عليه الا أنه إذا انتقل أصل الدين إليه تنتقل المطالبة لانها تابعة (وجه) قوله الآخريين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل إذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعا وبجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبغي أن لا يجبر على القبول كما إذا تطوع أجني بقضاء دين انسان على غيره وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما إذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الابراء والهبة ولا ارتدا جميعا بالرد كما لو أبرأ الاصيل أو وهب منه وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بأمره كما في الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذالم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كالكفالة سواء فدللت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم ان الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصيل فكذا في الحوالة (وأما) المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابراء الاول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام اصل الدين في ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل إلى ذمة المحال عليه بدين في ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعا واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على الحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال فكلما لازمه المحال فله أن يلزم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال وإذا حبسه له أن يحبسه إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذى أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها وان كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلزم المحيل إذا لوزم ولا أن يحبسه إذا حبس لان الحوالة إذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعا وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلزمه أيضا فلا يفيد والله عزوجل أعلم (فصل) وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج من الحوالة بانتها حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهى بأشياء

(منها) فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة إلى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة إلى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على ملئ فليتبع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقا (ولنا) ما روى عن سيدنا عثمان رضى الله أنه قال ففى المحال عليه إذا مات مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل وقال لاتوى على مال ارمى مسلم وعن شريح مثل ذلك ذكره محمد في الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافة فكان اجماعا ولان الدين كان ثابتا في ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يسقط الا بالقضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق الابراء بالقضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء فبقى الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه لكن إلى غاية التوى لان حياة الدين بالمطالبة فإذا توى لم تبقى وسيلة إلى الاحياء فعادت إلى محلها الاصلى ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشرطية الملاءة وقد ذهبت بالافلاس ثم التوى عند أبى حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت المحال عليه مفلسا والثاني ان يحجد الحوالة ويحلف ولاينة للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد بهما بثالث وهو أن يفلس المحال عليه حياته ويقضى القاضى بافلاسه بناء على أن القاضى يقضى الافلاس حال

[ 19 ]

حياته عند هما وعنده لا يقضى به (ومنها) اداء المحال عليه المال إلى المحال فإذا أدى المال خرج عن الحوالة إذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها (ومنها) أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه ويقبله لان الهبة والصدقة في معنى الابراء (ومنها) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه (ومنها) أن يرثه من المال والله عزوجل أعلم (فصل) وأما بيان الرجوع فجملة الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فانواع (منها) أن تكون الحوالة بامر المحيل فان كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه إذا أدى لا يرجع على المحيل لان الحوالة إذا كانت بامر المحيل صار المحال مملكا الدين من المحال عليه بما أدى إليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التملك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) اداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الاداء كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه وكذا إذا ورثه المحال عليه لان الارث من أسباب الملك فإذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو ابرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان الابراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التملك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقى اسقاطا محضا فلم يملك المحال عليه شيئا فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التقيا قصاصا لانه لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضا فلا يفيد فيتقاصا الدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فنقول وبالله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال بن لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنائير عن الدراهم أو كان الدين دنائير فنقده دراهم عن الدناير فتصار فاجاز وبراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افترقا بل القبض أو شرطا فيه الاجل والخيار يبطل الصرف ويعود الدين إلى احواله وإذا صحت المصارفة

فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لان الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين لما ذكرنا في كتاب الكفالة وكذا إذا باعه بالدرهم أو الدينار عرضا يرجع بمال الحوالة لما ذكرنا وكذا إذا أعطاه زيوفاً مكان الجياد وتجاوز بها المحال رجع على المحيل بالجياد لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدرهم على دينار أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضاً على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شئ وانما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لى وقال المحال لا بل أحتتني بالف كانت لى عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لان المحال يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه والله عزوجل أعلم \* (كتاب الوكالة) \* الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى التوكيل لغة وشرعا وفي بيان ركن التوكيل وفي بيان شرائط الركن وفي حكم التوكيل وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الأول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة في اللغة تذكر ويراد بها الحفظ قال الله عزوجل وقالوا حسينا الله ونعم الوكيل أي الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذوه وكيفا قال الفراء أي حفيظا وتذكر ويراد بها الاعتماد وتعويض الامر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عزوجل خيرا عن سيدنا هو عليه الصلاة والسلام اني توكلت على الله ربي وربكم أي اعتمدت على الله وفوضت أمري إليه وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضا على تقرير الوضع اللغوي وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل وهذا قال أصحابنا ان من قال لآخر وكلتك في كذا أنه يكون وكيفا في الحفظ

[ 20 ]

لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه (فصل) وأما بيان ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول فالايجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجري مجراه فما لم يوجد الايجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل قفبضه لم يبرأ الغريم لان تمام العقد بالايجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما في البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا العبدو قد يكون مضافا إلى وقت بان يقول وكلتك في بيع هذا العبد غداو يصير وكيفا في الغد فما بعده ولا يكون وكيفا قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة إلى الوقت كالطلاق والعتاق واذن العبد في التجارة والتمليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون التقييدات كعزل الوكيل والحجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك (فصل) وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع إلى الموكل وبعضها يرجع إلى الوكيل وبعضها يرجع إلى الموكل به أما الذي يرجع إلى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره فمالا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض إلى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الاهلية ألا ترى أنهما لا يملكان التصرف بانفسهما وكذا من الصبي العاقل بمالا يملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الصارة المحضة ويصح بالتصرفات

النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن  
وليه فيلك تفويضه إلى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع  
والاجارة فان كان مأذونا له في التجارة يصح منه التوكيل بها لانه يملكها بنفسه وان  
كان محجورا ينعقد موقوفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضا كما إذا فعل  
بنفسه لان في انعقاده فائدة لوجود المجيز للحال وهو الولي ولا يصح من العبد  
المحجور وأما التوكيل من المرتد فموقوف ان أسلم ينفذ وان قتل أو مات على الردة  
أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد هو نافذ بناء على  
أن تصرفات المرتد موقوفة عنه لوقوف املا كه وعندهما نافذة لثبوت املاكه ويجوز  
التوكيل من المرتدة بالاجماع لان تصرف فاتها نافذة بلا خلاف وأما ما الذي يرجع إلى  
الوكيل فهو أن يكون عاقلا فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لما قلنا وأما  
البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين  
كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله وكالة الصبي غير  
صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ما روى أن رسول الله صلى  
الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائي غيب يا رسول الله فقال صلى  
الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهني ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني  
فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبيبا والاعتبار بالمجنون غير سديد  
لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجدناها فتصح وكالته  
كالبالغ الا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع إلى الوكيل إذا كان بالغاً وإذا كان صبيبا  
ترجع إلى الموكل لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذاردة الوكيل لا تمنع  
صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتدبان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد  
لوقوف ملكه والوكيل يتصرف في ملك الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا لو كان  
مسلماً وقت التوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في  
الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يعامله حتى انه لو وكل رجلا ببيع عبده  
فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى

[ 21 ]

يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الأمر لا يلزم الابعد العلم بالمأمور  
به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به كما في أوامر الشرع (وأما) علم  
الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزيادات انه شرط وذكر في  
الوكالة انه ليس بشرط فانه قال إذا قال الموكل لرجل اذهب بعبي هذا إلى فلان  
فبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد إليه واخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه  
فاشتراه منه صح شراؤه وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا ذكر محمد في كتاب  
الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزيادات انه لا  
يجوز البيع بصورة المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير ما يدل على  
جواز البيع فانه قال إذا قال المولى لقوم بايعوا عبدي فاني قد أذنت له في التجارة  
فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد بأذن المولى لهم بالمبايعه وليس التوكيل كالوصاية  
فان من أوصى إلى رجل غائب أي جعله وصيا بعد موته ثم مات الموصى ثم ان  
الوصي باع شيئا من تركة الميت قبل علمه بالوصاية والموت فان بيعه جائزا استحسانا  
ويكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها والقياس أن لا يجوز  
والفرق أن الوصي خلف عن الموصى قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو  
باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصي بخلاف  
التوكيل لانه أمر من الموكل وحكم الامر لا يلزم الابعد العلم أو سببه على ما مر فإذا

ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فإن كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتابا إليه فبلغه وعلم ما فيه أو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلا أو رجل واحد عدل صار وكيفا بالاجماع وإن أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فإن صدقه صار وكيفا أيضا وإن لم يصدقه يبغى أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكيفا وعند أبي يوسف ومحمد يكون كيفا كما في العزل على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) الذي يرجع إلى الموكل فإنه يرجع إلى الموكل به فإنه يرجع إلى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز والجملة فيه إن التوكيل لا يخلو أما أن يكون بحقوق الله عزوجل وهى الحدود وأما أن يكون بحقوق العباد والتوكيل بحقوق الله عزوجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل بالاثبات الحدود فإن كان حدا لا يحتاج فيه إلى الخصومة كحد الزنا وشر الخمر فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لأنه ثبت عند القاضى بالبينه أو الاقرار من غير خصومة وإن كان مما يحتاج فيه إلى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل بآثباته عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما إلا من الامن الموكل وكذلك التوكيل بالاثبات القصاص على هذا الخلاف (وجه) قول أبي يوسف أنه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالاثبات لان الاثبات وسيلة إلى الاستيفاء ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو ان امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهى منعدمة في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فإن كان المقذوف والمسروق منه حاضرا وقت الاستيفاء جاز لان ولاية الاستيفاء إلى الامام وانه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال وإن كان غائبا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لان عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وانه لا يحتملها وقال بعضهم لا يجوز لانه ان كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله ان هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائيه كما في سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا انه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق الرامى فيما رماه أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز التوكيل بالتعزير اثباتا واستيفاء بالاتفاق وللوكيل أن يستوفى سواء كان الموكل غائبا أو حاضرا لانه حق العبد ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبهه سائر الحقوق بخلاف الحدو القصاص (وأما) التوكيل باستيفاء القصاص فإن كان الموكل وهو المولى حاضر اجاز لانه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج إلى التوكيل وإن كان غائبا لا يجوز لان احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضرا

[ 22 ]

لعفا فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وإن كان غائبا والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فنقول وبالله التوفيق حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاءه مع الشبهة كالقصاص وقد مر حكم التوكيل بآثباته وباستيفائه ونوع يجوز استيفاءه وأخذه مع الشبهة كالديون والاعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف انه يجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والاصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضى الله عنهما ان سيدنا عليا رضى الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها لحما يحضرها الشياطين فجعل الخصومة إلى عقيل

رضى الله عنه فلما كبر ورق حولها إلى وكان على يقول ما فضى لوكيلي فلى وما  
قضى على وكيلي فعلى ومعلوم أن سيدنا عليا رضى الله عنه لم يكن ممن لا يرضى  
أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف في  
جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز من غير عذر المرض  
والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الاحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله  
وذكر الجصاص انه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب لكن  
المتأخرين من أصحابنا استحسنا في المرأة إذا كانت محذرة غير بريزة فجوز  
واتوكيلها وهذا استحسان في موضعه وقال ابن أبى ليلى لا يجوز الا توكيل البكر وهذا  
غير سديد لما يذكر (وجه) قولهم ان التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف  
على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك ان الدعوى حق المدعى  
والانكار حق المدعى عليه فقد صادف التوكيل من المدعى والمدعى عليه حق نفسه  
فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خاصمه بنفسه ولا بى حنيفة رحمه الله أن الحق  
هو الدعوى الصادقة والانكار الصادق ودعوى المدعى خير يحتمل الصدق والكذب  
والسهو والغلط وكذا انكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر  
المدعى فلم يكن كل ذلك حقا فكان الاصل أن لا يلزم به جواب الا أن الشرع الزم  
الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد واحياء  
الحقوق الميتة وحق الضرورة يصير مقضيا بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن  
جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما ان الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم  
أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل الحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن احياء  
حقه فيتضرر به فيشترط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافا إلى التزامه وإذا كان  
الموكل مريضا أو مسافرا فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلولم يملك  
النقل إلى غيره بالتوكيل لصاعت الحقوق وهلكت وهذا لا يجوز وكذلك إذا كانت المرأة  
مخدرة مستورة لا نها تستحيى عن الحضور لمحافل الرجال وعن الجواب بعد  
الخصومة بكرا كانت أو ثيبا فيضيع حقها (وأما) في مسألتنا فلا ضرورة ولو وكل  
بالخصومة واستثنى الاقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز وبصير  
وكيلا بالانكار سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية وروى  
عن محمد أنه إذا وكل الطالب واستثنى الاقرار يجوز وان وكل المطلوب لا يجوز  
والصحيح جواب ظاهر الرواية لان استثناء الاقرار في عقد التوكيل انما جاز لحاجة  
الموكل إليه لان الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو  
أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرره الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين  
التوكيل من الطالب والمطلوب لان كل واحد منهما يحتاج إلى التوكيل بالخصومة هذا  
إذا وكل الخصومة واستثنى الاقرار في العقد فاما إذا وكل مطلقا ثم استثنى الاقرار  
في كلام منفصل يصح عند أبى يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالاقرار  
فذكر في الاصل انه يجمز وذكر الطحاوي انه لا يجوز ويجوز التوكيل بالخصومة من  
المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب لانهم يملكون  
الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها إلى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذمي كما يجوز  
من المسلم لان حقوقهم مصنونة مرعية عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بقبض  
الدين لان الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

[ 23 ]

إلى التفويض إلى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا أن التوكيل بقبض  
رأس مال السلم وبدل الصرف انما يجوز في المجلس لان الموكل انما يملك القبض



فيه لا في غيره وإذا قبض الدين من الغريم برئ الغريم لان القبض الصحيح يوجب البراءة وتجوز الوكالة بقضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتهاى له القضاء بنفسه فيحتاج إلى التفويض إلى غيره سواء كان الموكل حرا أو عبدا ما ذونا أو مكاتبا لانهما يملكان القضاء بأنفسهما فيملكان التفويض إلى غيرهما أيضا ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمود والكتابة والاعتاق على مال والصلح على انكار لانه يملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها إلى غيره وتجوز الهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاستعارة والاستيهاج والارتهان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقرض والاستقراض الا أن في التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا إذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلني فلان اليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصلح وبالابراء ويجوز بالطلاق والعتاق والاجارة والاستئجار لما قلنا ويجوز بالسلم والصرف لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما إلى غيره الا أن قبض البديل في المجلس شرط بقاء العقد على الحصاة والعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لان حقوق العقد راجعة اليهما لما نذكر فإذا تقابض الوكيلان في المجلس فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين إذا تقابضوا في المجلس ثم افترقا انه يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع إلى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فإذا افترقا فقد حصل الافتراق لاعتن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع إليه بل هو أجني عنها فبقاؤه وافتراقه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما مما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض إلى غيره الا أن لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام أن يقول له اشتر لي ما شئت أو ما رأيت أو أي ثوب شئت أو أي دار شئت أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والتمن لانه فوض الرأي إليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبيضاة والمضاربة والخاص أن يقول اشتر لي ثوبا أو حيوانا أداة أو جوهرًا أو عبدا أو جارية أو فرسا أو بغلا أو حمارا أو شاة والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمنع صحة التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز الابعد بيان النوع والصفة ومقدار المثلث لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما أيضا (وجه) الاستحسان ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينارا إلى حكيم بن حزام ليشتري له به أضحية ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الاضحية ويقدر الثمن ولان الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضى إلى المنازعة لان مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة فالظاهر انه لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان ميناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال فاجالة فيه وان قلت تفضى إلى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق وإذا ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففى كل موضوع قلت الجهالة صح التوكيل بالشراء والا فلا فينظران كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الابعد بيان النوع وذلك نحو ان يقول اشتر لي ثوبا لان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب الابريسم والقطن والكتان وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمي الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا تقل الا بذكر النوع بأن يقول اشتر لي

ثوباهرويا فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا إذا قال اشتر لي حيوانا أو قال اشتر لي دابة أو أرضا أو مملوكا أو جوهرًا أو حبوبا لان كل واحد منها اسم جس يدخل تحته أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوبا هرويا فإذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل. وكذا إذا قال

[ 24 ]

اشتر لي دارا لا يصح لان بين الدار والدار تفاوتا فاحشافان عين الدار يجوز وان لم يعين ولكنه بين الثمن جاز أيضا ويقع على دور المصر الذي وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان الثمن وروى عن أبى يوسف انه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حق يعين مصرامن الامصار ولو قال اشتر لي دار في موضوع كذا أو حبة لؤلؤ أو فص ياقوت أحمر ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذكر أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشتر لي عبدا تركيا أو مقدار الثمن بأن قال اشتر لي عبدا بألف درهم لان الجهالة نقل بذكر أحدهما وبحال الموكل لان الصفة تصير معلومة بذكر الثمن وان لم يذكرها وإذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوما بحال الأمر فما يشتره أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشتري عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبى يوسف فيمن قال اشتر لي خادما من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان الثمن كثير الا يتعامل الناس به لم يجز على الأمر وكذا البدوى إذا قال اشتر لي خادما حبشيا فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فان لم يذكر أحدا أصلا فالوكالة باطلة لان الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعا فمنعت صحة الوكالة ولو قال اشتر لي حمارا أو بغلا أو فرسا أو بعيرا ولم يذكر له صفة ولا ثمنا قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوما بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن فينظر ان اشترى حمارا بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس في مثله جاز على الموكل إذا كان الحمار مما يشتري مثله الموكل وان كان مما لا يشتري مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وان اشترى بمثل قيمته نحو ان يكون الموكل مكاريا فاشترى الوكيل حمارا مصريا يصلح للركوب لان مثله يشتري الحمار للعمل والحمل لا للركوب ولو قال اشتر لي شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا ثمنا لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ولا بدوان يكون أحدهما معلوما لما بينا ولو قال اشتر لي حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكر أحد شيئين اما قدر الثمن واما قدر المثلن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذكر أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات ولو وكله ليشتري له طيلسانا لا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما والله عزوجل أعلم (فصل) وأما بيان حكم التوكيل فنقول وبالله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف إليه وكيلا لان التوكيل اثبات الوكالة وللوكالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل فيحتاج إلى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته ومالا يملكه فنقول وبالله التوفيق الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله في الجملة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يملك والاب والوصى وأمين القاضى لا يملك الاقرار على الصغير بالاجماع (وجه) قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذي هو حق عند الله عزوجل وقد يكون ذلك انكارا وقد يكون اقرارا فإذا أقر على موكله دل ان الحق هو

الاقرار فينفذ على الموكل كما إذا أقر على موكله وصدقه الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره في مجلس القاضى لا في غيره وقال أبو يوسف يصح فيه وفي غيره (وجه) قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل إلى غيره واقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضى فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر إليه لكن في مجلس القاضى لان التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضى ألا ترى ان الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضى وكذا الخصومة لا تندفع باليمين في غير مجلس القاضى فتتقيد بمجلس القاضى لأنه إذا أقر في غير مجلس القاضى يخرج عن الوكالة وينعزل لانه لو بقى وكيلاً لبقى وكيلاً بالاقرار عينا لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والاقرار عينا غير موكل به والوكيل بالخصومة في مال إذا اقضى القاضى به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك (وجه) قوله ان

[ 25 ]

المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يهتدى إلى شئ يؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلاً بالقبض (ولنا) أنه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهى الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلاً بالقبض والوكيل بتقاضي الدين يملك القبض في ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلاً بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا ان المتأخرين من أصحابنا قالوا انه لا يملك في عرف ديارنا لان الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضى كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة في اموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة في اثبات الدين إذا انكر الغريم عند أبى حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة أيضا فيملك اقامة البينة وكذا لو أقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبراه عنه قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا في الوكيل بقبض العين إذا أنكر من في يده أنه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشترها من الذى وكله بالقبض لا تسمع منه بينته في اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال إلى أن يحضر الموكل وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عن الحق فلا يتعدى إلى الخصومة كالتوكيل بقبض العين لابي حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحقوق في مبادلة المال بالمال تتعلق بالعاقدة كما في البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما في ذمة الغريم وتمليكه بهذا القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بأمر جديد فهو الفرق بين الفصلين فاذالم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل ونجوز ان تكون البينة مسموعة من وجه دون وجه كمن وكل انسانا بنقل زوجته إلى احيث هو فطالبها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على ان زوجها طلقها ثلاثا تسمع هذه البينة في اندفاع حق الوكيل في النقل ولا تسمع في اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل

بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالعيب والقسمة فيها معنى المبادلة فكانت الخصومة فيها من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض إذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ما شئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (وأما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة بملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومه وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بتفويض الموكل فيملك قدر ما فوض إليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين لان توكيله بالقبض إذا لم يصح فقبضه وقبض الأجنبي سواء فان وصل إلى يد الوكيل الاول برئ الغريم لانه وصل إلى يدهم هو نائب الموكل في القبض وان هلك في يده قبل أن يصل إلى الوكيل الاول ضمن القابض للغريم لان قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والقبوض بجهة المبادلة مضمون على القباض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغرورا من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه إذ كل غارضا من للمغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه وإذا أخذ منه رجع الغريم على الوكيل الثاني لما قلنا ويرجع الوكيل الثاني على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل بقبض الدين للموكل على اسنان معين أو في بلد

[ 26 ]

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

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

[ 27 ]

بالله تعالى ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه في الاستيفاء الذمي هو حقه فلم يكن استحلافه بطريق النياية عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لانه يستحلف على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لانه لا علم له به انه فعل ذلك أولم يفعل فان أقام الغريم البينة على الايفاء سمعت بينته عند أبي حنيفة وعند همالا تسمع وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة بناء على ان الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيفا بالخصومة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على هذا الاختلاف إذا أقام الغريم البينة انه أعطى الطالب بالدرهم الدنانير أو باعه بها عرضا فبينته مسموعة عنده وعند هما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريقي المبادلة والمقاصة وبستوى فيهما الجنس وخلاف الجنس فكان الخلاف في الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبائع فالتوكيل بالبائع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فان كان مقيدا يراعى فيه القيد بالاجماع حتى انه إذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون خلافه إلى خير لما مران الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلزم من التصرف قدر ما ولاه وان كان الخلاف إلى خير

فإنما نفذ لانه ان كان خلافا صورة فهو وفاق معنى لانه أمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل فننفذ بيان هذه الجملة إذا قال بع عبدى هذا بالف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا إذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لانه خلاف إلى شرلان أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان في معنى الخلاف إلى شروان باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لانه خلاف إلى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا لو وكله بالبيع بالف درهم حالة فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه بألف حالة نفذ لما قلنا وان وكله بأن يبيع ويشترط الخيار للآمر فباعه ولم يشترط الخيار لم يجز بل يتوقف ولو باع وشترط الخيار للآمر ليس له أن يجيز لانه لو ملك الاجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائده هذا إذا كان التوكيل البيع مقيدا فأما إذا كان مطلقا فإراعى فيه الاطلاق عند أبي حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس في مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف إلى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف إليه كالتوكيل بالشراء ولا بى حنيفة أن الاصل في اللفظ المطلق أن يجرى على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغبن فاحش ان لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكرنا وتسمية لان كل واحد منهما يسمى بيعا أو هو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب لغة وقد وجدو مطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف ذكرنا وتسمية من غير اعتبار الفعل ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحما فاكل لحم الأدمى أو لحم الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف القياس لكونه أمرا بالتصرف في مال غيره وذكر الثمن فيه تبع ألا ترى انه يصح بدون ذكر الثمن الا انه جوز باعتبار الحاجة إذ كل أحد لا يتهيأ له أن يشتري بنفسه فيحتاج إلى من يوكل به غيره والحاجة إلى التوكيل بالشراء بثمن جرى التعارف بشراء مثله بمتله فينصرف الامر بمطلق الشراء إليه البتة الثاني المشتري متهم بهذا الاحتمال انه يشتري لنفسه فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة في البيع منعدمة فهو الفرق وكذلك يملك البيع بغير الاثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعي رحمه الله ويملك البيع بالنقد والنسيئة عنده وعندهما لا يملك الا بالنقد والحجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغبن فاحش ولو باع الوكيل، بعض ما وكل يبيعه فهو على وجهين اما ان كان ذلك مما لا ضرر في تبيعضه كالمكيل والموزون بان كان وكيلا يبيع عبيدين فباع أحدهما جاز بالاجماع وان كان في تبيعضة ضرر بان وكله يبيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز الا باجازة

[ 28 ]

الموكل أو يبيع النصف الباقي ولو كان وكيلا بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم الأمر اجماعا الا أنه يشتري الباقي ويجيزه الموكل (وجه) قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجامع وهو العرف والعادة ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة في الاعيان ولا بى حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر ألا يرى ان عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز فلان يجوز بيع البعض به أولى لانه نفع موكله حيث أمسك البعض على ملكه وبهذا فارق الشراء لان الوكيل بالشراء إذا اشترى النصف بثمن الكل لا يجوز والوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن يأخذ به

عوضا وله أن يصلح على شئ ويحتال به على انسان وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيا من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالابراء واخواته تصرف في ملك الموكل من غير اذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي (وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالابراء لان قبض الثمن حقه فكان الابراء عن الثمن ابراء عن قبضه تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لانه لو بقى لبقى دينا لا يحتمل القبض أصلا وهذا مما لا نظير له في أصول الشرع ولان دينا لا يحتمل القبض، والاستيفاء بوجه لا يفيد فيسقط ضرورة يضمن الثمن للموكل لانه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى إلى ملك غيره بالاتلاف فيجب عليه الضمان وكذا إذا أخذ بالثمن عوضا عن المشتري لانه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رقة الدين ضرورة بما أخذه من العوض ويضمن لما ذكرنا وكذا إذا صالحه على شئ لان الصلح مبادلة وكذا إذا أحاله المشتري بالثمن على انسان وقبل الوكيل الحوالة لانه بقبول الحوالة تصرف في حق نفسه بالابراء عنه لان الحوالة مبرئة وذلك يوجب سقوط الدين عن المحيل فيه لما ذكرنا ويضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق نفسه فيصح لكنه تعدى إلى الموكل بثبوت الحيلولة بينه وبين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره لان مبنى الوكالة على الخصوص لان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت العموم الا بلفظ يدل عليه وهو قوله اعمل فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الاول جازوا باع بغير حضرته لا يجوز الا أن يجيزه الاول أو الموكل وكذا إذا باعه فضولي فبلغ الوكيل أو الموكل فاجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفرلاجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو لم يكن بحضرته وقال ابن أبى ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لان عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل بل المقصود رأيه فإذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنفدو إذا باعه لا بحضرته أو باع فضولي فقد خلا التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينعقد موقوفا على اجازة الوكيل أو الموكل لصدور التصرف من أهله في محله وليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لان الحقوق تتعلق بالعاقد فيؤدى إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما مطالبا ومطالبيا وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولانه متهم في ذلك وليس له أن يبيع من أبيه وجده ولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبى حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما ان البيع من هؤلاء ومن الأجنبي سواء لان كل واحد منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولا يبي حنيفة أن البيع من هؤلاء يبيع من نفسه من حيث المعنى لاتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الأجنبي ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لان البيع من عبده يبيع من نفسه لانه لا ملك له وكذا المكاتب لانه عبد ما بقى عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا يحققه أن اتصال منافع الاملاك بينهما تورث التهمة لهذا لم تقبل شهادة أحد هما لصاحبه بخلاف الأجنبي ولو عمم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو يع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز يبيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من بعده اذالم يكن عليه دين يحال الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع الصحيح والفاسد لان اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين إذ هو مبادلة شئ مرغوب

بشئ مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقا أنه لا يملك النكاح الفاسد لان المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع والملك وأنه يثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وجه) قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل باحدهما توكيلا بالآخر فإذا باع بيعا صحيحا صار مخالفا (ولهما) ان هذا ليس بخلاف حقيقة لان البيع الصحيح خير وكل موكل بشئ موكل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالثابت نضا فكان أتيا بما وكل به فلا يكون مخالفا (وأما) الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو اما ان كان مطلقا أو كان مقيدا فان كان مقيدا يراعى فيه القيد اجماعا لما ذكرنا سواء كان القيد راجعا إلى المشتري أو الى الثمن حتى انه إذا خالف يلزم الشراء الا إذا كان خلافا إلى خير فيلزم الموكل مثال الاول إذا قال اشتر لي جارية اطؤها أو أستخدمها أو اتخذها أم ولد فاشترى جارية مجوسيه أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك إذا قال اشتر لي جارية تخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء لان الاصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه الا قيادا لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من القيد مفيد وكذلك إذا قال اشتر لي جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثاني إذا قال له اشتر لي جارية بألف درهم فاشترى جارية باكثر من الالف تلزم الوكيل دون الموكل لانه خالف أمر الموكل فيصير مشتريا لنفسه ولو قال اشتر لي جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدراهم والدنانير لا تلزم الموكل اجماعا لان الجنس مختلف فيكون مخالفا ولو قال اشتر لي هذه الجارية بمائة دينار فاشترها بألف درهم قيمتها مائه دينار ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مفيدا وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل كانه اعتبرهما جنسا واحدا في الوكالة كما اعتبرنا جنسا واحدا في الشفعة وهو أن الشفيع إذا أخبر ان الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدراهم وقيمتها مثل الدنانير صح التسليم كذاهنا فان اشترى جارية بألف درهم فان كان مثلها يشتري بألف أو باكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه لزم الموكل وان كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل لان شراء الوكيل المعروف المعروف وان اشترى جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشتري بألف لزم الموكل لان الخلاف إلى خير لا يكون خلافا معنى وكذا إذا وكله بان يشتري له جارية بألف نسبية فاشترى جارية بألف حالة لزم الوكيل لانه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشتري بألف حالة فاشترى بألف نسبية لزم الموكل لانه وان خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشتري ويشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الوكيل ولاصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشتريا لنفسه والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على اجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم لانه يملك الشراء لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى إنه لو كان صبيا محجورا أو عبدا محجورا لا ينفذ عليه بل يتوقف على اجازة الموكل لانهما لا يملكان الشراء لا نفسيهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا إذا كان الوكيل مرتدا أو كان وكيلا بشراء عبد بعينه فاشترى نصفه لعدم امكان التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الاجازة ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الاجازة لانه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع



العين والبيع يقف على اجازة الموكل هذا إذا كان التوكيل بالشراء مقيدا فاما إذا كان مطلقا فانه يراعى فيه الاطلاق ما امكان الا إذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا إذا وكل رجلا بشراء جارية وسمى نوعها وثمانها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لزم الموكل وكذا اذشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية تشتري للاستخدام عرفا و عادة

[ 30 ]

وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا لا يجوز تحريرها عن الكفارة وان كان نص التحرير مطلقا عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجه (وأما) في باب الكفارة فلان الامر تعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فإذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقض الذات فلا يتناوله مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله أن يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم ثمنها فاشترى الوكيل جارية ان شترى بمثل القيمة أو باقل من القيمة أو بزيادة يتغابن في مثلها جاز على الموكل وان اشترى بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الامر على الوكلاء ولا امتنعوا عن قبول الوكالات وبالناس حاجة إليها فمست الحاجة إلى تحملها ولا ضرورة في الكثير لامكان التحرز عنه والفاصل بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة ومالا تدخل تحت تقويمهم فيه كثيرة لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة ومالا يدخل كانت زيادته متحققة وقدر محمد الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال ان كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها وان كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها وقال الجصاص ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها لان ذلك يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبنا فيه وقدر نصر بن يحيى القليل بالده ينم وفي الحيوان بالده يازده وفي العقار بالده دوازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه إذا اشترى نصفه فالشراء موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امتثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو خاصم الموكل الوكيل إلى القاضى قبل أن يشتري الوكيل الباقي والزم القاضى الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل اجماعا لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والداية والثوب وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما إذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوما أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي منه أولا والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقا ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل أن يشتري الباقي قال أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجوز قال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمدان الوكيل قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشتريا للموكل فيكف ينفذ منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتر لنفسه فينفذ اعتاقه ولابي يوسف ان اعتاق الموكل صادف عقدا موقوفا نفاذه على اجازته فكان الاعتاق اجازته منه كما إذا

صرح بالاجازة واعتق الوكيل لم يصادف عقدا موقوفا على اجازته لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتمل التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شئ ليس في تبييضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كرحنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكر بخمسين وكذا لو وكله بشراء عبيدين بالف درهم فاشترى أحدهما بخمسمائة لزم الموكل اجماعا وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحدا منها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم إذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحسانا (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة لا معنى لانه خلاف إلى خير وذا لا يمنع النفاذ على الموكل كما إذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا هذا (وجه) قولهما ان الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر وقد أمره بشاء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما إذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

[ 31 ]

لخدولها بين الوزنين ولو وكله بشراء بعد بمائة فاشترى بها عبيدين كل واحد منهما يساوي مائه روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة إذا وكل رجلا بشراء عبيدين باعيانها بالف درهم وقيمتها سواء فاشترى أحدهما بستمائة درهم لا يلزم الموكل الا أن يشتري الثاني ببقية الالف وقال أبو يوسف ومحمد إذا كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها يلزمه وهذا لا يتحقق خلافا والله عزوجل أعلم الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه وإذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراء لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بمحض من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بمحض منه على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شئ بغير عينه إذا اشترى يكون مشتريا لنفسه الا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه انه إذا قال اشترته لنفسى وصدقه الموكل فالمشترى له وإذا قال الموكل اشترته لى وصدقه الوكيل فالمشترى للموكل لان الوكيل بشراء شئ بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل شراؤه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما ولو اختلفا فقال الوكيل اشترته لنفسى وقال الموكل بل اشتريته لى يحكم فيه الثمن فان أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشترى له وان أداه من دراهم موكله فالمشترى لموكله لان الظاهر نقدا لثمن من مال من يشتري له فكان الظاهر شاهدا للثمن فكان صادقا في حكمه (وأما) إذا لم تحضره النية وقت الشراء واتفقا عليه يحكم فيه الثمن أيضا عند أبي يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمدان الاصل أن يكون الانسان متصرفا لنفسه لا ليغره فكان الظاهر شاهدا للوكيل فكان الشمترى له (وجه) قول أبي يوسف ان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك في تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه لان الحقوق في باب الشراء ترجع إلى الوكيل فيؤدى إلى الاحالة وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما مطالبيا ومطالبيا ولانه متهم في الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرناه وكذلك لو اشترى من ولده الصغير لان ذلك شراء من نفسه وكذلك

لو اشترى من عبده الذي لادين عليه أو مكاتبه وكذا الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد زوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وعندهما يجوز إذا اشترى بمثل القيمة أو باقل أو بزيادة يتغابن في مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لادين عليه ومكاتبه وقد مرت المسألة بحججها من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز لان المانع من الجواز التهمة وقد زالت بالامر والاجازة ولو دفع إليه دراهم ووكله أن يشتري له بها طعاما فهو على الحنطة والدقيق لا على الفاكهة واللحم الخبز لان الطعام في الحقيقة وان كان اسما لما يطعم لكنه ينصرف إلى الحنطة والدقيق بقريئة الشراء في العرف وهذا سمي السوق الذي تباع فيه الحنطة والدقيق سوق الطعام دون غيره الا إذا كان المدفوع إليه قليلا كالدراهم ونحوه أو كان هناك وليمة فينصرف إلى الخبز وقيل يحكم الثمن ان كان قليلا ينصرف إلى الخبز وان كان كثيرا ينصرف اليهما ولو قال اشتر لي بدرهم لحما ينصرف إلى اللحم الذي يباع في السوق ويشترى الناس منه في الاغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والابل ان جرت العادة بشرائه ولا ينصرى إلى المشوى والمطبوخ الا إذا كان مسافرا ونزل خانا ودفع إلى انسان درهما ليشتري به لحما ولا إلى لحم الطير والوحش والسمك ولا إلى شاة حية ولا إلى مذبوحة غير مسلوخة لا نعدام جريان العادة باشترائه وان اشترى مسلوخا جاز على الموكل لان المسلوخ يباع في الاسواق في العادة ولا إلى البطن والكرش والكبد والرأس والكرع لانها ليست بلحم ولا يشتري مقصودا أيضا بل تبعا للحم فلا ينصرف مطلق التوكيل إليه بخلاف ما إذا حلف لا يأكل لحما فا كل هذه الاشياء انه يحنث لان مبنى الايمان على العرف ذكرا وتسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلا ألا ترى ان حكم الحنث يلزم بأكل القديد ولو اشترى الوكيل القديد لا يلزم الموكل لانعدام العادة ببيع القديد في الاسواق في الغالب ولا إلى شحم البطن والالية لا نهما ليسا بلحم ولو وكله بشراء الية لا يملك أن يشتري لحما لانهما مختلفان اسما ومقصودا ولو وكله أن يشتري سمكا بدرهم فهو

[ 32 ]

فهو على الطرى الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطرى الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله بشراء الرأس فهو على النئ دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا في موضع جرت العادة بذلك والمذكور من الخلاف في الجامع الصغير يرجع إلى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور والسمك والجراد لانعدام العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشتري أي دهن شاء وكذا إذا وكله بشراء فاكهة له أن يشتري أي فاكهة تباع في السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت اليمين المنعقدة عليه تقع على بيض الطيور كلها لما ذكرنا ولو وكله أن يشتري لبنا فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم والبقر والابل وكذا إذا وكله بشراء السمن فان استويا فهو عليهما جميعا بمخلاف ما إذا حلف لا يذوق لبنا ان ذلك يقع على لبن الغنم والبقر والابل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكبش لا يملك شراء النعجة حتى لو اشترى لا يلزم الموكل لان الكبش اسم للذكر والنعجة اسم للانثى وكذا لو وكله بشراء عناق فاشترى جديا أو شراء فرس أو بردون فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكرا وقال سبحانه وتعالى لا ذلول كثيرا لارض واثارة الارض عمل الثيران وذكر القدوري رحمه الله انها تقع على الانثى

والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والانثى والدجاجة على الانثى والبعير على الذكور الناقة على الانثى والبختي ضرب خاص من الابل والنجبية ضرب معروف بسرعة السير وهى كالحمارة في عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب الزكاة لبعده عن أوهامهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء إذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الاول أو باجازته أو باجازة الموكل جاز على الموكل والافلا الا إذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عزوجل أعلم (فصل) الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلايه أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجيز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه إلى الرأي والموكل انما رضى برأيهما لا برأى أحدهما واجتماعهما على ذلك ممكن فلم يمثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضر الماذكرنا في البيع الا ان في الشراء إذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشتري ولا يقف على الاجازة وفي البيع يقف على الاجازة وقد مر الفرق وكذلك الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعق على مال والخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك مما يحتاج إلى الرأي ولم يرض برأى أحدهما بانفراده وكذا ما خرج مخرج التملك بان قال لرجلين جعلت أمر امرأتى بيدكما أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطبيق لانه جعل أمر اليد تمليكاً ألا ترى انه يقف على المجلس والتملكات هي التي تختص بالمجلس والتملك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كانه قال طلقا امرأتى ان شئتما وهناك لا يملك أحدهما التطبيق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا ينزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج إلى الرأي والا مائة وقد فوض الرأي اليهما جميعاً لا إلى أحدهما ورضى بأمانتهما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه إلى صاحبه فيقع في أيديهما جميعاً أو يصل إلى الموكل لانه لما وصل المقبوض إلى صاحبه أو إلى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضاه جميعاً ابتداءً (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعق على غير مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلايه لان هذه التصرفات مما لا تحتاج إلى الرأي فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للتصرف إلى كل واحد منهما بانفراده (وأما) الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف بانفراده عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما يحتاج إلى الرأي ولم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول أصحابنا الثلاثة ان الغرض من

[ 33 ]

الخصومة اعلام القاضى بما يملكه المخاصم واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للخصومة إلى كل واحد منهما فأيهما خصم كان تمثيلاً الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما بانفراده (وأما) المضار بان فلا يملك أحدهما التصرف بدون اذن صاحبه إجماعاً وفى الوصيين خلاف بين أصحابنا نذكره في كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالتوكيل بتقاضي الدين والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (أما) التوكيل

بالباع والشراء فحقوقها ترجع إلى الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطالب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه إلى اضافة إلى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة إلى نفسه فحقوقه راجعة إلى العاقد كالباعات والاشربة والاجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالا جنبى حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسلم الثمن إليه ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم إليه ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيها ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيها غيران المشتري إذا نقد الثمن إلى الموكل يبرأ عن الثمن استحسانا وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع إذا نقد المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل وإذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ان كان نقد الثمن إليه وان كان نقده إلى الموكل يرجع الثمن عليه وكذا إذا وجد المشتري بالمبيع عيبا له أن يخاصم الوكيل وإذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضى أخذ الثمن من الوكيل ان كان نقده الثمن وان كان نقده إلى الموكل أخذه منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذى يقبض المبيع دون الموكل وإذا استحق المبيع في يده فهو الذى يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيبا ان كان المبيع في يده ولم يسلمه إلى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه إلى موكله ليس له أن يرده عليه الا برضا موكله وكذلك هذا في الاجارة والاستئجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه إلى اضافته إلى الموكل فحقوقه ترجع إلى الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعتاق على مال والخلع الصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن نكار المدعى عليه ونحوه فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيرا ومعبرا محضا حتى ان وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا إذا ضمن المهر فحينئذ يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطالب ببديل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا الذى ذكرنا ان حقوق العقد في البيع والشراء وأخواتهما ترجع إلى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شئ من الحقوق إلى الوكيل وانما يرجع إلى الموكل (وجه) قوله ان الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذا حقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فإذا كان الاصل له فكذا التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة إليه كما إذا تولى الموكل بنفسه ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقد كلامه القائم بذات حقيقة ويستحيل أن يكون الانسان فاعلا بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله عزوجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضا لان السبب وجد منه حقيقة وبشرعا الا ان الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله له بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف إلى الأمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الأمر والانابة بايجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة

بإثبات توابع الحكم للوكيل توفيراً على الشبهين خطهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو إثبات أصل الحكم للوكيل وإثبات التوابع للموكل لأن الأصل في نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية لأنها علة نفاذه إذ لا ملك له والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفاد من قبل الموكل فكان إثبات أصل الحكم للموكل وإثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو حدا الحكمة وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو حد السفه بخلاف انكاح وأخواته لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل بل هو سفير ومعبّر بمنزلة الرسول ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله فانعدمت النيابة فبقى سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه ثم نقول إنما تلزمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة (فأما) إذا لم يكن بان كان صبياً محجوراً ينفذ بيعه وبشراؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لأن ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الصارة المحضة فيقع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات والاختيار للمشتري من الوكيل المحجور سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له فأما إذا كان جاهلاً فله الخياران شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه (وجه) قوله إن الرضا شرط جواز التجارة وقد اختل الرضا لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فإذا تبين أنها ليست عليه اختل رضاه فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية إن الجهل بالحجر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي لأن الأصل فيه هو الحجر والأذن بعرض الرشد فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فاجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا إن يقبض الوديعة والغارية والرهن ولا القرض ممن عليه لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة إليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع أخواته لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعاً على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه وكذا في التوكيل بالاستعارة الارتهان والاستيهاج الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل وكذا في التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق لأنه أصل في الحقوق والمالك أجنب عنها فملك توكيل غيره فيها (ومنها) إن المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين العين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن في الودائع وببراً بما يبرأ فيها ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه ولو دفع إليه مالا وقال أقضه فلانا عن ديني فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه إلى وكذبه صاحب الدين فالحقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما دون المصدق فإن صدق الوكيل في الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فإن حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وإن صدق الطالب أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه إليه فإن حلف برئ

وان نكل لزمه ما دفع إليه وكذلك لو أودع ماله رجلا وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو دفع المودع الوديعة إلى رجل وادعى انه قد دفعها إليه بأمر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الامر فالقول قوله مع يمينه انه لم يأمره بذلك لان المودع يدعى عليه الامر وهو ينكر والقبول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضمونا على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على الغريم فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه وقال فلان ما قبضت فالقول قول

[ 35 ]

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الا بيينة أو بتصديق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعى الدفع إلى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الا بيينة أو بتصديق الموكل فان صدقه الموكل يبرأ أيضا لانه إذا صدقه فقد أبراه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض ويكون القول قوله انه لم يقبضه مع يمينه لان قولهما حجه في حق أنفسهما لافى ابطال حق الغير مع يمين الطالب لانه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو كذبه الموكل في الدفع وطلب الوكيل يمينه فانه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم انه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان نكل سقط الضمان عنه ولوان الوكيل المدفوع إليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع إليه الموكل جاز لانه لو لم يدفع إليه الدراهم اصلا وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين في الحقيقة وكيل بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع إليه شيئا ولكنه أمره بقضاء دينه فقال الوكيل قضيته وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل البيينة انه قد قضى صاحب الدين قبلت بيئته وبرئ الموكل من الدين ويرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان الثابت بالبيينة كالثابت حسا ومشاهدة وقد ثبت قضاء الدين بالبيينة فله ان يرجع وللم تكن له بيينة وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع المين لان الوكيل بدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو أن يصير المقبوض مضمونا على القابض الطالب دينا عليه وله على الموكل دين مثله فبالتقيان قصاصا والطالب منكر وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل بقوله قضيت يدعى على الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى ويغرم ألفا أخرى للطالب لان الموكل صدقه في دعوى القضاء عنه بأمره وهو مصدق على نفسه في تصديقه فثبت القضاء في حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدوري رحمه الله وذكر في الجامع ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لان الطالب منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده في حق الموكل لانه مقر واقرار كل مقر حجة في حقه فكان الاول أشبه ولو دفع إلى انسان مالا ليقضى دينه فقضاه الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل فان كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل وان علم بان الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لان الموكل لما قبضا بنفسه فقد عزل الوكيل الا ان عزل الوكيل لا يصح الا بعد علمه به فإذا علم بفعل الموكل فقد علم

لا لعزل فصار متعدد يافى الدفع فيلزمه الضمان وإذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدي فلا ضمان عليه وليس هذا كالوكيل يدفع الزكاة إذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل أنه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أولم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الوكيل بأداء الزكاة مأمور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو اسقاط الفرض بتملك المال من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقى الدفع من الوكيل تعدياً محضاً فكان مضموناً عليه فاما قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع إلى الطالب مقبوض عنه والمقبوض بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء والمقبوض بجهة القضاء مضمون على القابض ويقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على الشتمتري بخلاف ما اذاعه على علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقى تعدياً فيجب عليه ضمان التعدي والقول قول الوكيل في انه لم يعلم بدفع الموكل لان القول الامين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا إذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه وإذا كان عالماً بموته ضمن لما قلنا والله عزوجل أعلم الوكيل ببيع العبد إذا قال بعث

[ 36 ]

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



المشتري فانه يرجع بالثمن على الوكيل إذا أقر بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري لان الموكل لم يصدقه علي قبض الثمن فإقرار الوكيل في حقه جائز ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فان نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه في الهلاك أو الدفع إليه فان الوكيل يرجع بما ضمن عليه لان يدوكيله كيده ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقران الموكل قبضه من المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لانه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضا لان اقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجدبه عيبا كان له أن يخاصم الوكيل فاذا رد عليه بقضاء القاضى رجع عليه بالثمن ان أقر بقبض الثمن منه وللوكيل أن يرجع على الموكل بما ضمن إذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن ويكون المبيع للموكل وان لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فان نكل رجع عليه وان حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفى ما ضمن من ثمن العبد فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لانه لم يدفعه إليه ولا يرجع على الموكل أيضا لانهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على التبات فان نكل رجع عليه والمبيع له وان حلف لا يرجع عليه بشئ ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوي في الفصل الاول ان الوكيل يبيعه في قولهما وفي قول أبى حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كبيع مال المديون المفلس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لانه لما رد عليه فسخا عادت الوكالة فإذا بيع العبد يستوفى المشتري الثمن منه ان أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه وان أقر بقبض المثل وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) ان الوكيل بقضاء الدين اذ لم يدفع الموكل إليه مالا ليقتضى دينه منه فقضاه من

[ 37 ]

مال نفسه يرجع بما قبض على الموكل لان الأمر بقضاء الدين من مال غيره استقراض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لا ستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجه) قوله ان المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى انه لو هلك في يده فالهلك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للامين حبس الامانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) انه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمنا للمبيع فكان له حق حبس المبيع لا ستيفاء الثمن كالبائع مع المشتري وإذا طلب منه الموكل فحبسه حتى هلك كان مضمونا عليه بلا خلاف بين أصحابنا لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضمونا ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضمونا ضمان الرهن وقال زفر يكون مضمونا ضمان الغصب (وجه) قول زفر ما ذكرنا ان المبيع أمانة في يده والامين لا يملك حبس الامانة عن صاحبها فإذا حبسها فقد صار غاصبا والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغ ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان هذا عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها فكانت مضمونة بالاقل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه)

قولهما ان هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشتري فانه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه ان كان قائما ومثله أو قيمته ان كان ها لكوالله عزوجل أعلم (فصل) وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول وبالله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة باشياء (منها) عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل به لان العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه لابعد العلم به كالفسخ فإذا عزله وهو حاضرا نعزل وكذا لو كان عائنا فكتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل لان الكتاب من من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا أرسلني اليك ويقول اني عزلتكَ عن الوكالة فانه ينعزل كائنا ما كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أي صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلا عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أولم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد مقبول في المعاملات فان لم يكن عدلا فخير العدلين أو العدل أولى وان أخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وان كذبه (وجه) قولهما ان الاخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الاخبار في سائر المعاملات (وجه) قول أبي حنيفة ان الاخبار عن العزل له شبه الشهادة لان فيه التزام حكم المخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبه الشهادة فيجب اعتبار احد شروطها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع إذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفيعته عند ابي حنيفة وعند هما بطلت شفيعته وعلى هذا الاختلاف إذا جنى العبد جناية في بنى آدم ثم أخبره واحد غير عدل مولاه ان عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتقه لا يصير المولى مختارا للقداء عند أبي حنيفة وعندهما يصير مختارا للقداء و على هذا الاختلاف العبد المأذون إذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجورا عنده وعند هما يصير محجورا وان عزله الموكل واشهد على عزله وهو عائب ولم يخبره بالعزل احد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الاحكام التي بينها وعن ابي يوسف في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات

[ 38 ]

العبد قبل التسليم إلى المشتري كان للمشتري ان يرجع بالثمن على الوكيل ويرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثاني أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما إذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل إليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدى عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطا على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك إذا وكل المدعى عليه وكيفا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى فعزله المدعى عليه بغير حضرة المدعى لا ينعزل لما ذكرنا واختلف

المشايخ فيمن وكل رجلا بطلاق امرأته ان غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة  
 ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبه الوكيل  
 بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به  
 وانما فعله باختياره فيملك عزله كما في سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز  
 الرجوع يعنى بالفارسية وكيلى دمار كست هل يملك عزله اختلف المشايخ قال  
 بعضهم ان كان ذلك في الطلاق والعتاق لا يملك لانه لما وكله وكالة ثابتة غير جائز  
 الرجوع عنها فقد ألحق حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امر امرأته إلى رجل  
 يطلقها متى شاء أمر أمر عبده إلى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه وكذا إذا  
 قال لرجل طلق امرأتي ان شئت أو اعتق عبدي ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان  
 كان في البيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك  
 العزل في الكل لان الوكالة ليست بلازمة بل هي اباحة وللمبيع حق المنع عن المباح  
 ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانت وكيلى وكالة مستقبلية فعزله ينعزل ولكنه  
 يصير وكيلا ثانيا وكالة مستقبلية كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال  
 الموكل للوكيل كنت وكتلك وقلت لك كلما عزلتك فانت وكيلى فيه وقد عزلتك عن  
 ذلك كله لا يصير وكيلا بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق التوكيل بشرط ثم عزله  
 عن الوكالة قبل وجود الشرط ينعزل الوكيل ولا يصير وكيلا بعد ذلك بوجود الشرط  
 وقال بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل  
 على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلية والاول اصح لانه لما ملكا العزل في المرسل  
 ففى المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بامر الموكل وقد بطلت أهلية  
 الأمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه بجونا مطبقا لان  
 الجنون المطبق مبطل لاهلية الأمر واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق  
 فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد  
 ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول  
 أبى يوسف ان هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى  
 (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتدا عند أبى حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن  
 الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضا  
 فان أسلم الموكل نفذت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما  
 تصرفاته نافذة فكذا الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى  
 تموت أو تلحق بدار الحرب اجماعا لان ردة المرأة لا تمنع نفاذ تصرفها لانها لا تثر  
 فيما رتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب  
 رجلا فعجز الموكل وكذا إذا وكل المأذون انسانا فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه  
 بطلت أهلية أمره بالتصرف في المال فيبطل الامر فتبطل الوكالة (ومنها) موت  
 الوكيل لان الموت مبطل لاهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق  
 بدار الحرب مرتدالم يجزله التصرف الا ان يعود مسلما لان أمره قبل الحكم بلحاقه  
 بدار الحرب كان موقوفا فان عاد مسلما زال التوقف وصار كأنه لم يرتد أصلا وان  
 حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلما هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لاتعود وقال  
 محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافى الوكالة ألا ترى انها لا تبطل قبل لحاقه  
 بدار الحرب الا انه لم يجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لا ختلاف الدارين فإذا  
 عادزال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلا ببيع عبد بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج  
 إلى البصرة لا يملك يبعه بالبصرة ثم إذا عاد الى الكوفة ملك يبعه فيها كذا هذا (وجه)

قول أبو يوسف ان الوكالة عقد حكم ببطلانه بلحاظه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالكناح (وأما) الموكل إذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلما لا تعدو الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود ووجهه أن بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل فإذا عاد مسلما عاد ملكه الاول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة الموت ولو مات لا يحتمل العود فكذا إذا لحق دار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل نحو ما إذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا إذا استحق أو كان حر الأصل لان الوكيل عجز عن التصرف لزوال ملك الموكل فينتهى حكم الوكالة كما إذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعبق بقضاء هل تعود الوكالة كما إذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعودلان العائد بالفسخ عين الملك الاول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف فيما وكله به والوكيل بعدما انعزل لا يعود وكذا الا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع وبين الهبة (ووجه) الفرق له لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شئ ثم اشتراه بنفسه وكذا إذا وكله بتزويج امرأة فتزوجها لانه عجز عن تزويجها منه فبطلت الوكالة وكذا إذا وكله بعق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا إذا وكله بخلع امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا إذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث وانقضت العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها تحتمل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضى التكرار فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الموكل ثم رد عليه بقضاء قاض ان له ان يبيعه ثانيا لان الرد بقضاء القاضى يوجب ارتفاع العقد من الاصل ويجعله كان لم يكن فلم يكن هذا تكررا حتى لو رده عليه بغير قضاء قاض لم يجزله أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذى وكل يبيعه أو باعته أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابته أو نحو ذلك لان التصرف في المحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطلت ثم هذه الاشياء التى ذكرنا له أن يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهى لا يفترق الحال فيها بين ما إذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري ورجع المشتري على الوكيل بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حر الاصل وفيما إذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذى وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولا يتصرف الموكل لكنه صار مغرورا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة إذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون اخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذى عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يدنيابة عن الموكل لانه قبضه بامرهم وقبض النائب

كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله عزوجل أعلم \* (كتاب الصلح) \* الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان ركن الصلح وفي

[ 40 ]

بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الصلح وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفي بيان حكمه إذا بطل أولم يصح من الاصل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الصلح في الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه و صلح عن انكاره و صلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو اما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه وإما أن يكون بين المدعى والاجنبى المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلاثة مشروع عند أصحابنا وقال ابن أبى ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لاغيرهما وقال الشافعي رحمه الله المشروع هو الصلح عن اقرارا لا غير (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان جواز الصلح يستدعى حقا ثابتا ولم يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلان الحق لو ثبت فانما يثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عند التعارض فاما في السكوت فلان الساكت ينزل منكرا حكما حتى تسمع عليه البينة فكان انكاره معارضا لدعوى المدعى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لفع حصومة باطلة فكان في معنى الرشوة (ولنا) ظاهر قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص الا ما خص بدليل وعن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال ردو الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن أمر رضى الله عنه برد الخصوم إلى الصلح مطلقا وكان ذلك بمحض من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعاً من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة إلى قطعها في التحقيق عند الانكار إذا لا قرار مسالمة ومساعدة فكان أولى بالجواز لهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو منصور الماتريدى السمرقندى رحمه الله ما صنع الشيطان من ايقاع العداوة والبغضاء في بنى آدم ما صنع الشافعي رحمه الله في انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت في زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعاً (فصل) وأما ركن الصلح فالايجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا ويقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فإذا وجد الايجاب والقبول فقد تم عقد الصلح. (فصل) وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع إلى المصالح وبعضها يرجع إلى المصالح عليه وبعضها يرجع إلى المصالح عنه (أما) الذى يرجع إلى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلاً وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبى الذى لا يعقل لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس بشرط حتى يصح صلح الصبى في الجملة وهو الصبى المأذون إذا كان له فيه نفع أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك إذا وجب للصبى المأذون على انسان دين فصالحة على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينه جاز الصلح لان انعدام البينة لا حق له الا الخصومة والحلف والمال أنفع لها منهما وان كان له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الحط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو آخر الدين جاز سواء كانت له بينة أو الافرقا بينه وبين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبى المأذون في التجارات

كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقدان يبيع باجل فيملكه متأخرا عن العقد أيضا بخلاف الحط لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا أنه يملك حط بعض الثمن لا جل العيب لان حط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على ان قبلها جاز لان الثمن انفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع فحط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الحط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان

[ 41 ]

عليه دينا فاقرب به فصالحه على ان حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعا على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون إذا كان له فيه منعة أو كان من التجارة الا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق إذا كان له عليه بينة ويملك التأجير كيف ما كان ويملك حط بعض الثمن لا جل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على انسان دينا وهو مأذون فأقربه ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعا على العبد ببعض الدين فيصح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى انسان عليه دينا فاقرب به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فان لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لان اقرار المحجولا ينفذ اذالم يكن في يده مال وإذا لم ينفذ لم ينفذالصح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله الا أنه إذا لم يظهر في حق المولى للحال لمانع وهو حق المولى فإذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما إذا كان في يده مال فيجوز ز اقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجر واقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة ان اقرار المحجور إذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من أهل الاقرار وانما المانع من ظهوره حق المولى فإذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهور حق المولى لانه يحتمل أنه يكون صادقا في اقراره فيمنع ظهور حق المولى فيه ويحتمل أن يكون كاذبا فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما ذالم يكن في يده مال لان يد المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لانه عندما بقى عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه دينا فاصطلحا على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لا يجوز لانه لما عجز فقد صار محجورا عن التصرف فلا يصح صلحه وان كانت له عليه بينة جاز لانه وان عجز فالخصم في ديونه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرا به مضرة ظاهرة حتى ان من ادعى على صبي دينا فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فان كان للمدعى بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز لان الصلح في هذه الصورة لمعنى العاوضة لامكان الوصول إلى كل الحق بالبينة والاب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير وان لم تكن له بينة لا يجوز لان عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعا بمال الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من

مال نفسه جاز لانه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على انسان دينا للصغير فصالح على أن حط بعضه واخذ الباقي فان كان له عليه بينة لا يجوز لان الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وان صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الحط من دين وجب للصغير والابراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان ولي ذلك العقد بنفسه (واما) ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لكونه مضرة محضة وان كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أبا كان المصالح أو غيره وان خرج حياً بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لانه لو صح عليه لكان لا يخلو ما أن يصح على اعتبار الحال واما أن يصح على اعتبار الانقصال لاسبيل إلى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه مولياً عليه ولا سبيل إلى الثاني لان الصلح لا يحتمل الاضافة إلى الوقف ويملك الاب استيفاء القصاص في النفس وما دونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والفرق ان استيفاء القصاص تصرف

[ 42 ]

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

والجد والوصى لأن الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه (ومنها) أن لا يكون مرتداً عند أبي حنيفة وعندهما نافذة لكن عند محمد نفاذ تصرف المريض وعند أبي يوسف نفاذ تصرف من عليه القصاص في النفس والمسألة تعرف في موضوعها إن شاء الله تعالى وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف لأن حكمها حكم الحربية إلا أنها إذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك بطل بعضه دون بعض كصلح الحربية لثبوت أحكام أهل الحرب في حقها بالتحاقها بدار الحرب (فصل) وأما الشرائط التي ترجع إلى المصالح عليه فأنواع (منها) أن يكون مالا فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم وكل ما ليس بمال لأن في الصلح معنى المعاوضة فمالا يصلح عوضاً في البياعات لا يصلح بدل الصلح وكذا إذا صالح على بعد فإذا هو حر لا يصح الصلح لأنه تبين أن الصلح لم يصادق محله وسواء كان المال عيناً أو ديناً أو منفعة ليست بعين ولا دين لأن العوض في العاوضات المطلقة قد يكون عيناً وقد يكون ديناً وقد يكون منفعة إلا أنه يشترط القبض في بعض العاوض في بعض الأحوال دون بعض وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو من أحد وجوه (أما) أن يكون عيناً وهو ما يحتمل التعيين مطلقاً جنساً ونوعاً وقدر أو صفة واستحقاقاً كالعروض من الثياب والعقار من الارضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الحنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (وأما) أن يكون ديناً وهو مالا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف (وأما) أن يكون منفعة (وأما) أن يكون حقاً ليس بعين ولا دين ولا منفعة وبدل الصلح لا يخلو من أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة والصلح لا يخلو من أن يكوع عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته فإن كان المدعى عيناً فصالح منها عن اقرار يجوز سواء كان بدل الصلح عيناً أو ديناً بعد أن كان معلوم القدر الصفة إلا الحيوان والألبان إلا بجميع شرائط

[ 43 ]

السلم لأن هذا الصلح من الجانبين جميعاً في معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن وهذه الأشياء تصلح ثمناً في البياعات عيناً كانت أو ديناً لا الحيوان لأنه يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما هو مال أصلاً والثياب لا تثبت ديناً في الذمة إلا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمكيل والموزون يثبتان في الذمة مطلقاً في المعاوضة المطلقة من غير أجل ولا يشترط قبضه في المجلس لأنه ليس بصرف ولا في ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وإن كان ديناً فإن كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (أما) أن يصلح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فإن صالح منها على خلاف جنسها فإن صالح منها على عين جاز لأن الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وأنه جائز ولا يشترط القبض وإن صالح منها على دين سواء لا يجوز لأنه بائع ما ليس عنده لا الدراهم والدنانير أثمان أبداً وما وقع عليه الصلح مبيع فالصلح في هذه الصورة يقع بيع ما ليس عند البائع وأنه منهي عنه وإن صالح منها على جنسها فإن صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (أما) أن صالح على مثل حقه (وأما) أن صالح على أقل من حقه (وأما) أن صالح على أكثر من حقه فإن صالح على مثل حقه قدر أو وصفاً بان صالح من ألف جيات على ألف جيات فلا شك في جوازه ولا يشترط القبض لأن هذا استيفاء عين حقه أصلاً ووصفاً ولو صالح على أقل من حقه قدر أو وصفاً بان صالح من ألف الجيات على خمسمائة نهر جة يجوز أيضاً ويحمل على استيفاء بعض



عين الحق أصلا والابراء عن الباقي أصلا وصفا لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدي إلى الربالانه يصير بائعا ألفا بخمسائة وانه ربا فيحمل على استيفاء بعض الحق والابراء عن الباقي ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح عن ألف جياذ على الف بنهرجة أو صالح على أقل من حقه قدرا لاوصفا بأن صالح من ألف جياذ على خمسائة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والحط ولا براء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا بأن صالح من الف بنهرجه على الف وخمسائة جياذ أو صالح على أكثر من حقه قدر الاوصفا بان صالح من الف جياذ على الف وخمسائة بنهرجة لا يجوز لانه ربالانه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر جملة على استيفاء البعض واسقاط الباقي وان صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح من ألف بنهرجة على ألف جياذ جاز ويشترط الحلول أو التقابض حتى لو كان الصلح مؤجلا ان لم يقبض في المجلس يبطل لانه صرف (واما) إذا صالح على أكثر من حقه وصفا وأقل منه قدرا بأن صالح من الف بنهرجة على خمسائة جياذ لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وكان يقول أولا يجوز ثم رجع (وجه) قوله الاول ان هذا حط بعض حقه وهو خمسائة بنهرجة فيبقى عليه خمسائة بنهرجة الا أنه أحسن في القضاء بخمسائة جيدة فلا يمنع عنه حتى انه لو امتنع لا يكون عليه الا خمسائة بنهرجة (وجه) ظاهر الرواية ان الصلح من الالف النهرجة على الخمسائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة وهذا لا يجوز لان الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها لقوله عليه الصلاة السلام جيدها وردتها سواء فلا يصح الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصلى سواء ولان الصلح على هذا الوجه لا يخلو ما أن يجعل استيفاء ليعن الحق ويجعل معاوضة لا سبيل إلى الاول لان حقه في الردئ لا في الجيد فيحمل على المعاوضة فيصير بائعا الف بنهرجة بخمسائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير كحكم الدراهم في جميع ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض في المجلس لانه صرف ولو ادعى الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم إلى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل خطأ معاوضة لانه لو جعل معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدراهم فيصير بائعا تسعمائة بخمسين فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وأمكن أن يجعل خطأ للدنانير أصلا وبعض الدراهم

[ 44 ]

وذلك تسعمائة وتأجيل البعض وذلك مائة إلى شهر وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكرفصالحه على مائة جاز وطريق جوازه أن يجعل خطأ واسقاطا للكرلا معاوضة لان استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو كان المالان عليه لرجلين لاحدهما دراهم الآخر دنانير فصالحه على مائة درهم جاز وطريقة جوازه أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وخطا واسقاطا في حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذي أصاب الدنانير يكون عوضا عنها فيكون صرفا فيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض في المجلس والقدر الذي أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضا لانه يؤدي إلى الربا فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وبراء عن الباقي والاصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير

يعتبر استيفاء لبعض الحق وبراء عن الباقي ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لانه لا يكمن حمله على استيفاء عين الحق والابراء عن الباقي لان استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فما جازت به المعاوضات يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الاصل وعلى هذا إذا صالح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز ويعتبر حطاً للحلول وتأجيلاً للدين وتجاوزاً بدون من حقه لا معاوضة ولو صالح من ألف حالة على خمسمائة قد ذكرنا أنه يجوز ويعتبر استيفاء و لبعض حقه وبراء عن الباقي وأما إذا صالح على خمسمائة أن يعطيها اياه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان وقت لاداء الخمسمائة وقتا (وأما) ان لم يؤقت فان لم يؤقت فالصلح جائز ويكون حطاً للخمسمائة لان هذا الشرط لا يفيد شيئاً لم يكن من قبل ألا ترى انه لو لم يذكر للزمه الاعطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وكذلك الحط على هذا بان قال للغريم حطت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة لما بينا وان وقت بان قال صالحتك على خمسمائة على أن تعطيني اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما ان اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط العدم واما ان نص عليه فقال فان لم تعطني اليوم أو ان لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها اليوم فالالف عليك فان نص عليه فان أعطاه وعجلت في اليوم فالصلح ماض وبرئ عن خمسمائة وان لم يعطه حتى مضى اليوم فالالف عليه بلا خلاف وكذلك الحط على هذا (وأما) إذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم فان اعطاه في اليوم برئ عن خمسمائة بالاجماع وأما إذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والالف عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله ان شرط التعجيل ما أفاده شيئاً لم يكن من قبل لان التعجيل كان واجبا عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الامر على ما وصفنا فكذا هذا بخلاف ما إذا قال فان نفعل فكذا لان التنصيص على عدم الشرط نفى للمشروط عند عدمه كان مفيداً (وجه) قولهما أن شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انفساخ العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لان العاقل يقصد بتصرفه الافادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغالان التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهراً شرطاً لا انفساخ العقد عند عدم التعجيل فصار كأنه نص على هذا الشرط فقال فان لم تعجل فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الامر على ما نص عليه فكذا هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لا تعليق العقد كما اذباغ بالف على أن ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فان لم ينقده فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لا على العقد فكذا هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلاً وشرط على الكفيل أنه ان لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الالف فهو جائز والالف لازمة للكفيل ان لم يوفه لانه جعل عدم ايفاء الخمسمائة إلى رأس الشهر شرطاً للكفالة بالالف فإذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الالف ثم قال حطت عنك خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة فان لم تفعل فالالف عليك فهذا أوثق من الباب الاول لان هذا هنا علق الحط بشرط التعجيل وهو ايفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطاً لا انفساخ الحط وفي الباب الاول جعل عدم التعجيل شرطاً للعقد وهو الكفالة بالالف والفسخ للشرط قبل من العقد لذلك كان الثاني

أوثق من الاول وكذلك لو جعل المال نجوما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ما شرط لانه جعل الاخلال بنجم شرطا لحللول كل المال عليه وأنه صحيح ولو كان له عليه ألف فقال أدالى من الالف خمسمائة غدا على أنك برئ من الباقي فان ادى إليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقي اجماعا وان لم يؤد فعليه الالف عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرت المسألة ولو قال ان أديت إلى خمسمائة فانت برئ من الباقي أو قال متى أديت فادى إليه خمسمائة لا يبرئ عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك إذا قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما إذا كان بلفظ الصلح أو الحط أو الامر لان ذلك ليس تعليق بالبراءة بالشرط على ما مر ولو قال لمكاتبه ان أديت إلى خمسمائة فانت حرفادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو من ان يشترط التعجيل أو لم يشترط فان صالح على اقل من حقه قدرا أو وصفا أو قدرا ووصفا ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جازو يكون حطوا وتجوز ابدون حقه وله ان يأخذ الباقي بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل وعليه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالخط وهذا لا يجوز لان الاجل ليس بمال وان اصلح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على الف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولو كان الواجب عليه قيمه المستهلك فان كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب في ذمته قبل المتلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقا للمائلة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فإذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أي وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عينا جاز ولا يشترط القبض وان كان دينا موصوفا يجوز أيضا لكن القبض في المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزن والذي ليس في تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح في كره الحنطة فنقول وبالله التوفيق إذا كان المدعى دينا سوى الدراهم والدنانير فان كان مكيلا بان كان كرحنطة مثلا فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صاح على جنسه أو على خلاف جنسه فان صالح على جنسه لا يخلو من ثلاثة أو جه (اما) ان صالح على مثل حقه (وأما) على أقل منه (واما) ان صالح على أكثر منه فان صالح على مثل حقه قدرا ووصفا جاز ولا يتشترط القبض لانه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه قدرا أو وصفا جاز ويكون حطالا معاوضة لما ذكرنا في الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلا وان صالح على أقل من حقه وصفا لا قدرا جاز أيضا ويكون استيفاء لعين حقه أصلا وإبراء له عن الصفة فلا يشترط للقبض ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو تركه ويعتبر رضابدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا أو قدرا لاوصفا لا يجوز لانه رباوان صالح على أكثر منه وصفا لا قدرا بان صالح من كرردئ على كرجيد جازو يعتبر معاوضة احتراز عن الافتراق عن دين بدين ولو صالح منه على كرمؤجل جاز لانه حط حقه في الحلول وضى بدون حقه كما في الدراهم والدنانير هذا إذا كان أكثر الدين حالا فان كان مؤجلا فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذى ذكرنا في الصلح من الالف المؤجلة من غير تفاوت هذا إذا صالح من الكر على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان الكر الذى عليه سلما لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف

جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون اقالة للمسلم وفسخا له وذلك جائز وان لم يكن سلما فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جازو يشترط القبض وان كان معينا مشار إليه لانها لا تتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقا عن دين بدين وان كان لك من المكيلات

[ 46 ]

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موضوعا في الذمة جاز أيضا فرق بين هذا وبين ما إذا كان عليه دراهم أو دنانير فصالح منهما على مكيل أو موزون موصوف في الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قوبل بالاثمان والمبيع ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعا الا انه لا بد من القبض في المجلس احترازا من الافتراق عن دين بدين وان كان من العروض والحيوان فان كان عينا جازو ان كان دينا يجوز في الثياب الموصوفة إذا أتى بشرائط السلم لكن القبض في المجلس شرط احترازا عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال وكذلك إذا كان المدعى موزونا دينا موصوفا في الذمة فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه إلى آخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف هذا إذا كان المدعى مكيفا أو موزو نادينا موصوفا في الذمة فان كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف جنسه فان صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالح على مثل حقه قدرا ووصفا فان صالح من ثوب هروى جيد على ثوب هروى جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وكذلك ان صالح على أقل من حقه قدرا ووصفا أو وصفا لا قدرا يجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه وخطا للباقي وبراء عنه أصلا ووصفا والبراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من حقه قدر الاوصفان صالح من ثوب ردئ على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بان صالح من ألف نهرجة على خمسمائة جيد أو صالح من كرردئ على نصف كرجيد أو صالح من من حديد ردئ على نصف من جيد انه لا يجوز الفرق ان المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جائز لان الجودة في غير اموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لها قيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا الان الاصل ان تكون الجودة متقومة في الاموال كلها لا نهاصفة مرغوبة يبذل العوض في مقابلتها الا ان الشرع أسقط اعتبارها في الاموال الربوية تعبدا بقوله جيدها وردئها سواء فبقيت متقومة في غيرها على الاصل فيصح الاعتياض عنها وان صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفان صالح من ثوب هروى جيد على ثوبين هروى جيد بانفراده يحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدي إلى الربا وكذلك ان صالح على أكثر من حقه قدر الاوصفان صالح عن ثوب هروى جيد على ثوبين هروى جيد جازو القبض شرط لما ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدرا بان صالح من ثوب ردئ على ثوب جيد جاز لانه معاوضة إذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدي إلى الربا وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز دينا كان أو عينا لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخالا استيداالا وان كان المدعى حيوانا موصوفا في الذمة في قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا في الاصل لا

يخلو من وجهين (اما) ان صالح على ما هو مفروض في باب الدية في الجملة (واما) ان صالح على ما ليس بمفروض في الباب أصلا وكل ذلك لا يخلوا ما ان صاح قبل تعيين القاضى نوعا من الانواع المفروضة أو بعد تعيينه نوعا منها فان صالح على المفروض قبل تعيين القاضى بان صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الابل أو على مائة بقرة أو على ألفى شاة أو على مائتي حلة جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منها للواجب من احد الانواع المفروضة بمنزلة تعيين القاضى فيجوز ويكون استيفاء ليعن حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلا برضا القاتل وكذا إذا صالح على أقل من المفروض يكون استيفاء لبعض عين الحق وبراء عن الباقي وان صالح على أكثر من المفروض لا يجوز لانه ربا ولو صالح بعد ما عين القاضى نوعا منها فان صالح على جنس حقه المعنى جاز إذا كان مثله أو أقل منه وان كان أكثر لا يجوز لانه ربا وان صالح على خلاف الجنس المعين فان كان من جنس المفروض في الجملة بان عين القاضى مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

[ 47 ]

جاز وتكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعيين القاضى فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازا عن الافتراق عن دين بدين وكذلك إذا كان من خلاف جنس المفروض بان صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترط التقابض لما قلنا ولو صالح على قيمة الابل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودنانير وانها ليست من جنس الابل فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز قل أو كثر ولا يشترط القبض وكذلك إذا صالح من الابل على دراهم في الذمة وافترقا من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقا عن دين بدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء عين حقه لان الحيوان الواجب في المذمة وان كان ديننا لكنه ليس بدين لازم الا ترى ان من عليه إذا جاء بقيمته يجبر من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقا عن دين بدين حقيقة هذا إذا قضى القاضى عليه بالابل فان قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل هذه الاشياء دراهم أو دنانير وانها اثمان فتتعين هذه مبيعة وبيع المبيع الذى ليس بمعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا إذا صالح على المفروض في باب الدية فاما إذا صالح على ما ليس بمفروض أصلا كالمكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في الفرض قبل تعيين القاضى جاز وان كانت قيمته أكثر من المفروض لكن القبض في المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضى فهو على ما ذكرنا من التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره في جميع ما وصفنا هذا الذى ذكرنا إذا كان بدل الصلح مالا عينا أو ديننا فاما إذا كان منفعة بان صالح على خدمة عبد بعينه أو ركوب دابة بعينها أو على زراعة أرض أو سكنى دار وقتا معلوما جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته لان الاجارة تملك المنفعة بعوض وقد وجد اما في موضع الاقرار فظاهر لان بدل الصلح عوض عن المدعى وكذا في موضع الانكار في جانب المدعى وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة واليمين وكذا في السكوت لان الساكت منكر حكما سواء كان المدعى عينا أو ديننا لكن تملك المنفعة قد يكون بالعين وقد يكون بالدين كما في سائر الاجارات وان كان المدعى منفعة فان كانت المنفعتان من جنسين مختلفين كما إذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا

من جنس واحد لا يجوز عندنا وأصل المسألة في كتاب الاجارات وإذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما تصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به ولصاحب العبد أن يعتقه لان صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقية وانه قائم فأشبه اعتاق المستأجر والمرهون وليس له أن يبيعه لان جواز البيع بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون وله أن يؤجره من غيره لان منفعته صارت مملوكة له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن يؤجره من المدعى عليه في مدة الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كما لو أخره من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كما لو أجره من المؤجر في مدة الاجارة وانه لا يجوز بالاجماع وتبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شئ من الاجارة كذا هذا وله أن يسافر به وذكر في الاجارة ان من استأجر عبدا للخدمة لم يكن له أن يسافر به للفتاوت بين خدمتي السفر والحضر والفرق ان المسافرة بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالأجر لان مؤنة الرد في باب الاجارة عليه وربما يلزمه برده مؤنة يزيد على الاجارة فيتضرر به فلم يملك المسافرة به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم صاحب العبد فأشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافرة به كذا هذا ولو ادعى على رجل دارا في يده فانكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذي في يده الدار سنة ثم يدفعها إلى المدعى جاز لان المدعى متصرف في ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفا في ملك نفسه في زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوما فلا يصح

[ 48 ]

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

تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا إذا صالح من حدالقذف بأن قذف رجلا فصالحه على مال على أن يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالعدم شرعا فكان في حكم الحقوق المتمحصنة حقا لله تعالى عزوجل وانها لا تحتمل الصلح كذا هذا وكذلك لو صالح شاهدا يريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد في اقامة الشهادة محتسب حقا لله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عزوجل باطل ويجب عليه رد ما أخذ لانه أخذه بغير حق ولو علم القاضى به أبطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد وكذا يصح عن القصاص في النفس وما دونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البديل عينا أو دينا الا إذا كان دينا يشترط القبض في المجلس احترازا عن الافتراق عن دين بدين وسواء كان معلوما أو مجهولا جهالة غير متفاحشة حتى لو صالح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروي يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخياران شاء أعطى الوسط من ذلك وان شاء أعطى قيمته كما في النكاح فاما إذا صالح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب اجناس تحتها انواع مختلفة و جهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لاختلاف الاماكن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كما في باب النكاح والاصل ان كل جهالة بمنع صحة التسمية في باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص وما لا فلا لان ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها الا ترى ان الشرع ورد بمهر المثل في باب النكاح مع أنه مجهول القدر وانما يمنع منها لافضائها إلى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالانسان يسامح بنفسه ما لا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضيا إلى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المماكسة والمضايقه لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله ما لا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عزوجل الموفق وإذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البديل يسقط القصاص وتجب الدية وفي النكاح

[ 49 ]

يجب مهر المثل الا أن بينهما فرقا من وجه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شئ آخر ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر إذا لم تصلح بدل الصلح بطلت ستميته وجعل لفظ الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو الفضل وفي الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شئ آخر فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما إذا سكت عن المهر أصلا فهو الفرق وسواء كان البديل قدر الدية أو اقل اكثر لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف واداء إليه باحسان قوله عزوجل فمن عفى له أي أعطى له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أي فليتبع مصدر بمعنى الامر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف إذا أعطى له شئ واسم الشئ يتناول القليل والكثير فدللت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد انه إذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل

الصلح في باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البديل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الربا فهو الفرق وأما كون المصالح عنه معلوما فليس بشرط لجواز الصلح حتى ان من ادعى على آخر حقا في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لان الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البديلين فيصح بطريق الاسقاط فلا يؤدي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم والقبض لان الساقط لا يحتمل ذلك وقد مران الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثاني ان يكون حق المصالح والثالث ان يكون حقا ثابتا له في المحل فما لا يكون حقا له أولا يكون حقا ثابتا له في المحل لا يجوز الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبيا في يده انه ابنه منها ووجد الرجل فصالحت عن النسب على شئ فالصلح باطل لان النسب حق الصبي لا حقا فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملها ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شئ على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لانه لا حق للشفيع في المحل اما الثابت له حق التملك وهو ليس لمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالى فلا يحتمل الصلح عنه بخلاف الصلح عن القصاص لان هناك المحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح؟ فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس إذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالى فلا يجوز الصلح عنها فأشبهه الشفعة وهل تبطل الكفالة فيه روايتان في رواية لا تبطل لانه ما رضى بسقوط حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفي رواية يسقط لان البراء لا تقف صحته على العوض فيصح وان لم يسلم العوض فإذا صح انه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا إذا كان لرجل ظلة على طريق أو كتيف شارع أو ميزابه فخاصمه رجلا وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين اما أن يكون الطريق نافذا واما أن لا يكون نافذا فإذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رقبة الطريق النافذ لا تكون ملكا لا حد من المسلمين وانما لهم حق المرور وانه ليس بحق ثابت في رقبة الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور وانه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما انه لا فائدة في هذا الصلح لانه ان سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع وكذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم إليه على مال يأخذ من المتقدم إليه الطرح فالصلح باطل لان الطرح واجب عليه فاخذ المال عليه يكون رشوة هذا إذا كان الطريق نافذا فاما إذا لم يكن نافذا فصالحه رجل من أهل الطريق على ما للترك فالصلح جائز لان رقبة الطريق هنا مملوكة لا هل مكة؟ فكان لكل واحد منهم فيها

[ 50 ]

ملكا فجاز الصلح عنه وكذا اسقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لاحتمال تحصيل رضا الباقيين ولا يحتمل ذلك في الوجه الاول لانهم لا يحصون وكذا لو صالح الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز وبطيب له المال لان رقبة الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضا عن ملكه فصح فاما في طريق المسلمين فلا ملك لاحد فيها ولا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح



اعتياضا عن ملك ولا حق ثابت في المحل فبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما إذا بنى على الطريق فاما إذا شرع إلى الهواء فلا يجوز لانه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه اليمين فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح ويرى من اليمين وكذا إذا قال المدعى عليه صالحتك من اليمين التي وجبت لك على أوقال افتديت منك يمينك بكذا وكذا صح الصلح لان هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لان اليمين حق المدعى قبل مدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمين والكندي الك بينة قال لا قال إذا لك يمينه جعل اليمين حق المدعى فكان هذا صلحا عن حق ثابت شرعا للمدعى وكذا الملك في المدعى ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه وهو بدل المال لا سقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال المدعى عليه اشتريت منك اليمين على كذا وقال المدعى بعثت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يجز بلفظ البيع والشراء لو ادعى على رجل انه عبده فأنكر فصالحه عليمائة درهم جاز لان هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعى لان الرق ثابت في حق المدعى لان الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه اعتاقا على مال فيصح الا أن الولى لا يكون له لانكار المدعى عليه الرق فان أقام المدعى بعد ذلك بينة لا تقبل الا في حق اثبات الولى وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة إلى أجل كان جائزا لان الرق ثابت في حق المدعى فكان بدل الصلح بدل عن العتق في حقه فاشبهه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ولو ادعى رجل على امرأة نكاحا فحدثه فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز لان النكاح حق ثابت في حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع إذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزا وفي حقه بدل مال لا سقاط الخصومة وانه جائز أيضا للنص ولو ادعت امرأة على رجل نكاحا فجدد الرجل فصالحها على مال بذله لها لا يجوز لانه لا يخلو اما أن يكون النكاح ثابتا أو لم يكن ثابتا فان لم يكن ثابتا كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة وان كان ثابتا لا تثبت الفرقة بهذا الصلح لان العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضا عن شئ فلا يجوز ولو ادعى على انسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ فالصلح باطل والمدعى على دعواه حتى لو أقام بينة أخذه بهالان قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ تعليق البراءة بالشرط وانه باطل لان في البراءة معنى التملك والاصل في التملك ان لا يحتمل التعليق بالشرط وان كلم تكن له بينة وأراد استحلافه فهو على وجهين ان كان ذلك الحلف عند غير القاضى فله أن يستحلفه عند القاضى مرة أخرى لان تلك اليمين غير معتبرة لانها غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتدا بها وان كان عند القاضى لم يستحلفه ثانيا لان الحلف عند القاضى معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الايفاء ثانيا ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فإذا حلف فالمال واجب على المدعى عليه فهو باطل لان هذا تعليق وجوب المال بالشرط وانه باطل لكونه قمارا ولو أودع انسانا وديعة ثم طلبها منه فقال المودع هلكت أوقال رددتها وكذبه المودع وقال استهلكتها فتصالحا على شئ فالصلح باطل عند أبى يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد ان هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة ويمين متوجهة فيصح كما في سائر المواضع (وجه) قول أبى يوسف ان المدعى مناقض في هذه الدعوى لان المودع أمين المالك وقول الامين قول المؤمن من فكان اخباره بالرد والهالك اقرارا من المودع فكان مناقضا في

دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى الا أنه يستحلف لكن لا لدفع الدعوى  
لأنها مندفة لبطلانها بل للثمة وإذا لم تصح الدعوى لا يصح

[ 51 ]

الصلح ولو ادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فتصالحا على  
شئ جاز لان دعوى الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصلح الصلح ولو طلب  
المودع الوديعة فجددها المودع وقال لم تودعني شياً ثم قال هلكت أو رددتها وقال  
المودع بل استهلكتها فتصالحا جاز لان الملك يدعى عليه ضمان الغصب بالجحود إذ هو  
سبب لوجوب الضمان وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية المضار  
بة لان كل ذلك أمانه ولو اشترى من رجل عبداً قطعن فيه بعيب وخاصمه فيه ثم  
صالحه على شئ أو حط من ثمنه شياً فان كان العبد مما يجوز رده على البائع وله  
المطالبة بارش العيب دون الرد فالصلح جائز لان الصلح عن العيب صلح عن حق ثبات  
في المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب وانها من قبيل الاموال فكان عن العيب  
معاوضة مال بمال فصح وكذا الصلح عن الارش معاوضة مال بمال لاشك فيه وإذا  
صار المبيع بحال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بارشه بأن باع العبد فالصلح  
باطل لان حق الدعوى والخصومة فيهما قبل البيع قد بطل البيع فلا يجوز الصلح ولو  
صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضاً في عين العبد فانحلى بطل الصلح ويرد  
ما أخذلان المعوض وهي صفة السلامة قد عادت فيعود العوض فبطل الصلح ولو  
طعن المشتري بعيب فصالحه البائع على أن يبريه من اذلك العيب ومن كل عيب فهو  
جائز لان البراء عن العيب ابراء عن صفة السلامة اسقاط لها وهي مستحقة على  
البائع فيصح الصلح عنها ولا براء عن كل عيب وان كان ابراء عن المجهول لكن جهالة  
المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة الارباء للفقهاء الذي مر قبل هذا ان  
الجهالة لعينها غير مانعة بل لا فضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والقبض  
والذي وقع الصلح والارباء عنه لا يفتقر إلى التسليم القبض فلا تضره الجهالة وكذلك  
لو لم يطعن المشتري بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شئ فالصلح جائز لانه  
وان لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فيصالحه لا بطلان هذا الحق ولو خاصمه في  
ضرب من العيوب نحو الشجاج والقروح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له  
ان يخاصمه فيه لان الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة في غيره ولو  
اشترى شياً من امرأه فظهر به عيب فصالحته على أن تتزوجه فهو جائز وهذا اقرار  
منها بالعيب فان كان يبلغ ارش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وان كان أقل من ذلك  
يكمل لها عشرة دراهم لان ارش العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر  
فإذا نكحت نفسها، فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شياً بارش عيب كان اقرار  
بالعيب لان الشراء معاوضة فالأقدام عليه يكون اقرار بالعيب بخلاف الصلح حيث لا  
يكون اقرار بالعيب لان الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح اسقاطاً فلا يصح دليلاً  
على الاقرار بالشك والاحتمال ولو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة فقبضهما ثم وجد  
بأحدهما عيباً فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده في ثمن الآخر درهما فالرد  
جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز شئ من  
ذلك (وجه) قوله ان الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمنزلة الاقالة والبيع تبطله  
الشروط الفاسدة (وجه) قولهما ان هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط وانه باطل  
لان الزيادة تلحق بأصل العقد واصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لانه في معنى  
القمار فكذا الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العقد وانه يحتمل الشرط فجائز ولو ادعى  
على امرأة نكاحاً فجددت فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت

فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لان اقرارها بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على انسان الفاو أنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالالف فهو باطل لان المدعى لا يخلو اما ان يكون صاقافي دعواه الالف واما أن يكون كاذبا فيها فان كان صادقا فيها فالالف واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة وانه حرام وان كان كاذبا في دعواه فاقرار المدعى عليه بالالف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولو قال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتي ففعلت ذلك فهو جائز إذا كان بمحضر من الشهود ويجعل كناية عن انشاء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فحدث فقال أزيدك مائة على أن تقرى لى بالنكاح فأقرت جازو لها ألف ومائة ويحمل اقرارها على الصحة والله عزوجل

[ 52 ]

أعلم هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) إذا كان بين المدعى والاجنبي المتوسط أو المتبرع فلا يخلو اما ان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فان كان بأمره يصح لانه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به وان كان بغير أمره فهو صلح الفضولي وانه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان إلى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو أصلحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على انى ضامن لك الالف أو على أن على الالف والثانى أن يضيف المال إلى نفسه بأن يقول على الفى هذه أو على عبدي هذا والثالث ان يعين البديل وان كان لا ينسبه إلى نفسه بأن يقول على هذه الالف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البديل وان لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها إليه والخامس ان لا يفعل شيئا من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أو على عبد ووسط ولم يزد عليه ففى الوجوه الاربعة يصح الصلح لقوله تعالى انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أئوبكم وهذا خاص في صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام في جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لاستغراق الجنس ولانه بالصلح في هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع بالسقط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصح تبرعه كما إذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحة يجب عليه تسليم البديل في الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لان التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما ذكره في فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) في الوجه الخامس فموقوف على اجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البديل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان أجاز نفذ ويجب البديل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلاً من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك إذ التحق التوكيل بالاجازة وان رده بطل لان التصرف على الانسان لا يصح من غير اذنه واجازته ثم انما يصح صلح الفضولي إذا كان حرا بالغاً فلا يصح صلح العبد المأذون والصبى لا نهما ليسامن أهل التبرع وكذا الخلع من الأجنبي على هذه الفصول التى ذكرنا بان كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلاً ويجب المال على المرأة دون الوكيل وان كان بغير اذنهما فهو على الفصول التى ذكرنا في الصلح وكذلك الزيادة في الثمن من الأجنبي على هذا التفصيل ان كان باذن المشتري يكون وكيلاً ويجب على المشتري وإن كان بغير اذنه فعلى ما ذكرنا من الفصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الأجنبي على هذه الفصول ثم لا يخلو

اما ان صالح على المفروض أو على غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضى أو بعده على ما تقدم والاصل فيه أنه يجوز من صلح الأجنبي ما يجوز من صلح القاتل ومالا فلا وبيان ذلك أنه إذا صالح الفضولي على خمسة عشر ألفاً أو على ألفى دينار وضمن قبل تعيين القاضى الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشر آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان الفضولي بالصلح في مثل هذا الموضوع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر الف درهم دين فقضى عنه الفين بغير أمره له أن يسترد الزيادة هذا إذا صاح على المفروض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الربا ولا يجرى في مختلفى الجنس وكذلك لو صالح على مائتي بغير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الاعلى المائة فكذا الفضولي لما ذكرنا ثم ان كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة في باب الدية لان مطلق الابل في هذا الباب ينصرف إلى الواجب وان كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار إلى الطالب لان الرضا بالكل يكون رضا بالبعض فان كان في اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة في باب الدية فللطالب أن يرد الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان في السن لا يجبر بزيادة العدد فإذا لم تحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختل رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص ولو صالح على مائة على

[ 53 ]

اسنان الدية وضمنها فهو جائز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على اسنان الدية استيفاء عين الحق وان كان القاضى عين الواجب فقضى عليه بالدرهم فصالح المتوسط على الفى دينار جاز ولا بد من القبض في المجلس كما لو فعله القاتل بنفسه لانه صرف فيراعى له شرائطه والله تعالى أعلم (فصل) (وأما) بيان حكم الصلح فنقول وبالله التوفيق ان للصلح أحكاماً بعضها أصلى لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض أما الاصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملته ان المدعى لو كان داراً او بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما فان كان الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع وكذلك ان لم تكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل وان كان بدل الصلح داراً او الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعاً لما مر ان الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تبايعاً داراً بدار فيأخذ شفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة ويعطى المدعى عليه داراً أخرى فان كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعاً ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلاً عن ملكه وإذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان

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

[ 54 ]

على ما نذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح فلا يجوز للمدعى بيعه وهبته ونحو ذلك وان كان عقارا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ويجوز ذلك في الصلح عن القصاص للمصالح أن يبيعه ويبرئ عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق ان المانع من الجواز في سائر الواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنا لان الصلح عن القصاص بما لا يحتمل الانفساخ فلا حاجة إلى الصيانة بالمنع كالموروث وبذاتين ان الحاق العقد بالعقود التي هي مبادلة مال بغير مال على ما ذكره الطحاوي غير شديد ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لان الصلح لم يفسخ فبقى وجوب التسلم وهو عاجز عن تسليم العين للمصلح فيجب تسليم القيمة (ومنها) ان الوكيل بالصلح إذا صالح ببدل الصلح يلزمه أو يلزم المدعى عليه فهذا في الاصل لا يخلو من وجهين إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة وإما أن يكون في معنى استيفاء عين الحق فان كان في معنى المعاوضة يلزمه دون المدعى عليه لانه يكون جاريا مجرى البيع وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل وان كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضا اما ان ضمن بدل الصلح واما ان لم يضمن فان لم يضمن لا يلزمه لانه يكون سفيرا بمنزلة الرسول فلا ترجع إليه الحقوق وان ضمن

لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد (وأما) الفضولي فان نفذ صلحه فالبدل عليه ولا يرجع به على المدعى عليه لانه متبرع وان وقف صلحه فان رده المدعى عليه بطل ولا شئ على واحد منهما وان أجازه جاز والبدل عليه دون الفضولي (فصل) وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الصلح أشياء (منها) الاقالة فيما سوى القصاص لان ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتملا للفسخ كالبيع ونحوه (فاما) في القصاص فالصلح فيه اسقاط محض لانه عفو العفو اسقاط فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده على الاسلام أو اللحق بدار الحرب والموت فان أسلم نفذ وان لحق بدار الحرب وقضى القاضى به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحربية لان حكمها حكم الحربية والمسألة تعرف في موضعها ان شاء الله تعالى (ومنها) الردبخيار العيب والرؤية لانه يفسخ العقد لما علم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس ابطلا حقيقة بل هو بيان ان الصلح لم يصح أصلا لا أنه بطل بعد الصحة الا أنه ابطل من حيث الظاهر لنفاذ الصلح ظاهرا فيجوز الحاقه بهذا القسم لكنه ليس بابطال حقيقة فكان الحاقه باقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب إلى الصناعة والفقهاء فكان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لانه بمعنى الاجازة وأنها تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعته هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو اما ان كان حيوانا كالعبد والداية أو غير حيوان كالدار والبيت فان كان حيوانا لا يخلو اما ان هلك بنفسه أو باستهلاك فان هلك بنفسه يبطل الصلح اجماعا وان هلك باستهلاك فلا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان استهلكه أجنبي واما ان استهلكه المدعى عليه واما ان استهلكه المدعى فان استهلكه أجنبي بطل الصلح عند محمد وقال أبو يوسف لا يبطل ولكنه للمدعى الخيار ان شاء نقض الصلح وان شاء اشترى له بقميته عبدا يخدمه إلى المدة المضروبة (وجه) قول محمدان الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة لان الاجارة تملك المنفعة بعوض وقد وجد ولهذا ملك اجارة العبد من غيره بمنزلة المستأجر في باب الاجارة والاجارة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاك كذا هذا (وجه) قول أبي يوسف ان هذا صلح فيه معنى الاجارة وكما ان معنى المعاوضة لازم في الاجارة فمعنى استيفاء عين الحق أصل في الصلح فيجب اعتبارهما جميعا ما أمكن ومعلوم انه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة لانها ليست من جنس المدعى فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك الا بعد ثبوت الملك له فيها فتجعل كأنها ملكه في حق استيفاء حقه منها وبعد القتل ان تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له ان يستوفى من البدل بان يشتري له عبدا فيخدمه إلى

[ 55 ]

المدة المشروطة وله حق النقض أيضا لتعذر محل الاستيفاء وان استهلكه المدعى عليه بان قتله أو كان عبدا فاعتقه يبطل الصلح أيضا وقيل هذا قول محمد فاما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري له بها عبدا آخر يخدمه إلى المدة المشروطة كما إذا قتله أجنبي وكالراهن إذا قتل العبد المرهون أو أعتقه وهذا لان رقبة العبدوان كانت مملوكة للمدعى عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعى لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعا بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كما في الرهن وكذا لو استهلكه المدعى بطل الصلح عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من

المدعى قيمة العبد ويشترى عبداً آخر يخدمه وهل يثبت الخيار للمدعى في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا إذا كان الصلح على منافع الحيوان فاما إذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بان انهدم أو باستهلاك بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار ان شاء بناه صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه إلى المدة المضروبة وان شاء نقض الصلح ولا يتعذر هنا خلاف محمد لان إجارة العبد تبطل بموته بالاجماع وإجارة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار أن يبنها مرة أخرى في بعض اشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر في الاجارات ولو تصالحا عن انكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا يفسخ الصلح لان الاقرار مبين ان الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقراً للصلح لا مبطلا له ولو أقام المدعى البينة بعد الصلح لا تسمع بينته الا إذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فاقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بينته وتبين ان للصلح الماضي حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا (فصل) وأما بيان حكم الصلح إذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً فهو أن يرجع المدعى إلى أصل دعواه ان كان الصلح عن انكار وان كان عن اقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره الا ان في الصلح عن قصاص إذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص الا ان يصير مغروراً من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمان الغرور أيضاً وبيان هذه الجملة انهما إذا تقابلا الصلح فيما سوى القصاص أو رد البديل بالعيب وخيار الرؤية يرجع المدعى بالمدعى ان كان عن اقرار وان كان عن انكار يرجع إلى دعواه لان الاقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد وإذا فسخ جعل كان لم يكن فعاد الامر على ما كان من قبل وكذا إذا استحق لان بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لفوات شرط الصحة فكانه لم يوجد أصلاً فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا أن في الصلح عن القصاص لا يستوفى مع الشبهة فسقط لكن إلى بدل وهو الدية فاما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيما يمكن استيفاؤه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشئ آخر الا إذا صار مغروراً من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية فقبضها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فانه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمه الولدان كان الصلح عن اقرار لانه صار مغروراً من جهته وان كان الصلح عن انكار يرجع إلى دعواه لا غير فان أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع بما ادعى وبقيمة الولد لانه تبين أنه كان مغروراً فيرجع عليه بضمان الغرور ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح لان العقر بدل لمنفعة الستوفى فكان عليه العقر وان كان الصلح عن القصاص في النفس أو ما دونها فصالح على جارية فاستولدها ثم استحققت فانه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الدان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر لما ذكرنا وان كان الصلح عن انكار يرجع إلى دعواه لا غير فان أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لما قلنا وان حلف لا يرجع بشئ أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فرده حتى بطل الصلح لا سبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعى ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار يرجع إلى دعواه لان المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو صالح على دراهم مسماة وضمنها

ودفعها إليه ثم استحقت أو وجدها زيوفا له ان يرجع على المصالح المتوسط لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون ولو استحقت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع (أما) في موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض في حقهما جميعا (وأما) في موضع الانكار فلان المأخوذ عوض في حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه هذا إذا استحق كل الدار فأما إذا استحق بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لفوات بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها حقا لم يرجع بشئ لجواز أن يكون المدعى ما وراء المستحق وإذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك في أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار رجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار رجع إلى الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صالح عن القصاص على دن من خمر فإذا هو خل أو على عبد فإذا هو حر فهو على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذاك هنا ولا يشبه هذا ما إذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم بانه خمر أنه لا يجب شئ وههنا يجب شئ لان هناك صار مغرورا من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غرغيره في شئ يكون ملتزما ما يحلقه من العهدة فيه فإذا اظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتقدر عند علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو أنه مسقط للحق أصلا فهو الفرق بين الامرين والله عزوجل أعلم \* (كتاب الشركة) \* الشركة في الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما (أما) الذي يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شياً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشتري والموهوب والموصى به المتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك (وأما) الذي يثبت بغير فعلهما فالميراث بان وراثياً فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفي بيان شرائط ركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد الشركة وفي بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى شركة الابدان وشركة الصانع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولان اشتركتنا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى أو أطلقا على أن ما رزق الله عزوجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكرا ما يدل على شركة العقود بان قالوا ما اشترينا فهو بيننا أو ما اشترى أحدا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لا نهالما جعلنا ما اشتراه كل واحد بينهما علم انهما أراد ابيه الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة وإذا لم يكن وكالة لا نقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص بيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شئ من ذلك ان لم يذكر الشراء ولا البيع ولا ما يدل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت من شئ فييني وبينك أو قال فيينناو قال الآخر نعم فان أرادا بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشتري ونوعه وقدر الثمن كما إذا نسا على الشراء والبيع وان أرادا به أن يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكي التجارة بل يكون المشتري بينهما بعينه كما إذا أورثا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشتري وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة



الخاصة وهى أن لا يفوض الموكل الرأى إلى الوكيل بان يقول ما اشترت لى من عبد تركي أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشترت لى من عبد أو جارية بالف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشتري في الوكالة العامة بان يقول ما اشترت لى من شئ اليوم

[ 57 ]

أو شهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشترت لى من شئ بالف درهم فهو جائز أو ما اشترت لى من البزوالخز فهو جائز وانما كان كذلك لان مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بدمن النية فان نوبابه الشركة كان شركة في عموم التجارات لان الاصل في الشركة العموم لان المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل الا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شئ مما ذكرنا لان ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وان نوبابه الوكالة كان وكالة ويقف صحتها على شرائطها من الخاصة أو العامة لا مبنى الوكالة على الخصوص لان المقصود منها تملك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا الا أنه يكتفى في الوكالة العامة ببيان أحد الاشياء التى وصفنا لانه لما عممها بتقويض الرأى فيها إلى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فان أتى بشئ مما ذكرنا جازت وإلا بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشترت اليوم من شئ فبيني وبينك نصفين فقال الرجل نعم فان أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذا وان وقت مالا ولم يوقت يوما وكذا ان وقت صنفا من الثياب وسمى عددا أو لم يسم ثمنا ولا يوما وان قال ما اشترت من شئ فهو بينى وبينك ولم يسم شيئا مما ذكرنا فان أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا انه لما لم يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود علم أنها وكالة فلا تصح الا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد في الاصل في رجلين اشتركا بغير مال على أن ما اشتريا اليوم فهو بينهما خصا صنفا من الاصناف أو عما ولم يخصا فهو جائز وكذلك ان لم يوقتا للشركة وقتا كان هذا جائزا لانهما لما جعلما يشتريه كل واحد بينهما دل على أنها شركة وليست بوكالة لان الوكالة لا تكون من الجانبين عادة وإذا كان شركة فالشركة لا تحتاج إلى التخصيص قال وان أشهد أحدهما أن ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه فكلما اشترى شيئا فهو بينهما لان الشركة لما صحت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه فهو بالاشهاد انه يشترى لنفسه يريد اخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالاعمال فهو أن يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولوا اشتركنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله عزوجل من أجرة فيه بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجوه فهو أن يشتركا وليس لهما مال لكن لهما وجهة عند الناس فيقولوا اشتركنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن ما رزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا وسمى هذا النوع شركة الوجوه لانه لا يباع بالنسيئة الا الوجيه من الناس عادة ويحتمل انه سمي بذلك لان كل واحد منهما يواجه صاحبه ينظر ان من بيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الانواع الثلاثة العنان والمفاوضة ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى (فصل) وأما بيان جواز هذه الانواع الثلاثة فقد قال أصحابنا انها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة وقال الشافعي رحمه الله شركة الاعمال والوجوه لا جواز لها أصلا وأسا (وأما) شركة الاموال فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها المفاوضة وقال

مالك رحمه الله لأعرف المفاوضة وقيل في اشتقاق العنان انه مأخوذ من العن وهو الاعراض يقال عن لى أي اعترض وظهر قال امرؤ القيس فعن لنا شرب كأن نعاجه \* عذارى دوارفى ملاء مدبل سمي هذا النوع مثل الشركة عانا نا لانه يقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات أو في بعضها دون بعض وعند تساوى المالىن أو تفاضلها وقيل هو مأخوذ من عنان الفرس أن يكون باحدى يديه ويده الاخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة له عانا لانه لا يكون الا فى بعض الاموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشاء أو لان كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتعاطون هذا الشركة قال النابغة.

[ 58 ]

وشاركنا قريشا في بقاها \* وفى احسابها شرك العنان (وأما) المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال القائل وهو العبدى يهدى الامور بأهل الرأى ما صلحت \* فان تولت فبالاشرار تنقاد لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم \* ولا سراة إذا جهالهم سادوا سمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما نذكر وقيل هي من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام في شركة الاعمال الوجوه (فوجه) قول الشافعي رحمه الله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط وهذا شرط الخلط الجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا فى الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لانهما وضعت لا ستنماء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء إلى التجارة مختلفون بعضهم أهدي من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنماء ولا بدمن أصل يستنمى ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا) ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الاعصار من غير انكار عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتى على ضلالة ولانها يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتل على الجائر جائز وقوله ان الشركة شرعت لا ستنماء المال فيستدعى أصلا يستنمى فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلان تشرع لتحصيل الاصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكير وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولما روى أن أسامة بن شريك جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنعرفنى فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكي ونعم الشريك لا تدارى ولا تمارى وأدنى ما يستدل بفعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقيرير أحد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم إلى استنماء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعاً ولانه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعاً (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة فان عنى به لا أعرف معناها في اللغة فقد بينا معناها في اللغة انها عبارة عن المساواة وان عنى به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة وانها مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما جائزة حال

الانفراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولا نها طريق استئناء المال أو تحصيله والحاجة إلى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الانفراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول نعم لكن هذا النوع من الجهالة في عقد الشركة عفووان لم يكن عفوا حالة الانفراد كما في شركة العنان فانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الانفراد فكذا هذا وكان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصودا بل ضمنا للشركة وقد يثبت الشيء ضمنا وان كان لا يثبت قصدا ويشترط للثابت مقصودا اما لا يشترط للثابت ضمنا وتبعاً كعزل الوكيل ونحو ذلك (فصل) (وأما بيان شرائط جواز هذه الانواع فلجوازها شرائط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض (أما) الشرائط العامة فانواع (منها) أهلية الوكالة لان الوكالة لازمة في الكل وهي أن يصير كل واحد

[ 59 ]

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

الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عروض فالحيلة في جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطوا جميعا حتى يصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبر فهل يصلح رأس مال الشركة ذكر في كتاب الشركة وجعله كالعروض وفي كتاب الصرف جعله كالايمان المطلقة لانه قال فيه إذا اشترى به فهلك لا يفسخ العقد والامر فيه موكول إلى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الايمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) الفلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تجوز والكلام فيها مبني على أصل وهو الفلوس الرائجة ليست أثمانا على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانها تتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعا باصلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلوس بالفلسين باعيانها عندهما فاما اذا لم تكن أثمانا مطلقة لاحتمالها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند محمد الثمنية لا زمة للفلوس النافقة فكانت من الايمان المطلقة وهذا أبي جواز بيع الواحد منها باثنين فتصلح رأس مال الشركة كسائر الايمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبي يوسف انه تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة فإذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحرز والظن وهذا المعنى لا يوجد

[ 60 ]

في الشركة لانهما عند الكساد يأخذان رأس المال عدد الاقيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست باثمان مطلقة والعدديات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لانها انما تتعين بالتعيين إذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا يرى انه لو قال آخر قبل الخلط بع حنطتك على أن يكون ثمننا بيننا لم يجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قولهم جميعا لان الحنطة إذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمننا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح وانما يصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيما إذا كان المكيل نصفين وشرطا الربح أثلاثا فحلطاه واشترى به فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالكين نصفين وعلى قول محمد على ما شرطا فقول أبي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون تارة ثمننا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس (ووجه) التخرج لمحمدان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدراهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعدديات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلطوا حتى يصور شركة ملك بينهما ثم يعقد عليها عقد الشركة فيجوز

عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضر الا دينا ولا مالا غائبا فان كان لا تجوز عنانا كانت أو مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وإنما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع إلي رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتربهما وبع فما ربحت يكون بيننا فأقام المأمور البينة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط وبه أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الاصل يبنى ما إذا كان المالان من جنسين بان كان لآحد هما دراهم والآخر دنانير الشركة جاز عندنا خلافا لهما وكذلك إذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصحاح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والآخر سوداء وعلة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفران الخلط شرط في المفاوضة لا في العنان ولكن الطحاوي ذكرانه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وماهلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جاز المالين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبئ عن الاختلاط فمسلم لكن على اختلاط رأسي المال أو على اختلاط الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لا اختلاط الربح لا اختلاط رأس المال واختلاط الربح يوجد وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما إلى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما يذكر في كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حرين عاقلين لان من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم

[ 61 ]

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذكر فلا بد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة في رأس المال قد راوهى شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدرالم تكن مفاوضة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما صحاحا والآخر مسكرة أو كان أحدهما ألفا بيضاء الآخر ألفا سوداء وبينهما فضل قيمة في الصرف لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة لان زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبي يوسف ان احدى الالفين إذا كانت أفضل من الاخرى جازو كانت مفاوضة لان الجودة في أموال الربا لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فسقط اعتبار الجودة فصار كأنهما على صفة واحدة وهل تشترط المجانسة في راس المال بان يكون كل واحد

منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنائير فعلى الرواية المشهورة لا تشترط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنائير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعدان استويا في القيمة ولا خلاف في أنهما إذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة انه لا تكون مفاوضة وان استويا في القيمة (وجه) هذه الرواية ان عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لان القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لانها من جنس الاثمان فكانت المجانسة ثابتة في الثمنية (ومنها) أن لا يكون لا حد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فان كان لم تكن مفاوضة لان ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا في الاموال التي لا تصح فليا الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لان مالا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الازواج والاولاد (ومنها) المساواة في الربح في المفاوضة فان شرطا التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم في المفاوضة وهو أن يكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة انه لا تجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمي لان الذمي يختص بتجارة لا يجوز ذلك للمسلم وهى التجارة في الخمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف يجوز لا ستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لا ستوائهما في التجارة (وأما) مفاوضة المسلم والمرتد ذكر الكرخي انها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد متوقفة عنده لوقوف أملاكه فلا يساوى المسلم في التصرف فلا تجوز كما لا تجوز بين المسلم والذمي وذكر محمد في الاصل وقال قياس قول أبي يوسف انه يجوز يعنى قياس قوله في الذمي ولا يبي يوسف انه يفرق بينهما من حيث ان ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى ان قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاؤه وإذا كان ناقص الملك والتصرف نزل منزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاض مسلم مرتدة ذكر الكرخي انها لا تجوز وقال القدورى رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لان الكفر عند هما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما) أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وانما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المرأة وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله في عقود المرتد انها موقوفة فان أسلما جاز عقدهما وان قتل على ردتها أو ماتا أو لحقا بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لان عقودهما نافذة (وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدورى رحمه الله وقال ينبغى أن لا يجوز أما عند أبي يوسف فلان نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلان المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت كفالة المريض مرض الموت لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الاطلاق وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما

[ 62 ]

على الشركة لانه إذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملاكه عند أبي حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم

تكن ولهذا قال أبو حنيفة ان المرتد منهما إذا أقرتم قتل لم يلزم اقراره شريكه لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما انما بطلت بالقتل أو باللاحق فكانت باقية قبل ذلك فنقد تصرفه وقراره ويكره للمسلم ان يشارك الذمي لانه يباشر عقود الا تجوز في الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كره توكيل المسلم الذمي ولو شاركه شركة عنان جاز كما لو وكله (ومنها) لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان للمفاوضة شرائط لا يجمعها الالفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعوام قلما يقفون على ذلك وهذه العقود في الاعم الاغلب تجرى بينهم فان كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة في العقود لمعانيها لا عين الالفاظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد شرط في عقد انما يوجب بطلانه إذا كان العقد ما يقف صحته عليه ولا يقف صحة العنان على هذه الشرائط ففقد انها لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب والا المساواة بين رأس المال فيجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لاجدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذى شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون في عموم التجارات بل يجوز عاما وهو ان يشتركا فى عموم التجارات وخصوصا وهو ان يشتركا فى شئ خاص كالبرز والخز والرقيق والثلثات ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة لان اعتبارها في المفاوضات لدلالاتها على شرائط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط في العنان فلا حاجة إلى لفظ المفاوضة ولا إلى لفظة العنان أيضا لان كل أحد يقدر على لفظ يودى معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا لما قلنا والاصل ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح نماء رأس المال فيكون لما لكه وهذا استحق رب المال الربح في المضاربة واما بالعمل فان المضارب يتسحق الربح بعمله فكذا الشريك وأما بالضمان فان المال إذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له والدليل عليه ان صانعا تقبل عملا بأجرثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولاسبب لا استحقاق الفضل الا الضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لا استحقاق الربح فان لم يوجد شئ من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف في ملك على ان لى بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيا من الربح لانه لا مال ولا عمل ولاضمان إذا عرف هذا فنقول إذا شرطا الربح على قدر المالين متساويا أو متفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرطا العمل عليهما أو على أحدهما والوضيعة على قدر المالين متساويا ومتفاضلا لان الوضيعة اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدر المال وان كان المالان متساويين فشرطالا حدهما فضلا على ربح ينظر ان شرطا العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لاجدهما أكثر من ربح مال وبه أخذ الشافعي رحمه الله ولا خلاف في شركة الملك ان الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشريكان في ملك

ما شية لاحدهما فضلا من اولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الريح عنده لا يستحق الا بالمال لانه نماء الملك فيكون على قدر المال كالا ولا دوالليان (وأما) عند نالالريح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فالريح بينهما يكون على

[ 63 ]

الشرط لان استحقاق الريح في الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب إذا استعان برب المال استحق الريح وان يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضعية على قدر المالمين لما قلنا وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي شرطا له فضل الريح جاز والريح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على أقلهما ربحا لم يجز لان الذي شرطا له الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الريح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالمين متفاضلين بشرطا التساوى في الريح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة إذا شرطا العمل عليهما وكان زيادة الريح لا حدهما على قدر رأس ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بدان يكون قدر الريح على قدر رأس المالمين عنده وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بمعله وان شرطاه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الريح في حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس المال وت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعي رحمه الله شرط (وجه) قوله ان جهالة قدر رأس المال تؤدي إلى جهالة الريح والعلم بمقدار الريح شرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا (ولنا) ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضائها إلى المنازعة وجهالة رأس المال وقت العقد لا تفضى إلى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهر أو غالبا لان الدراهم والدنانير توزنان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي إلى جهالة مقدار الريح وقت القسمة (وأما) الشركة بالاعمال فاما المفاوضة منها (فمن) شرائطها أهلية الكفالة (ومنها) التساوى في الاجر (ومنها) مراعاة لفظ المفاوضة لما ذكرنا في الشركة بالاموال اما العنان منها فلا يشترط لها شئ من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل فقط كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة ومالا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا تخرج الشركة بالاعمال في المباحات من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما يكون في الجبال من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشتركا على ان يصيد أو يحتطبا أو يحتشا أو يستقيا الماء وبيعانه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه إلا ترى انه لو وكل رجلا ليعمل له شئاً من ذلك لا تصح الوكالة كذا الشركة فان تشاركوا فأخذ كل واحد منهما شئاً من ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا له لان سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما انفرد بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعا معا كان المأخوذ بينهما نصفين لا ستوائهما في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على الانفرد ثم خلطاه وباعاه فان كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما بقيمة الذي له لان المكيل والموزون من الاشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل



والوزن فاما غير المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منها فيما يدعيه إلى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه لان الشئ في ايديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوي في دليل الملك يوجب التساوي في الملك فان ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله الا بينة فان عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شئ للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعنى أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغاما بلغ (اما) وجوب أجر المثل للمعين فلا نه استوفى منفعتة بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ما سمى وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة لانه لا يزداد على المسمى هناك كذا هذا هنا والجامع بينهما انه رضى بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل يع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا وفرق محمد بين هذا وبين سائر

[ 64 ]

الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به استقاطا لما زاد عليه والمسمى هنا ليس بمعلوم بل هو معدوم لانه ما سمى الانصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطة الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة إذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله لا يتجاوز به المسمى من الربح في قول أبي يوسف وان لم يكن له ربح فلا شئ له وعند محمد له أجر مثله بالغاما بلغ ربح أولم يرجع وستأى المسألة في كتاب الضمارة ولوان رجلا اجلس في دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس ان لا تجوز هذا الشركة لانها شركة العروض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت والحانوت من العروض وشركة العروض غير جائزة وفي الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناهما على الوكالة والوكالة على هذا الوجه جائزة بان يوكل خياط أو قصار وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسله جميعا كان ما أصاب بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق ولو كان الكلب لأحدهما وكان في يده فارسله جميعا فما أصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الأجنبي لا عبرة به مع ارسال المالك فكان ملحقا بالعدم كان الملك أرسله وحده وان كان لك واحد منها كلب فأرسل كل واحد منهما كلبه فأصابا صيدا واحدا كان بينهما نصفين لانهما تساويا في سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما صيدا على حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاختص به ولى هذا يخرج ما اذا اشترك رجلان ولا جدهما بغل وللآخر بغير على أن يؤجر اذلك فما رزق الله تعالى من شئ فهو بينهما فأجراهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة على هذا الوجه لا تصح ألا ترى ان من قال لآخر أجر بعيرك على أن تكون الاجرة بيننا لا تصح الوكالة كذا الشركة ولان الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها وأما قسمة الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير فلان الشركة إذا فسدت فالاجاره صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان لم

يؤجر البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببذل معلوم فحملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة عمل الخياطة والقصارة فكان البذل بينهما على قدر الضمان وقد تساويا في الضمان فيتساويا في الاجرة ولا عبرة بزيادة حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشريكين في شركة الصنائع لان البذل يقابل الضمان والبغل والبعير هنا آلة ايفاء العمل ولو اجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا إذا أجر البغل بعينه كانت الاجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالكهما فكانت الاجرة له فان كان الآجر أعانه على المحمولة والنقلان كان للذي أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند أبي يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر به في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغ ما بلغ على ما ذكرنا في شركة الاحتطاب قصاران لاحدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملأ بأداة هذا في بيت هذا على أن التكسب بينهما نصفان كان ذلك جاز أو كذلك الصاغة والخياطون والصباعون لان الاجر هنا بدل عن العمل لاعن الآلة وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان بدله لهما وكان أحدهما معينا للآخر بنصف الآلة والآخر معينا له بنصف الدكان وهو نظير المسألة المتقدمة وهى ان يتقبلا حمولة ويحملها على دابتهما ولو اشتركا ولا حدهما دابة وللا خرا كاف وجوالقان على ان يؤاجر الدابة على ان أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة لصاحبها وللآخر معه أجر مثله في قولهم جميعا اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة واما الاجر فلانه بدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الاخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها

[ 65 ]

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

بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشتري لان الربح في هذه الشركة انما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فإذا شرط لاحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا يجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم إذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لآخر ادفع اليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين الألف انه لا تجوز المضاربة لا نه لم يشترط العمل في مال معين (فصل) وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحد وهو ان كل واحد من الشريكين كانه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرية ولم يوجد شئ من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عيدياته اما بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه إياه أو استهلك الرجل عليهما شئاً قيمته ألف درهم أو ورتادينا لرجل واحد عليه فقبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فلآخر أن يشاركه فيأخذ منه نصف ما قبضه والاصل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد إذا قبض أحدهما شئاً منه فلآخر أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين إذ لو جعل لاحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولى هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز فاذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التملك لان مامن جزاين الاواحد هما ملكه والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تملك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فجعل المقبوض من النصيبين جميعا لئلا يؤدي إلى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقباض أن يمنعه عنه بأن يقول أنا أعطيك مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان

[ 66 ]

المقبوض مثل حقه أو أجود أو أرد أما إذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد ألا ترى ان من عليه الردئ إذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضا لعين الحق وان كان أرد أقبض الردئ عن الجيد جائز لانه من جنس حقه وما قبض الشريك ومن شريكه يكون قدر ذلك للقباض دينا على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما فقبض أحدهما خمسمائة فجاء الشريك فأخذ نصفها كان للقباض ما بقى له على الغريم وذلك مائتان وخمسون وتكون الشركة باقية في الدين كما كانت لانه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقى الباقي من دينه على حاله فان أخرجه القابض عن يده بان وهبه وباعه أو قضى دينا عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فلشريكه أن يضمه نصف ما قبض لانه أتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه فان لم يقبض أحد الشريكين شئاً ولكن أبرأ الغريم من حصته جازت البراءة ولا يضم لشرريكه شئاً لانه لم يقبض شئاً من الدين بل أتلف حصته لاغير فلا يضم فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شئ

اقتسامه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لما أبرأ الغريم من مائة درهم بقى له من الدين أربعمائة ولشريكه خمسمائة فيضربان في قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك إذ كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسمالاان القسمة تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ما ضية ولا ينقض ابرأؤه بعد القسمة شيأ مما اقتسامه لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض أحدهما شيأ ولكن اشترى بنصيبه ثوبا من الغريم فللشريك أن يضمه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب لانه انما اشترى الثوب بثلثي في ذمة الغريم لا بماله في ذمة الغريم لانه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا جميعا على الشركة في الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فإذا سلم له نصفه بذلك ورضى شريكة به صار كانه باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيأ ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان القابض بالخيار ان شاء سلم إليه نصف الثوب وان شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك إلى القابض لان الصلح لم يوجب شيأ على المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابراء بخلاف الشراء الا أنه قبض ثوبا عن الدين المشترك فكان له أن يسلم نصفه إلى الشريك وله ان يقول أنا أعطيتك نصف حقتك من الدين لانه لاحق لك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبضه ويرجع بدينه على الغريم لان من حخته أن يقول ديني قد ثبت عليك بعقد المدابنة فتسليمك إلى غيري لا يسقط مالي في ذمتك فان سلم للشريك ما قبض ثم توى الذي على الغريم فله ان يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما إذا لم يسم الاوجهها واحد ا وهو أنه إذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعدما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثلها لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما مسلم به الشريك المقبوض للقابض ليسلم هل ما في ذمة الغريم فإذا لم يسلم بقى حقه في المقبوض كما كان الا أنه ليس له في هذا الوجه ان يرجع إلى عين تلك الدراهم لانه اسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان آخر بتواء مال فثبت ذلك في ذمة القابض كسائر الديون فان آخر أحدهما نصيبه لم يجز تأخيره في قول أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عند أبي يوسف ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تأخيره في نصيب شريكه لانه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه وأما في نصيب شريكه فهو على الخلاف (وجه) قولهما ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطا بالابراء فالتأخير أولى لانه دونه ولابي حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة والدليل على أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجه لا يكون للآخر فيه

[ 67 ]

حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لا يحتمل معنى القسمة وهو التمييز إذ هو اسم للفعل أو لما حكمي في الذمة بخلاف الابراء فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرفا في الدين بل في المطالبة بالاسقاط فالجواب ان التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض

أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة مادام الاجل قائما ثم فرع على قولهما فقال إذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي أخر ان يشاركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله ان يشاركه ان كان قائما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض فإذا حل صار كانه لم يزل حالا فتثبت له الشركة فان لم يقبض الآخر شيئا حتى حل دين الذي أخر عاد الأمر إلى ما كان فما قبض أحدهما من شيء يشاركه الآخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شريكين على امرأة فتزوجها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف ان لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وريو بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف (وجه) الرواية الاولى ان النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين (وجه) الرواية الاخرى أن من شرط وجوب المان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكه يرجع عليه في قولهم جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن يضمنه وروى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين إذا شج المطلوب موضحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شيء لشريكه لانه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء واما إذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه أو اقترض منه شيئا بقدر نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كانه استوفى حقه ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بمالا حد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه لانه ما استوفى الدين بل قضى دينا كان عليه إذ الاصل في الدينين إذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقتضيا بالثاني لانه كان واجب القضاء قبل الثاني وإذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذا المشاركة تثبت في القدر المستوفى وذكر ابن سماعه في نوادره عن محمد لوان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزة وبرئ من حصة القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشاركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة فرق بين هذا وبين ما إذا صالح على نفس الدين أو تزوج به (ووجه) الفرق ان العقد هنا وهو الصلح والنكاح وقع على ما في الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين التزوج به فان العقد هناك ما وقع على ما في الذمة مطلقا الا ترى ان العقد هنا أضيف إلى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم لها أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر على بن الجعد عن أبي يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتركا با لخصص لان الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجنبي سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه أن يضمنه لان قبض

الرهن قبض استيفاء وبهالك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالا استيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشريكين من

[ 68 ]

المطلوب عبد افمات عنده فلشريكه أن يضمه لانه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستنادو لو ذهبت احدى عيني العبد بأفة سماوية في ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشئ لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيئا بخلاف نفس العبد لانه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت احدى عيني بأفة سماوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من الغريم عبدا بيعا فاسدا وقبضه فمات في يده أو باعه أو أعتقه انه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بأفة سماوية فرده لم يضمن لشريكه شيئا ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عزوجل أعلم (وأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلومن أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة فأما الشركة بالاموال فبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لا حدشريكى العنان والمفاوضة ان يعمل في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلا حد شريكى العنان أن يبيع مال الشركة لانهما بعقد الشركة اذن كل واحد لصاحبه يبيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقدامهما على العقد اذنا من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لان الاذن بالبيع مقتضى الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تتعقد على عادة التجارو من عادتهم البيع نقد أو نسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا الا بما لا يتغابن الناس في مثله لان المقصود من العقد وهو الاستبراج لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقا انه يجوز عند أبى حنيفة وعند هما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على الخلاف الذى ذكرنا في الدين المشترك إذا آخر أحدهما نصيبه هذا إذا عقد أحدهما وأجل الآخر فاما إذا عقد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه لانه مالك وعاقد وأما في نصيب شريكه فيجوز تأجيله في قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسألة الوكيل بالبيع انه يملك تأخير الثمن والبراء عنه عند هما وعنده لا يملك (ووجه) البناء ظاهر لان العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه وهى من مسائل كتاب الوكالة الا أن هناك إذا آخر يضمن من ماله للموكل عند هما وهنا لا يضمن الشريك العاقد لان الشريك العاقد يملك أن يقايل البيع ثم يبيعه بنسيئة وإذا لم يقايل وآخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يقايل ويبيع بالنسيئة فإذا آخر يضمن وله يشتري بالنقد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا إذا كان في يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيئا نسيئة وكان عنده شئ من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيئا نسيئة فاما إذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير شيئا كان المشتري له خاصة دون شريكه لاننا جعلنا شراءه على الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة أكثر ممارضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى

بالدراهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالاثمان استدانة بخلاف ما إذا اشترى بها وفي يده مثلها لان ذلك ليس باستدانة وحكى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه إذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء عليان زفر يعتبر المجانسة في رأس مال الشركة حقيقة حتى أبى انعقاد الشركة في الدراهم مع الدنانير لا خلاف الجنس حقيقة فيصير كأنه اشترى بجنس ما في يده صورة بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر المجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانسا في الثمنية فصار كأنه اشترى بجنس ما في يده صورة ومعنى وله أن يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع من عاداتهم ولان له أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فلا بضاع أولى لان استعمال البضع في البضاعة بغير عوض وله أن يودع لان

[ 69 ]

الايديع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضا لانه لا بد للتاجر منه لانه يحتاج إلى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة لان له أن يستحفظ المودع بأجر فبغير أجر أولى وليس له أن يشارك الا أن يؤذن له بذلك لان الشئ لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين لانه ان كان لا يملك الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ للاجنبي فيه لانه لم يوكله فبقى ما اشتراه على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد إذا شارك أحد شريكي العنان رجلا شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان بمحضر من صاحبه صحت المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق في المال فلا يجوز الا في القدر الذي رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد في الاصل عن أبي حنيفة انه له ذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك (وجه) رواية الحسن ان المضاربة توع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة (وجه) ظاهر الرواية انه يملك أن يستأجر أجيرا يعمل في مال الشركة فلان يملك الدفع مضاربة أولى لان الاجير يستحق الاجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيا بعمله الا إذا كان في المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلان يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لان الشركة فوق المضاربة لانها توجب الشركة في الاصل والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لافى الاصل والشئ يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا الايملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد لان المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل لانه دون المضاربة والتوكيل لا يملك أن يوكله غيره باطلاق الوكالة لان الوكالة مثل الوكالة وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمله في مال المضاربة وسنذكره في كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى لان تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فما كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى وله أن يأخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو أجر نفسه وله أن يوكله بالبيع والشراء استحسانا والقياس أن لا يجوز لان

شريكة رضى برأيه ولم يرض برأى غيره (وجه) الاستحسان ان الشركة تتعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم ولانه من ضرورات التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج إلى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لانه لا يملك أن يوكل غير لانه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشراء فيمكنه مباشرته نفسه فلا ضرورة إلى أن يوكل غيره ولان الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها والشئ يستتبع دونه ولا يستتبع مثله وبخلاف ما اذا كانا شريكين في خادم أو ثوب خاصة انه ليس لاحدهما أن يوكل رجلا ببيعه وان وكل لم يجز في حصة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين في شركة الاملاك اجنبي عن صاحبه محجور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله أن يوكل وكيلا ويدفع إليه مالا ويأمره أن ينفق على شئ من تجارتهما والمال من الشركة لما قلنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الموكل فان أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كان في بيع أو شراء أو اجارة لان كل واحد منهما لما ملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فإذا وكل كان لموكل أن يعزل وكيله وان كان وكيلا في تقاضى ما دابنه فليس للآخر اخراجه لانه لا يملك ان يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله أن يستأجر أجيرا للشئ من تجارتهما لان الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون في التجارة وهو من عادات التجار

[ 70 ]

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



المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك أيضا هكذا يستوفى هو ويشاركه الآخر إلى أن يستوفيا الدين طعن عيسى بن أبان في هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمدا قال لو قال رجل لرجل اعطني ورهنا بدين فلان الذى عليك فان أجازته وجازوان لم يجز فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل لانه لما أخذ رهنا لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عد لا وهلاك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفاء وههنا انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج إليها لاختلاف الناس في الملاءة والافلاس وكون بعضهم أملا من بعض وفي العادة يختار الاملا فالاملا فكانت الحوالة وسيلة إلى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن في التوثق للاستيفاء ولان الاحتيال تمليك ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع إلى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئا من الثمن وكذلك كل دين لزم انسانا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه إليه كالمشتري من الوكيل بالبيع له أن يمتنع عن دفع الثمن إلى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المديون لم يلتزم الحقوق للمالك وانما التزما العاقد فلا يلزمه ما لم يلتزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع إلى الشريك من غير توكيل برئ من حصته ولم يبرأ من حصة الدائن وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو اجنبي عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع إلى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان أنه لا فائدة في نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لا حتجنا إلى اعادته لان المديون يلزمه دفعه إلى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك إليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة في الحال وهذا على القياس والاستحسان في الوكيل بالبيع إذا دفع المشتري الثمن إلى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس

[ 71 ]

لأحدهما ان يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذى باع وعليه ليس على الذى لم يل من ذلك شئ فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو الاجنبي في هذا سواء لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ولو اشترى أحدهما شيئا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعاقد أن يوكل وكيلا بقبض الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم ولا حددهما ان يقايل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحدهما أو اشترى فظهر عيب لا يرد الاخر بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع إلى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقد فان أقر أحدهما بعيبه في متاع جاز اقراره على وعلى صاحبه قال الكرخي وهذا قياس قول أبى حنيفة وزفر وأبى يوسف رحمهم الله وفرق بين هذا وبين الوكيل إذا أقر بالعيب فرد القاضى المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولاحد الشريكين أن يقايل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء إلى أن يسترد المبيع ويقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع أحدهما متاعا من الشركة فرد عليه

فقبله بغير قضاء القاضى جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضى من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة وكذا القبول من غير قضاء القاضى بمنزلة الاقالة واقالة أحدهما تنفذ على الآخر وكذا لو حط من ثمنه لاجل العيب فهو جائز لان العيب يوجب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح والحط أنفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز في حصته ولم يجز في حصة صاحبه لان الحط من غير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لامن مال غيره وكذلك لو وهب لان الهبة تبرع ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مراوحة على ما اشترياه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك مراوحة وهل لاحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخي أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبى يوسف ومحمد ان له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا وروى عن أبى حنيفة رحمه الله انه ليس للشريك والمضارب أن يسافر وهو قول أبى يوسف وروى عن أبى يوسف ان له المسافرة إلى موضع لا يبيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضا بمالا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بماله حمل ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبى يوسف ان السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه (وجه) الرواية التى فرق فيها بين القريب والبعيد انه إذا كان قريبا بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر (وجه) الرواية التى فرق فيها بين ماله حمل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة ان ماله حمل إذا احتاج شريكه إلى رده يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له (وجه) قول أبى حنيفة ومحمدان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانها صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجرى على اطلاقه الا لدليل وهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع لانه مؤتمن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة مع ما ان الشريك يملك أمرا زائدا لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلان يملكه الشريك أولى وقول أبى يوسف ان المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم إذا كان الطريق مخوفا (فاما) إذا كان أمنا فلا خطر فيه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالا بتغاء في الارض من فضل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى عز شأنه فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم مطلقا من غير فصل وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة في عادة التجار لان كل مؤنة تلزم تلحق براس المال هذا إذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك برأيك فاما إذا قال ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخلط مال الشركة بمال له خاصة والرهن والارتهان مطلقا لانه فوض الرأي إليه في التصرف الذى اشتملت عليه الشركة مطلقا وإذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعمل برأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبى حنيفة ومحمد فهل أن ينفق من جملة المال على نفسه في

[ 72 ]

كرائه ونفقته وطعامه وادامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبى حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لان الانفاق من مال الغير لا يجوز الا باذنه نصا (وجه) الاستحسان العرف والعادة لا عادة التجار الانفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط ولان الظاهر هو التراضى بذلك لان الظاهر ان الانسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون ويحتمل أن لا يكون لانه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا

يكون فكان اقدمهما على عقد الشركة دليلا على التراضي بالنفقة من مال الشركة  
ولان كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لان ما يحصل من الربح فهو فرع  
جميع المال وهو يتسحق نصف الربح شائعا كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال  
كالمضارب إذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا هذا  
وقال محمد فان ربحت حسبت النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة من رأس  
المال لان النفقة جزء تالف من المال فان كان هناك ربح فهو منه والا فهو من الاصل  
كالمضارب وما اشتراه أجهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا انه يصير  
مستدينا على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لاحد هما أن يهب ولا  
أن يقرض على شريكه لان كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما)  
القرض فلانه لا عوض له في الحال فكان تبرعا في الحال وهو لا يملك التبرع على  
شريكه وسواء قال اعمل برأيك أولم يقل الا ان ينص عليه بعينه لان قوله اعمل برأيك  
تفويض الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالا  
لزمهما جميعا لانه تملك مال بالعقد فكان كالصرف فيثبت في حقه وحق شريكه ولانه  
ان كان الإستقراض استعارة في الحال فهو يملك الاستعارة وان كان تملكها يملكه أيضا  
وليس له أن يكاتب عبدا من تجارتها ولا أن يعتق على مال لان الشركة تنعقد على  
التجارة والكتابة والاعتاق ليس من التجارة ألا ترى انه لا يملكهما المأذون في التجارة  
وسواء قال اعمل برأيك أولا لما قلنا وليس له أن يزوج عبدا من تجارتها في قولهم  
جميعا لانه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه الا باذن نصابا وكذلك تزويج  
الامة في قول أبي حنيفة ومحمد لانه ليس من التجارة ويجوز عند أبي يوسف  
والمسألة تقدمت في كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لان الاقرار حجة  
قاصرة فلا يصدق في ايجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لان الجواز في  
المفاوضة بحكم الكفالة لا بالاقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بجارية في  
يده من تجارتها انها لرجل لم يجز اقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما  
ذكرنا ان اقرار الانسان ينفذ على نفسه لا على غيره لانه في حق غيره شهادة وسواء  
كان قال له اعمل برأيك أولا لان هذا القول يفيد العموم فيما تتضمنه الشركة  
والشركة لم تتضمن الاقرار وما ضاع من مال الشريك في يد أحدهما فلا ضمان عليه  
في نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع  
يمينه لانه أمين والله عزوجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرنا انه يجوز لاحد  
شريكي العنان أن يفعله وهو جائز على شريكه إذا فعله فيجوز لاحد شريكي  
المفاوضة أن يفعله وإذا فعله فهو جائز على شريكه لان المفاوضة أعم من العنان  
فلما جاز لشريك العنان فجوزه للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطا لصحة شركة  
العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لانها لما كانت أعم من العنان فهو يقتضى  
شروط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لان  
المفاوضة يفسدها مالا يفسد العنان لا اختصاصها بشرائط لم تشترط في العنان وقد  
بيننا ذلك فيما تقدم والآن نبين الاحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا  
تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز اقرار أحد شريكي المفاوضة  
بالدين عليه وعلى شريكه وبطالب المقر له ايهما شاء لان كل واحد مهما كفيل عن  
الآخر فيلزم المقر باقراره ويلزم شريكه بكفالاته وكذلك وما وجب على كل واحد  
منهما من دين التجارة كتمن المشتري في البيع الصحيح وقيمته في البيع الفاسد  
وأجرة المستاجر أو منا هو في معنى التجارة كالمغصوب والخلاف في الودائع  
والعوارى والاجارات والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيران شاء أخذ هذا بدينه وان  
شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أما دين التجارة

فلانه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البينة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد لان الدين لزمه كما لزم شريكه لانه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفساد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودائع والعواري والاجارات في معنى الغصب لانه من باب التعدي على مال الغير بغير اذن مالكة فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنائيات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤاخذ به شريكه لانه ليس بضمان التجارة والافى معنى ضمان التجارة أيضا لانعدام معنى معاوضة المال بالمال رأسا وروي عن أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الافاعله لانه ضمان جنائية فأشبهه ضمان الجناية على بنى آدم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمان الاتلاف في غير بنى آدم ضمان معاوضة لانه ضمان يملك به المضمون عوضا عنه بخلاف ضمان الجنائية على بنى آدم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلا ولو كفل أحدهما عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أبي حنيفة وعند همالا يلزم وان كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعا (وجه) قولهما ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث إذا كان في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولا بى حنيفة رضى الله عنه ان الكفالة تقع تبرعا بابتدائها ثم تصير معاوضة بانتهائها لوجود التملك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبي والمأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث عملا بالابتداء ويلزم شريكه عملا بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعا حتى لو باع أحدهما شيئا من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم الثمن ويجب عليه تسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع منهما المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبائع ولو اشترى أحد هما شيئا يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيبا فله أن يردّها على أيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحد هما نفذ اقراره على نفسه وشريكه ولو باع سلعة وشركتهما ثم وجد المشتري بها عيبا فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذى باعه على البتات وعلى النصف الذى باعه شريكه على العلم بيمين واحدة على العلم في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعا في خراج التجارة وضمنانها سواء ففعل أحدهما فيها كفعلهما وقول أحدهما كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة كشخص واحد ولاحدهما أن يكاتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه إلى مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روى عن محمد انه قال كلما يجوز أن يفعله الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمراو معناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا ملك له فيه رأسا فلان يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيئا من عبيد التجارة على

مال لانه في معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القول ويبقى البديل في ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع ولهذا لا يملكه الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضررا محضا فلا يملكه في ملك غيره ويجوز له أن يزوج الامة لان تزويج الامة نفع محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه إلى مال الشركة سواء

[ 74 ]

كان من باب التجارة أو لا بخلاف الشريك شركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبي يوسف ينفذ كتصرف المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لما ذكرنا في الشريك شركة عنان انه يجوز أن يستأجر من يعمل في مال الشركة بمال يستحقه الاجير بيقين فالدفع مضاربة أولى لان المضارب لا يستحق الربح منها بيقين لجواز أن يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان في قول أبي يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة المعاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المعاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونها فتتبعها ولان الاب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز له ذلك لانه يوجب للشريك الثالث حقا في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا إذا شارك رجلا شركة عنان فأما إذا فاض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في الاصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة (وجه) قول محمد أن عقد المعاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولا يبي يوسف أن المعاوضة مثل المعاوضة والشئ لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرتهن على شريكه لان الرهن هو ايفاء والارتهان استيفاء وكل واحد منهما يملك الايفاء والاستيفاء فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضى ما اداناه أو ادانه صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفى حقوقه بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة لان الكفيل خصن فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشتراه أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو مالا بد له منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشتري مشتركا بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسبوا أن يكون له خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المعاوضة فاختص به المشتري لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وان وقع المشتري للذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببديل ما يجوز فيه الاشتراك الا أنهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قبضي دينا عليه من ماله لا على وجه التبرع لانه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشتري جارية للوطئ أو للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه الاشتراك ولا ضرورة تدعو إلى الانفراد بملكه فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة فأخرجنا عن عموم الشركة للضرورة لا ضرورة في الجارية فبقيت داخله تحت العموم فان اشترى ليس له أن يطأها ولا لشريكه لانها دخلت في الشركة فكانت بينهما فهذه جارية مشتركة بين اثنين فلا

يكون لاحدهما أن يطاها فان اشترى أحدهما جارية ليطاها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشئ أولا يرجع وذكر في الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشئ من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن (وجه) قولهما ان الحاجة إلى الوطئ متحققة فتلحق بالحاجة إلى الطعام والسكوة فإذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد نقد ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف ولابي حنيفة ان الاصل في كل ما يحتمل الشركة إذا اشتراه أحد الشريكين أن يقع المشتري مشتركا بينهما من غير اذن جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو ما لا بدله منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة في الوطئ فوقع المشتري على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة إلى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لو قوع المشتري على الشركة لان وقع على الشركة بدونه فكان للتملك أنه قال اشتر جارية بيننا وقد ملكتك نصيبي منهما فكانت الهبة متعلقة بالشراء فإذا اشترى وقبض صحت الهبة كما لو قال ان قبضت مالي على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه

[ 75 ]

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

المفاوضة وان ازداد مال أحد الشريكين لان الواجب دين وزيادة مال أحد الشريكين إذا كانت ديناً لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها لما مران الدين لا يصلح رأس مال الشركة فإذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لانه ازداد له مال صالح للشركة على مال شريكه ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسمائة وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمسمائة ولا يضمن ما بقى لان الزيادة أمانة في يد المرتهن فكان مودعا في قدر الامانة من الرهن وللمودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصى أيتام رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بأربعمائة وذلك يكون ديناً للورثة على الوصي وهو أمين في الفضل وكذلك الاب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه لان الاب واوصى يملكان الأيداع والزيادة على قدر الدين من الرهن أمانة فكانت وديعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين مالا فأعطا رجلا ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزاً عليهما ولا يضمن توى المال أولم يتوو في قياس قول أبي يوسف ان الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة ان الكفيل في حكم المقرض فإذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض وعند أبي ويوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين إذا استأجرا بلا الى مكة ليحج ويحمل عليها متاع بيته فللمؤاجر أن يطالب أيهما شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه فحمل عليها متاع الشركة جاز وإذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له خاصة كما لو اشترى طعاماً لنفسه ان المشتري يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا ولو أجر أحدهما عبداً له ورثه لم يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لانها بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث والله

[ 76 ]

عزوجل أعلم (وأما) الشركة بالاعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الاجرة لا قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الاجرة وإلى أيهما دفع صاحب العمل برئ لانه دفع إلى من أمر بالدفع إليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الاخر به استحساناً كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم انه قال إذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما اجميعاً يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لان هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان ان هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لان العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الاجرة فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة حقيقة حتى قالوا في الدين إذا أقر أحدهما بثمن صابون أو اشنان أو غيرهما انه لا يصدق علي صاحبه إذا كان المبيع مستهلكاً الا باقراره أو بالبينة كذا إذا أقر أحدهما باجر أجير أو حانوت بعد مضي هذه الاجارة وان كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض لزمهما جميعاً باقراره وان جرده شريكه كما في

شركة العنان فدل انه ليس لها حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال أبو يوسف إذا دعى على أحدهما ثوبا عندهما فأقر به أحدهما وجد الآخر جاز الاقرار على الآخر ويدفع الثوب وبأخذ الاجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لانهما ليسا بمفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما في يد صاحبه كشريكي العنان في المال إذا أقر أحدهما بثوت من شركتهما وجد الآخر انه لا ينفذ اقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعة عن محمد انه أخذ بالقياس في هذه المسألة وقال ينفذ اقراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك (ووجهه) ما ذكرنا أن الشئ في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكي العنان إذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على صاحبه وإنما استحسنا والحقناها بالمفاوضة فيحق وجوب العمل والمطالبة بالاجرة في حق وجوب ضمان العمل فبقي الامر فيما وراء ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لابي يوسف انه لما ظهر حكم المفاوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الاجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضا فينفذ اقراره بحمل العمل على صاحبه وان عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فالاجر بينهما على ما شرطت لان الاجر في هذه الشركة انما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لان العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط إذا استعان برجل على القصار والخياطة انه يستحق الاجر وان لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وههنا شرط العلم عليهما فإذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في الضمان بان شرطت لاحدهما ثلثي الكسب وهو الاجر وللآخر الثلث وشرطا العمل عليهما كذلك سواء عمل الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرطت العمل عليهما لان استحقاق الاجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل انه لو عمل أحدهما استحق الآخر الاجر وإذا كان استحقاق أصل الاجر باصل ضمان لا بالعمل كان استحقاق زيادة الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخي انه علل في هذه المسألة فقال المنافع لا تتقوم الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير الى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال وهذا لا يصح بدليل انه لو شرط فضل الاجر لا قلها عملا بان شرطت لثالث الاجرة له جاز فدل

[ 77 ]

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرطت التفاضل في الاجرة فجعلها أثلاثا ولم ينسب العمل إلى نصفين فهو جائر لانهما لما شرطت التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك اشتراطا للتفاضل في العمل تصحيحا لتصرفهما عند امكان التصحيح ولو شرطت الكسب أثلاثا وشرطا العمل نصفين لم يجز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والريح لا يستحق الا باحد هذه الاشياء (وأما) الوضعية فلا تكون بينهما الاعلى قدر الضمان حتى لو شرطت أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضعية بينهما نصفان كانت الوضعية باطلة والقبالة بينهما على كل واحد منهما لان الريح إذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضعية على قدر الضمان أيضا لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضعية في موضع يجوز اشتراط زيادة الريح فيه لاحدهما



وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضعية فيها الا بقدر المال ففى موضوع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما فلان لا يجوز أن تكون الوضعية فيه الاعلى قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة منهما فما لزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت ويجوز اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين وللمقر له أن يطالب به أيهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالته ولو ادعى على أحدهما بثوت في أيديهما فأقر به أحدهما وجد صاحبه يصدق على صاحبه وينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة في الاموال (وأما) الشركة الفاسدة وهى التى فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تفيد شيئاً مما ذكرنا لان لأحد الشريكين أن يعمل بالشركة الصحيحة والربح فيها شعلى قدر المالين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فألحق بالعدم فىبقى الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لأحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد الا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله عزوجل أعلم (فصل) وأما صفة عقد الشركة فهى انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ الا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه حتى لو فسخ بمحض من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غائبا وعلم بالفسخ وان كان غائبا ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم يفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التى تضمنت الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد إذا شارك أحد شريكي العنان رجلا شركة مفاوضة انه ان كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحض منه صحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسخ العنان وهولا يملك الفسخ عند غيبته ويملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عينا وقت الشركة لصحة الفسخ وهى أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوي انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضاً وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا في الشركة وفي المضاربة رواية وهى ان رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهى دراهم أو دنانير صح النهى لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لانهما في الثمنية جنس واحد فكأنه لم يشتري بها شيئاً وليس له أن يشتري بها عروضاً وان كان رأس المال وقت النهى عروضاً فلا يصح نهيه لانه يحتاج إلى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ ابطلا لحقه في التصرف فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عروضاً ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة في يد الشريكين جميعاً ولهما جميعاً ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عروضاً فاما مال المضاربة ففى يد المضارب ولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عروضاً

[ 78 ]

(فصل) وأبيان ما يبطل به عقد الشركة فما يبطل به نوعان (أحدهما) يعم الشركات كلها (والثانى) يخص البعض دون البعض اما الذى يعم الكل فانواع (منها) الفسخ من أحد الشريكين لانه عقد جائز غير لازم فكان محتملاً للفسخ فإذا فسخه أحدهما عند

وجود شرط الفسخ يفسخ (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لان كل واحد منهما وكيل صاحب وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به أو لم يعلم لانه عزل حكمي فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقا لان به يخرج الوكيل عن الولة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لان الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فانواع (منها) هلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء في الشركة بالاموال سواء كان المالكين من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم والدنانير يتعينان في الشركات فإذا هلكت فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول المعقود به فيبطل العقد بخلاف ما إذا اشترى شيئا بدراهم معينة ثم هلكت الدراهم قبل القبض ان العقد لا يبطل لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ويتعينان في الشركات ثم انما لم تتعين الدراهم والدنانير في المعاوضات وتتعين في الشركات لانها جعلتا ثمنين شرعا فلو تعينتا في المعاوضات لا نقلبا مثنين إذا لم تكن اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مثنيا فلا يكون ثماوفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس في تعينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لانها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان في هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغييرا لحكم الشرع وهو جعلهما مثنين لما لا عوض للحال يقابلهما لان كل واحد من العقدين وضع وسيلة إلى الشركة والوسيلة إلى الشيء حكمه حكم ذلك الشيء فجعل حكمهما في حق المنع من تعين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما في الشراء بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة إلى الشراء لكن لا بدمع هذا من سبب يوجب تعين رأس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معينا لرأس المال لانه لا وجه إلى ايجاب القبض فيما ليتعين رأس المال لان العمل فيهما مشروط من الشريكين وكون العمل مشروطا من رب المال يوجب أن يكون رأس المال في يده ليتمكنه العمل وكون عمل الآخر مشروطا يوجب التسليم إليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض الا العقد فاذا لم يمكن ايجاب القبض جعل العقد موجبا تعينهما وان كان وسيلة إلى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكه بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فاما) في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك في المضاربة لاوجب فسادها فأمكن جعل القبض سببا للتعين فلا حاجة إلى جعل العقد سببا فلم يوجب العقد التعيين الحاقاله بالشراء ثم إذا هلك أحد المالكين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لان الهالك مال ملكه أحدهما بيقين وانه أمانة في يد صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما إذا كان رأس المالكين من جنس واحد وخطا ثم هلك انه يهلك مشتركا لانا لا نتيقن ان الهالك مال احدهما والله عزوجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأسي المال في شركة المفاضة بالمال بعد وجودها في ابتداء العقد لان وجود المساواة بين المالكين في ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط بقائها منعقدة لانها مفاوضة في الحالين فلا بد من معناها في الحالين وعلى هذا يخرج ما إذا تفاوضا المال مستوي ثم ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك في يده انه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد وان ورث عروضا لا تبطل وكذا لو ورث يديونا لا تبطل ما لم يقبض

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

[ 79 ]

أحدهما دراهم والآخر دنانير فان زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا لان عقد الشركة يقف تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فإذا اطرأ عليه يبطله قال محمد وكذلك لو اشترى بأحد المالين ثم ازداد الآخر لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد فان زاد المال المشتري في قيمته كانت المفاوضة بحالها لان تلك الزيادة تحدث على ملكها لانها ربح في المال المشتري فلا يفضل أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس إذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه تنتقض المفاوضة لان الالف التي لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الاخر فصار ماله أكثر فينبغي أن تبطل المفاوضة الا انهم استحسنا وقالوا لا تبطل لان الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينا فلم يفضل المال فلا تبطل المفاوضة والله عزوجل أعلم \* (كتاب المضاربة) \* يحتاج في هذا الكتاب إلى معرفة جواز هذا العقد وإلى معرفة ركنه وإلى معرفة شرائط الركن وإلى معرفة حكمه وإلى معرفة صفة العقد وإلى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه إذا بطل وإلى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب (اما) الاول فالقياس انه لا يجوز لانه استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكن اشترى كذا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم ف قوله عز شأنه وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله والمضارب يضرب في الارض يبتغي من فضل الله عزوجل وقوله سبحانه وتعالى فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم (وأما) السنة فما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراو لا ينزل به واديا ولا يشترى به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقريب أحد وجوه السنة (وأما) الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر وسيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحدو مثله يكون اجماعا وروى ان عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الاشعري أمير بها فقال لهما لو كان عندي فضل لآكرمتكما ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه اليكما فابتاعا به متاعا واحمله إلى المدينة وبيعه وادفعا ثمنه إلى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضى الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلا ربحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا لضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالضمار بين في المال لهما النصف وبيت المال النصف فرضى به سيدنا عمر رضى الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا في سائر الا عصار من غير انكار من أحدو اجماع أهل كل عصر حجة فترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضا وهو ان الناس يحتاجون إلى عقد

المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى إلى التجارة وقد يهتدى إلى التجارة لكنه لامال له فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم (فصل) وأما ركن العقد فالإيجاب والقبول وذلك بالفاظ تدل عليهما فالإيجاب هو لفظ المضاربة المقارضة والمعاملة ما يؤدي معاني هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على ان ما رزق الله عزوجل

[ 80 ]

أو أطعم الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا إذا قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصريح مأخوذ من الضرب في الارض وهو السير فيها سمي هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير في الارض ويسعى فيها لا بتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صريح في عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضاربة مقارضة كما يسمون الاجارة بيعا ولان المقارضة مأخوذة من القرض وهو القطع سميت المضاربة مقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن راس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله عزوجل من شئ فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لانه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التملك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتملك عندنا وذكر في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضاربة استحسانا والقياس ان لا يكون مضاربة (وجه) القياس انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضاربة الا بالشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الابتاع ذكر للبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحسانا والقياس أن لا يكون لانه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضاربة (وجه) الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملا يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره الشراء والبيع وقال خذ هذا المال فاشتر به هو يا بالنصف أو رقيقا بالنصف ولم يد على هذا شيئا فاشترى كما أمر فهذا فاسدو للمشتري أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لانه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحمل على المضاربة فحمل على الاستئجار على الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فإذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق اجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير اذن الأمر لانه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيئا لا ينفذ بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفا مال الغير بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جازو الثمن لرب المال لان عدم الجواز لحقه فإذا أجاز فقد زال المانع وكذلك لو كان لا يدري حاله انه قائم أو هالك فجاز لان الاصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لما عرف ان مالا يكون محلا لانشاء العقد عليه لا يكون محلا جازة العقد فيه وان علم انه هلك فالاجازة باطلة لما ذكرناه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل دفع إلى رجل ألف درهم ليشتري بها ويبيع فما ربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع إليه المال ما لم يخالف لانه لم ذكر الشراء والبيع فقد

أتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان الوضعية على وعلى هذه مضاربة والربح بينهما والوضعية على رب المال لان شرط الوضعية على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن علي بن الجعد عن أبي يوسف لو ان رجلا دفع إلى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرضا ولا شركة واقل ما ربحت فهو بيننا فهذه مضاربة لان الربح لا يصح الا بالشراء والبيع فكان ذكر البرح ذكرا للشراء والبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضاربة جائزة قياسا واستحسانا وللمضارب ما شرط وما بقى فلرب المال والاصل في جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه نماء ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه إلى الشرط بدليل انه إذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد إذا عرف هذه فنقول في هذه المسألة إذا سمى للمضارب جزأ معلوما من الربح فقد وجد في حقه ما يفتقر إلى استحقاقه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب المال بماله ولو قال خذ هذا المال

[ 81 ]

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

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

[ 82 ]

كان المضارب هو الحربي فرجع إلى داره الحربي فان كان بغير اذن رب المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز ويكون على المضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطا ان رجع إلى دار الاسلام مسلما أو معاهدا أو بأمان استحسانا والقياس ان تبطل المضاربة (وجه) القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل أمانه وعاد الى حكم الحرب كما كان فبطل أمر رب المال عند اختلاف الدارين فإذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه إلى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا إذا دخل بأمره بخلاف ما إذا دخل بغير أمره لانه لما لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الامر به وقد قالوا في المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فدفع إليه حربي مالا مضاربة مائة درهم انه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا وربح أو وضع فالوضعية على رب المال والربح على ما اشترط ويستوفى المضارب مائة درهم والباقي لرب المال وان لم يكن في المال ربح الامائة فهي كلها للمضارب وان كان أقل من مائة فذلك للمضارب أيضا ولا شيء للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا من الربح فاما على قول أبي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلافهم في جواز الربا في دار الحرب لما علم (وأما) الذي يرجع إلى رأس المال فأنواع (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجاوز المضاربة

بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب الشركة ان ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى لو هلكت قبل التسليم لا شئ على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون مضمونا عند الشراء به حتى لو هلكت العين قبل التسليم فعلى المشتري به ضمانه فكان الربح على ما في الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض تؤدي إلى جهالة الربح وقت القسمة لان قيمة العروض تعرف بالحرزو الظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تقضى إلى المنازعة والمنازعة تقضى إلى الفساد وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع إليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنائير وتصرف فيها جاز لانه لم يصف المضاربة إلى العروض وانما أضافها إلى الثمن والثمن تصح به المضاربة فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالاثمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لا نها صارت مضافة إلى ما لا تصح المضاربة به وهو الحنطة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك البيع بغير الاثمان ولا تفسد المضاربة لانها لم تصرف مضافة إلى ما لا يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهب والفضة فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنائير والامر فيه موكول إلى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنائير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزيوف والنهرجة فتجوز المضاربة بها ذكره محمد رحمه الله لانها تتعين بالعقد كالجياذ (وأما) الستوقة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف في الدراهم التجارية لا تجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لانهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا الكلام فيها في كتاب الشركة فالحاصل أن في جواز المضاربة بها روايتين عن أبي حنيفة ذكر محمد في المضاربة الكبيرة في الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنائير عند أبي حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز والصحيح من مذهب أبي يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت اثماناً كالدراهم والدنائير وعند أبي حنيفة وأبي يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن يكون معلوماً فان كان مجهولاً لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة (ومنها)

[ 83 ]

أن يكون رأس المال عيناً لا ديناً فان كان ديناً فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على أن من وكل رجلاً يشترى له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنه وإذا لم يصح الامر بالشراء بما في الذمة لم يصح اضافة المضاربة إلى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لان الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض لانه يصير في التقدير كانه وكله بشراء العروض ثم دفعه إليه مضاربة فتصير مضاربة

بالعروض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة  
جاز لان المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض فكان رأس المال عينا لا دينا لو أضاف  
المضاربة؟ إلى عين هي أمانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال للمودع  
أو المستبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان أضافها إلى  
مضمونة في يده كالدراهم والدنانير المغصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك  
مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زيادو قال زفر لا يجوز (وجه)  
قوله أن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يد المضارب والمغصوب مغصوب في  
يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولابي يوسف أن ما في يده مضمون إلى  
ان يأخذ في العمل فإذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى  
المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاعا بان دفع مالا إلى رجل بعضه  
مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعا في المال فالمضاربة جائزة لان الاشاعة لا تمنع  
من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في المشاع وكذا الشركة لا  
تمنع المضاربة فان المضارب إذا ربح يصير شريكا في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك  
على المضاربة فإذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما إذا دفع إلى رجل  
ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة ان ذلك جائز أما جواز الضمارة  
فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وان كان القرض تبرعا والشياح يمنع صحة  
التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لانه وان كان في الحال تبرعا لانه لا  
يقابله عوض للحال فهو تملك المال بعوض في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد  
المثل لارد العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوخ بخلاف الهبة فانها  
تبرع محض فعمل الشيوخ فيها وإذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب  
لانه ربح ملكه وهو القرض ووضيعة عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما  
شرطا لانه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعة على رب المال ولا تجوز قسمة  
أحدهما دون صاحبه لانه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحد الشريكين بقسمته قالوا ولو  
كان قال له خذ هذه الالف على ان نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الآخر  
مضاربة على أن الربح لى فهذا مكروه لانه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض  
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جرنفعا فان عمل على هذا فربح  
أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة (أما) الربح فلان المضارب ملك نصف  
المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب  
المال (وأما) الوضيعة فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة  
على قدره ولو قال خذ هذه الالف على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقبضها  
المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة  
فان عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ونصف الربح بينهما  
على ما شرطا والوضيعة عليهما أما نصف الربح للمضارب حصة الهبة فلانه يثبت  
الملك له فيه إذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الآخر فانما يكون ربحه  
بينهما على الشرط لانه استفيد بمال المضاربة مضاربة صحيحة (وأما) كون الوضيعة  
عليهما فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب  
قبل أن يعمل أو بعدما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لانه مقبوض بعقد  
فاسد فكان مضمونا عليه كالمقبوض بيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة  
ونصفه مضاربة



فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ما سمي من المضاربة والبضاعة والوضعية على رب المال ونصف الربح لرب المال ونصفه على ما شرطت الاشارة لا تمنع من العمل في المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة وانما كانت الوضعية على رب المال لانه لا ضمان على المبيع والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصه البضاعة من البرح لرب المال خاصة لان المبيع لا يستحق الربح وحصه المضاربة بينهما على ما شرطت لانه ربح حصل من مال المضاربة والمضاربة قد صحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع إليه على أن نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال في يد المضارب على ما سمي لان كل واحد منهما أعنى الوديعة والمضاربة أمانة فلا يتنافيان فكان نصف المال في يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة الا أن التصرف لا يجوز الا بعد القسمة لان كل جزء من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف في الوديعة لا يجوز فان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضعية عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على ما شرطت لان قسمة المضارب المال لم تصح لان المالك لم يأذن له فيها فإذا افرز بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال المضاربة فما كان في حصه الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان في حصه المضاربة فهو على الشرط ومن هذا الجنس ما إذا دفع إلى رجل متاعا فباع نصفه من المدفوع إليه بخمسماية؟ ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن كله مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شئ فهو بيننا بنصفان فباع المضارب نصف المتاع بخمسماية ثم عمل بها وبالخمسماية التي عليه فربح في ذلك أو وضع فالوضعية عليهما نصفان والربح بينهما نصفان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لان من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشتري له بذلك الدين شيلا يصح والمشتري يكون للمأمور لا للأمر ويكون الدين على المأمور حالة وإذا كان كذلك فهنا أمر ان يعمل بالدين ونصف ثمن المباع فما ربح في حصه الدين فهو للمدفع إليه لانه تصرف في ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع والوضعية عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) في قياس قول أبي يوسف ومحمد فمقدار ما ربح في الخمسمائة التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ما شرطت وما ربح في النصف الذي عليه من الدين يكون لرب المال لان من أصلهما أن الأمر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه إذا اشترى صار عروضاً والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة هنا جائزة في النصف فاسدة في النصف فالربح في الصحيحة يكون بينهما على الشرط وفي الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين والمسألة بحالها فان في قول أبي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما اشترطت نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب الدافع كانه قال له اعمل في نصيبك على ان الربح لك واعمل في نصيبي على ان لك ثلث الربح من نصيبي (وأما) على قياس قولهما فقد دفع إليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فما ربح في النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال لانه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرطت فصار لرب المال ثلثا الربح وللمضارب الثلث وان كان شرط لرب المال ثلثي الربح وللمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان في قول أبي حنيفة لان رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال باطل فيكون الربح على قدر المال وفي قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لان المضاربة فيه فاسدة وللمضارب ثلث ربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس

المال إلى المضارب لانه امانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة لما قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصح مع بقاء يدرب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعقدت على رأس مال من أحد الجنابيين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يدرب المال فكان هذا شرطا موافقا مقتضى العقد بخلاف الشركة لانها انعقدت على العمل من الجنابيين فشرط زوال يدرب المال عن العمل يناقض

[ 85 ]

مقتضى العقد وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعلم لان شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جاز لان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد لابد من زوال يدرب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى ان الاب أو الوصى إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لان يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكي المفاوضة أو العنان إذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان لشريكه فيه ملكا فيمنع التسليم (فاما) العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فان كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم تفسد المضاربة كالأب والوصى إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط أن يعمل مع المضارب بجزء من الربح لانهما لو أخذوا مال الصغير مضاربة بانقسهما جاز فكذا إذا شرطا عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي وإن كان العقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كالمأذون إذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لان المأذون وان لم يكن مالكا رقبة المال فيد التصرف ثابتة له على فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة وان شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولادين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى هو المالك للمال حقيقة فإذا حصل المال في يده فقد وجد المالك فيمنع التسليم وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي (وأما) المكاتب إذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب مكاتبه وهو فيها كالأجنبي ولو دفع إلى انسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الاول إلى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لان اليد للمضارب والمالك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا في المضارب إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى على حالها جائزة والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرطا في المضاربة الاولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربة الثانية فلان يد رب المال يد ملك ويد المالك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية وبقيت المضاربة الاولى على حالها ولم يذكر القدوري رحمه الله في شرحه مختصر الكرخي خلافا وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنفسخ المضاربة الاولى بدفع المال إلى رب المال والرد عليه (وجه) قوله أن زوال يدرب المال شرط صحة المضاربة فكانت اعادة يده إليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معينا للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده

فيبقى العقد الاول ولا أجر لرب المال لانه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الاجر (وأما) الذي يرجع إلى الربح فانواع (منها) اعلام مقدار الربح لان المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع إليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لان الشركة تقتضي المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء في الثلث ولو قال على أن للمضارب شركا في الربح جاز في قول أبي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة (وجه) قول محمد أن الشركة هي النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك في السموات أي نصيب وقال تعالى ومالهم فيها من شرك أي نصيب فقد جعل له نصيبا من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا (وجه) قول أبي يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته في هذا الامر اشركه شركة وشركا قال القائل وشاركنا قر يشافى بقاها \* وفي أحسابها شرك العنان ويذكر بمعنى النصيب أيضا لكن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها (ومنها) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءا شائعا نصفا أو ثلثا أو ربعا فان شرطا عددا مقدران بان

[ 86 ]

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

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

[ 87 ]

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

الادرها واحدا ويسلمه إليه ويشهد على ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعمل جميعا وشرطا أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما) الذي يرجع إلى عمل المضارب مما له أن يعمل بالعقد وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيئا من ذلك وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمل من غير الحاجة إلى التنصيص عليه ولا إلى قول اعلم برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له اعلم فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم منه ما له أن يعمل إذا قيل له اعلم فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمل رأسا وان نص عليه (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل من غير التنصيص عليه ولا قول اعلم برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيود وهي ما إذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشتري به ويبيع لانه أمره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري أو باقل من ذلك ما يتغابن الناس في مثله لانه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بمالا يتغابن الناس في مثله كان مشتريا لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رضی الله تعالى عنهم في التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقدا ونسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله وهي من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشتري ما بداله من سائر أنواع التجارات في سائر الامكنة مع سائر الناس لا طلاق العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان الابضاع من عادة التجار ولا المقصود من هذا العقد هو الربح والابضاع طريق إلى ذلك ولانه يملك الاستئجار فالابضاع أولى لان الاستئجار استعمال في المال بعض والابضاع استعمال فيه بغير عوض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

[ 88 ]

يستأجر من يعمل في المال لانه من عادة التجار و ضرورات التجارة أيضا لان الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال بنفسه فيحتاج إلى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها لانه لا يقدر على حفظ المال الا به وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل لان الحمل من مكان إلى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لان التوكيل من عادة التجار لانه طريق الوصول إلى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان المضاربة أعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشئ ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة الا إذا قيل له اعلم برأيك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولى والشئ لا يستتبع مثله وكل ما للمضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل ما لا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لانه لما لم يملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرهن بدين له منها على رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء

وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بعد نهى رب المال عن العمل ولا بعد موته لان المضاربة تبطل بالنهي والموت الافى تصرف ينضر به رأس المال والرهن ليس تصرفا ينضر به رأس المال فلا يملكه المضارب ولو باع شيا وآخر الثمن جاز لان التأخير للمتن عادة التجار وأما على أصل أبي حنيفة عليه الرحمه فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لان تصرفه أعم من تصرف الوكيل الا أن الوكيل بالبيع إذا أخر الثمن يضمن عندهما و المضارب لا يضمن لان المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة فإذا أخر ضمن (وأما) عند أبي يوسف فانما جاز تأخير المضارب دون الوكيل هذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو يستقبل فيها ثم يبيعها نساء فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحتال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال عليه أو معسر الان الحوالة من عادة التجار لان الوصول إلى الدين قد يكون أيسر من ذمة المحال عليه منه من ذمة المحيل بخلاف الوصي إذا احتال بمال اليتيم ان ذلك ان كان أصلح جاز والافلا لان تصرف الوصي في مال اليتيم مبنى على النظر وتصرف المضارب مبنى على عادة التجار قال محمد وله أن يستاجر أرضا بيضاء ويشتري ببعض المال طعاما فيزرعه فيها وكذلك له أن يقلبها ليغرس فيها نخلا أو شجرا أو رطباً فذلك كله جائز والريح على ما شرطت لان الاستئجار من التجارة لانه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب وللمضارب أن لا يسافر بالمال لان المقصود من هذا العقد استنماء المال وهذا المقصود بالسفر أو فرو لان العقد صدر مطلقا عن المكان فيجرى على اطلاقه ولان مأخذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض وهو السير قال الله تبارك وتعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله ولانه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من فضل الله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف في رواية محمد عنه وفي رواية أصحاب الاملاء عنه ليس له أن يسافر وروى عنه انه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين الذي لا يثبت وبين ماله حمل ومؤنة وبين مالا حمل له ولا مؤنة في الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك في كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه إذا دفع إليه المال بالكوفة وهما من أهلها فان أبا حنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع في مصر آخر غير الكوفة فللمضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة (وأما) وجه رواية أبي يوسف عنه فو ان المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا أو دلالة فإذا دفع المال إليه في بلدهما فلم يأذن له بالسفر نصا ولادلة لم يكن له أن يسافر وإذا دفع إليه في غير بلدهما فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع إلى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بلده فكان دفع المال في غير بلدهما رضا بالرجوع إلى الوطن فكان اذا دلالة وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية لان الاذن بالتجارة

[ 89 ]

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لانه الاذن بالتجارة أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم إذا لحقهم دين سواء كان المولى حاضرا أو غائبا لان البيع في الدين من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبدالمضاربة بأن قتل انسانا خطأ وقيمه مثل مال المضارب بأن كان رأس المال الف درهم فاشترى بها عبدا قيمته الف فقتل انسانا

خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء لان الدفع أو الفداء ليس من التجارة ولاملك أيضا للمضارب في رقبته لانعدام الفعل والتدبير في جنايته إلى رب المال لان رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبدالمأذون إذا جنى انه يخاطب المأذون بالدفع أو الفداء مع غيبة المولى لان العبد المأذون في التصرف كالحر لانه يتصرف لنفسه كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهد على المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهد عليه فلما لم يرجع دل انه يتصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى في كسبه عند فراغه عن حاجته فإذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى فيخاطب بالدفع كالحر (فأما) المضارب فانه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهد عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين المسئلتين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء فله ذلك لانه بالفداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة في الجملة لتوهم الربح ولو دفع رب المال أو فدى خرج العبد من المضاربة (أما) إذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع زال ملكه لا إلى بدل فصار كانه هلك وإذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار الفداء دليل رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألفين فجنى جناية خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء إذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لاصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل الا ان لهم ان يستوثقوا من الغلام بكفيل إلى ان يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو الفداء إذا كان المضارب غائبا وليس لاحدهما ان يفدى حتى يحضرا جميعا فان فدى كان متطوعا بالفداء فإذا حضرا دفعا أو فديافان دفعا فليس لهما شئ وان فديا كان الفداء عليهما أرباعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله ان نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال لان التعيين بالقسمة ولم توجد فبقى المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه إذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا لو أعتقه نفذ اعتاقه في نصيبه وإذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله ان حقه لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال فممنوع بل تعيين ضرورة لزوم الفداء في نصيبه ولا يلزم الا بتعيين حقه ولا يتعين حقه الا بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال الا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فان اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير ان في العبد المشترك إذا حضر أحد الشريكين وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو الفداء وههنا لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان تصرف احدهما يتضمن قسمة لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء والقسمة لا تصح الا بحضرتهمما والدفع أو الفداء من أحد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكما في حق الشريك الآخر فلا يقف على حضوره وهذا بخلاف العبد المرهون إذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ انه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الامرين لان الملك هناك واحد فاختلف اختيارهما يوجب تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وهنا مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وقد قالوا إذا غاب أحدهما وادعت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضر الان كل واحد منهما له حق

العبد فكان التدبير في الجناية اليهما فلا يجوز سماع البينة على أحدهما مع غيبة الآخر  
وانما أخذ بالعبد كفيل لانه يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

[ 90 ]

حق ولى الجناية لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد  
في الشراء والبيع ترجع إلى المضارب لا الى رب المال لان المضارب هو العاقد فهو  
الذى يطالب بتسليم المبيع ويطالب بتسليم الثمن يقبض المبيع والثمن ويرد بالعيب  
ويرد عليه ويخاصم ويخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا معييا قد علم رب  
المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فللمضارب أن يرده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم  
به رب المال لم يكن للمضارب أن يرده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا لرب  
المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبد فظهر به عيب فقال رب  
المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فإذا رضى به فقد  
أبطل حق نفسه ولو أن رب المال دفع إليه ألف درهم مضاربة على أن يشتري بها عبد  
فإن بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب ولم يره فليس له أن يرده بخيار الرؤية ولا  
بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضامنه بذلك العيب فكأنه قال بعد الشراء  
قد رضيت بخلاف ما إذا أمره بشراء عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشتري العبد  
المعيب لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به وهل له أن يأخذ بالشفعة في دار  
اشترها أجنبي إلى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار نفسه والمضارب  
شفيها بدار أخرى من المضاربة ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولو دفع المال  
إلى رجلين مضاربة فليس لاحدهما أن يبيع ويشتري بغير إذن صاحبه ولا يعمل أحدهما  
شيئا مما للمضارب الواحد أن يعمله سواء قال لهما اعملا برأيكما أولم يقل لانه رضى  
برأيهما ولم يرض برأى أحدهما فصار كالوكيلين وإذا أذن له الشريك في شئ من ذلك  
جاز في قولهم جميعا لانه لما أذن له فقعداجتمع رأيهما فصار كأنهما عقدا جميعا  
(وأما) القسم الذى ليس للمضارب أن يعمله الا بالتنصيص عليه في المضاربة  
المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال  
ويكون دينا على المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة في رأس المال من غير  
رضا رب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن  
المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب  
لو اشترى برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فان المضارب يرجع إلى رب  
المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لالزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا  
لا يجوز ثم الاستدانة هي أن يشتري المضارب شيئا بثمن دين ليس في يده من جنسه  
حتى انه لو لم يكن في يده شئ من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى  
برأس المال سلعة ثم اشترى شيئا بالدراهم أو الدنانير لم يجز على المضاربة وكان  
المشتري له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن ليس في يده من جنسه فكان  
مستدينا على المضاربة فلم تجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء وجد نفاذا عليه  
كالوكيل بالشراء إذا خالف وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل لانه لما اشترى بما  
ليس في يده من جنسه صار مستدينا على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما في  
يد المضارب من العبد أو العرض يساوى رأس المال أو أكثر فاشترى شيئا للمضاربة  
بالدراهم والدنانير لبيع العرض ويؤدى ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا  
لما ذكرنا انه استدانة ولو باع ما في يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك  
في يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن  
وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوق العقد له فلا يصير بعد ذلك



للمضاربة وكذا إذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشتري باكثر من رأس المال الذي في يده لان الزيادة تكون دينا وليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بالفى درهم ومال المضاربة الف كانت حصة الالف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على الالف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لانه يملك الشراء بالالف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا إذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم في يده فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل اذالم يكن في يده شئ من ذلك لان الشراء بغير المال يكون استدانة على المال ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشترى ثوبا أو عبدا بمكيل أو

[ 91 ]

موزون موصوف في الذمة كان المشتري للمضارب لان في يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان في يده دراهم فاشترى سلعة بدراهم نسيئة لم يكن استدانة لان في يده من جنسه ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير أو كان في يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفى الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعروض (وجه) الاستحسان ان الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أثمان الاشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنايات وقيمة المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما إلى الآخر فكانا بمنزلة شئ واحد فكان مشتريا بئمن في يده من جنسه وكذلك لو اشترى بئمن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه في الصفة بان اشترى بدراهم بيض ورأس المال دراهم سود أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة أو اشترى بدراهم سود ورأس المال دراهم بيض أو اشترى بدراهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شئ من ذلك على المضاربة ويكون استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمد ان اشترى بما صفته انقص من صفة رأس المال جازو هذا يشير الى أنه لو اشترى بما صفته أزيد من صفة رأس المال انه لا يجوز على المضاربة (ووجهه) انه إذا اشترى بما صفته أنقص من صفة رأس المال كان في يده ذلك القدر الذى اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز وإذا اشترى بما صفته أكمل لم يكن في يده القدر الذى اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولو كان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانير أو بفلوس قيمة ذلك الف لا يملك أن يشتري بعد ذلك على الف المضاربة شياً بالف أخرى أوغير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقا بالئمن الاول فلو اشترى بعد ذلك لصار مستدينا على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أو لاعبد ابخمسائة لا يملك بعد ذلك أن يشتري الا بقدر خمسمائة لان الخمسمائة خرجت من المضاربة و كذلك كل دين يلحق رأس المال لان ذلك صار مستحقا من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فإذا اشترى باكثر مما بقى صار مستدينا على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له أن يشتري متاعا بئمن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبدا بكر حنطة موصوفة فان

اشترى بكر حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفي يده جازو ان كان في يده أجود مما اشترى به أو أدون لم يكن للمضاربة وكان للمضارب لانه اذالم يكن في يده مثل الثمن صار مستدينا على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة في الدراهم لان اختلاف الجنس هناك بين الدرهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلف الصفة أولى لانه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم في جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما إذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لان قوله اعمل برأيك تفويض إليه فيما هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصا ثم كما لايجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كما متطوعا في ذلك كله لانه اذالم يبق في يده شئ من رأس المال صار بالاستئجار مستدينا على المضاربة فلم يحز عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعا في مال الغير كما لو حمل متاعا لغيره أو قصر ثيابا لغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك إذا صبغها سودا من ماله فنقصها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريكا بالسواد لانه لم يوجب في العين زيادة بل أوجب نقصانا فيها ولا يضمن بفعله سواء قال له اعمل برأيك أو لم يقل لانه ماذن فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان في يده فضل فصاغ الثياب به سودا

[ 92 ]

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

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

[ 93 ]

المال فقد تعين للمضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه فيقدر نصيبه كعبد بين شريكين اعتقه أحدهما وكذلك ان كاتب عبدا من المضاربة أو أعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يجز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما على مال فإذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء لانه لا يتضرر به في الحال وفي الثاني أما في الحال فلا يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته مادام شئ منه فكذا هذا (وأما) الثاني فلانه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقي على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشريكين إذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه نقض بيعه وان باع ملك نفسه لما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج إلى قسمين قسمة البيت مع المشتري وقسمة بقية الدار مع الشريك الاول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا هذا بخلاف ما إذا دبر المضارب نصيبه أو أعتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع إذا أمكن وهناك لا يمكن لان التدبير والاعتاق تصرفان لا يحتملان الفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا أن لرب المال أن يأخذ ما أدها المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب عبد مشترك بينهما وكذلك إذا

كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبيدين قيمة كل واحد منهما ألف فاعتق أحدهما انه لا يجوز اعتاقه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز اعتاقه في نصيبه منها لان رأس المال ليس الا الالف فما زاد على ذلك يكون ربحا ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه في نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب ملك في أحد العبيدين لان كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والآخر ربحافليس أحدهما بأن يجعل رأس المال والآخر ربحا أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين في الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب في الربح وكذلك لو كان في يد المضارب عشرون عبداقيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه في واحد منهم لانه لا يتعين للمضارب في واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون هو رأس المال فإذا لم يملك شيئا منهم لا ينفذ اعتاقه من مشايخنا من قال هذا على أصل أبي حنيفة ان العبيد والجواري لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم على حدة لان العبيد والجواري بمنزلة اجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك في الاجناس المختلفة من العروض ونحوها فأما على أصل أبي يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ اعتاقه في قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا بالاتفاق لان عندهما انما يقسم القاضى قسمة واحدة إذا رأى القاضى ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بدون بيان الثمن بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا لو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة الفطر بسببهم في عامة الروايات والاصل ان مال المضاربة إذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه إلى بعض يتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال وإذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال لا يضم أحدهما إلى الآخر فلا يتعين للمضارب في أحدهما ملك لا تشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا في هذه المسألة ان رب المال لو أعتق العبيد نفذ اعتاقه في جميعهم لانه إذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملك نفذ على رب المال فإذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصة المضارب فيهم سواء كان موسرا أو معسرا (أما) الضمان فلان المضارب وان لم يملك شيئا من العبيد فقد كان له حق ان يتملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما استوى فيه اليسار والاعسار لانه أعتق الكل مباشرة ونفذ اعتاقه في الكل فصار متلغا المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى إلى نصيب الشريك على أصل أبي يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبدا من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه ان لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

[ 94 ]

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تحرير وانها مبينة على الملك فإذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى النسب ولاملك له في الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فإذا ازدادت قيمته فقد ملك جزأ منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملك انه تنفذ دعوته بخلاف ما إذا أعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير لا يتوقف كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة

والعبد المشترك إذا اعتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيئاً ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولدا يساوي ألفاً فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لانه ليس لاحد هما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخي وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على انها علقت قبل أن يشتريها فاما إذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسألة يتغير لان المضارب يغرم العقر مائة فإذا استوفى هارب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقض رأس المال وصار تسعمائة فيتعين للمضارب ملك فيهما جميعاً فنفذت دعوته ويثبت النسب وإذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الام سبعمائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرم خمسين درهما وهو تمام ما بقى من الام فظهر ان الولد ربح بينهما فيعتق نصف الولد من المضاربة ويسعى في النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب هو الصحيح وذكر محمد في الاصل مسألة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما إذا اشترى جارية بألف درهم تساوي ألفاً فولدت ولدا يساوي ألفاً فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويغرم العقر فان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الربح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربه عليه ولا ضمان عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الربح في الجارية حتى يصل إلى رب المال شئ من المال فلا يملك شيئاً منها ولا صحة للاستيلاء بدون الملك ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت ألفين فان الجارية أم ولد له لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وان لم يكن له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله ولو زادت قيمتهما جميعاً فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لانه ملك بعض كل واحد منهما لانه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ألفى درهم وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الربح ألفاً ومائة وللمضارب أن يستوفى من ربح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقي من الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما لان لكل واحد منهما أربعمائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقي الولد ربحاً بينهما يسعى في نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدوري رحمه الله هذا الذي ذكره عيسى هو جواب محمد في المسألة التي قدمناها إذا لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد في المسألة الزيادة تجب أن يقول اذا لم تزد قيمتها ينبغي أن يغرم المضارب الفاً ومائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقي تسعمائة بينهما فمن أصحابنا من قال القياس ما أجاب به في المسألة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرم بعد ما غرم تمام رأس ماله الانصف ما بقى من الام لان نصف ما بقى من الام ربح بينهما فلا يجوز أن يغرم الكل والذي أجاب به في مسألة الزيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية كثير العتق والرق إذا اجتمعا غلبت الحرية

الرق ومن أصحابنا من قال انما افتרכת المسئلتان لو صفهما لان سبب العتق في مسألة الزيادة زيادة قيمة الولد وفي المسألة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العقر فلما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه أن يجتمع ربحه في الجارية (وأما) في المسألة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال إلى الجارية لان المضارب قد ملكها وقد قيل أيضا ان في تلك المسألة انما قصد تكثير العتق وفي المسألة الاخرى اذالم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية أم ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوته صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة إلى وقت العلق ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا تجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطئ ملك نفسه وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسألة في موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد بن ابي حنيفة انه لا يملك أن يشتري شيئا من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جائز اذالم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلانه إذا لم يكن في المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن المضاربة فلان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع وبراءتها للمشتري وكان اتفاهما في التزويج اخراجا اياها عن المضاربة وبحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما أخرجها من المضاربة صار كانه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان المضارب ن لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزويج ليس من التجارة وذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن يكون هذا قولهم لان عند أبي يوسف ان كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة على ان ينفق من المال لم يجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين دفع إليه اعمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كما لو أجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الانفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط في اجارة الخياط والصيغ في الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الرأي إليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدلها رب المال ولو أخذ أرضا مزارعة على أن يزرعها فما خرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاما ببعض الزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له اعمل برأيك لم يجز لانه يوجب حقا لرب الارض في مال رب المال فيصير كانه شاركه بمال المضاربة وانه لا يملك الاشراك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل برأيك فإذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقر إذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك إذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعتة وانما البقر آلة العمل والآلة تبع ما لم يقع عليها العقد ولو دفع المضارب أيضا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل لانه لم يوجب شركة

في مال رب المال انما أجر أرضه والإجارة داخلة تحت عقد المضاربة والله عزوجل أعلم (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمله إذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة إلى غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بمال نفسه إذا قال له رب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيئا من ذلك إذا لم يقل له ذلك أما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة

[ 96 ]

والشئ لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما) الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لانها أعم من المضاربة والشئ لا يستتبع مثله فما فوقه أولى (وأما) الخلط فلانه يوجب في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز الا باذنه وان لم يقل له ذلك فدفعت المضارب مال المضاربة مضاربة إلى غيره فنقول لا يخلو من وجوه اما ان كانت المضاربتان صحيحتين واما ان كانتا فاسدتين واما ان كانت احدهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانتا صحيحتين فان المال لا يكون مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع إلى الثاني حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل يهلك امانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضمونا بنفس الدفع عمل الثاني أولم يعمل وإذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضا (وجه) قول زفر ان رب المال إذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضاربة إلى غيره فإذا دفع صار بالدفع مخالفا فصار ضامنا كالمودع إذا أودع (ولنا) ان مجرد الدفع ايداع منه وهو يملك ايداع مال المضاربة فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا ضمان على الاول حتى يعمل به الثاني ويربح فإذا عمل به وربح كان ضامنا حين ربح وان عمل في المال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن أبي يوسف انه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فإذا عمل ضمن ربح الثاني أولم يربح وهكذا روى ابن سماعة والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجه) قولهما انه لما عمل فقد تصرف في المال بغير اذن المالك فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يربح ولا يربح ولا يبي حنيفة لا سبيل إلى التضمن بالدفع لانه ايداع وابطاع ولا بالعمل لانه ما لم يربح فهو في حكم المبضع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لانه مجرد قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال ثبات المضارب الاول فصار الاول مخالفا فيضمن كما لو خلط مال المضاربة بغيره أو شارك به واذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس العمل على اختلافهم في ذلك قرب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني أما على أصل أبي يوسف ومحمد في المودع إذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان الاول تعدى بالدفع والثاني تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع إذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسألة الوديعة فيحتاج إلى الفرق لان الضمان عنده على المودع الاول لا على الثاني وفي مسألة المضاربة أثبت له خيار تضمين الثاني لان المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملا لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة الاول لحفظ الوديعة فلم يضمن فان ضمن المضارب الاول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الاول والثاني والربح على ما شرطا لانه لما تقرر الضمان على الاول فقد ملك المضمون وصار كانه دفع مال نفسه مضاربة إلى الثاني فكان

الربح على ما شرطت الا ان الشرط قد صح وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الاول وصار حاصل الضمان على الاول لان الاول غره بالعقد فصار مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كمودع الغاصب وهو ضمان كفالة في الحقيقة لان الاول التزام له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما إذا غصب رجل شيئاً فرهنه فهلك في يد المرتهن فاختر المالك تضمين المرتهن انه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن (ووجه) الفرق ان قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين ان قبضه لم يصح فتبين ان الرهن لم يصح إذا لاصحة له بدون القبض فاما في المضاربة فيضمن الثاني ابطال القبض بعد وجوده لان المضاربة عقد جائز فكان لبقائه حكم الابتداء كانه ابتداء العقد بعد أداء الضمان فكان التضمين ابطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل المضاربة ألا ترى ان المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وان بطل قبضه ولورد المرتهن الرهن على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سماعة عن محمد انه يطيب الربح للاسفل ولا يطيب للاعلى على قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لان استحقاق الاسفل بعمله ولا خطر في عمله فيطيب له الربح فاما الا على

[ 97 ]

فانما يستحق الربح برأس المال والملك في رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجير في مال المضاربة والثاني أجير الاول فصار كمن استأجر رجلا يعمل في ماله فاستأجر الاجير رجلا وان كانت احدهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثاني في المال لان المضارب الثاني أجير الاول والاجير لا يستحق شيئاً من الربح فلم يثبت له شركة في رأس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثاني لانه لا ضمان على الاجير وله أجير مثل عمله على المضارب الاول وللمضارب الاول ما شرط له من الربح لوقوع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثاني صحيحة فكذلك لان الاول أجير في مال المضاربة فلا حق له في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان إذا الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الاول اجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكانه عمل بنفسه وللثاني على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل مضاربة صحيحة وقد سمي له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل له رب المال اعمل برأيك فاما إذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة إلى غيره لانه قوض الرأي إليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم إذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فنقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلوا ما ان كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يصفه إلى المضارب بان قال على ان ما رزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه إلى المضارب بان قال على ان ما رزقك الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عزوجل من ربح أو على ان ما ربحت من شئ أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يصفه إلى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال إلى غير مضاربة بالثلث فربح الثاى فثلث جميع الربح للثاني لان شرط الاول للثاني قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه للثاني فكان ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيئاً فانصرف شرطه إلى نصيبه لا إلى نصيب رب المال فبقى نصيب رب المال على حاله وهو



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

[ 98 ]

وإذا دفع مضاربة بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثاني والنصف بينهما نصفين وإذا دفعه مضاربة بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثاني والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس في الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف إلى كل الربح وكذا له أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه لانه فوض الرأي إليه وقد رأى الخلط وإذا ربح قسم الربح على المالكين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذا له أن يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح وإذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح فيستوفى منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أو يعمله أصلا ورأسا فبشراء مالا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (أما) الاول فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمدير لان المضاربة تتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فمالا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضا فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيئا من ذلك كان مشتريا لنفسه لا للمضاربة فان دفع فيه شيئا من مال المضاربة يضمن وان اشترى ثوبا أو عبدا أو عرضا من العروض بشيء مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضاربة لان المبيع هنا مما يملك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسدا والاذن بالشراء المستفاد بعقد على

المضاربة يتناول الصحيح والفاقد (وأما) إذا كان الثمن مائة أو دما فما اشترى به لا يكون على المضاربة لان الميئة والدم لا تملك بالقبض أصلا (وأما) الثاني فنحو أن يشتري ذارحم محرم من رب المال فلا يكون المشتري للمضاربة بل يكون مشتريا لنفسه لانه لو وقع شراؤه للمضاربة لعنتق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى ذارحم محرم من نفسه فان لم يكن في المال ربح فالشراء على المضاربة لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة لانه إذا كان في المضاربة ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه؟ ولا على بيع الباقي لانه معتق البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة لما قلنا (وأما) الضمارة المفيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة في جميع ما وصفنا لا تفارقها الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيدان كان مفيدا يثبت لان الاصل في الشروط اعتبارها ما أمكن وإذا كان القيد مفيدا كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقا فيما وراءه على الاصل المعهود في المطلق إذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقا فيما وراءه كالعام إذا خص منه بعضه انه يبقى عاما فيما وراءه وان لم يكن مفيدا لا يثبت بل يبقى مطلقا لان مالا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم إذا عرفنا هذا فنقول إذا دفع رجل إلى رجل مالا مضاربة على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير الكوفة لان قوله على ان من أفاظ الشرط وانه شرط مفيد لان الاما كن تختلف بالرخص والغلاء وكذا في السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدما وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراء ما تناوله العقد على أصل العدم وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلان لا يملك الامر بذلك أولى وان أخرجها من الكوفة فان اشترى بها وباع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفا فيضمن وكان المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وان لم يشتري بها شيئا حتى ردها إلى الكوفة برئ من الضمان ورجع المال مضاربة على حاله لانه عاد إلى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع إذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يردده حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لانه لما لم يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رد رجع على المضاربة لانه تقرر الخلاف في القدر المشتري وزال عن القدر المردود ولو دفع إليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في الكوفة في غير

[ 99 ]

سوقها فهو جائز على المضاربة استحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به في سوق الكوفة أو لاتعمل به الا في سوق الكوفة فعمل في غير سوق الكوفة يضمن لان قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة حبر له فلا يجوز تصرف بعد الحجر وفي الفصل الاول ما حبر عليه بل شرط عليه ان يكوع عمله في السوق والشرط غير مفيد فلغا ولو قال له خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم يجزله العلم في غيرها لان في كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي اذن له فيه فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك إذا قال له فاعمل به في الكوفة لما قلنا ولان الفاء من حروف

التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق إذا لم يجز التصرف في غيرها وكذلك إذا قال حذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباء حرف الصاق فتقتضى التصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها ولو قال حذ هذا المال مضاربة واعمل به في الكوفة فله أن يعمل بالكوفة وحيث ما بداله لان قوله حذ هذا المال مضاربة اذن له في التصرف مطلقا وقوله واعمل به في الكوفة اذن له بالعمل في الكوفة فكان له أن يعمل في أي موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبدان عبيدي ثم قال له اعتق عبيدي سالما ان له أن يعتق أي عبد شاء ولا يتقيد التوكيل باعتاق سالم كذا هذا إذا لمضاربة توكيل بالشراء والبيع ولو قال حذ هذا المال مضاربة إلى سنة جازت المضاربة عندنا وقال الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة (وجه) قوله أنه إذا وقت للمضاربة وقتا فيحتمل أنه لا يحوز كونها في الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضاربة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضاربة وقياس قولهم في الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا في التوكيل إذا قيل له بعد اليوم ولا تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له أن يبيعه غدا وكذا إذا قيل له على أن تبعه اليوم دون غد ولو قال حذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال تشتري به الطعام أو قال حذ هذا المال مضاربة بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له أن يشتري سوى الطعام بالاجماع لما ذكرنا على أن ان للشرط والاصل في الشرط المذكور في الكلام إعتباره والفاء لتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله يشتري به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله في الطعام ففى كلمة ظرف فإذا دخلت على ما لا يصلح ظرفا تصير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضى التقييد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون أقرب إلى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون في ذلك فقد يهتدى الانسان إلى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيدا فيتقيد به ولا يملك أن يشتري غير الطعام والطعام هو الحنطة ودقيقها إذ لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض والامر يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام في عرفهم لا ينطلق الا على الحنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا آخر بان قال له حذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له أن يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وان يبضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب في المضاربة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق إذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيا وراءه وقال ابن سماعة سمعت محمدا قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة فقال له ان اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولى الثلثان فقال هذا جائز وله أن يشتري أي ذلك شاء على ما سمي له رب المال لانه خيره بين عمليين مختلفين فيجوز كما لو خير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية ولو دفع إليه على انه ان عمل في المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جازو الربح بينهما على ما شرطا ان عمل في المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى في المصر وباع في السفر أو اشترى في السفر وباع في المصر فقد روى عن محمد انه قال المضاربة في هذا على الشراء فان اشترى في المصر فما ربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر سواء

باعه في المصر أو في غيره لان المضارب انما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فإذا اشترى في المصر تعين أحد العاملين فلا يتغير بالسفر وان عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر فربح كل واحد من المالكين على ما شرط ولو قال له على أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشتري ويبيع من غيره وقال الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة لان في تعيين الشخص تضيق طريق الوصول إلى المقصود من التصرف وهو الربح وتغيير مقتضى العقد لان مقتضى القعد التصرف مع من شاء (ولنا) ان هذا شرط مفيدلا ختلاف الناس في الثقة والامانة لان الشراء من بعض الناس قد يكون أريح لكونه أسهل في البيع وقد يكون أو ثق على المال فكان التقييد مفيدا كالتقييد بنوع دون نوع وقوله التعيين بغير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيدا من الابتداء وانه قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على ان تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع فاشترى وباع من رجال بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لان هذا الشرط لا يفيد الا ترك السفر كانه قال على ان يشتري من غير الضيافة ما بداله من الصرف لان التقييد بالضيافة لا يفيد الا تخصيص البلد أو النوع فإذا حصل ذلك من صير في أو غيره فهو سواء ولو دفع إليه مالا مضاربة ثم قال له بعد ذلك اشتره البز وبع فله أن يشتري البز وغيره لانه أذن بالشراء مطلقا ثم أمره بشراء البز فكان له أن يشتري ما شاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضاربة واعمل به الكوفة الا ان هناك القيد مقارن وههنا متراخي وقد ذكرناه وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على انه نهاء بعد الشراء والحكم في التقييد الطارئ على مطلق العقد انه ان كان ذلك قبل الشراء يعمل وان كان بعد ما اشترى به لا يعمل إلى أن يبيعه بمال عين فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري الا ما قال ولو دفع إليه مالا مضاربة على أن يبيع ويشترى بالنقد فليس له أن يشتري ويبيع الا بالنقد لان هذا التقييد مفيد فيتقيد بالمذكور ولو قال له بع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد جاز لان النقد انفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيدا فلا يثبت القيد وصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع بأكثر منها جاز كذا هذا (وأما) الذي يرجع إلى عمل رب المال مما له أن يعمل وما ليس له أن يعمل فقد قال اصحابنا إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز ببيعه وإذا باع بأقل من قيمته لم يجز الا ان يجيزه المضارب سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لان جواز بيع رب المال من طريق الاعانة للمضارب وليس من الاعانة ادخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو كثر وعلى هذا لو كان المضارب اثنين فباع أحدهما باذن رب المال لم يجز أن يبيعه الا بمثل القيمة أو أكثر الا أن يجيزه المضارب الآخر لان أحد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه غبن فلا يملك الامر به وإذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل أو لا فضل فيه فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب وأراد امساكه حتى يجد ربحا فان المضارب يجبر على بيعه الا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال لان منع المالك عن تنفيذ ارادته في ملكه لحق يحتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل إليه ولكن يقال له ان أردت الامساك فرد عليه ماله وان كان فيه ربح يقال له ادفع إليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع اليك ولو أخذ رجل مالا ليعمل الاجل ابنه مضاربة فان كان الابن صغيرا لا يعقل البيع فالمضاربة للاب ولا شئ للابن من الربح لان الربح في باب المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فان كان الابن يقدر على العمل فالمضاربة للابن والربح له ان عمل فان عمل الاب بامر الابن فهو متطوع وان عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لانه ليس له أن يعمل فيه بغير اذنه فصار كالأجنبي وقد قالوا في المضارب إذا اشترى

جارية فليس لرب المال أن يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن اما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه لان للمضارب فيه ملكا ولا يجوز وطئ الجارية المشتركة وان لم يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولو مات كان للمضارب أن يبيعه

[ 101 ]

فصارت كالجارية المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وان لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجه) قول زفران هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله إذا لمالان جميعا لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كال أجنبي لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب دارا ورب المال شفيعها بدار أخرى بجنبها فله أن يأخذ بالشفعة لان المشتري وان كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له دليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من المضارب ولو باع المضارب دار أمن المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل بيع الدار إذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصة رب المال فكذلك هو وكيل بيعها وأما حصة المضارب فلا نالو أو جنبنا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري ولان الربح تابع لرأس المال فإذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال دار لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفاء بثمان الدار لم تجب الشفعة لانه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن في يده وفاء فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لانه أخذها لرب المال وان كان فيه ربح فللمضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيبا في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو ان أجنبيا اشترى دارا إلى جانب دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفاء بالثمان فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضاربة وملك التصرف في المضاربة للمضارب فإذا سلم جاز بتسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفاء فان كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم أحدهما فلآخر أن يأخذها جميعا لنفسه بالشفعة كداربين اثنين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب فيه قال أبو يوسف إذا استأجر الرجل أجيرا كل شهر بعشرة دراهم ليشتري له ويبع ثم دفع المستأجر إلى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شئ للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شئ للاجير في الوقت الذي يكون مشغولا بعمل المضاربة (وجه) قول محمد انه لما دفع إليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة ونقضها فما دام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولان الاجارة شركة لهذا لاتقبل التوقيت ولو شاركه بعدما استأجره جازت الشركة فكذا المضاربة ولا بى يوسف انه لما استأجره فقد ملك عمله فإذا دفع إليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحا بعمل قد ملكه رب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والاجر ولا يجوز أن ينقض الاجارة بالمضاربة

لان الاجارة أقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشئ لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قد ملك العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكأنه امتنع من عمل الاجارة فيسقط عنه الاجرة بحصته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبدا قيمته ألف فقتل عمدا فلرب المال القصاص لان العبد ملكه على الخصوص لاحق للمضارب فيه وان كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وان اجتمعا لان ملك كل واحد منهما لم يتعين أما رب المال؟ فلان رأس المال ليس هو العبد وانما هو الدراهم ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع إليه من الثمن وإذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال وإذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجب القصاص لو احد منهما وان اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

[ 102 ]

من القاتل في ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط في القتل العمد لمانع مع وجود السبب فتجب الدية في ماله ويكون المأخوذ على المضاربة يشترى به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضاربة فيكون على المضاربة كالثمن وذكر محمد في النوادر إذا كان في يد المضارب عبد ان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدين عمدا لم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله ويكون في المضاربة لما قلنا والاصل ان في موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربة وفي كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضاربة لان القصاص إذا استوفى فقد هلك مال المضاربة وهلاك مال المضاربة يوجب بطلان المضاربة والقيمة بدل مال المضاربة فكانت على المضاربة كالثمن وقال محمد وإذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبدا يساوى الفا فقتله رجل عمدا فلا قصاص فيه لا لرب المال ولا للمضارب ولا لهما إذا جتمعا أما رب المال فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لرأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بماله ولهذا لو عفا المريض عن القصاص كان من جميع المال وإذا لم يصربه مستوفيا رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال وإذا استوفى تبين أن العبد كان ربها فتبين أنه انفرد باستيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما الاجتماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا في القتل العمد إذا ادعى على عبد المضاربة انه هل يشترط حضور الولي لسماع البينة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد في باب القصاص مبقى على أصل الحرية بدليل أنه لو أقربه يجوز اقراره وان كذبه الولي فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحر (ولهما) ان هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة على جناية الخطأ وقد قالوا جميعا لو أقر العبد بقتل عمدا فكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شريكين وقد أقربه العبد فعفا أحدهما فلا شئ للآخر لان موجب الجناية انقلب مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال فصار كان أقر بجناية الخطأ فان كان رب المال صدقه في اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أوافده وان كان المضارب صدقه وكذبه

رب المال قيل للمضارب ادفع نصيبك أو افده وصار كاحد الشريكين إذا أقرفى العبد  
بجناية وكذابه الاخر (وأما) وجوب القصاص على عبد المضاربة وان لم يجب بقتله  
القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فإذا كان هو القاتل  
فالمستحق للقصاص هو ولى القاتل وانه متعين وتجاوز المراجعة بين رب المال  
والمضارب وهو ان يشتري رب المال من مضاربه فيبيعه مراجعة أو يشتري المضارب  
من رب المال فيبيعه مراجعة لكن يبيعه على أقل الثمنين الا إذا بين الامر على وجهه  
فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب  
من رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشترى مال نفسه  
بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال إذ المالك مال والقياس  
يأبى ذلك الا انا استحسنا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل  
ذلك بيعا في حقهما لا في حق غيرهما بل جعل في حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان  
المراجعة بيع يجريه البائع من غير بينة واستخلاف فتجب صيانتة عن الجناية وعن شبه  
الجناية ما أمكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما الجواز ان رب المال باعه من  
المضارب بأكثر من قيمته ورضى به المضارب لان الجود بمال الغير أمر سهل فكان  
تهمة الجناية ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مراجعة الا على أقل  
الثنين بيان ذلك في مسائل إذا دفع إلى رجل الف درهم مضاربة فاشترى رب المال  
عبدا لخمسمائة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مراجعة على خمسمائة  
لانها أقل الثمنين الا إذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو التهمة وقد  
زالت ولو اشترى المضارب عبدا بألف من المضاربة فباعه من رب المال بألف  
ومائتين باعه رب المال مراجعة بألف ومائة ان كانت

[ 103 ]

المضاربة بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة  
المضارب لانه لاحق فيه لرب المال فصار كان رب المال اشترى ذلك من أجنبي  
وتمكنت الشبهة في حصة رب المال لانه ماله بعينه فكانه اشترى من نفسه فتسقط  
حصته من الربح الا إذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال  
سلعة بألف درهم تساوى الفاو خمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فان  
المضارب يبيعه مراجعة بألف ومائتين وخمسين الا إذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا  
قال ابن سماعه في نوادره عن محمد سمعت أبا يوسف يقول في مسألة المضاربة  
وهو آخر ما قال إذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس  
المال الف في يد المضارب فان المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب  
بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال بمائة يبيعه أبدا على أقل الثمنين لانه  
لا تهمة في الاقل وانما التهمة في الزيادة فيثبت مالا تهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة  
ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فانه يبيعه مراجعة  
على خمسمائة وخمسين لان المائة الزيادة على الالف ربح فنصفها للمضارب وما  
اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح إلى القدر  
الذى اشترى رب المال به ويسقط خمسمائة لانها نصيب رب المال ويسقط خمسون  
لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مراجعة على خمسمائة وخمسين ولو اشتراه  
المضارب بستمائة باعه مراجعة بخمسمائة لانه لا فضل في ثمنه عن رأس المال  
فيسقط كل الربح ويباع على أقل الثمنين والاصل أن المضارب لا يحتسب شيئا من  
حصة نفسه حتى يكون ما نقد أكثر من الف فيجب من حصته نصف ما زاد على الالف  
لانه اذا لم يزد على الف بان اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله في المال ربح

لم يتعين له في المشتري حق لكونه مشغولا برأس المال فلا يظهر له الربح كانه اشترى ولاربح في يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل فمتى كان شراء المضارب بأقل الثمنين فان كان للمضارب حصة ضمها إلى أقل الثمنين وإذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين ويضم إليه حصة المضارب ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بألف خمسمائة رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الألفين لان نصيب رب المال من الثمن ألف وخمسمائة فتسقط الزيادة فيها على رأس المال وهو ألف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة ورب المال فيها كالا جنبي فبيعه مرابحة علي ألف ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه رب المال بألف وخمسمائة لان الألف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالأجنبي وخمسمائة نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال ابن سماعه وروى عن أبي يوسف أنه قال وهو قوله الآخران رب المال إذا اشترى عبدا بعشر آلاف ثم باعه من المضارب بمائة باعه المضارب مرابحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة لان البيع على أقل الثمنين لاثمة فيه ولانه اشتراه بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزيد على الثمن الذي اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الحط على قول أبي يوسف فالجواب انه انما لا يجوز له حطه عند أبي يوسف ومحمد لحق رب المال فإذا باعه من رب المال وحط فقد رضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول أبي يوسف الاول الذي أشار إليه ابن سماعه فهو ان الحط لا يجوز لانه قال إذا كان رأس المال ألفا فربح فيه الفائم اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسمائة فان رب المال يبيعه مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك الحط في حق نصيبه ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين فينبغي على هذا القول إذا باع مرابحة أن يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف إلى ما وقع العقد به والصحيح وقوله الاخير لما ذكرنا أن عدم جواز الحط في مال المضاربة لحق رب المال فإذا اشترى هو فقد رضى بذلك فكأنه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لا جنبي

[ 104 ]

وذكر محمد في كتاب المضاربة لو اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بألفين ألف رأس المال وألف ربح فان المضارب يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع على رأس المال وربح المضارب لما بينا ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والعبد يساوى الفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه مرابحة على ألف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت حكمه على ما بينا فيما تقدم الا أن يبين الامر على وجهه فبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فإذا بين فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بألف وقيمه ألف فباعه من المضارب بألفين ألف مضاربة وألف ربح فان المضارب يبيعه مرابحة على الألف لانه لما اشترى ما قيمته ألف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة والمسألة بحالها فان المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار



اشترى مال رب المال بعضه ببعضه على رأس المال الاول ولو كان رب المال اشترى بالفين وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من ذلك لان قيمته الف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولان رب المال لما باعه بالفين ما يساوى الف وهما متهمان في حق الغير في العقد فصار كأنه أخذ الفالا على طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد يساوى الف وخمسمائة والمسألة بحالها وقد اشترى بالف وأراد المضارب ان يبيعه مرابحة باعه مرابحة على الف ومائتين وخمسين لان في العبد ربحا للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالأجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة المضارب من الربح وذكر محمد في الاصل إذا اشترى المضارب عبدا بالف درهم مضاربة فباعه من رب المال بالفين ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من الأجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه مرابحة لم يجزله ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان يبين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الفين وهذه فريضة مسألة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما إذا اشترى شيئا فربح فيه ثم ملكه بشراء آخر فاراد أن يبيعه مرابحة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من القعود وفي مسألتنا قد ربح فيه رب المال الف درهم لان المضارب لما اشترى بالف وباعه من رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه الف وخمسمائة لانه قام عليه بالف وخمسمائة مقدار رأس المال ونصيب المضارب من الربح إذا ضم إلى ذلك فقد ربح الفين فإذا اشترى المضارب بالفين وجب ان يطرح الالفين من رأس المال فلا يبقى شيء ولهذا لم يجز البيع مرابحة الابعدان يبين وأما على قولهما فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مرابحة على جميع الالفين ولو اشترى المضارب عبدا بالف فباعه من رب المال بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وستمائة ثم ان المضارب اشترى من الأجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه مرابحة باعه على الف وأربعمائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قد ربح فيه ستمائة الا ترى ان المضارب لما اشترى بالف باعه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بالف وستمائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح مائتين وخمسين بربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى الف وأربعمائة ولو اشترى المضارب عبدا بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسمائة ثم ان المضارب اشترى من الأجنبي مرابحة بالفين ثم ان رب المال لما حط من الأجنبي ثلثمائة فان الأجنبي يحط من المضارب أربعمائة لان رب المال لما حط من الأجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط إلى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن فيطرح من رأس المال وتطرح حصته من الربح وقد كان الأجنبي ربح مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أربعمائة فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة باعه على الف ومائتين لان رب المال ربح أربعمائة ألا ترى أنه لو باعه من

[ 105 ]

الأجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا لخط من رأس المال والربح جميعا مائتين من رأس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة يبقى الربح أربعمائة فلما اشترى المضارب بالفين ثم حط عنه أربعمائة صار شراؤه بالف وستمائة فيطرح

عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربعمائة فيبيعه على ما بقى وتجاوز المرابحة بين المضاربين كما تجاوز بين المضارب ورب المال قال محمد في اصل إذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ودفع إلى رجل آخر ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بألف فاراد الثاني أن يبيعه مرابحة بابعه على خمسمائة وهو أقل الثمنين لان مال المضاربين لرجل واحد فصار بيع أحدهما من الآخر في حق الاجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين ولو باعه الاول من الثاني بالفين ألف من المضاربة والف من مال نفسه فان الثاني يبيعه مرابحة على ألف ومائتين وخمسين لان الثاني اشترى نصفه لنفسه وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بما تين وخمسين فيبيعه الثاني مرابحة على ألف لانه لا نصيب لو احد منهما في شراء صاحبه فصارا كالاثنين فاما النصف الذي اشترى الثاني بالف المضاربة فقد كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بألف المضاربة فباعه من الثاني بالفين للمضاربة الف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مرابحة بألف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح وأقل الثمنين ألف وحصه المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة والمسألة بحالها بابعه الثاني على ألف لان أقل الثمنين خمسمائة وحصه المضارب خمسمائة فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصه من الربح والربح في المضاربة بينهما على الشرط والوضعية على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لان المال أمانة في يده (وأما) الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في ماله المضاربة شيئان أحدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيما فيه النفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقلة لا يسافر بمال غيره لفائدة تحمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لا تمتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها فكان اقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفنا اذنا من رب المال للمضارب بالانفاق من مال المضاربة كان مأذونا في الاتفاق دلالة فصار كما لو أذن له به نصاً ولانه يسافر لا جل المال لا على سبيل التبرع ولا يبدل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبضع لا يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا وروى ابن سماعه عن محمد في الشريك إذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فخروج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضاربة سواء كان المصر مصره أو لم يكن فما دام يعمل به في ذلك المصر فان نفقته في مال نفسه لا في مال المضاربة وان أنفق شيئاً منه ضمن لان دلالة والاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضر لا تكون لاجل المال لانه كان مقيماً قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من ذلك حتى لو خرج من المصر يوماً أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبي يوسف من مكان المضاربة لوجود الخروج من المصر لا نفسه أو كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقيماً بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه وان نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً ما لم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه دار إقامة لانه اذا لم يتخذ دار إقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذه وطناً كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصلى

فنقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال الا بالاقامة في مصره أو في مصر يتخذها دار اقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بينة العود إلى المصر

[ 106 ]

الذي أخذ المال فيه مضاربة فان نفقته من مال المضاربة حتى يدخله فإذا دخله فان كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له في المال مادام بالكوفة لما قلنا فإذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خروجه لا جل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلى له فكان اقامته فيها لا جل الوطن لا لاجل المال فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامة وانه يبطل بالسفر فإذا عاد إليها وليس له وطن فكان اقامته فيا لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضاربة حرا كان أو عبدا أو أجيرا يخدمه أو يخدم دابته لان نفقتهم كنفقة نفسه لانه لا يتهاى له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضاربة ونفقتهم على رب المال خاصة لان اعانة عبد رب المال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضاربة كذا عبيده فأما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب إذا عمل بنفسه في المال انفق عليه منه كذا بعده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضاربة وله أن ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق من مال المضاربة على نفسه ويكون ديناً في المضاربة حتى كان له أن يرجع فيها لان الانفاق من المال وتدييره إليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة كالوصي إذا اتفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما انفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا انه ان يرجع بما أنفق في مال المضاربة لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشئ كذا ذكر محمد في المضاربة لان نفقه المضارب من مال المضاربة فإذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضاربة فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراش ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج والحطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة لان المضارب لا بدله منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحجامة والفصد والتنور والادهان وما يرجع إلى التداوى وصلاح البدن ففي ماله خاصة لا في مال المضاربة وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضاربة عنده وذكر في الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضاربة والصحيح أنه يكون في ماله خاصة لان وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة هذا إذا قضى القاضى بالنفقة يقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها يجرى مجرى الطعام والادام وقال بشرقي نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من المأكول المعتاد (وأما) قدر النفقة فهوان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد

وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضاربة لان سفره في الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافرا في مال المضاربة لان عمل التجارة على هذا وهو ان يتفق الشراء في وقت ودون وقت ومكان وسواء سافر بمال المضاربة وحده أو بماله ومال المضاربة ومال المضاربة لرجل أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضاربة أو بمالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالحصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فيهما وان كان أخذ المالين مضاربة لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضاربة لان سفر لاجله لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لانه بدل العمل في المضاربة وليس على رب البضاعة شئ الا أن يكون أذن له في النفقة منها لانه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضاربة بماله وقد أذن له في ذلك فالنفقة

[ 107 ]

بالحصص لان سفر لاجل المالين (وأما) ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أو لا ان كان في المال ربح فان لم يكن فهي من رأس المال لان النفقة جزء هالك من المال والاصل ان لهلاك ينصرف إلى الربح ولاننا جعلناها من رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لا زداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال فإذا رجع المضارب إلى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده إلى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فإذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما بقى إلى المضاربة وروى المعلى عن أبي يوسف إذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبدا بالفين فانفق عليه فهو متطوع في النفقة لانه لم يبق في يده شئ من رأس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالأجنبي إذا أنفق على عبد غيره الا أن يكون القاضى أمره بذلك فان رفعه إلى القاضى فأمره القاضى بالنفقة عليه فما أنفق فهو عليهما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من القاضى بين المضارب وبين رب المال إذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة دينا بأمر القاضى لان له ولاية على الغائب في حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستدانة عليه وانما صار قضاء القاضى بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعيين لان القاضى لما ألزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدورى رحمه الله الاختلاف (وجه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها في رأس ماله في رواية عنه وفي رواية أخرى عنه يقال لرب المال انفق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العقد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الانفاق على ملك غيره فإذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد تعيين الربح ورأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد الأبق من المضاربة إذا جاء به رجل وقيمتها ألفان وليس في يده من المضاربة غير العبد أن يجعل عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان العبد على ملكهما وعد محمد جعل على رب المال يحسب في رأس ماله إذ هو زيادة في رأس المال فإذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقى يكون بينهما على ما اشترطاً من الربح

قال بشر عن أبي يوسف ان الجعل لا يحتسب به في مال المضاربة ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال فان كان هناك ربح فالجعل منه والا فهو وضعية من رأس المال وانما لم يلحق الجعل برأس المال في باب المرابحة لان الذي يلحق رأس المال في المرابحة ما جرت عادة التجار بالحاقه به وما جرت عادتهم بالحاق الجعل ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لزم لاجل المال ويجوز أن يحتسب بالشئ فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال في المضاربة كنفه المضارب على نفسه والثاني ما يستحقه المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان في المضاربة ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفا فاقتهما الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح فان القسمة الاولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يردده إلى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال والاصل في اعتبار هذا الشرط ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ولان الربح زيادة والزيادة على الشئ لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال إذا بقى في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو صحنا قسمة الربح لثبتت قسمة الفرع قبل الاصل فهذا لا يجوز وإذا لم تصح

[ 108 ]

القسمة فإذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولا ثم اقتسما الربح ثم رد الالف التي قبضها بعينها إلى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلية فان هلكت في يده لم تنقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة فاذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو كان الربح في المضاربة الاولى ألفين واقتسما الربح فأخذ رب المال ألفا والمضارب ألفا ثم هلك ما في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الالف الذي قبض لانه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله وإذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضمونا عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شئ لان ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض فيقاؤه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما يردده المضارب فان بقى شئ بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعى انها رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان أمينا لكن

القول قول الامين في اسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم إلى غيره ولان المضارب يدعى خلوص ما بقي من المال والربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء رأس المال إذ الربح لا يكون الا بعد الايفاء إذ هو شرط صحة قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالقسمة مع بقاء رأس المال في يده المضارب فلم يكن الظاهر شاهدا للمضارب وذكر ابن سماعه في نوادره عن أبي يوسف في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته والمضارب يعمل بالنفقة ويترجح فيما يشتري ويبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصانا من رأس المال ولكنهما يحتسبا رأس المال ألفا من جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل رأس المال فيما بقي لئلا يبطل هذا إذا كان في المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شيء للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الربح ولم يوجد (وأما) الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى إذا كان في المال ربح وان لم يكن فلا شيء له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيئا مما ذكرنا ان له أن يعمل في المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شيء مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له أجر مثل عمله سواء كان في الضاربة ربح أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح نماء ملكه وانما يستحق المضارب شطرا منه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله يكون لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع والهلاك في المضاربة الفاسدة مع يمينه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وجعل المال في يده أمانة كما في المضاربة الصحيحة وذكر الطحاوي فيه اختلافا وقال لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن كما في الاجير المشترك إذا هلك المال في يده

[ 109 ]

(فصل) وأما صفة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعنى رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط أيضا أن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عروض وقت النهى لم يصح نهيه وله أن يبيعه لانه يحتاج إلى بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهى والفسخ ابطلا لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهى صح الفسخ والنهى لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لان ذلك لا يعد بيعا لا تحادهما في الثمنية (فصل) وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فان اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بان ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الامكنة أو مع عموم من اشخاص وادعى الاخر نوعا دون نوع ومكانا دون مكان وشخصا دون شخص لان قوله من يدعى العموم موافق للمقصود بالعقد إذ المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر وكذلك لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول من

يدعى الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لى تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه لان الاطلاق أقرب إلى المقصود بالعقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد ان القول قول رب المال في الفصلين جميعا وقيل انه قول زفر (ووجهه) ان الاذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى العموم في دعوى العموم والخصوص لانها تثبت زيادة وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعى التقييد لانها تثبت زيادة فيه وبينه الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال اليك مضاربة في البرز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعا لانه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فترجح بالاذن وانه يستفاد من رب المال فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لان بينته مثبتة وبينه رب المال نافية لانه لا يحتاج إلى الاثبات والمضارب يحتاج إلى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البينتين إذا تعارضتا في صفة الاذن وقد وقتتا ان الوقت الاخير أولى لان الشرط الثاني ينقض الاول فكان الرجوع إليه أولى وان اختلفا في قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالى ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لى نصف الربح فان كان في يد المضارب ألف درهم يقرانها مال المضاربة فالقول قول المضارب في ان رأس المال ألف والقول قول رب المال انه شرطت ثلث الربح وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قول أبى يوسف ومحمد وكان قوله الاول ان القول قول رب المال في الامرين جميعا وهو قول زفر (وجه) قوله الاول ان الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاقا فيها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما إذا قال المضارب بعض هذه الالفين خلطته بها أو بضاعة في يدى لانهما ما اتفقا على ان الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شئ فالقول قوله (وجه) قوله الآخران القول في مقدار رأس المال قول المضارب لانهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى انه لو أنكر القبض أصلا وقال لم أقبض منك شيئا كان القول قوله فكذا إذا أنكر البعض دون البعض وانما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لان شرطا الربح يستفاد من قبله فكان القول في مقدار المشروط قوله ألا ترى انه لو أنكر الشرط رأسا فقال لم أشترط لك ربحا وانما دفعت اليك بضاعة كان القول قوله فكذا إذا أقر بالبعض دون البعض وإذا كان القول قول المضارب في قدر رأس المال في قوله الاخير فالقول قول رب المال في مقدار الربح في قولهم يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الالف الاخرى فلا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول يأخذ رب المال الالفين جميعا وان كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسألة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الاخير

[ 110 ]

واقترسما ما بقى من المال أثلاثا وعلى قوله الاول يأخذ وب المال ألفى درهم ويأخذ ثلثى الالف الاخرى لما بينا وان كان في يد المضارب قدر ما ذكر انه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعا لانه لاسبيل إلى قبول قول رب المال في ايجاب الضمان على المضارب فان جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف وديعة لآخر أو مضاربة لآخر أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر أو على ألف دين فالقول في الوديعة والشركة

والبضاعة والدين قول المضارب في الاقويل كلها لان من في يده شئ فالظاهر انه له الا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الالف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما بينة على ما يدعى من فضل فالبينه بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فيبنة رب المال تثبت زيادة في رأس المال وبينه المضارب تثبت زيادة في الربح وقال محمد رحمه الله إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها الا لفساد العقد فلا يقبل قوله وان قامت لهما بين فالبينه بينة رب المال لانها تثبت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول رب المال لانه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعى تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرطا لربح وفي هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعى صحة العقد ورب المال يدعى فساده فينبغي أن يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوى رب المال وان تعلق به فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره لانه مفيد في الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم أو لم تشتترط لي شيأ ولى أجر المثل فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى اجرا واجبا في ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فان أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على انه لم يشترط له شيأ فالبينه بينة رب المال لانها مثبتة للشرط وبينه المضارب نافية والمثبتة اولى ولو أقام المضارب البينة انه شرط له مائة درهم فيبنته اولى لان البينتين استويا في اثبات الشرط وبينه المضارب أو جبت حكما زائدا وهو ايجاب الاجر على رب المال فكانت اولى وذكر الكرخي رحمه الله انهم جعلوا احكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة الا في هذا الفصل خاصة وهو انه إذا أقام رب الارض والبذر البينة على انه شرطا للعامل نصف الخارج وقال العامل شرطت لي مائة قفيز فالبينه بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل ان من لا بذر له من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه فرجحا بينة من يدعى الصحة والمضاربة ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحا بايجاب الضمان وهو الاجر ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضاربة بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله انه لم يشترط ولان المضارب يدعى استحقا في مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتني المال والربح لي وقال رب المال دفعت اليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى عليه التملك وهو منكر فان أقاما البينة فالبينه بينة المضارب لانها تثبت التملك ولانه لا تنافى بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت إلى مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على أن الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فان قامت لهما بينة فالبينه وبين رب المال لانها تثبت أصل الضمان ولو جحد المضارب المضاربة أصلا ورب المال يدعى دفع المال إليه مضاربة فالقول قول المضارب لان رب المال يدعى عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القبول قوله ولو جحد ثم أقر فقد قال ابن سماعه في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع إلى



شياً ثم قال بلى استغفر الله العظيم قد دفعت إلى ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال لانه أمين والأمين إذا جحد الامانة ضمن كالمودع وهذا لان عقد

[ 111 ]

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخا له أو رفعا له وإذا ارتفع العقد صار المال مضمونا عليه كالوديعة فان اشترى بها مع الجحود كان مشترىا لنفسه لانه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لان من حكم المضارب أن يكون المال أمانة في يده فإذا صار ضمينا لم يبق أمينا فان أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لان العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود الا بسبب جديد فان اشترى بها بعد الاقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لانه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان لان الامر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لان الضمان لا ينافى الامر بالشراء بدليل ان من غصب من آخر شيأ فأمر المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب أو بالشراء به صح الامر وان كان المغصوب مضمونا على الغاصب وإذا بقى الامر بعد الجحود فإذا اشترى بموجب الامر وقع الشراء للآمرولن يقع الشراء له الا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب إذا باع المغصوب بأمر المالك وسلم انه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمغصوب منه إذا أمر الغاصب أن يجعل المغصوب في موضع كذا أو يسلمه إلى فلان انه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبدا فجحده الالف ثم أقر بها ثم اشترى جاز الشراء ويكون للآمر وبرئ الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبدا ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضارب ولو دفع إليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا بعينه ثم جحد الالف ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالالف فان العبد للآمر لان الوكيل يشراء العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للآمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضارب لانه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحمل على الشراء لرب المال الا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد إذا جحده اياه فادعاه لنفسه ثم أقر له به ان البيع جائز هو برئ من ضمانه وكذلك لو دفع إليه عبدا فأمره أن يهبه لفلان فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فباعه ان البيع جائز وهو برئ من ضمانه وكذلك ان أمره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فاعتقه جاز عتقه لما ذكرنا ان الامر بعد الجحود قائم فإذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع العبد أو وهبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سماعة ينبغي في قياس ما إذا دفع إليه الفوأمره أن يشتري بها عبدا بعينه انه يجوز ويلزم الأمر لانه لا يملك ان يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمدا قال في رجل دفع إلى رجل الف درهم مضاربة فجاء بألف وخمسمائة فقال هذه الالف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح وسكت ثم قال على دين فيه لفلان كذا كذا قال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد إذا أقر المضارب انه عمل بالمال وان في يده عشرة آلاف وعلى فيها دين الف أو الفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمي صاحبه أو لم يسمه وان سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة وهذا الذي ذكر الحسن يخالف ما قال محمد (ووجهه) انه إذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح فإذا قال على دين الف فقد رجع عما أقر به لان الربح لا يكون الا بعد قضاء الدين والاقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما إذا

قال ذلك متصلا لان الاقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجه) قول محمدان  
أقر بالدين في حال يملك الاقرار به فينفذ اقراره كما إذا قال هذا ربح وعلى دين  
وقوله ان قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعا عما أقر به من الربح ممنوع فانه  
يجوز انه ربح ثم لزمه الدين ألا ترى ان الرجل يقول قد ربحت ولزمني دين وهو يملك  
الاقرار بالدين فإذا أقر به صح ولو جاء المضارب بالفين فقال الف رأس المال وألف  
ربح ثم قال ما أربح الا خمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب فان المضارب  
يضمن الخمسمائة التي جدها ولا ضمان عليه في باقى المال لان الربح أمانة في  
يده فإذا جده فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن إذا هلك ولو قال المضارب لرب  
المال قد دفعت اليك رأس مالك والذي بقى في يدي ربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك  
ولكن هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لانه صار

[ 112 ]

جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالجحود وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال لم  
أدفعه اليك ولكنه هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لما بينا ولو اختلفا في  
الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت إلى النصف ثم هلك  
المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه إلى رب  
المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لا ناقد بينا أن القول في شرط  
الربح قول رب المال وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن  
ادعى أمانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح والله عزوجل الموفق (فصل)  
وأما بيان يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ وبالنهى عن التصرف  
لكن عند وجود شرط الفسخ والنهى وهو علم صاحبه بالفسخ والنهى وأن يكون رأس  
المال عينا وقت الفسخ والنهى فان كان متاعا لم يصح وله أن يبيعه بالدراهم والدنانير  
حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم وان كان عينا صح لكن له صرف الدراهم إلى الدنانير  
والدنانير إلى الدراهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية  
وتبطل بموت أحدهما لان المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل  
والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أولم يعلم لانه عزل حكمي فلا يقف  
على العلم كما في الوكالة الا أن رأس المال إذا صار متاعا فللوكيل أن يبيع حتى يصير  
ناضالما بينا وتبطل بجنون أحدهما إذا كان مطبقا لانه يبطل أهلية الامر للأمر وأهلية  
التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد تقدم في كتاب  
الوكالة تفصيله ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله  
موقوف في قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان رجع إلى الاسلام بعد ذلك نفذ كله  
والتحقت رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذلك ان  
لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي  
يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو  
قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه بطلت المضاربة من يوم  
ارتد على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد موقوف ان مات أو قتل أو  
لحق فحكم باللحوق يزول ملكه من وقت الردة إلى ورثته ويصير كأنه مات في ذلك  
الوقت فيبطل تصرف المضارب بامره لبطلان أهلية الامر ويصير كأنه تصرف في ملك  
الورثة فان كان رأس المال يومئذ قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك  
فالمشترى وربحه يكون له لانه زال ملك رب المال عن المال فينعزل المضارب عن  
المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير أمرهم وان كان صار رأس المال متاعا  
فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا

ينعزل بالعزل والنهي ولا يموت رب المال فكذلك رده فان حصل في يد المضارب دنائير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنائير فالقياس أن لا يجوز له التصرف لان الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كان عين المال قائم في يده الا انهم استحسنا فقالوا ان باعه بجنس رأس المال جاز لان على المضارب ان يرد مثل رأس المال فكان له ان يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تقدر في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عند هما فان مات رب المال أو قتل كان موته كموت المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك ان لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثا لورثته فبطل أمره في المال فان لم يرد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا لان وقوف تصرف رب المال نفسه لو قوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة الا انه لالعهد على المضارب وانما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لان العهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيا محجورا أو عبدا محجورا فاما على قولهما فالعهد عليه لان تصرفه كتصرف المسلم وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاظه لان رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فان لحق المضارب

[ 113 ]

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

كالوكيل غير ان الفرق بين الوكيل والمضارب أو الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله إلى الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق ان الوكالة فقد انتهت بشراء الوكيل لان المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح فإذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهى عقد الوكالة بانتهائه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فإذا هلك في يده قبل ان ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شئ آخر فاما المضاربة فانها لا تنتهى بالشراء لان المقصود منها الربح ولا يحصل الا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى فإذا بقى العقد فكان له ان يرجع ثانيا وثالثا ما غرم رب المال مع الاول يصير كله رأس المال لانه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولان المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم لم يصرما غرم رب المال من رأس المال وبهلك مجانا يتضرر به رب المال لانه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز ولو قبض المضارب الالف الاولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الالفان قبل ان ينقدها البائع فانه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويغرم المضارب من ماله خمسمائة وهى حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة وثلاثة أو باعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الا ربع ألفان وخمسمائة وانما كان كذلك لانه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها ارباعا ربعها للمضارب وثلاثة ارباعها لرب المال لانه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح لانه اشتراها بالفين ورأس المال ألف فحصة رب المال من الربح خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه وانما خرج ربع الجارية من المضاربة لان القاضى لما الزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين الا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة في رأس المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فان بيعت هذا الجارية باربعة آلاف منها للمضارب ألف لان ذلك حصته من الربح فكان ملكه وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربع خمسمائة

[ 114 ]

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تساوى ألفين والشراء بألف وهى مال المضاربة فصاعت غرمها رب المال كلها لان الشراء إذا وقع بألف فقد وقع بثمن كله رأس المال وانما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الاول فان هناك الشراء وقع بالفين فظهر ربع المضارب وهلك ربع الجارية فيغرم حصة ذلك الربع من الثمن وروى محمد في المضارب إذا اشترى جارية بالفى درهم الف ربع وقيمتها ألف فصاعت الالفان قبل ان ينقدها البائع أنه على ان على المضارب الربع وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال محمد ولو اشترى جارية تساوى ألفين بامة تساوى ألفا وقبض التى اشتراها ولم يدفع امته حتى ما تتا جميعا في يده فانه يغرم قيمة التى اشترى وهى ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التى اشتراها ولا فضل في ذلك عن رأس المال وهذا انما يجوز وهوان يشتري المضارب جارية قيمتها ألف بالفين إذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير والافشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعا وذكر ابن سماعه عن محمد في موضع آخر في نوادره في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف

فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبد قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع قال يغرر ذلك كله على رب المال و يكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك في واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز أن يكون رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه في شئ من العبيد وهذا يخالف ما ذكره الكرخي فانه قال ان محمدا يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرره دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب إذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعترى ما يجب عليه ضمانه فان كان ما يضمنه زائد اعلى رأس المال كان على المضارب حصة ذلك والا فلا وهذا بخلاف الاول لانا إذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار مضمونا على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا و ان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليقه بعدم نفاذ لعق فلا يطرد لانه لو شترى بالالفين جارية تساوى ألفا يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نفوذ العتق في الجارية المشتراة بالفين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه فما لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده في جميع المواضع وقال محمد إذا اشترى المضارب عبدا بالف درهم وهى مال المضاربة ففقد المال فقال رب المال اشتريته على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشتريته بعد ما ضاع وانا أرى ان المال عندي فإذا قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل في كل من يشترى شيئا انه يعتبر مشتريا لنفسه ولان الحال يشهد به أيضا وهو هلاك المال فكان الظاهر شاهدا للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد في المضاربة الكبيرة إذا اختلفا قال رب المال ضاع قبل ان تشترى الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشتريتها وأنا أريدان أخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه على المضارب البينة انه اشترى والمال عنده انما ضاع بعد الشراء لان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعى عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعى وقوع العقد له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو الهلاك يشهد لرب المال فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت أولى وإذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس وامتنع عن التقاضى والقبض فان كان في المال ربح أجبر على التقاضى والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال بالمال على الغرماء لانه إذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجير والاجير مجبور على العمل فيما التزم وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يؤمر المضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذى عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقد راجعة إلى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للآمر الا بالحوالة من العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه ولو ضمن العاقد

[ 115 ]

لرب المال هذا الدين الذى عليه لم يجز ضمانه لان العاقد قد جعله أمينا فلا يملك ان يجعل نفسه ضمينا فيما جعله العاقد أمينا ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود دينا فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان المال في يده امانة إذا مات قبل البيان ولا تعرف الامانة بعينها فانه يكون عليه دينا في تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكا للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال ولو عين الميت المال في حال حياته أو علم ذلك

يكون ذلك امانة في يد وصيه أو في يد وارثه كما كان في يده ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته والله عزوجل أعلم \* (كتاب الهبة) \* الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض وأجمعوا على انه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الخلاف إذا قال رجل لآخر وهبت هذا الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فاقول قول المقر عندنا وعنده القول قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعث هذا الشيء منك فلم تقبل فقال المقر له لا بل قبلت وان القبول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعى والتصرف الشرعى وجوده شرعا باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب هبة شرعا لهذا أمكن الايجاب بدون القبول تبعا كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شريطة القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لوجودها في نفسها فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعب بن جثامة أهدى إلى النبي عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفي رواية بودان فرده النبي عليه الصلاة والسلام وقال لولا انا حرام واللقبلنا فقد أطلق الراوى اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ الهبة وروى ان سيدنا ابا بكر الصديق رضى الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضى الله عنها في مرض موته فقال لها انى كنت نحلتيك جداد عشرين وسقامن مالى بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق رضى الله عنه اسم النحلى بدون القبض والنحلى من الفاظ الهبة فثبت ان الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب الملك والاصل ان معنى التصرف الشرعى هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر فما لم يوجد الايتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض ومن الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فاما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدورا الواهب والملك محكوم شرعى ثبت جبرا من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا يتصور منع النفس عنه أيضا بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا ان الايجاب هناك لا يصير تبعا بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعا فالإيجاب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هولك أو أعطيته أو نحلته أو أهديته اليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة (أما) قوله وهبت لك فصريح في الباب وقوله ملكتك يجرى مجرى الصريح أيضا لان تملك العين للحال من

[ 116 ]

غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشيء لك وقوله هو لك لان اللام المضاف إلى من هو أهل للملك للتملك فكان تملك العين في الحال بمن غير عوض

وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لان العطية المضافة إلى العين في عرف الناس هو تملكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك الله كذا ووهبك بمعنى والنحلة هي العطية يقال فلان نحل ولده نحلى أي اعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أطعمتك هذا الطعام في معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فإنه روى أن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآها تباع في السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع في صدقتك فاحتمل تملك العين واحتمل تملك المنافع فلا بد من النية للتعين ولو قال منحتك هذا الشيء أو قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا يخلو أما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك وأما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك كالدارو الثوب الدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الارض فهو عارية لان المنحة في الاصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف إلى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زراعتها فكان هذا تملك المنفعة من غير عوض وهو تفسير الا عارة وكذا إذا قال لارض بيضاء هذه الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم وإنما يطعم ما يخرج منها فكان طعمة الارض زراعتها فكان ذلك حينئذ اعادة ولصاحبها أن يأخذها اذالم يكن فيها زرع وان كان فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفي الاستحسان يترك إلى وقت الحصاد باجر المثل وسنذكر وجهها في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوبا أو ناقة حلوبا أو بقرة حلوبا وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقة فهو معدود من المنافع عرفا وعادة فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا أو عناقا كان له عارية لان الجدى بعرض أن يصير فحلا والعناق حلو باو ان عنى بالمنحة الهبة في هذه المواضع على فهو ما عنى لانه نوى ما يحتمله لفظ وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كالمأكل والمشروب والدرهم والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدرهم والدنانير كان هبة لان المنحة المضافة إلى ما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهى تملكها وتمليك العين للحال من غير عوض هو تغييرا لهبة هذا إذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة فأما إذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة لا تخلو (أما) ان كان وقتا (وأما) ان كان شرطا (وأما) ان كان منفعة فان كان وقتا بأن قال أعمرتك هذه الدار أو صرح فقال جعلت هذه الدار لك عمرى أو قال جعلتها لك عمرى أو قال هي لك عمرى أو حياتك فأذامت أنت فهي رد على أو قال جعلتها لك عمرى أو حياتي فأذامت أنا فهي رد على ورتتي فهذا كله هبة وهى للمعمر له في حياته ولو رثته بعد وفاته والتوقيت باطل والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمسكو اعليكم أموالكم لا تعمروها فان من أعمر شيأفاته لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا يرجع إلى الذى أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى حياته فيه له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدللت هذه النصوص على جواز الهبة وبطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تملك العين للحال مطلقا ثم قوله عمرى توقيت التملك وانه

تغيير لمقتضى العقد وكذا تملك الاعيان لا يحتمل التوقيت نسا كالباع فكان التوقيت تصرفا مخالفا لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقى العقد صحيحا وان كانت القرينة شرطا نظر إلى الشرط المقررون فان كان مما يمنع وقوع التصرف تملكيا للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما إذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

[ 117 ]

جعلت هذه الدار لك رقبى أو قال هذه الدار لك رقبى ودفعها إليه فهي عارية في يده في يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى ولان قوله دارى لك تملك العين لا تملك المنفعة ولما قال رقبى فقد علقه بالشرط وانه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقى العقد صحيحا ولهذا لو قال دارى لك عمرى انه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر كذا هذا واحتج بما روى الشعبي عن شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الرقبى ومثلهما لا يكذب ولان قوله دارى لك رقبى تعليق التملك بالخطر لان معنى الرقبى انه يقول ان مت أنا قبلك فهي لك وان مت أنت قبلى فهي لى سمي الرقبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لان كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليق التملك بأمر له خطر الوجود والعدم والتملكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية لانه دفع إليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمرى لان هناك وقع التصرف تملكيا للحال فهو بقوله عمرى وقت التملك انه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقى العقد على الصحة ولا حجة له في الحديث لان الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهي الانتظار ويحتمل أن تكون من الارقاب وهو هبة الرقبة فان أريد بها الاول كان حجة له وان أريد بها الثاني لا يكون حجة لان ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على الثاني توفيقا بين الحديثين صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين أن لاختلاف بينهم في الحقيقة ان كان الرقبى والارقاب مستعملان في اللغة في هبة الرقبة وينبغى أن ينوى فان عنى به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وان عنى به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين دارى لا طولكما حياة فهو باطل لانه لا يدري ايهما أطول حياة فكان هذا تعليق التملك بالخطر فبطل ولو قال دارى لك حبيس فهذا عارية عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقبى (وجه) قوله أن قوله دارى لك تملك وقوله حبيس نفى الملك فلم يصح النفى وبقى التملك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبيس خرج تفسيراً لقوله لك فصار كأنه ابتداء بالحبيس فقال دارى حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال دارى رقبى لك كان عارية اجماعاً ذكره القاضى في شرحه مختصر الطحاوي ولو وهب جارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان أو على أن يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لان هذه الشروط مما لم تمنع وقوع التصرف تملكيا للحال وهي شروط تخالف مقتضى العقد فبطل ويبقى العقد على الصحة بخلاف شروط الرقبى على ما بينا وبخلاف البيع فانه تبطله هذه الشروط لان القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسراله لان ذكره في العقد لم يصح فيلحق بالعدم ويبقى العقد صحيحا الا أن الفساد في البيع للنهي الوارد فيه ولانه في الهبة فيبقى الحكم فيه على الاصل ولان دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه تفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا جرى



مجري الترغيب في أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهاد واتحابوا وهذا ندب إلى التهادي والهدية هبة وروينا عن الصديق رضى الله عنه انه قال لسيدتنا عائشة رضى الله عنا انى كنت نحتك كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه أراد به الثواب فهو على هبته يرجع فيها ان لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم يقرن وعلى هذا يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو وهب حيوانا واستثنى نما في بطنه أن الهبة جائزة في الام والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام في العقود التى فيها استثناء الحمل أنها أقسام ثلاثة قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء جميعا وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء (أما) الاول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لان الاستثناء لما في البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة (وأما) القسم الثاني فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمدان هذه العقود

[ 118 ]

لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها إذا لم يصح التحق بالعدم فصار كأنه لم يستثن وكذا العتق بان أعتق جارية واستثنى ما في بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا لما قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية به أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أبقي ما في بطنها ميراثا لورثته والميراث يجرى فيما في البطن وهذا بخلاف ما إذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلثها لورثته انه تصح الوصية ويبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجرى فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلثها لانسان ومات الموصى ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود إلى ورثة الموصى ويمثله لو أوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسألة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افترقا الا لما ذكرنا والله عزوجل أعلم وان كانت القرينة ومنفعة بان قال دارى لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هي لك عمرى عارية ودفعها إليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله دارى لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى دل على انه أراد تملك المنافع لان قوله هذا لك ظاهر وان كان لتمليك العين لكنه يحتمل تملك المنفعة لان الاضافة إلى المستعير والمستاجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسير للمحتمل وبيانا انه أراد به تملك المنفعة وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قول سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسير للهبة لان قوله هبة يحتمل هبة العين ويحتمل هبة المنافع فإذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بيانا لمراد المملك انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تملكها من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فمعناها أن سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها إليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما إذا قال وهبتها لك لتؤاجرها ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الاضافة بحرف اللام

إلى من هو أهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا (فصل) وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى نفس الركن وبعضها يرجع إلى الواهب وبعضها يرجع إلى الموهوب وبعضها يرجع إلى الموهوب له (أما) الأول فهو أن لا يكون معلقا بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدم خالد والرقبي ونحو ذلك ولا مضافا إلى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غدا أو رأس شهر كذالان الهبة تمليك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر والاضافة إلى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع إلى الواهب فهو ان يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لانهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضا لا يقابله نفع دنيوى فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا والاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابله نفع دنيوى وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولانه إذا لم يقابله عوض دنيوى كان التبرع ضررا محضا وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرروا ولا ضرار في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امراته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد ان الهبة تمليك فإذا شرط فيها العوض كانت تمليكا بعوض وهذا

[ 119 ]

تفسير البيع وانما اختلفت العبارة وباختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظ التمليك (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا في الانتهاء بدليل انها تفيد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لان البيع يفيد الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع إلى الموهوب فأنواع (منها) أن يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بان وهب ما يثمر نخله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تمليك للحال وتمليك مضاف إلى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها لا يجوز وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب لانه لاوجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة إلى ما بعد زمان الحدوث لان التمليك بالهبة مما لا يحتمل الاضافة إلى الوقت فبطل وهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما إذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لانه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدور القبض بطريقه على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وكذلك لو وهب زيدا في لبن أودهننا في سمسسم أو دقيقا في حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محمل حكم العقد للحال فلم ينعقد ولا سبيل إلى الاضافة إلى وقت الحدوث فبطل

أصلا بخلاف ما إذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لان الموهوب موجود مملوك للحال الا أنه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فإذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع ولاهبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرارا من وجه ولهذا لم يجر بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لم يجر بيعها. (ومنها) أن يكون مملوكا في نفسه فلا تجوز هبة المباحات لان الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال (ومنها) أن يكون مملوك كاللواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لا استحالة تمليك ما ليس بمملوك وان شئت رددت هذا الشرط إلى الواهب وكل ذلك صحيح لان المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلاقة التي تدور عليها الاضافة هي الملك فيجوز رد هذا الشرط إلى الموهوب ويجوز رده إلى الواهب في صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فجاز أيضا إذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وان أذن له بالقبض (وجه) القياس ان القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما إذا وهب لمن عليه لان الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة (وجه) الاستحسان ان ما في الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى ان المديون يجبر على تسليمه الا أن قبضه بقبض العين فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة الا أنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما نذكره في موضعه (ومنها) أن يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجاوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والذن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وتجاوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عزوجل فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أوجب سبحانه وتعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول الا أن يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة وبما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام إلى سنام بغير وأخذ منه

[ 120 ]

وبرة ثم قال أما انى لا يحل لى من غنيمتكم ولو بمثل هذه البرة الا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط والمخييط فان الغلول عارو شئنا على صاحبه إلى يوم القيامة فجاء اعرابي بكبة من شعر فقال أخذتها لا صلح بها بردة بعيرى رسول الله فقال أما نصيبى فهو لك وساسلمك الباقي وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبى أيوب الانصاري رضى الله عنه فنظر إلى موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستبأ أسعد نصيبهما ليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبي عليه الصلاة والسلام فوهبا أيضا نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قبل النبي عليه الصلاة والسلام الهبة نصيب أسعد وقبل في نصيب الرجلين أيضا ولو لم يكن جائزا لما قبل لان أدنى حال فعل النبي عليه الصلاة والسلام الجواز ولان الشيع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك

والشباع لا يمنع الملك ألا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيوخ لا يمنع القبض لانه يحصل قابضا للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وان كان القبض فيها شرطا لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا ابا بكر رضى الله عنه قال في مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس إلى غنى أنت وأعزهم على فقرا أنت وانى كنت نحلتهك جداد عشرين وسقامن مالى بالعالية وانك لم تكوني قبضتية ولا جذيتيه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق رضى الله عنه القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك لان الحياة في اللغة جمع الشئ المفرق في حيز وهذا معنى القسمة لان الانصباة الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب في حيز وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه قال ما بال أحدكم ينحل ولده نحلا بحوزها ولا يقسمها ويقول ان مت فهو له وان مات رجعت إلى وايم الله لا ينحل أحدكم ولده نحلى لا يحوزها ولا يقسمها فيموت الا جعلتها ميراثا لورثته والمراد من الحياة القبض هنا لانه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي إلى التكرار أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يحوز ما لم يقاسم وكل ذلك بمحض من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعا ولان القبض شرط جواز هذا العقد والشيوخ يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور فان سكنى نصف الدار شائعا ولبس نصف الثوب شائعا محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لان العقد لم يتناول الكل وهكذا نقول في المشاع الذى لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا الا ان هناك ضرورة لانه يحتاج إلى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشباع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل إلى ازالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فسمت الضرورة إلى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ولا ضرورة هنا لان المحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو نقول الصحابة رضى الله عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة؟ دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفى بالصورة في المشاع الذى لا يحتمل القسمة للضرورة التى ذكرنا ولا ضرورة هنا فلزم اعتبار الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي إلى تغيير المشروع ولهذا توقف الملك في الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدي إلى ايجاب الضمان في عقد التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع لان الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة له فيها لان المراد من المفروض الدين لا العين ألا ترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل وكذا الغالب في المهر أن يكون

[ 121 ]

دينا وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لانه اسقاط الدين عنه وانه جائز في المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل ان النبي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فوهبوا وسلموا الكل جملة وفي الحديث ما يدل عليه فانه

قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأسلمك الباقي وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على ان ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان كية واحدة لو قسمت على الجم الغير لا يصيب كلامهم الانزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشريكاه وهبا نصيبهما منه وسموا الكل جملة وهذا جائز عندنا ويحتمل ان الانصاء كانت مقسومة مفرزة ويجوز أن يقال في مثل هذا بينهم إذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقربة بين جماعة انها تضاف إليهم وان كانت أنصباؤهم مقسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى الموهوب له جاز لان هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نفاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح إذ الشيعون لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فإذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضى الله عنه لا يدل عليه فانه قال لسيدتنا عائشة رضى الله عنها انى كنت نحتك جداد عشرين وسقا من مالى وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النحل من الفاظ ولو لم ينعقد لما فعله الصديق رضى الله عنه لانه ما كان ليعقد عقدا باطلا فدل قول الصديق رضى الله عنه على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهو عين مذهبنا والله عزوجل أعلم وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم إليه ثم وهب منه النصف الآخر وسلم إليه جملة جاز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم إليه بنحلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوى فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريكه كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة من غير فصل ولان المانع هو الشيعان عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله (وجه) قوله ان الشيعان لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جوارزه كالمفروض (ولنا) ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع أو لا يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولان التصديق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشروع على ما بينا في الهبة ولو وهب شيئا ينقسم من رجلين كالدار والدارهم والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند أبي يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيئا ينقسم وقبضه أنه يجوز فابو حنيفة يعتبر الشيعون عند القبض وهما يعتبر انه عند العقد والقبض جميعا فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشيعان وقت القبض وهما جوازها لانه لم يوجد الشيعان في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوز واهبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلعدم الشيعون في وقت القبض (وأما) هما فلا نعداه في الحالين لانه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تمليك كل الدار جملة أو تمليك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبي حنيفة تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كانه أفرد تمليك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هي تمليك الكل منهما لا تمليك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تمليك الشائع فيجوز (وجه) قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منهما لاهية النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك توزيع وتفريق واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ

لغة الا لضرورة الصحة وفي العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تملك الكل منهما وموجب التملك

[ 122 ]

منها ثبوت الملك لهما في الكل وانما يثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة واستوائهما في الاستحقاق إذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء كالاخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو انفرد أحدهما يستحق كل المال وإذا جاءت المزاحمة مع المساواة في الاستحقاق يثبت عند انقسام الميراث في النصف وكذا الشفيعان يثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاحمة والاستواء في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما صالحا لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب للصيغة بل لتضايق المحل لهذا جاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهنا من كل واحد منهما على الكمال إذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جاز لانه يكون رهن المشاع لهذا لو قضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان هذا تملك مضاف إلى الشائع فلا يجوز كما إذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تملك مضاف إلى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منكما اما أن يكون تملك كل الدار من كل واحد منهما واما أن يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل إلى الاول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والمحال لا يكون موجب العقد فتعين الثاني وهو أن يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل الدار مملوكا لكل واحد منهما لملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة صاحبه بالتهايئ أو بالقسمة وهذا آية ثبوت الملك له في النصف وإذا كان هذا تملك الدار لهما على التناصف كان تملكا مضافا إلى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يؤثر في القبض الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والمحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمرا محالا أيضا فكان موجب العقد التملك منهما على التناصف لان هذا تملك الدار منهما فكان عملا بموجب الصيغة من غير احالة فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بأن يحبساه معا أو يضعا جميعا على يدى عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا ممالا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبى حنيفة رحمه الله إذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم إلى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا إذا وهب من رجلين شيئا مما يقسم فان كان ممالا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على أصلهما إذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسير اللحكم الثابت بالعقد إذ لا يمكن جعله تفسير النفس العقد لان العقد وقع تملك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسيرها لحكمه فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لان الشيوع دخل على نفس العقد

فمنع الجواز ولو قال وهبت لكما هذه الدار ثلثها هذه وثلثاها لهذا لم يجز عند أبي يوسف وجاز عند محمد (وجه) قول محمد ان العقد متى جاز لاثنين يستوى فيه التساوى والتفاضل كعقد البيع (وجه) قول أبي يوسف ان الجواز عند التساوى بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعا في العقد ولما فضل أحد النصيين عن الآخر تعذر جعله تفسيرا لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل أحد النصيين في معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع ولو رهن من رجلين لاحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا ونصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما إذا أبهم بان قال وهبت منكما أنه يجوز ولو وهب من فقيرين شيئا ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصدق عليهما لان

[ 123 ]

الهبة من الفقير صدقة لانه يتغى بها وجه الله تعالى وسنذكر حكمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون الثمر والثمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبة المشاع ولو فضل وسلم جاز كما في هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فان كانا غنيين لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لا التصدق على الغنى ميتة في الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز في الهبة من رجلين وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في كتاب الهبة لا يجوز وفي الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشيعاء كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ما ذكرنا فيما تقدم وهنا يتحقق الشيوع في القبض (وجه) رواية الجامع وهى الصحيحة ان معنى الشيوع في القبض لا يتحقق الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب الصدقة إلى الله عزوجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل بقبضها وكيلين بخلاف التصدق على غنيين لان الصدقة على الغنى يتغى بها وجه الغنى فكانت هدية لا صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يتغى بها وجه الله تعالى والدار الآخرة والهدية يتغى بها وجه الرسول وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع في القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضا وان شئت رددت هذا الشرط إلى الموهوب له لان القابض والمقبوض من الاسماء الاضافية والعلقة التى تدور عليها الاضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده إلى كل واحد منهما في صناعة الترتيب فتأمل والكلام في هذا الشرط في موضعين في بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفي بيان شرائط صحة القبض (أما) الاول فقد اختلف فيه يقال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا عقد تبرع بتمليك العين فيفيد الملك قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم وهو ماروينا ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر رضى الله عنهما اعتبر القسمة والقبض لجواز النحلى بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعا وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم أنهم قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولانها عقد تبرع فلو

صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية لانه ليس في ايجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها إذ لا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصى لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة إذا أعلمت وان لم تقبض ولا تجوز الهبة ولا النحلى الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما قالا إذا علمت الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خيرا عن الله سبحانه وتعالى يا ابن آدم تقول مالى مالى وليس لك من مالك الا ما أكلت فافنيت أو لبست فابليت أو تصدقت فابقيت اعتبر الله سبحانه وتعالى الامضاء في الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا أبى بكر وسيدنا عمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان التصديق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة وما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه الصغير وبه نقول لا حاجة هناك إلى القبض حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (والثانى) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد

[ 124 ]

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



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

[ 125 ]

ذكرنا واهباملك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض وإذا لم يصرح بالاذن بالقبض بقى المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب لان معنى القبض وهو التمكّن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل وعلى هذا يخرج ما إذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فانه لا يجوز لان الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قيل الحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له أولا ويخلى بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار إليه فيجوز الهبة فيها لانها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة اشكال وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغا جازو ينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد لان المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة لان المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعا صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعا لان التسليم قد صح فيهما جميعا فان فرق بينهما في الهبة بان وهب

أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو أما ان جمع بينهما في التسليم وأما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعا وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظر في ذلك وروعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فالهبة في الدار لم تجز لانها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا أما في المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه وأما في الدار فلانها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الاصل أيضا يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو حيوانا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز لانه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لانه لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة روايتان (وجه) رواية عدم الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبهه هبة دار فيها متاع الواهب (وجه) رواية الجواز وفي رواية الكرخي ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لان حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهر أو هذا معنى الاستثناء ولو استثناه لفظا جازت الهبة في الام فكذا إذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين الاعتاق والتدبير (وجه) الفرق ان المدبر مال المولى فإذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز كهبة دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حر جالس وذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا ومنها أن لا يكون الموهوب متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لان قبض الموهوب وحده لا يتصور وغير ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما إذا وهب أرضا فيها زرع دون الزرع أو شجرا عليها ثمر دون الثمر أو وهب الزرع دون الارض أو الثمر دون الشجر وخلقى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فممنع صحة القبض ولو جذا الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغا جاز لان المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعا وسلم متفرقا جازولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الارض ثم الزرع أو الزرع ثم الارض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة فيهما جميعا وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا قدم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لان المانع من صحة القبض هنا الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما إذا وهب نصف الدار مشاعا من رجل ولم يسلم إليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل انه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا يخرج ما إذا وهب صوفا على ظهر غنم انه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

[ 126 ]

القبض ولو جزه وسلمه جاز لزوال المانع والله عزوجل أعلم وعلى هذا إذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا تجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغا جاز لما قلنا بخلاف هبة ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو هبة سمن في لبن أو دهن في سمسيم أو زيت في زيتون أو دقيق في حنطة أنه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولاية أو عند استخراج ذلك لان الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوما لهذا لم يجز بيعها فلا تجوز هبتها وهنا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهى العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذى لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط

لصحة القبض استحسانا فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطا ولا يجوز قبض الصبي وان كان عاقلا (وجه) القياس ان القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع (وجه) الاستحسان ان قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه إذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دين أو لا فالقبض إلى العبد والملك للمولى في المقبوض لأن القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه ولأن الاصل في بنى آدم الحرية والرق لعارض فكان الاصل فيهم اطلاق التصرف لهم والانحجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقى فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد القن للمولى وكذلك المكاتب إذا وهب له هبة فالقبض إليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن فإذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لأن الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الاصله وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الاصله فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وشرط جوازه العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض أما الاول الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبي وشرط جوازه الولاية بالحجر والعيلة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي فيقبض له أبوه ثم وصى ابيه بعده ثم جده أبو ابيه بعد ابيه ووصيه ثم وصى جده بعده سواء كان الصبي في عياله هؤلاء أو لم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم لان لهؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لان التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية إلى من يتلوه وان كان دونه كما في ولاية الانكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عياله القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحم محرم منه كالاخ والعم والام ونحوهم أو أجنبيا لانه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فان لم يكن أحد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحسانا والقياس ان لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبيا كان أو ذارحم محرم منه قياسا واستحسانا وانما كان كذلك لان الذي في عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي (وأما) من ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلا فلا يجوز قبضه له كالا جنبى والقبض للصبية إذا عقلت ولها زوج قددخل بها زوجها أيضا استحسانا لانها في عياله لكن هذا اذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره (وأما) الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض فهو ان القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لانه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذا لتماثلان غير ان ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسده فتثبت المناوبة مقتضى المماثلة وإذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية

فوهب منه جازت الهبة وصارقا بضا نفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العقد استحسانا والقياس أن لا يصير قابضا ما لم يجدد القبض وهو أن يخلى بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد (وجه) القياس أن يد المودع أن كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كأنه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجه) الاستحسان أن القبضين متماثلان لأن كل واحد منهما قبض غير مضمون إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لأن قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لأنه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب في يده مغصوبا أو مقبوضا بيع فاسد أو مقبوضا على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض وزيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهونا في يده ذكر في الجامع أنه يصير قابضا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لأن قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضا فيتماثلان فتاب أحدهما عن الآخر ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الامانة والاقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة وإذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدينه على الراهن وذكر الكرخي أنه لا يصير قابضا حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة لأن قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل الإبراء بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء لأن ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض بغير ضمان فتماثل القبضان فيتناوبان ولو كان مبيعا قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل اصلا ورأسا والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ولو نحل ابنه الصغير شيئا جاز وبصيرقا بضاله مع العقد كما إذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مالا الابن لصيرورته قابضا للصغير مع العقد وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحلى لقوله سبحانه وتعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان (وأما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل في ذلك أن يسوى بينهم في العطية ولا يفضل الذكر على الانثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في المواريث للذكر مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضي الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ ينبغي للرجل أن يسوى بين ولده في النحلى ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضى أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روى أن بشيرا أبا النعمان أتى بالنعمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلتي ابني هذا غلاما كان لي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام فارجه وهذا اشارة إلى العدل بين الاولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولان في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولو بعضا وحرمت بعضا جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه لاحق لاحد فيه الا انه لا يكون عدلا سواء كان المحروم فقيها نقياً أو جاهلا فاسقا على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأدبين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة (فصل) وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته وفي بيان ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب

له في الموهوب من غير عوض لان الهبة تمليك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال أصحابنا هي ثبوت ملك غير لازم في الاصل وللواهب ان يرجع في هبته وانما يثبت للزوم يمتنع الرجوع باسباب عارضه وقال الشافعي رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم في الاصل لا يثبت الرجوع الا في هبة الولد خاصة وهى هبة الولد لولده فنقول يقع

[ 128 ]

الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ثبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحه الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافا للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسألة هبة الأجنبي والوالد وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالعائد في قبئه والعود في القئ حرام كذا في الهبة ولان الاصل في العقود هو اللزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلا (ولنا) الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضى الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والتحية وان كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال (قال القائل) \* تحيتهم بيض بيض الولاء بدينهم \* لكن الثالث تفسير مراد بقريئة من نفس الآية الكريمة وهى قوله تعالى أو ردوها لان الرد انما يتحقق في الاعيان لا في الاعراض لانه عبارة عن اعادة الشئ وذالا يتصور في الاعراض والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فما روى عن أبى هريره رضى الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فانه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن سيدنا عمر وأبى الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضى الله عنهم انهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافا فيكون إجماعا ولان العوض المالى قد يكون مقصودا من هبة الاجانب فان الاسنان قد يهب من الأجنبي احسانا إليه وانعاما عليه وقد يهب له طمعا في المكافأة والمجازاة عرفا وعادة فالموهوب له مندوب إلى ذلك شرعا قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروفا فكافؤه فان لم تجد واما تكافؤه فادعواله حتى يعلم انكم قد كافأتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتهادى تفاعل من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبي وقوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط للزوم كما في البيع إذا وجد المشتري بالمبيع عيبا لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء وذلك لا يجوز عندنا الا فيما وهب الوالد لولده فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضى إذا احتاج إليه للاتفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لامن حيث الحكم لان نفي الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى عزوجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل

في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلف ان تتزوج عليهن بعدما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لامن حيث الحكم إذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخر أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة الا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقئ ثم يعود في قيئه وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا وقوله فيما يهبه الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة إليه لكنه سماه رجوعاً لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعاً حقيقة على ما نذكره في تلك المسألة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصح بدون القضاء والرضا لان الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لانه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته لانها ليست

[ 129 ]

بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من مالك الواهب باى سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لان الملك عرض يتجدد في كل زمان الا انه مع تجدد حقيقته جعل متجدداً تقديراً في حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف الملكان واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عينا لم يكن له ان يرجع في عين أخرى فكذا إذا أوجبه ملكاً لم يكن له ان يفسخ ملكاً آخر بخلاف ما إذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبدان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب إذا وهب له هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك أعتق المكاتب لان الملك الذى أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكانه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد في الرق فللواهب ان يرجع عند أبى يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على ان المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالمولى يملك اكسابه بحكم الملك الاول أو يملكها ملكاً مبتدأ فعند أبو يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها ملكاً مبتدأ فاختلف الملك فممنع الرجوع (وجه) قول محمدان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار أحق باكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكاً مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبى يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل إلى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية باداء بدل الكتابة فإذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكاً مبتدأ ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام في زيادة الهبة انها لا تخلو إما ان كانت متصلة بالاصل وإما ان كانت منفصلة عنه فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أولاً بفعله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما إذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنت أو داراً فبنى فيها أو أرضاً فغرس فيها غرساً أو نصب دولاباً وغير ذلك ما يستقى به وهو مثبت في الارض مبنى عليها على وجه يدخل في

بيع الارض من غير تسمية قليلا كان أو كثيرا أو كان الموهوب ثوبا فصبغه بعصفر أو زعفران أو قطعة قيمصاو خاطه أوجبة وحشاه أو قباء لانه لا سبيل إلى الرجوع في الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذلم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها الفسخ ولا سبيل إلى الرجوع في الاصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا وان صبغ الثوب بصيغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله ان يرجع لان المانع من الرجوع هو الزيادة فإذا لم يزد الصيغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والتمر أو غير متولدة كالارث والعقر والكسب والغلة لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد في الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولدالمبيع انه يمنع الرد بالغيب لان المانع هناك هو الربالانه يبقى الولد بعد رد الام بكل الثمن مبيعا مقصودا لا يقابله عوض وهذا تفسير الربا ومعنى الربا لا يتصور في الهبة لان جريان الربا يختص بالمعاوضات فجازان يبقى الولد موهوبا مقصودا بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة في سعر لا تمنع الرجوع لانه تعلق لها بالموهوب وانما هي رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع فلا تغير ضمان الرهن ولا الغصب ولا تمنع الرد بالغيب وأما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع في بعض الموهوب وله ان يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكماله فكذا إذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس بقبض مضمون ومنها العوض لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته

[ 130 ]

ما لم يثب منها أي ما لم يعوض ولان التعويض دليل على ان مقصود الواهب وهو الوصول إلى العوض فإذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو كثر لمارويانمن الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط في العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضا والثاني في بيان ماهية هذا التعويض أما الاول فله شرائط ثلاثة الاول مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو ان يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نحلتهك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافاتك أو جازيتك أو أتيتك وما جرى هذا المجرى لان العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب لانسان شيئا وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له أيضا وهب شيئا للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك ما ذكرنا لم يكن عوضا بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لانه لم يجعل الباقي مقابلا بالاول لانعدام ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في العقد مملوكا بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالوهوب لا يصح ولا يكون عوضا وان عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فان كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضا لان التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة اذلو كان ذلك مقصوده لا مسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وان كان الموهوب تغير عن حاله تغيرا يمنع الرجوع فان بعض الموهوب يكون عوضا عن الباقي لانه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضا هذا إذا وهب شيئا واحدا أو شيئين في عقد واحد فاما إذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال

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

[ 131 ]

يرجع في بعض العوض فكذا إذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقا للمعاوضة (ولنا) ان الباقي يصلح عوضا عن كل الهبة ألا ترى انه لو لم يعوضه الا به في الابتداء كان عوضا مانعا عن الرجوع فكذا في الانتهاء بل أولى لان البقاء أسهل الا ان للواهب أن يردده ويرجع في الهبة لان الموهوب له غره حيث عوضه لا سقاط الرجوع بشيء لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليسقط حق الرجوع في الهبة فإذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتا فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما جعل عوضا عن حق الرجوع في جميع الهبة فإذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص في السعر أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا وروى عن محمد في الاملاء وانما لم تمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لانه تبين له انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد افسد فيثبت الفسخ في الزوائد وان قال



الموهوب له ارد ما بقى من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطا في العقد بل هر متأخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هولا سقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقى من الهبة فلم يكن له أن يرجع في العوض فان كان العوض مستهلكا ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر في الاصل من غير خلاف وهو احدى روايتي بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله وروى بشررواية أخرى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انه لا يضمن شيئا وهو قول أبى يوسف (وجه) رواية الاصل ان القبض في العوض ما وقع مجانا وانما وقع مبطلا حق الرجوع في الاول فان لم يسلم المقصود منه بقى القبض مضمونا فكما يرجع بعينه لو كان قائما يرجع بقيمته إذا هلك (وجه) الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا إذا كان الموهوب أو العوض شيئا لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه (فاما) إذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هي المستحقة فإذا بطل العوض رجع في الهبة وإذا بطلت الهبة يرجع في العوض لان بالاستحقاق تبين ان الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل الثاني بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها الا فى اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت حق الرجوع في الاولى ولا يثبت في الثانية (فاما) فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتمليك العين للحال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليسقط حق الرجوع عن نفسه في الهبة الاولى فكانت هبة مبتدأة مسقطه لحق الرجوع في الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له أن يردّه ويرجع في العوض وكذلك الواهب إذا وجد بالعوض عيبا لم يكن له أن يرد العوض ويرجع في الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن مشروطا في العقد لم يكن عوضا على الحقيقة بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا فى اسقاط الرجوع خاصة فإذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (اما) الواهب فلانه قد سلم له العوض عن الهبة وانه يمنع الرجوع (وأما) الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثبت منها وسواء عوضه الموهوب له أو أجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب فانما لم يرجع في هبته لان الأجنبي انما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه

[ 132 ]

لم يرجع فكذا إذا عوض الأجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها (وأما) المعوض فانه لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واسقاط حق التبرع قد سلم له ذلك وانما لم يرجع على الموهوب له (اما) إذا كان بغير أمره فلانه تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونا عليه (وأما) إذا عوض بأمره لا يرجع عليه أيضا الا إذا قال له عوض عنى على انى ضامن لانه إذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو

متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الأمر الا بشرط الضمان و على هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفارة يميني أو أد زكاتي ففعل لا يرجع بذلك على الأمر الا ان يقول له على انى ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما إذا أمره غيره بقضاء الدين فقضاه انه يرجع على الأمر وان لم يقل على انى ضامن نسا لان قضاء الدين مضمون على الأمر فإذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة مما يتجزأ ألا ترى انه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل (وأما) العوض المشروط في العقد فان قال وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم ان عقده عقد هبة وجوزه جواز بيع وربما عبروا انه هبة ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذى ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل البض ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضا وكذا إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع ويرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة إذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شريطة القبض ولا يملك الرجوع (وجه) قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تمليك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلف العبارة واختلفها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك (ولنا) انه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا بشبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملا بشبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عزوجل أعلم (ومنها) ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الاول صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذى رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الوالد فيما يهب لولده احتج بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وهذا نص في الباب (ولنا) ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة فدخل تحت النص وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث محمول على النهى عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا للتصور بصورة الرجوع كما روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعدفى صدقتك وسيدنا عمر رضى الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة لكن سماه عودا لتصوره بصورة العود وهو نهى ندب لان الموهوب له يستحق فيسامحه في ثمنه فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكروه وهذا

المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده لان الولد لا يستحق عن المضايقة في الثمن لا يستفاد الثمن لمباشرة بينهما عادة فلم يكره الشراء حملناه على هذا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض وكذا إذا وهب لذي محرم لارحم له لانعدام معنى الصلة أصلا ولو وهب لعبد ذي رحم ومولاه أجنبيا (فاما) ان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا (واما) ان كان المولى والعبد جميعا ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذارحم محرم من الواهب والمولى أجنبيا فله أن يرجع بلاخف بين أصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى العلة فانعدم معنى العوض اصلا وان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا اختلفوا فيه قال أبو حنيفة رضى الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قولهما أن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة لانها في معنى الوض علي ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لوقوع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كان الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول ابى حنيفة رحمه الله أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض إليه لا إلى المولى وانما ثبت ضرورة تعدد الاثبات للعبد فأقيم مقامه وإذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى من وجه وللعبد من وجه لان الايجاب أضيف إلى العبد الملك وقع للمولى إذا لم يكن دين فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذي رحم محرم فان كانا جميعا ذارحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخي عن محمدان قياس قول أبى حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر في اسقاط الرجوع لان الملك لم يقع له وقرابة المولى أيضا لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل في الهبة والامتناع معارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهند واني انه ليس له أن يرجع في هذه المسألة في قولهم لان الهبة اما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وايهما كان فرحمة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعا واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عزوجل أعلم وعلى هذا التفريع إذا وهب لمكاتب شيئا وهو ذورحم محرم من الواهب أو مولاه ذورحم محرم من الواهب انه ان أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها ان كان أجنبيا يرجع وان كان قريبا لا يرجع لانه لما أدى فعتق استقر ملكه فصار كأنه الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبيا وان ان قريبا لا يرجع كذا هذا وان عجزورد في الرق فقياس قول أبى حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها ان كان أجنبيا فللواهب أن يرجع وان كان قريبا فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أو جبت ملكا موقوفا على المكاتب وعلى مولاه على معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجوده وان عجز ورد في الرق يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده كان الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع في الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف ثم ينتقل إلى المولى بالعجز كأنه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب إلى ورثته الثاني الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجرى مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها التوارث في جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة ما نعة من الرجوع فكذا ما يجرى مجراها الثالث التوارث فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في

معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن عوضا في الحقيقة إذا العبد لا يستحق على مولاه عوضا ولو تصدق على غنى فالقياس ان يكون له حق الرجوع لان التصدق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع الا انهم استحسنا وقالوا ليس له ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في

[ 134 ]

يده ففي الصدقة عليه ثواب وإذا كان الثواب مطلوبا من ذلك في الجملة فإذا أتى بلفظة الصدقة دل أنه أراد به الثوب وانه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوع فنقولان لا يمنع الرجوع في الهبة فللواهب أن يرجع في نصف الهبة مشاعا وان كان محتملا للقسمة بان وهب دارا فباع الموهوبه نصفها مشاعا كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذا لو لم يبع نصفها وهى قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلة انها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة لان القبض شرط جواز العقد والشياخ يخل في القبض الممكن من التصرف والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعا من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضى فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضى فمسائل أصحابنا تدل على انه فسخ أيضا كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياخ وكذا لا تقف صحته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض وكذا لو وهب لانسان شيا ووهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على ان الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفرانه هبة مبتدأة (وجه) قوله ان ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على انه هبة مبتدأة ما ذكر محمد في كتاب الهبة ان الموهوب له إذا رد الهبة في مرض موته انها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) ان الواهب بالفسخ يستوفى حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضى والدليل على انه مستوفى حق نفسه بالفسخ ان الهبة عنقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا ثابتا له فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضى انه يعتبر بيعا جديدا في حق ثالث لانه لاحق للمشتري في الفسخ وانما حقه في صفة السلامة فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضى (وأما) ما ذكر محمد فمن أصحابنا من التزم وقال هذا يدل على ان الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل يدل على انه فسخ فكان في المسألة روايتان (ومنهم) من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لانه انما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهما في الرد في حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالأقالة فانها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما وإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وان لم يقبضه لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لان قبض الهبة قبض غير مضمون فإذا انفسخ عندها بقى القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير

مضمونا عليه الا بالتعدي كسائر الامانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضى به ولكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الاول لا يملكه حتى يقبضه وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضى أو بقضاء القاضى وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذا الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول الا بالقبض بخلاف ما إذ تراضيا على الرجوع ان الواهب يملكه بدون القبض لان اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم إذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لان الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها (فصل) وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ اما بالاقالة أو الرجوع بقضاء القاضى أو التراضى على ما بينا وإذا انفسخ العقد يعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب نفس الفسخ من غير الحاجة إلى القبض لما ذكرنا فيما تقدم

[ 135 ]

\* (كتاب الرهن) \* الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه مرهونا وما يبطل به الركن وما لا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أما ركن عقد الرهن فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بمالك عني من الدين أو يقول هذا الشيء رهن بدينك وما يجرى هذا المجرى ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت وما يجرى مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئا بدراهم ودفع إلى البائع ثوبا وقال له امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لانه أتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني (فصل) وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى نفس الرهن وبعضها يرجع إلى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع إلى المرهون وبعضها يرجع إلى المرهون به (أما) الذى يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقا بشرط ولا مضافا إلى وقت لان في الرهن والارتهان معنى الايفاء والا ستيفاء فيشبه البيع وانه لا يحتمل التعليق بشرط والاضافة إلى وقت كذا هذا (وأما) الذى يرجع إلى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذى لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لان ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة ولان الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بالمدينة من يهودى طعاما ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا في الحضر ولان ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين يوجد في الحاليين وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والانكار وتذكره عند السهو والنسيان والتنصيص على السفر في كتاب الله تعالى عزوجل ليس لتخصيص الجواز بل هو اخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا (وأما) الذى يرجع إلى المرهون فأنواع (منها) أن يكون محلا قابلا للبيع وهو أن يكون موجودا وقت العقد مالا مطلقا متقوما مملوكا معلوم ما مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ما تلد أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولارهن الميتة والدم لانعدام ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والاحرام لانه ميتة ولا رهن الحر لانه ليس بمال أصلا ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق والكاتب لانهم

أحرار من وجه فلا يكونون أموالا مطلقة ولارهنب الخمر والخنزير من المسلم سواء كان العاقد ان مسلمين أو أحدهما مسلم لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لان الرهن إيفاء الدين والارتهان استيفاؤه ولايجوز للمسلم إيفاء الدين من الخمر واستيفاؤه الا أن الراهن إذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لان الرهن إذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم وخمر الذمي مضمون على المسلم بالغصب وإذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتها نهما منهم لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لانها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير اذنه بولاية شرعية كالاب والوصى يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لان الرهن لا يخلو (أما) ان يجرى مجرى الايداع (وأما) ان يجرى مجرى المبادلة والاب يلى كل واحد منهما في مال الصغير فانه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فان هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الاب هلك بالاقل من قيمته ومما رهن به لان الرهن وقع صحيحا وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس

[ 136 ]

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

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

[ 137 ]

والمالك رضى بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضيا بيده وان هلك في يد المرتهن وقدرهن على الوجه الذى اذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن إذا لرهن قضاء الدين ويتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لانسان فقضى دين نفسه بمال الوديعة باذن صاحبها فما قضى يكون مضمونا عليه وما لم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك لا يكون متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على المستعير وذكر الكرخي انه يرجع بقدر ما كان يملك الدين وبه ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعا فيها حتى لو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن الف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بألفين وعلى ما ذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فإذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعا فيها (وجه) القول الآخران المالك مضطر إلى قضاء كل الدين الذى رهن به لانه علق ماله

عند المرتهن بحيث لا فكاك له الا بقضاء الدين فكان مضطرا في قضاء الكل فكان مأذونا فيه من قبل الراهن دلالة كانه وكله بقضاء دينه فقضاه المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمتنع من قبض الدين من المعير ويجبر على القبض ويسلم الرهن إليه لان له ولاية قضاء الدين لتخاص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون للمرتهن ولاية الامتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما افتكته فالقول قول الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضيا دين نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والاصل فيه ان كل مالا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وماهيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركنا كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلا ناشيا فرهنه ولم يقبضه يحنث عندنا وعنده لا يحنث كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ولو كان القبض ركنا لصار مذكورا بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى فدل ذكر القبض مقرونا بذكر الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضا فيقتضى أن يكون القبض فيه شرطا صيانة لخبره تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فالأفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقدنا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهنا ليس له ذلك لان هذا شرط فاسدأ دخلاه في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقدنا على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد على آخر وو ضعه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا إذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء كذا إذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعاه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويدالجنبي سواء ولو رهن رهنا وسلط عدلا على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة

[ 138 ]

التوكيل لا تقف صحته على القبض فصح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل والوكالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا في الامسك وعدلا في البيع جاز لان كل واحد منهما أمر مقصود فيصح افراده بالتوكيل (وأما) بيان شرائط صحته فأنواع (منها) أن يكون باذن الراهن لما ذكرنا في الهبة ان الاذن بالقبض شرط صحته فيما له صحة بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطا



فيما لا صحة له بدون القبض أولى ولان القبض في هذا الباب يشبه الركن كما في الهبة فيشبهه القبول وذا لا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم نقول الاذن نوعان نص وما يجرى مجرى النص دلالة فالاول نحو ان يقول اذنت له بالقبض أو رضيت به أو قبض وما يجرى هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفرى الهبة ان لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه فيصح قبضه استحسانا وقياس قول زفرى الهبة أن لا يصح كما لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان انه وجدا لاذن ههنا دلالة الاقدام على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد إلى ايجاب حكمه ولا ثبوت لحكمه الا بالقبض ولاصحة للقبض بدون الاذن فكان الاقدام على الايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم يوجد الاذن هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام على ايجابه دليل القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيئا متصلا بما لم يقع عليه الرهن كالثمن المعلق على الشجر ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل والقبض في المجلس أو في غيره لان الإيجاب ههنا لم يقع صحيحا فلا يستدل به على الاذن بالقبض وان قبض باذنه فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفرى وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في الهبة والله الموفق (ومنها) الحيازة عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجه) قوله ان الشياع لا يقدر في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع المرهون واستيفاء الدين من بدله على ما نذكر والشيوخ لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن في النصف الشائع بتخية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أولا يحتملها لان الشيوخ يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعا بخلاف الهبة فان الشيوخ فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكر نافي كتاب الهبة وانه بخص المقسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ما نذكر ان شاء الله تعالى وسواء كان مقارنا للعقد أو طرأ عليه في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشيوخ الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته إذا رهن شيئا وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء مجتمعا أو متفرقا فباع نصفه شائعا أو استحق بعض الرهن شائعا (وجه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والاباق الطارئ ونحو ذلك فكون الحيازة شرطا في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوخ مانعا عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا عبدايدين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى كل الدين وإذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لانصفه وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن فانه يجوز رهن

مال الغير باذنه لما بينا واقدامهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد

[ 139 ]

رهنًا بكل الدين ولا استحالة في ذلك لان الرهن حبس وليس يمتنع أن يكون العبد الواحد محبوسا بكل الدين فلم يكن هذا رهن الشائع فجازو ليس لاحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد إذا قضى ما عليه من الدين لان كله مرهون بكل الدين فما بقى شئ من الدين بقى استحقاق الحبس وكذلك إذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شريكان فيه أو لاشركة بينهما جاز وإذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شياً من الرهن لانه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد يصلح رهنًا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة انها غير جائزة لان الهبة تملك وتلميك شئ واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محال والعاقلة لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة في كون الشئ الواحد محبوسا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير انه وان كان محبوسا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونا الا بحصته حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما بقدره لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا الدين من مالية الرهن وانه لا يقبض الا ستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما بقدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بان اشترى رجلان من رجل شياً فأدى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شياً من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفى ما على الآخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن فما بقى جزء من الثمن بقى استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز لانعدام الشيوع وعلى هذا الاصل تخرج زيادة الدين على الرهن انها لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة الكلام في الزيادات انها أنواع أربعة زيادة الرهن وهى نماؤه كالولد واللبن والتمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن أو في حكم المتولد منه بان كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو في حكم الجزء كالارث والعقر وزيادة الرهن على أصل الرهن كما إذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبداً أو غير ذلك رهنًا بذلك الدين وزيادة الرهن على نماء الرهن كما إذا رهن بالدين جارية فولدت ولداً ثم ماتت الجارية ثم زادرهنا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما إذا رهن عبداً بألف ثم ان الراهن استقرض من المرتهن ألفاً أخرى على أن يكون العبد رهنًا بالاول والزيادة جميعاً (اما) زيادة الرهن فمرهونة عندنا على معنى انه يثبت حكم الاصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعي رحمه الله ليست بمرهونة اصلاً والمسألة تأتي في بيان حكم الرهن ان شاء الله تعالى (أما) زيادة الرهن فجائزة استحساناً والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثمن وقد مرت المسألة في كتاب البيوع (واما) زيادة الرهن على نماء الرهن بعد هلاك الاصل فهى موقوفة ان بقى الولد إلى وقت الفكك جازت الزيادة وان هلك لم تجز لانها إذا هلكت تبين انها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (واما) زيادة الدين على الرهن فهى على الاختلاف الذى ذكرنا انه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف جائزة (وجه) قوله ان الدين في باب الرهن كالثمن في باب البيع بدليل انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة في الثمن والمثمن جميعاً فكذا هنا تجوز الزيادة في الرهن والدين جميعاً والجامع ابين البابين ان الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد كان

العقد ورد علين الاصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عبيدين ابتداء وذا جائز كذا هذا (وجه) قولهما ان هذا الزيادة لو صحت لا وجبت الشيوغ في الرهن وانه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك انها لو صحت لصار بعض العبد بمقابلتها فلا يخلو (اما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقائه مشغولا بالاول (اما) أن يفرغ من الاول ويصير مشغولا بالزيادة لا سبيل إلى الاول لان المشغول بشئ لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل إلى الثاني لانه رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما إذا رهن عبدا واحدا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف زيادة الرهن على أصل الرهن لان الزيادة هناك لا تؤدي إلى شيوغ الرهن بل إلى شيوغ الدين لان قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فيرجع

[ 140 ]

الشيوغ إلى الدين لا إلى الرهن والشيوغ في الدين لا يمنع صحة الرهن وفي الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجز لذلك افترق حكم الزيادتين ولو رهن مشاعا فقسم وسلم جاز لان العقد في الحقيقة وقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فإذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا به بأن رهن دار فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أو رهن جوالقادون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمة مع ما فيه لم يجز لان معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيا دون الدار وخلي بينه وبين الدار جاز بخلاف ما إذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة وخلي بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم الآخر فان جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعا (اما) في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا بالدار (اما) في الدار فلان المانع وهو الشغل قد زال وأن فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يجز الرهن في الدار وجاز في المتاع سواء قدم أو آخر بخلاف الهبة فان هناك يراعى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم تجز الهبة في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (اما) في المتاع فلانه غير مشغول بالدار (واما) في الدار فلانها وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا والراهن والمرتهن في جوف الدار فقال الراهن سلمتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم وهو التخلية لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد من تسليم جديد بعد الخروج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقي الحمل عنها ثم يسلمها إلى المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها إليه كان رهنا تاما في الحمل لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا بالدابة كما في رهن الدار التي فيها المتاع بدون المتاع ورهن المتاع الذي في الدار بدون الدار ولو رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها أو رسنا في رأسها فدفغ إليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه من رأس

الدابة ثم يسلم بخلاف ما إذا رهن متاعا في الدار لان السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس تبعا للدار ولهذا قالوا لورهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك في الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما إذ رهن جارية واستثنى ما في بطنها أو بهيمة واستثنى ما في بطنها انه لا يجوز الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلانه لو جاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلان استثناء ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشروط الفاسدة كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم رهن الام أو دبر ما في بطنها ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام في الهبة وقد مر الكلام في الهبة ومنها ان يكون المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبهه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما إذا رهن الارض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر انه لا يجوز سواء سلم المرهون بتخلية الكل أو لا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جد الثمر وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز وان فرق الصفقة بان رهن الزرع ثم الارض أو الارض ثم الزرع ينظر ان جمع بينهما في التسليم جاز الرهن فيهما جميعا وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع في الفصلين مختلف

[ 141 ]

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

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

[ 142 ]

المرتهن حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن لان نفس القبض مما يحتمل النيابة ولان قبض الرهن قبض استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة وأما الذى يرجع إلى نفس القبض فهو ان المرهون إذا كان مقبوضا عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالاصل فيه ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبة ان القابضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر وإذا اختلفا ناب الاعلى عن الادنى وقد بينا فقه هذا الاصل وفروعه فيما تقدم وان شئت عدت الحيازة والفراغ والتميز من شرائط نفس العقد فقلت ومن شرائط صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا وبنيت المشاع عليه وان شئت قلت ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وبنيت عليه المشاع (ولنا) في اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة أخبر الله سبحانه وتعالى ان المرهون مقبوض فيقتضى كونه مقبوضا مادام مرهونا لان اخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الحلف والشيوخ يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن والثانى ان الله تبارك وتعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا في متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي حبيسة بكسبها فيقتضى ان يكون محبوسا مادام مرهونا والشياخ

يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها لان الشيوخ يمنع ادامة القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيوخ مقارنا أو طارئا في ظاهر الرواية لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان الرهن من اجنبي أو من شريكه لانه لو جاز لا مسكه الشريك يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فتختلف جهة القبض والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ويصير كانه رهنة يوما ويومالا وذا لا يجوز وعلى ها أيضا يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لان اتصاله بعين المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وانه شرط جواز الرهن ومنها ان يكون فارغا ما ليس بمرهون ومنها ان يكون منفصلا مميزا عما ليس بمرهون وخرجت على كل واحد منهما مسائله التي ذكرنا فافهم (أما) الذي يرجع إلى المرهون به فأنواع منها ان يكون مضمونا والكلام في هذا الشرط يقع في موضعين احدهما في أصل اشتراط الضمان والثاني في صفة المضمون أما الاول فاصل الضمان هو كون المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن لان المرهون عند نامضمون بمعنى سقوط الواجب عند هلاكه أو بمعنى استيفاء الواجب ولسنا نعني بالمضمون سوى ان يكون واجب التسليم على الراهن المضمون نوعان دين وعين أما الدين فيجوز الرهن به باى سبب وجب من الاتلاف الغصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها فكان الرهن بها رهنا بمضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله كراس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يكون القول بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرن ان شاء الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعى المجانسة قلنا المجانسة قلنا ثابتة من وجه لان الاستيفاء يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع إلى معنى المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة ويكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما في اتلاف مالا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب الرهن لحاجة الناس إلى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فامكن القول بالاستيفاء إذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك الرهن في المجلس ثم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان لم يملك حتى افترقا بطلا لفوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس وأما العين فنقول لا خلاف في انه لا يجوز الرهن بالعين التي هي أمانة في يد الراهن كالوديعة والعارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فانها ليست بمضمونة أصلا

[ 143 ]

وأما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عند هلاكه ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة ولا خلاف في انه يجوز الرهن به وللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يسترد العين فان هلك المرهون في يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للراهن سلم العين إلى المرتهن وخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن الدين لان المرهون عندنا مضمون بذلك

فإذا وصل إليه العين يجب عليه رد قدر المضمون إلى الراهن فإن هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بها رهنا بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالاقبل من قيمته وقيمة العين لان قيمة العين بدلها وبديل الشيء قائم مقامه كانه هو وأما الذى هو مضمون بغيره لا بنفسه كالمبيع في يد البائع ليس هو مضمونا بنفسه الا ترى انه لو هلك في يده لا يضمن شيئا بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشتري إذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر في كتاب الصرف انه يجوز وله ان يحبس حتى يقبض المبيع وان هلك في يده قبل القبض يهلك بالاقبل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضا للمبيع بهلاكه وله ان يقبض المبيع إذا أوفى ثمنه وعليه أيضا ضمان الاقل بهلاك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لان اهلاك المبيع قل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري أن يرد الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الاقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لانه وان هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بعوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسين عن أبي حنيفة انه لا يصح الرهن وبه اخذ الكرخي وجه رواية الحسن ان قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لان المشتري لا يصير مستوفيا شيئا بهلاك الرهن انما يسقط عنه الثمن لاغير (وجه) ظاهر الرواية ان الاستيفاء ههنا يحصل من حيث المعنى لان المبيع قبل القبض ان لم يكن مضمونا بالقيمة فهو مضمون بالثمن ألا ترى انه لو هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفيا مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيئا بدراهم بعينها فاعطى بها رهنا لم يجز عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر يجوز بناء على ان الدارهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات وان عينت فكان الواجب على الراهن مثلها لا عينها فلم يكن المعين مضمونا فلم يجز الرهن به وعنده يتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان المعين مضمونا فجاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لان المكفول به ليس بمضمون على الكفيل الا ترى أنه لو هلك لا يجب على الراهن شئ ولا يسقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لان الشفعة ليست بمضمونة على المشتري بدليل أنه لو هلك لا يجب عليه شئ ولا يسقط عن المرتهن بشئ بمقابلته فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولا يجوز الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون لانه لو هلك لا يجب على المولى شئ ولا يسقط عن المرتهن شئ بمقابلته فلم يكن مضمونا أصلا فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة النائحة والمغنية بان استاجر مغنية أو نائحة وأعطاهما بالاجرة رهنا لان الاجارة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولو دفع إلى رجل رهنا ليقرضه فهلك الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضمونا بالاقبل من قيمته ومما سمى من القرض وان حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه في حكم المضمون لانه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شئ كالمقبوض على حقيقته في الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (أما) صفة المضمون فنوعان (أحدهما) متفق عليه (والثاني) مخلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضمونا في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضمونا في الثاى كالرهن ابدارك بان باع شيئا وقبض الثمن وسلم البيع إلى المشتري فخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من البائع رهنا قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك أو لم يوجد وكذا ارتهن بما يثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فان الكفالة بما يصير مضمونا في

الثاني جائزة كما إذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه للحال ولا شئ للحال يستوفى واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الايفاء واستيفاء أشبه البيع فلا يحتمل الاضافة إلى المستقبل كالبيع ولان القياس يأبى جوازهما جميعا لان كل واحد منهما يستدعى مضمونا الا أن الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما إذا دفع إلى انسان رهنا ليقرضه ان الرهن يكون مضمونا وان كان ذلك رهنا بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضمونا حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شئ بمنزلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لآخر ضمننت لك مالك على فلان إذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال إذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان في المسألة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف إلى مضمون في الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل في تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هنالك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما إذا قال إذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدم فلان فكان عدما قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة إلى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لانها لا تستدعى مضمونا في الحال بل في الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضمونا ظاهرا وباطنا أو كونه مضمونا من حيث الظاهر يكفي لجواز الرهن ذكر محمد في الجامع ما يدل على ان كونه مضمونا في الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضمونا حقيقة فانه قال إذا ادعى على رجل الفاوهى قرض عليه فجددها المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسمائة وأعطاه بهارها يساوى خمسمائة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وانه لم يكن للمدعى عليه شئ ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسمائة لان الدين كان ثابتا على الراهن من حيث الظاهر ألا ترى أنهما لو اختصما إلى القاضى قبل أن يتصادقا ان القاضى يجبر المدعى عليه على ايفاء الخمسمائة فكان فهذا رهنا بما هو مضمون ظاهر افيصح يدل عليه أن الرهن بجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلان يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبى يوسف انه لا يضمن شياً لانها لما تصدقا على أنه لم يكن عليه شئ تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلا فلم يصح وكذا ذكر في الجامع إذا اشترى من رجل عبد بالف درهم وقبض العبد وأعطاه بالالف رهنا يساوى الفا فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده يهلك مضمونا لان الالف كانت مضمونة على الراهن ظاهرا فقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم أو اشترى دنانير من رجل وأعطاه بالثمن رهنا فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والخل خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبد انسان خطأ وأعطاه بقيمته رهنا ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضمونا بالاقل من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبى يوسف ينبغي أن لا يضمن في هذه المسائل أيضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا على مال واخذرب المال بالمال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على ان الوديعة هلكت عنده يضمن



المرتهن عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهم في صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهنا بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبي يوسف لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فإن لم يحتمل لم يصح الرهن به لأن الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها أنه لا يجوز لأنه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجناية لأن استيفاء من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى هذا أيضا يخرج الرهن بالشفعة أنه لا يصح لأن حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

[ 145 ]

أيضا يخرج الرهن بالكفالة بالنفس فإنه لا يجوز لأن المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن (فصل) وأما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد (أما) الأول فله أحكام بعضها يتعلق بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق حال هلاكه (أما) الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الأول ملك حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفكك أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام إلى وقت الفكك وكون المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل اللزوم إلى وقت الفكك والعبارات متفقة المعاني في متعارف الفقهاء (والثاني) اختصاص المرتهن ببيع المرهون اختصاصه بثمنه وهذان الحكمان أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك وقال الشافعي رحمه الله الحكم الأصلي للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء (فأما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى أن المرهون أن كان شيئا يمن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فإذا أفرغ من الانتفاع رده إليه وإن كان شيئا لا يمكن الانتفاع به الإباستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلر الرهن لا يغلر الرهن لا يغلر الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام أن الرهن لا يغلر أي لا يجلر وعندكم يجلر فكان حجة عليكم وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن إلى الراهن بلام التملك وسماه صاحبا له على لإطلاق فيقتضى أن يكون هو المالك للرهن مطلقا رقبة وانتفاعا وحبسا ولأن الرهن شرع توثيقا للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد معنى الوثيقة لأنه يكون في يده دائما وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهينا للدين لاتوثيقه ولأن فيما قلتم تعطيل العين المنتفع بها في نفسها من الانتفاع لأن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلا والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان تعطيل والتعطيل تسبب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى قوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا) قوله تعالى وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فوهان مقبوضة أخبر الله تعالى بكون الرهن مقبوضا وأخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلل فاقضى أن يكون المرهون مقبوضا مادام مرهونا ولأن الرهن في اللغة عبارة عن الحبس قال الله عزوجل كل امرئ بما كسب رهين أي حبس فيقتضى أن يكون المرهون محبوسا مادام مرهونا ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام لم يكن محبوسا على الدوام فلم يكن مرهونا ولأن الله تعالى لما سمى العين التي ورد العقد عليها رهنا وأنه ينبئ عن الحبس لغة كان مادل عليه اللفظ لغة حكما له شرعاً لاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولأن الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة وإنما يحصل التوثيق إذا

كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنع عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين في اسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن تواء حقه بالبحود والانتكار علي ما عرف ولا حجة له في الحديث لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أي لا يملك بالدين كذا قاله أهل اللغة غلق الرهن أي ملك بالدين وهذا كان حكما جاهليا فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذى رهنه تفسير لقوله لا يغلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أي زوائده وعليه غرمه أي نفقته وكنفه وقوله ان ما شرع له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطريقين لا يتوى بل يصير مستوفيا والاستيفاء ليس بهلاك الدين (أما) على الطريق الآخر فالهالك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون وإذا هلك فالهالك ليس يضاف إلى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لانفس الحبس وقوله فيه تسيب ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير الراهن موفيا دينه في حق الحبس والمرتهن يصير مستوفيا في حق الحبس والايفاء والاستيفاء من منافع الرهن وإذا عرف حكم الرهن في حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسائل المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفيته أما الذي يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق

[ 146 ]

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون اتسخداما وركوبا ولبساو سكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان أجاز جاز لان عدم النفاذ لمكان حقه فإذا رضى ببطلان حقه زال المانع فنقد وكان الثمن رهنا سواء شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهنا أولا في جواب ظاهر الرهن وروى عن أبي يوسف انه لا يكون هنا الا بالشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عند البيع الا أنه إذا شرط عند الاجازة أن يكون مرهونا فلم يرض بزوال حقه عنه الا ببدل وإذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا (وجه) ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه ما زال حقه بالبيع لانه زال إلى خلف والزائل إلى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الاصل وسواء قبض الثمن من المشتري أولم يقبضه لانه يقوم مقام ما كان مقبوضا وان رده بطل لما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على اجازة المرتهن ان رده بطل وله أن يعيده رهنا وان أجازته جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤجره من أجنبي بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجازة ولان الاجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان أجاز جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجازة إذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له وولاية قبض الاجرة له أيضا لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة ورهنا لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا (فاما) الثمن في باب البيع فبدل البيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا وكذلك لو أجزه من المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن إذا جدد المرتهن القبض للاجارة (أما) صحة الاجارة وبطلان الرهن فلما ذكرنا (أما) الحاجة إلى تجديد القبض فلان قبض الرهن دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها يهلك أمانة ان لم يوجد منع من الراهن وان منعه الراهن ثم هلك بعد

انقضاء مدة الاجارة ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع وليس له أن يعيره من أجبنى بغير اذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعار وسلم فللمرتهن أن يبطل الاعارة ويعيده رهنا وان أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا إذا أعاره باذن المرتهن بخلاف ما إذا أجره فجاز المرتهن أو أجره باذنه أنه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم ألا ترى ان أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد في أي وقت شاء فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حتى لو كان الرهن عبد اليس له أن يستخدمه وان كان دابة ليس له أن يركبها وان كان ثوبا ليس له أن يلبسه وان كان دارا ليس له أن يسكنها وان كان كمان مصحفا ليس له أن يقرأ فيه لان عقد الرهن يفيد ملك الحبس لاملك الانتفاع فان انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لانه صار غاصبا وليس له أن يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فلا يملكه المرتهن من غير اذن الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان أجازه جازو كان الثمن رهنا وكذا إذا باع باذنه جاز كان ثمنه رهنا سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون دينا والثمن دينا في ذمة المشتري فكيف يصلح رهنا (والجواب) أن الدين يصلح رهنا في حال البقاء وان كان لا يصلح ابتداء لانه في حالة البقاء بدل المرهون وبدل المرهون مرهون لانه قائم مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتداء وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل الاجازة لم يجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الاجازة والراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن

[ 147 ]

المشتري لان كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فان ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لانه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لانه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل انما يجوز البيع بتضمين المرتهن إذا سلم الرهن إلى المشتري أولا ثم باعه منه فاما ما إذا باعه ثم سلمه فانه لا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لانه سبب وجوب الضمان وملك المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما إذا باع مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشتري بطل البيع لان بتضمين المشتري لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون ويرجع المشتري على البائع بالثمن لان البيع لم يصح وليس له ان يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير اذن الراهن لان الهبة والتصدق تمليك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فان فعل وقف على اجازة الراهن ان أجاز جاز وبطل الرهن وان درعاد رهنا كما كان ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأبهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن فلا شك فيه لانه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (أما) الموهوب له والمتصدق عليه فلان الرجوع بالضمان بحكم الضرر أنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والاجارة وليس له أن يؤجره من غير الراهن بغير اذنه لان الاجارة تمليك المنفعة والثابت له ملك

الحبس لاملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فان فعل وقف على اجازة الراهن فان  
أجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الاجرة للراهن ولا تكون رهنا لما مر  
وولاية قبضها للمرتهن لان القبض من حقوق العقد و العاقد هو المرتهن ولا يعود رهنا  
إذا انقضت مدة الاجارة لان العقد قد بطل فلا يعود الا بالاستئناف وان ردبطل وأعاد  
رهنا كما كان ولو أجره بغير اذن الراه وسلمه إلى المستأجر فهلك في يده فالراهن  
بالخياران شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر وان شاء ضمن  
المستأجر لو جود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير  
أنه ان ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه باجرة قدر  
المستوفى من المنافع إلى وقت الهلاك لانه ملكه بالضمان فتيين أنه أجر ملك نفسه  
فصح وكانت الاجرة له لانها بدل مفعلة مملوكة له لانها لا تطيب له وان ضمن  
المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لانه صار مغرورا من جهته فيرجع  
عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا أجرة عليه لان الاجرة والضمان لا يجتمعان  
ولو سلم واسترده المرتهن عاد رهنا كما كان لانه لما استرده فقد عاد إلى الوفاق بعد  
ما خلف فاشبه المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق والاجر للمرتهن لكن  
لا يطيب له كالمغاصب إذا آخر المغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير  
اذنه لما ذكرنا في الاجارة فان أعاره وسلمه إلى المستعير فللراهن أن يبطل الاعارة  
فان هلك في يد المستعير فالراهن بالخياران شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن  
المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع  
على المرتهن فلانه ملكه بالضمان فتيين أنه أعار ملكه (أما) المستعير فلان الرجوع  
بالغرر ولم يوجد بخلاف الاجارة (أما) كون الضمان رهنا فلانه بدل المرهون فيكون  
مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لانه عاد الى الوفاق  
فالتحق الخلاف فيه بالعدم ولو أعاره باذن الراهن أو بغير اذنه وأجازوا ولا يبطل  
الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما نذكر بخلاف الاجارة فانها تبطل الرهن وقد مر  
الفرق وليس له أن يرهنه بغير اذن الراهن لانه لم يرض بحبس غيره فان فعل  
فللراهن الاول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده إلى يد المرتهن الاول لان الرهن الثاني  
لم يصح فلو هلك في يد المرتهن الثاني قبل الاعادة إلى الاول فالراهن الاول  
بالخياران شاء ضمن المرتهن الاول وان شاء ضمن المرتهن الثاني فان ضمن  
المرتهن الاول جاز الرهن الثاني لانه ملكه المرتهن الاول بالضمان فتيين أنه رهن ملك  
نفسه ولو هلك في يد المرتهن

[ 148 ]

الثاني يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثاني  
بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المرهون  
ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الاول بما ضمن وبيدنه (أما) الرجوع بالضمان  
فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه (أما) الرجوع بدينه فلان الرهن الثاني لم يصح  
فيبقى دينه عليه كما كان وان رهن عند الثاني باذن الراهن الاول جاز الرهن الثاني  
وبطل الرهن الاول (أما) جواز الرهن الثاني فلان المانع من الجواز قد زال باذن  
الراهن الاول فإذا أجاز الثاني بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعار  
مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه وليس له أن يودعه عند أجنبي ليس في عياله  
لان الراهن لم يرض الا بيده أو بيد من يده في معنى يده ويد الأجنبي الذي ليس في  
عياله ليست في معنى يده فان فعل وهلك في يد المودع ضمن كل قيمته لانه صار  
خاصا بالايديع وله أن يدفعه إلى من هو في عياله كزوجته وخادمه وأجيرته الذي

يتصرف في ماله لان يد هؤلاء كيده الا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده والاصل في هذا أن للمرتهن ان يفعل في الرهن ما يعد حفظا له وليس له أن يفعل ما يعد استعمالا له وارتفاعا به وعلى هذا يخرج ما إذا ارتهن خاتما فجعله في خنصره فهلك ضمن كل قيمته لان التختم بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعمالا له وهو مأذون في الحفظ لا في الاستعمال ويستوى فيه اليمنى واليسرى لان الناس يختلفون في التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم في اليمنى ومنهم من يتجمل به في اليسرى فكان كل ذلك استعمالا ولو جعله في بقية الاصابع فهلك يهلك هلاك الرهن لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا لا استعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه إلى العرف والعادة فان كان اللابس ممن يتجمل بخاتميين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولو رهنه سيفين فتقلد بهما يضمن ولو كانت السيوف ثلاثة فتقلد بها لم يضمن لان التقلد بسيفين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال (فأما) بالثلاثة فليس بمعتاد فكان حفظا لا استعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فليس لبسا معتادا يضمن وان جعله على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثاني حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضى لان بيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضى له لان له ولاية في مال غيره في الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لانه لا ولاية له عليه وإذا باع بامر الحاكم كان ثمنه رهنا في يده لانه بدل المرهون فيكون رهنا وله أن يطالب الراهن بايفاء الدين مع قيام عقد الرهن اذالم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بايفاء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال الراهن بعه واستوف حقه فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حقي فله ذلك لان الرهن وثيقة والبيع يخرج عن كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوثق باستيفائه إلى استيفاء الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك إلى وقت كذا والا فهو لك بدينك أو بيع بحقك لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضى أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما له أن يبيعه عليه وهى مسألة الحجر على الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام في العدل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان ما للعدل أن يفعله في الرهن وما ليس له أن يفعله فيه والثاني في بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح والثالث في بيان ما ينعزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينعزل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق للعدل أن يمسك الرهن بيده ويضمن حفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه إلى المرتهن بغير اذن الراهن ولا إلى الراهن بغير اذن المرتهن قبل سقوط الدين لان كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه في يد العدل؟ ولو دفعه إلى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده إلى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع

[ 149 ]

بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالاجارة والاعارة والرهن وغير ذلك لان الثابت له بالوضع في يده هو حق الامسك لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا الا إذا كان مسلطا على بيعه في عقد الرهن أو متأخرا عنه فله أن يبيعه لانه صار وكيفا بالبيع الا أن التسليط إذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن وإذا كان متأخرا عن

العقد يملك لما ذكرنا وله ان يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها مرهونة تبعا للأصل وكذا له أن يبيع ما هو قائم مقام الرهن نحو ان كان الرهن عبد افقتله عبد اوفقاً عينه لانه إذا قام مقامه جعل كان الاول قائم ثم إذا سلطه على البيع مطلقاً فله أن يبيعه باى جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما و باى قدر كان بمثل قيمته أن بأقل منه قدر ما يتغابن الناس فيه وبالنقد والنسيئة عند أبى حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الاجل لان الامر البيع مطلق وإذا باع كان الثمن رهنا عنده إلى أن يحل الاجل لان ثمن المرهون مرهون فإذا حل الاجل أو في دين المرتهن ان كان من جنسه وان سلط على البيع عند المحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند المحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبى حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير و بجنس المسلم فيه وهى مسألة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع باى ثمن كان عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير الا أنهما جواز ما في مسألة السلم بجنس المسلم فيه لان الامر بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب إلى القضاء منه ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فان نهاه عند عقد الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لان التوكيل حصل مقيداً فيلزمه مراعاة القيد متأخر إذا كان التقييد مفيداً وهذا النوع من التقييد مفيد ولو نهاه متأخر عن العقد لم يصح نهيته لان التقييد المتراخى ابطال من حيث الظاهر كالتخصيص المتراخى عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخا لا بياناً وإذا كان ابطالا لا يملكه الراهن كما لا يملك ابطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل ثم إذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهنا لانه صار ملكاً للمشتري وصار ثمنه هو الرهن لانه قام مقامه سواء كان مقبوضاً أو غير مقبوض حتى لو ترى عند المشتري كان على المرتهن ويهلك بالاقبل من قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر إلى قيمة المبيع بل ينظر إلى الثمن بعد البيع لان الرهن انتقل إلى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهناً فتعتبر قيمة الرهن ثم ان باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وان باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين وقضى الدين منه لانه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن ثم استحق في يد المشتري فللمشتري أن يرجع بالثمن على العدل لان العاقد وهو حقوق العقد في باب البيع ترجع إلى العاقد والعدل بالخيار ان شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وان شاء رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن قبض الثمن من المرتهن لم يصح فله أن يسترد منه وإذا استرده عادالين على حاله (أما) الرجوع بما ضمن على الراهن فله أن يرجع بالعهد عليه واذرجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لانه صح قبضه هذا إذا سلم الثمن إلى المرتهن فان كان هلك في يده قبل التسليم ليس له أن يرجع الاعلى الراهن لانه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه في الاصل لا على غيره الا أن له أن يرجع على المرتهن إذا قبض الثمن لما ذكرنا فإذا لم يقبض وجب العمل الاصل فيرجع على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن المشتري وجد به عيباً كان له أن يردّه على العدل لان الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع إلى العاقد والعاقد وهو العدل فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذى أعطاه والعدل بالخيار ان كان رده عليه بقضاء القاضى ان شاء رجع على المرتهن ان كان سلم الثمن إليه وان اشاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلانه إذا رد عليه بعيب بقضاء القاضى فقد انفسخ البيع فكان له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهناً بالدين

(أما الرجوع على الراهن فلانه وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهد وان كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فان رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على

[ 150 ]

أحد وان كان هلك في يده وضمن في ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا في الاستحقاق ويكون المردود رهنا كما كان هذا إذا كان بيع العدل بتسليط مشروط في عقد الرهن فاما إذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سواء قبض المرتهن الثمن أولم يقبضه لانه وكيل الراهن وعهدة والوكيل فيما وكل به على موكله في الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله عليه الا أن التسليط إذا كان مشروطا في العقد يثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما نذكر ان شاء الله تعالى فإذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه وإذا لم يكن مشروطا فيه لم يثبت التعليق فيحق الرجوع بالعهد على الموكل على حكم الاصل وللعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لانها مرهونة تبعا للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعا فله أن يبيعه كما له أن يبيع الاصل وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن بان قتل الرهن أو فقأ عينه فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثاني قائم مقام الاول لحما ودما فصار كان الاول قائم وللعدل أو يمتنع من البيع وإذا امتنع لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان في الرهن لم يكن له أن يمتنع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطا في الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلا محضا بالبيع فأشبه التوكيل بالبيع في سائر المواضع وإذا كان مشروطا فيه كان حق المرتهن متعلقا به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (أما) بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا في رهن عبد المأذون حتى لو زهن العبد المأذون على أن يضع على يدموله لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلا في رهن موله حتى لو رهن انسان شيئا على أن يضع في يد عبده المأذون يصح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلافى استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الأجنبي في استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الأجنبي في استيفاء الدين من موله لذلك افترقا وعن أبي يوسف ان المولى يصلح عدلا في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا في رهن موله لان المكاتب حريدا فكان كل واحد منهما أجنبيا عما في يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلا في رهن الكفيل وكذا الكفيل لا يصلح عدلا في رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلافى استيفاء الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبتفريغ ذمته عن الدين (أما) الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين وأحد شريكي المفاوضة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لان يدكل واحد منهما يد صاحبه فكان ما في يدكل واحد منهما كانه في يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا أحد شريكي العنان في التجارة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جائز في الشريكين جميعا لان كل واحد منهما أجنبي عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيئا من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد

لرب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجر الرهن والاب لا يصلح عدلا في رهنه بثمان ما اشترى للصغير بان اشترى الاب للصغير شيئا ورهن بثمان ما اشترى له على أن يضعه على يد نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما شرط على أن يضعه في يد نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا في الرهن فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط في عقد الرهن على أن يكون الرهن في يده فسد العقد لان قبض المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه في يده شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

[ 151 ]

في ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فإذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (أما) بيان ما ينعزل به العدل وبخروج عن الوكالة وما لا ينعزل فنقول التسليط على البيع اما أن يكون في عقد الرهن واما أن يكون متأخرا عنه فان كان في العقد فعزل الراهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة إذا كانت في العقد كانت تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وان كان التسليط متأخرا عن العقد فللراهن أن يعزله وينعزل بموت الراهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن التسليط الطارئ على العقد والمقارن اياه سواء لانه يلتحق بالعقد فيصبر كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد أو في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الراهن رضى به ولم يرض بغيره فإذا مات بطلت الوكالة لكن لا يبطل العقد ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع في يد الاول في الابتداء بتراضيهما فكذا في يد الثاني في الانتهاء فان اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلا ووضع الرهن على يده قطعاً للمنازعة وليس للعدل الثاني أن يبيع الا أن يموت الراهن لان الراهن سلب الاول لا الثاني وعلى هذا تخرج نفقة الراهن انها على الراهن لا على المرتهن والاصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لان الملك له وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن لان اليد إذا عرف هذا فنقول الرهن إذا كان رقيقا قطعاه وشرابه وكسوته على الراهن وكفنه عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعى عليه وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان في قيمة الرهن فضل أو لم يكن لان هذه الاشياء من حقوق الملك ومؤونات الملك على المالك والملك للراهن فكانت المؤنة عليه والخراج على الراهن لانه مؤنة الملك (أما) العشر ففي الخارج يأخذه الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما إذا استحق بعض الرهن شائعا انه يبطل الرهن في الباقي (ووجه) الفرق ان الفساد في الاستحقاق لمكان الشبوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن في القدر المستحق لم يصح والباقي شائع والشبوع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه



في الخارج لا يخرج عن ملكه بدليل أنه يجوز بيعه ويجوز له الاداء من غيره فكان الدفع إلى الامام بمنزلة اخراج الشيء عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوخ فهو الفرق ولو كان في الرهن نماء فأراد الراهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه في نماء الرهن ليس له ذلك لان زوائد المرهون مرهونة عندنا تبعا للاصل فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك الانفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الراهن للمرتهن اجرا على حفظه فحفظه لا يستحق شيئا من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع إذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة ان له الاجر لان حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لانها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبي يوسف ان كراء المأوى على الراهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الأبق على المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن و الدين سواء أو قيمة الرهن أقل فالجعل كله على المرتهن وان كانت قيمته أكثر فيقدر الدين على المرتهن ويقدر الزيادة على الراهن لان وجوب الجعل على المرتهن لكون المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فانقسم الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان بخلاف أجرة المسكن انها على المرتهن خاصة وان كان قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت على المرتهن لكونها مؤنة الحفظ وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجعل فانما لزمه لكون المردود مضمونا

[ 152 ]

والمضمون بعضه لاكله فينقدر بقدر الضمان والفداء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الأبق ينقسم على المضمون الامانة وكذلك مداواة الجروح والقروح والامراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير اذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير اذنه فهو مقطوع لانه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضى يرجع على صاحبه لان القاضى له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن وبالانفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالكين وكذا إذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيفا عنه بالانفاق وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن الراهن ان كان غائبا فأنفق المرتهن بأمر القاضى يرجع عليه وان كان حاضرا لم يرجع عليه وقال ابو يوسف ومحمد يرجع في الحالين جميعا بناء على أن القاضى لا يلى على الحاضر عنده وعندهما يلى عليه وهى مسألة الحجر على الحر وستأتى في كتاب الحجر وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انها مرهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على ضريين زيادة غير متولدة من الاصل ولا في حكم المتولد منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد والثمر واللبن والصوف أوفى حكم المتولد من الاصل كالارث والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الاولى انها ليست بمرهونة بنفسها ولا في بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمهم الله انها مرهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست بمرهونة بناء على أن الحكم الاصلى للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر الغرماء؟ فقبل البيع لاحق له في الرهن حتى يسرى إلى الولد فأشبه ولد الجارية إذا جنت ثم ولدت ان حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الام هو وجوب

الدفع إلى المجني عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر إلى الولد كذا هذا الدليل على أن الزيادة ليست مرهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت مرهونة لكانت مضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم أصلى للرهن أيضا وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعاً للأصل الا انها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعاً للأصل فكانت مرهونة تبعاً لأصل كولد المبيع انه مبيع على أصل أصحابنا رضى الله عنهم لكن تبعاً لأصل فلا يكون له حصة من الثمن الا إذا صار مقصوداً بالقبض فكذا المرهون تبعاً لا يكون له حصة من الضمان الا إذا صار مقصوداً لفكك وإذا كانت الزيادة مرهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وينقسم الدين على الاصل و الزيادة على تقدير بقائها إلى وقت الفكك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكك ونبين ذلك في موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتهن أن يحبسهما جميعاً بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا أنه تعتبر قيمة الرهن الاصل وقت العقد وقيمة الزيادة وقت الزيادة وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزيادتين يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الاول ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذى رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لانه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لان ذلك دين لارهن به والثانى ان المرهون محبوس بجميع الدين الذى رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفى ما بقى للباقي أو كثر لان الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فما بقى شئ من الدين بقى محبوساً به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوساً بجميع الثمن فما بقى شئ من الثمن بقى محبوساً به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شئ من الرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير

[ 153 ]

رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيئاً واحداً أو أشياء ليس للراهن أن يسترد شيئاً من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمي لكل واحد منهما شيئاً من المال الذى رهن به أو لم يسم في رواية الاصل وذكر في الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فإدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيدان ما ذكر في الاصل قول أبى يوسف وما ذكر في الزيادات قول محمد وذكر الجصاص ان في المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيادة أنه لما سمي لكل واحد منهما ديناً متفرقاً أوجب ذلك تفريق الصفقة فصار كانه رهن كل واحد منهما بعقد على حدة (وجه) رواية الاصل أن الصفقة واحدة حقيقة لانها أضيفت إلى الكل اضافة واحدة الا انه تفرقت التسمية وتفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة كما في البيع إذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها إلى أن يستوفى جميع الثمن وان سمي لكل واحد منهما ثمناً على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثانى وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعلى ديون آخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لان بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت

له الاختصاص ببذله وهو الثمن ثم ان كان الدين حالا والثمن من جنسه فقد استوفاه ان كان في الثمن وفاء بالدين وان كان فيه فضل رده على الراهن وان كان أنقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وان كان الدين مؤجلا حبس الثمن إلى وقت حلول الاجل لانه المرهون فيكون مرهونا فإذا حل الاجل فان كان الثمن من جنس الدين صار مستوفيا دينه وان كان من خلاف جنسه يحبس به إلى أن يستوفى دينه كله وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فان فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وان نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقى من دينه في مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل من الدين دين لارهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه اسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لان ذلك الدين لارهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو وجوب؟ تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضى الدين أولا ثم يسلم الرهن لان الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولانه لو سلم الرهن أو لافمن الجائز ان يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن الا ان المرتهن إذا طلب الدين يؤمر باحضار الرهن أولا ويقال له احضر الرهن إذا كان قادرا على الاحضار من غير ضرر زائد ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين لانه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز ان الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفيا دينه من الرهن فيؤدي إلى الاستيفاء مرتين وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولا إذا كان ديناً ثم يؤمر البائع بتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع الا ان البائع إذا طالبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع لجواز ان المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائما في يد المرتهن أو كان في يده بد له بعد ان كان البدل من خلاف جنس الدين نحو ما إذا كان المرتهن مسلطا على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن ان لا يدفع حتى يحضره المرتهن لان البدل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائما كان له ان يمنع ما لم يحضره المرتهن فكذلك إذا قام البدل مقامه ولو كان الرهن على يدى عدل وجعلا للعدل ان يضعه عند من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن باحضار الرهن لان قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق الا انه رخص له التأخير إلى غايه احضار الدين عند القدرة على الاحضار وهنا قدرة للمرتهن على احضاره لان للعدل ان يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبرا كان غاصبا

[ 154 ]

وإلى هذا المعنى اشار محمد في الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شيء لو أخذه كان غاصبا وإذا سقط التكليف بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك إذا وضع الرهن على يد عدل فغابا العدل بالرهن ولا يدري أين هو لا يكلف المرتهن باحضار الرهن ويجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن في يد المرتهن فالتقيا في بلد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يجبر المرتهن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير إلى وقت الاحضار

للضرورة التي ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتهن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة بالرهن أو بنقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال المرتهن لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل في الثابت بقاؤه فالمرتهن يستصحب حالة القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهد له ولان الراهن بدعوى الهلاك يدعى على المرتهن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه ويحلف على البتات لان يحلف على فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتهن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك فعله بخلاف ما إذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتهن في هلاك الرهن ان هناك يحلف المرتهن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف على العلم كما لو ادعى الراهن انه أو في الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان الرهن ممالا حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يجبر على قضاء الدين وفي الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتهن الرهن لانه ليس في احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل في الزيادات ولو اشترى شيئا ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع في غيره مصره الذي وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشتري حتى يحضر المبيع لا يجبر المشتري على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أولم يكن فرق بين البيع والرهن ووجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين في هذا الحكم (فصل) وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون إذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما أن يهلك بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع أحدها في بيان أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثاني في بيان شرائط الضمان والثالث في بيان قدر الضمان وكيفيته أما الاول فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعي رحمه الله يهلك أمانة احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه إذا هلك أمانة لان عليه قضاء دين المرتهن فاما إذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لاتوثيقاله (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال الرهن بما فيه وفي رواية الرهان بما فيها وهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا رهن بدين عند رجل فرسا بحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتهن بحقه فاخصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقه ولان المرتهن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانيا كما إذا استوفى بالفكاك وتقرير معنى الاستيفاء في الرهن ذكرناه في مسائل الخلاف وأما الحديث

فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أي لا يهلك إذا الغلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لانه يذهب بالدين فلا يكون ها لكامعنى وقيل معناه أي لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكما جاهليا جاء الإسلام فابطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أي نفقته وكنفه ونحن به نقول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوصل إليه في أقرب الاوقات لانه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين مق مطلق ماله وبعد الرعن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول إلي حقه فحصل معنى التوثيق (فصل) (وأما) شرائط كونه مضمونا عند الهلاك فأنواع منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما إذا برأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شئ ولا ضمان على المرتهن فيه اذالم يوجد منه منع الرهن عند طلبه استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوى بين الابرء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كانه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولان المرهون لما صار مضمونا بالقبض يبقى الضمان ما بقى القبض وقد بقى لانعدام ما ينقضه وجه الاستحسان أن كون المرهون مضمونا بالدين يستدعى قيام الدين لان الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالابرء فاستحال أن يبقى مضمونابه وقد خرج الجواب عن قوله ان الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لانا نقول نعم إذا كان الدين قائما فإذا اسقط بالابرء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما إذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لان قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقى القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لان المستوفى يصير مضمونا على المرتهن بخلاف الابرء لانه مسقط لان الابرء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا اذالم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فان وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما إذا أخذت المرأة بصداقها رهنا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها أنه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لانها لم تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضمونا وكذلك لو أخذت بالصداق رهنا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن في يدها لا ضمان عليها لان الصداق لما سقط بالردة لم يبق القبض مضمونا فصار كما لو أبرأته عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فاخذت بمهر المثل رهنا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يحبس الرهن بالمتعة ولو هلك في يدها ولم يوجد منهما منع يهلك بغير شئ والمتعة باقية على الزوج وهذا قول أبى يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة ولقب المسألة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهنا بالمتعة عند أبى يوسف لان يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبى حنيفة في الاصل وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع قول أبى يوسف وجه قول محمد أن الرهن بالشئ رهن يبدله في الشرع لان بدل الشئ يقوم مقامه كانه هو لهذا كان الرهن بالمغصوب رهنا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنا برأس المال عند الاقالة والمتعة بدل عن نصف المهر لانه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا حد البدل في أصل الشيوخ ولابي يوسف أن المتعة وجبت أصلا بنفسها لا بدلا عن مهر

المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداء كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال في حق أحد الحكمين وبقي في حق الحكم الآخر إلا أنه لا يعمل فيه إلا بعد الطلاق فكان الطلاق شرط عمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلا كما في سائر الأسباب المتعلقة بالشروط ولو أسلم في طعام وأخذ به رهنا ثم تفاسخ العقد كان له أن يحبس الرهن براس المال لان راس المال بدل عن المسلم فيه فان هلك الرهن في يده يهلك بالطعام لان

[ 156 ]

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام وبالاقالة لم يسقط الضمان أصلا لان بدله قائم وهو راس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما إذا أبراه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء لان الضمان هناك سقط اصلا ورأسا فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبدا وتقابضا ثم نفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن لان المشتري بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن فكذا المشتري وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالمثل رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في المسلم ومنها أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فان لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وان بقي عقد الرهن لان المرهون إنما صار مضمونا بالقبض فإذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شيء من الدين لان قبض الغاصب أبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده إلى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وان هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لان المرهون قبل ان يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لانعدام ما ينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض الاعارة وقبض الاعارة ينافى قبض الرهن لانه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فإذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم إذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الاعارة فعاد قبض الرهن وكذلك إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لان قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينافى قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو أعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه إلى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولدا فالولدرهن لان الاصل مرهون لقيام عقد الرهن حتى لو هلكت الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولدرهن بجميع المال لان الضمان وان فات فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر وإذا بقي العقد في الام صار الولد مرهونا تبعا للأم فكان له أن يحبسه بجميع المال وكذا لو ولدت هذه الابنة ولدا فانهما رهن بجميع المال وان ما تلم يسقط شيء من الدين لان الولد ليس بمضمون الا ترى أن الام لو كانت قائمة فهلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا إذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدا منهما حتى يؤدي المال كله لانهما دخلا جميعا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولو مات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يرده إلى المرتهن فالمرتهن أحق به من سائر

الغرماء لقيام عقد الرهن وإن بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وإن لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلغا فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته إلى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهما لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعى عوده إلى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا إذا اتفقا على اللبس واختلغا في وقته فأما إذا اختلغا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تخرق وقال المرتهن لبسته فتخرق فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن بدعواه اللبس يدعى الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وإن أقام الراهن البينة انه تخرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البينة انه تخرق بعد خروجه من الضمان فالبينة بينة الراهن لا بينته مثبتة لانها تثبت الاستيفاء وبينة المرتهن تنفى الاستيفاء المثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد والثمر واللبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا إلا الارش خاصة حتى

[ 157 ]

لو هلك شيء من ذلك لا يسقط شيء من الدين إلا الارش فإنه إذا هلك تسقط حصته من الدين وإنما كان كذلك لأن الولد ليس بمرهون مقصود ابل تبعا للأصل كولد المبيع على أصل أصحابنا انه مبيع تبعا لا مقصودا والمرهون تبعا لاحصة له من الضمان إلا إذا صار مقصودا بالفكاك كما أن المبيع تبعا لاحصة له من الثمن إلا إذا صار مقصودا بالقبض بخلاف الارش لأنه بدل المرهون لأن كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبدل الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه حكم الأصل والأصل مضمون فكذا بدله بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن انها مضمونة لانها مرهونة مقصودا لا تبعا لأن الزيادة إذا صحت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والزيد عليه على ما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى ولو هلك الأصل بقيت الزيادة يقسم الدين على الأصل والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الأصل وقت القبض وإن شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لأن الإيجاب والقبول لا يصير عقد اشراعا إلا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكاك لأن الأصل إنما صار مضمونا بالقبض فتعتبر قيمة يوم القبض والزيادة إنما يصير لها حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمتها حينئذ إلا أن هذه القسمة للحال ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة إلى الزيادة إلى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن والقسمة الحقيقية وقت الفكاك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الأصل بالزيادة والنقصان في السعر أو في البدن لأن الأصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد إنما يأخذ قسما من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك وشرح هذه الجملة إذا رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوي الفافان الدين يقسم على قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقي الولد رهنا بالنصف الباقي يفتكه الراهن به ان بقي إلى وقت الافتكاك وإن هلك قبل ذلك هلك بغير شيء وجعل كأن لم يكن وعادت حصته من الدين إلى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وإن لم يهلك لكن تغيرت قيمته إلى الزيادة فصار يساوي الفين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين في الولد والثلث في الام وتبين ان الام هلكت بثلث الدين وبقي الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت

قسمة الا ثلاث وصارت القسمة أرباعا ثلاثة أرباع الدين في الولد وربع في الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباعه ولو تغيرت قيمته إلى النقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين في الام والثلث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلثي الدين وبقي الولد رهنا بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان الولد واحدا أو أكثر ولدوامعا أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الاولاد يوم الفكك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بيننا وولدت بنتها ولدافهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد الاصلى ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان ولو ولدت الجارية ولدائم نقصت قيمة الام في السعر أو في البدن فصارت تساوي خمسمائة أو زادت قيمتها فصارت تساوي ألفين والولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو لسعر فصار يساوي خمسمائة صار الدين فيهما أثلاثا الثلثان في الام والثلث في الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي الفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام حتى لو هلكت الا يبقى الولد رهنا بالثلثين لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا تتغير القسمة والولد انما يصير له حصة من الضمان بالفكك فتعتبر قيمته يوم الفكك ولو اعورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربه وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون وهذا الجواب فيما إذا ولدت ثم اعورت ظاهر لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة فإذا اعورت والعين من

[ 158 ]

الآدمى نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا ببقية الدين وهو ثلاثة الارباع (فأما) إذا اعورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الاعورار كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقي النصف فإذا ولدت ولدا فينبغي أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهب نصف الدين بالاعورار لم يكن حتما بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فإذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد وقد اعورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته إلى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فإذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي النصف الاخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شئ من الدين لانه لو هلك لا يسقط فإذا اعورأولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لانها تحتمل التغيير بتغير قيمة الولد إلى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا تخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبدا لان هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصودا فكانت مرهونة أصلا لا تبعا فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزيد عليه والزيادة وجملة الكلام في كيفية الانقسام ان الراهن لا يخلو (أما) ان زاد في الرهن وليس في الرهن نماء (وأما) ان كان فيه نماء فان لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزيد



عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية الفاقية العبد الف والدين الف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما أثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون مقصودا لا تبعاً الا أنه تعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما انما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي نماؤه ان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها مرهونة تبعاً لا اصلاً والمرهون تبعاً لا يأخذ حصة من الضمان الا بالفكك فتعتبر قيمتها يوم الفكك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الاصل في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الرهن بعد ذلك رهناً آخر يقسم ما بقى من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما إذا رهن جارية قيمتها الف بالف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ثم زاد الرهن عبد اقيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثاً فيكون ثلثاً هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية فرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماؤه بأن اعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكك نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون في الام والولد ثلثاً ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادة أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصل لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصوداً فيعتبر في القسمة ما بقى من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست بمرهونة مقصوداً لانعدام وجود الرهن فيها مقصوداً بل تبعاً للأصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعاً للأصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتاً في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن للمرتهن من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن

[ 159 ]

عبداً قيمته ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسمائة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسمائة وعلى قيمة العبد الزيادة وبقي ألف أثلاثاً ثلثها في العبد وثلثها في الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلثي الخمسمائة وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ولو هلكت الجارية هلكت بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لان الزيادة زيادة على المرهون والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقصوياً فالزيادة تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثاً ولو قضى خمسمائة ثم اعورت الجارية قبل أن يزيد الرهن ثم زاد عبداً قيمته الف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية العوراء لانه لما قضى الراهن خمسمائة فرغ نصف الجارية شائعاً

من الدين وبقى النصف الباقي في نصفها شائعا وذلك خمسمائة فإذا اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون وبقى مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فإذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسه وذلك خمسون في الاصل هذا إذا زاد وليس في الرهن نماء فأما إذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بالف فولدت ولدا يساوي ألفا ثم زاده عبدا قيمته ألف فالرهن لا يخلو أما ان زاد والام قائمة وأما ان زاد بعد ما هلكت الام فان كانت قائمة فزاد لا يخلو أما ان جعله زيادة على الولد أو على الام أو عليهما جميعا أو أطلق الزيادة ولم يسم المزيد عليه انه الام أو الولد فان جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لان الاصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون زيادة معه فيقسم الدين أولا على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بينا فيما تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهي وقت قبضها لانها انما جعلت في المضان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لانه إذا هلك جعل كأن لم يكن أصلا ورأسا فلم تتحقق الزيادة عليه لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيادة على الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره ولانه لو أطلق الزيادة لوقعت على الام فعند التقييد والتنصيب أولى وإذا وقعت زيادة على الام جعل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ولو مات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير ويقسم الدين أولا على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها فتعتبر زيادة الولد في حق الام ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لان الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلكت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقى الولد والزيادة بما فيهما بخلاف ما إذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لان بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهى ويتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لانه إذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كأن لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شئ لان الولد غير مضمون بالهلاك فإذا هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وان جعله زيادة على الام والولد جميعا فالعبد زيادة على الام خاصة لا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وانما يعتبر في حق الام ويدخل في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه في حال قيام الام فيقسم الدين على الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الام قسمة أخرى بينها وبين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد ويوم الفكاك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

[ 160 ]

ولا الولد فالزيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الانفراد يصلح مزيدا عليه الا أن الام أصل في الرهن والولد تابع فعند الاطلاق جعلها زيادة على الاصل أولى وإذا صارت الزيادة رهنا مع الام يقسم الدين

قسمين على نحو ما بينا هذا إذا كانت الام قائمة وقت الزيادة (فأما) إذا هلكت الام ثم زاد والعبد زيادة على الولد فكانا جميعا رهنا بخمسائة يفتك الرهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الزيادة تستدعى مزيدا عليه والهالك خرج عن احتمال؟ ذلك فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام وبقي النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد أخذ الراهن العبد بغير شىء لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كانه لم يكن وعادت حصته إلى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك أمانة الا إذا منعه بعد الطلب لانه تبين أنه لم يكن رهنا في الحقيقة لما بينا فصار كما إذا رهن بدين ثم تصادقا لعى أنه لادين ثم هلك الرهن أنه يهلك أمانة لما قلنا كذا هذا الا إذا منع بعد الطلب لانه صار غاصبا بالمنع فيلزمه ضمان الغصب (وأما) بيان كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلوا ما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من خلاف جنس حقه فإن كان من خلاف جنس حقه فاما أن يكون شياً واحداً واما أن يكون اشياء فان كان شياً واحداً يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وتقسيره إذا رهن عبداً قيمته الف بالف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب كل الدين أيضاً وفضل الرهن يهلك أمانة وان كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهو رواه عن سيدنا على رضى الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أي على المرتهن فضل قيمة الرهن وهكذا روى عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغاً ما بلغ أي يذهب كل الدين قلت قيمة الدين أو كثرت وهو مذهب شريح وعن سيدنا على رضى الله عنه رواية أخرى أنه قال يترادان الفضل يعنى ان كانت قيمة الرهن أكثر فللراهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي رحمه الله في قوله ان المرهون أمانة لان اختلافهم في كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضموناً فانكار الضمان أصلاً يرجع إلى مخالفة الاجماع فكان باطلاً ثم الرجحان في كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فان كانت قيمة الرهن مثل الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله صورة ومعنى أو معنى لا صورة وإذا كان قيمته أكثر لا يتحقق الاستيفاء الا في قدر الدين ولا يتحقق في الزيادة لان استيفاء الاقل من الاكثر يكون ربا وإذا كانت قيمته أقل لا يمكنه تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الاكثر من الاقل لا يتصور هذا إذا كان المرهون شياً واحداً فاما إذا كان اشياء بأن رهن عبيدين أو ثوبين أداتين أو نحو ذلك فلا يخلو (أما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شياً من الدين (وأما) ان قيدوسمى لكل واحد منهما قدراً معلوماً من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضموناً بالاقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل واحد منهما مضموناً بالاقل من قيمته ومما سمى له لانه لما سمى وجب اعتبار التسمية فينظر إلى القدر المسمى لكل واحد منهما فايهما هلك

يهلك بالاقبل من قيمته ومن القدر المسمى كما في باب البيع إذا سمي لكل واحد من المبيعين ثمنا أنه ينقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا إذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك في يد المرتهن فاما إذا كان من

[ 161 ]

جنسه بأن رهن موزونا بجنسه أو مكبلا بجنسه وهلك في يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة يهلك مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن يمثل وزن الدين وقيمه أقل منه فهلك يذهب كل الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما نذكر فمن أصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن دون القيمة في الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن فاما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنس (وأما) في الانكسار فابو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء في الوزن والقيمة ولا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بأن لا يؤدي ذلك إلى الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يؤدي إلى الربا فان أدى إلى شئ مما ذكرنا فانه لا يجعل بالدين أيضا وإذا كانت قيمة الرهن أكثر فابو يوسف يجعل النقصان الحاصل بالانكسار شائعا في قدر الامانة والمضمون فما كان في الامانة يذهب بغير شئ وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمه يصرف النقصان إلى الزيادة وإذا كثر النقصان حتى انتقص من الدين يخير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين ومن أصل أبي حنيفة أنه يجوز استيفاء الزبوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزبوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا عند محمد الا ان محمدا ترك أصله في الرهن وعند أبي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض وباخذ مثل حقه فمن أصله أنه لا يجوز استيفاء الزبوف عن الجياد فهذه أصول هذه المسائل (وأما) تخرجها على هذه الاصول فنقول وبالله التوفيق إذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك أو انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يخلو اما أن يكون مثل وزن الدين بأن كان عشرة أو اما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية واما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثني عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمه وفاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه ربا فيهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا وان انسكر وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف لانه لو افتكه اما أن يفتكه بجميع الدين واما أن يسقط شئ من الدين بمقابلة النقصان لا سبيل إلى الاول لان فيه ضررا بالراهن لفوات حقه عن الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل إلى الثاني لانه يؤدي إلى الربا لان الدين والرهن يستويان في الوزن والجودة لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون ايفاء عشرة بثمانية فتكون ربا فيتخيران شاء افتكه بجميع الدين ورضى بالنقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغه ما بلغت فكانت رهنا مكانه ويصير القلب ملكا للمرتهن بالضمان وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين ويصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمد ان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدى كقبض الغصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفي الجعل بالدين تقرير الاستيفاء (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاسلام وأبطله بقوله لا يعلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبين ان ملك

الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والحبس لاملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصلح حكما له في الجملة ألا ترى ان محمدا يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما نذكروا ان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك يهلك بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وفاء الدين وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (اما) ان يهلك بوزنه (واما) أن يهلك بقيمته لا سبيل إلى الأول لان فيه ضرر بالمرتهن ولوجه إلى الثاني لانه يؤدي إلى الربا فيخير المرتهن بين أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه ولاي حنيفة رحمه الله ان قبض الرهن قبل استيفاء الجيد والردئ في الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزيوف عن الجياد جائز عنده وان

[ 162 ]

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

بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية في قول أبي حنيفة اعتبارا للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انسكر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلانهما لا يجيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلا ورأسا محمدان كان يجيزه لكن بشريطة انعدام الضرر في الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتتهن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضمن القيمة وان انكسر ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع لما ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك بثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته وان انكسر فعند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة وكانت قيمته رهنا والقلب ملكا للمرتتهن وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهنا عنده بالدين وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار بالامانة ان قل النقصان بأن كان درهما أو درهمين ويجبر الراهن على الافتكاك وان كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين الافتكاك وبين الجعل بالدين هذا إذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فاما إذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بلا خلاف وان انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه

[ 163 ]

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

المرتتهن يهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس بمحل للرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدير وأم الولد وهذا يدل على ان الفساد كان لمعنى في نفس المرهون لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وان كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا (ووجهه) ان المرهون مضمون بالقبض ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون المقبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقا متقوما كالمقبوض بالبيع الفاسد فان وجد الشرط يكون مضمونا والافلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون (وأما) حكم استهلاكه فنقول المرهون لا يخلو (أما) أن يكون من بنى آدم كالعبد والامة (وأما) ان كان من غير بنى آدم من سائر الاموال فان كان من غير بنى آدم فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته ان كان ممالا مثل له ومثله ان كان مما له مثل كما اذا لم يكن مرهونا والمرتتهن هو الخصم في تضمينه وكان الضمان رهنا لانه بدل المرهون ثم ان كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وان كان الدين لم يحل حسبه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتتهن لانه لو أتلف مالا مملوكا متقوما بغير اذن مالكة فيضمن مثله أو قيمته كما لو أتلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وان استهلكه الراهن فان كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان لم يحل أخذ المرتتهن منه الضمان فأمسكه إلى أن يحل الدين وإذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتتهن أو الراهن أو أجنبي بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فحلبت أو ولدت فعليه ضمانه (أما) وجوب الضمان على الأجنبي والمرتتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه يوجب الضمان (وأما) وجوبه على الراهن فلان المتلف وان كان مملوكا له لكن للمرتتهن فيه حق قوى فيلحق بالملك في حق وجوب الضمان وإذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتتهن لانه بدل المرهون فيقوم مقامه فان هلك الضمان لا يسقط شئ من الدين لانه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الاصل والاصل لو هلك يهلك بغير شئ كذا البديل وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لانها مرهونة مقصودة فكانت مضمونة بالهلاك ويفتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة تصير مقصودة بالفكك فيصير لها حصة من الدين هذا إذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما إذا كان باذن بان قال الراهن للمرتتهن احلب الشاة فما حلبت

[ 164 ]

فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فحلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لان الزيادة ملك الراهن فيصح اذنه بالاكل والشرب ولا يسقط شئ من دين المرتتهن حتى لو جاء الرهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لان اتلاف المرتتهن باذن الراهن مضاف إلى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شئ من الدين وكان عليه ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تهلك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر قيمتها فما كان حصة الشاة يسقط وما كان حصة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لان فعل المرتتهن لما كان مضافا إلى الراهن كان مضمونا عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر إلى قيمة الزيادة فان كان فيها خمسة كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثاه فإذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاؤه وكذلك لو استهلكه أجنبي باذن الراهن والمرتتهن فالجواب فيه وفي المرتتهن إذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو استهلكه الراهن باذن المرتتهن لا شئ عليه لان الضمان لوجب لوجب لحق المرتتهن لا لحق نفسه لانه ملكه وقد أبطل المرتتهن حق نفسه بالاذن فلا

يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بأفة سماوية وبقيت الشاة رهنا بجميع الدين وان كان المرهون من بنى آدم فجنى عليه فجملة الكلام في جنایات الرهن انها ثلاثة أقسام جنایة غير الرهن على الرهن وجنایة الرهن على غير الرهن وجنایة الرهن على الرهن اما جنایة غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجنایة في النفس واما ان كانت فيما دون النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمدا أو خطأ أو في معنى الخطأ والجاني لا يخلو اما ان كان حرا أو عبدا فان كانت في النفس عمدا والجاني حرفللراهن أن يقتص إذا اجتمعا على الاقتصاص في قول أبي حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمعا عليه وعن أبي يوسف روايتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله الاختلاف وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتهن لم يذكر الخلاف (وجه) قول محمد ان استيفاء القصاص لابدله من ولى والولى هنا غير معلوم لان ملك العين والرقبة للراهن وملك اليد والحبس للمرتهن فكان العبد مضافا إلى الراهن من وجه وإلى المرتهن من وجه فصار الولى مشتبهها مجهولا وجهالة الولى تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب إذا قتل عمدا انه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين إذا قتل عمدا ان لهما الاقتصاص إذا اجتمعا عليه لان هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من كل وجه فكان الولى معلوما فامكن القول بوجود القصاص لهما على الشركة لا ستوائهما في الملك (وجه) قول أبي حنيفة ان الملك للراهن من كل وجه وانما للمرتهن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان الولى معلوما وكان ينبغى أن لا تتوقف ولاية الاستيفاء على رضا المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه به فإذا رضى فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لان الملك فيه للمولى من وجه وللمكاتب من وجه فلم يكن الملك فيه ثابتا للمولى مطلقا ولا للمكاتب مطلقا فأشبهه الولى فامتنع الاستيفاء وإذا اقتص القاتل سقط الدين لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل؟ لا الى بدل إذ القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا إذا اجتمعا على القصاص (فاما) إذا اختلفا لا يقتص القاتل لانه لا سبيل إلى اثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لان في استيفائه ابطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت القيمة رهنا ولو اختلفا فأبطل القاضى القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لان حق المرتهن وان بطل بالفكاك لكن بعد ما حكم القاضى ببطلان القصاص فلا يحتمل العودوان كانت الجنایة خطأ أو شبه عمد فعلى عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين يقبضها المرتهن فتكون رهنا لان العبد وان كان مضمونا من حيث انه آدمى لامن حيث انه مال على أصل اصحابنا رحمهم الله حتى لا تترادديته على دية الحر ولكنه مرهون من حيث انه مال لامن حيث انه آدمى فجاز أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهنا عند المرتهن ثم ان كان الرهن مؤجلا كانت في يده إلى حل الاجل وإذا حل فان

[ 165 ]

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقى فيها فضل رده على الراهن وان كانت أقل من الدين استوفى منها من الدين بقدرها بالفضل أي يرجع بالبقية على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين حبسها في يده إلى وقت الفكاك وان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما إذا كان مؤجلا فحل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد في ضمان الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك



يجب بالاستهلاك وضمان الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفا فانتقصت قيمته فتراجعت إلى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة وإذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت هذه الدراهم رهنا بمثلها من الدين ويسقط الباقي من الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما إذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يؤدي إلى الربا لانه لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باعه جازوان كان لا يساويه فلم يكن فيه رباو كذلك لو قتله المرتهن يغرم قيمته والحكم فيه وفي الأجنبي سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما إذا كان الرهن من غير بنى آدم سواء وقد ذكرناه فيما تقدم هذا إذا كان الجاني حرا (اما) إذا كان عبدا أو أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالفداء بقيمة المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين ويجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفا والدين ألف وقيمة المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضا ويجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين كما كان يجبر على افتكاك العبد المقتول لو كان حيا بجميع الدين في قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ان لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول فالراهن بالخياران شاء افتكه بجميع الدين وان شاء تركه للمرتهن بدينه فمحمد مر على أصله في الجعل بالدين عند تعذر الجبر على الافتكاك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولأبى حنيفة وأبى يوسف انه لما دفع الثاني بالاول قام مقام الاول لحما ودما والاول كان رهنا بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين فكذا الثاني وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص في السعر حتى صار يساوى مائة درهم فقتله عبد يساوى مائة درهم فدفع به فهو على الاختلاف هذا إذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما إذا اختار الفداء فانه يفديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهنا عند المرتهن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهنا حتى يستوفى جميع دينه ويجبر الراهن على الافتكاك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يخير الراهن بين الافتكاك بجميع الدين وبين الترك للمرتهن بالدين وقد مرت المسألة هذا إذا كانت الجناية في النفس فاما إذا كانت فيما دون النفس فان كان الجاني حرا يجب ارشته في ماله لا على عاقلته سواء كانت الجناية خطأ أو عمدا (اما) الوجوب في ماله فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطا والعمد فلان القصاص لا يجرى بين الحرو العبد فيما دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ في وجوب الارش فكان الارش رهنا مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان كان الجاني عبد يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء بارش الجناية فان اختار الفداء بالارش كان الارش مع المجني عليه رهنا وان اختار الدفع يكون الجاني مع المجني عليه رهنا والخصومة في ذلك كله إلى المرتهن لان حق الحبس له والجاني فوت الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل الفاتئ فيقيم مقامه رهنا هذا الذي ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن (وأما) حكم جناية الرهن على غير الرهن فجنايته لا تخلو اما ان كانت على بنى آدم واما ان كانت على غير بنى آدم من سائر الاموال فان كانت على بنى آدم فلا تخلو اما ان كانت عمدا واما ان كانت خطأ أو في معناه فان كان عمدا يقتص منه كما إذا لم تكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذالم يكن رهنا وإذا لم يكن الملك مانعا فحق المرتهن أولى لانه دون الملك سواء قتل أجنبيا أو الراهن أو المرتهن

لان القصاص ضمان الدم ولا حق للمولى في دمه بل هو أجنبي عنه وكذا للمرتهن من طريق الاولى إذ الثابت له الحق والحق دون الملك فصارت جنايته

[ 166 ]

لعى الراهن والمرتهن في حق القصاص وجنايته على الأجنبي سواء وإذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلاكه حصل في ضمان المرتهن فسقط دينه كما إذا هلك بنفسه هذا إذا كانت جنايته عمدا (فاما) إذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ فان كانت شبه عمد أو كانت عمدا لکن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صيبا أو مجنونا أو كانت جنايته فيما دون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنایات من العبيد والاماء توجب الدفع أو الفداء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان تكون قيمة العبد ألفا والدين ألفا وقيمة العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالفداء لانه بالفداء يستبقى حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجناية من غير أن يسقط حق المرتهن ولو بدئ بالراهن وخوطب بالدفع أو الفداء على ما هو حكم الشرع فرما يختار؟ الدفع فيبطل حق المرتهن ويسقط دينه فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالفداء أولى وإذا فداه بالارش فقد استخلصه و؟؟ عن الجناية؟ وصار كأنه لم يكن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير اذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه أجنبي ولانه بالفداء أصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملا لنفسه بالفداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أبى الراهن أن يفدى يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء لان الاصل في الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما يبدأ بالمرتهن بخطاب الفداء صيانة لحقه فإذا أبى عاد الامر إلى الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما) بطلان الرهن فلان العبد زال عن ملكه بالدفع إلى خلف فخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعنى في ضمان المرتهن فصار كأنه هلك في يده وكذلك ان اختار الفداء لانه صار قاضيا بما فدى المرتهن لان الفداء على المرتهن لحصول الجناية في ضمانه الا انه لما أبى الفداء والراهن محتاج إلى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالفداء فكان مضطرا في الفداء فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الراهن مثله فيصير قصاصا به وإذا صار قاضيا دين المرتهن مما فدى ينظر إلى ما فدى وإلى قدر قيمة العبد وإلى الدين فان كان الفداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط الدين كله وان كان الفداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر الفداء وحبس العبد رهنا بالباقي وان كان الفداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند الفداء وان كان العبد بعضه مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفا فالفداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الامانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالفداء والمعنى من خطاب الدفع في جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس إليه ثم إذا خوطب بذلك (اما) ان اجتمعا على الدفع (واما) ان اجتمعا على الفداء (واما) ان اختلفا فاختر أحدهما الدفع والآخر الفداء والحال لا يخلو اما ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كان حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعوا فقد سقط دين المرتهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على الفداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش وإذا فديا طهرت رقبة العبد عن الجناية

ويكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه فكان مؤديا عن نفسه لاعن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما الفداء والاخر الدفع فأيهما اختار الفداء فاختاره أولى (اما) المرتهن فلانه بالفداء يستبقي حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن أولى وأما الراهن فلانه يستبقي ملك الرقبة بالفداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وابطال ملك الراهن فلم يكن له في اختيار الدفع نفع بل كان سفها محضا وتعنتا باردا فلا يلتفت إليه فكان للراهن ان يفدى ثم أيهما اختار الفداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظران كان الذي اختار الدفع هو المرتهن فدى بجميع الارش بقى العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجناية بالفداء فصار كانه لم يجن ويرجع المرتهن على الراهن

[ 167 ]

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى أنه التزم الفداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لانه لو لم يلتزم لخوطف الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع (وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج إلى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار الفداء هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا بنصف الفداء دين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهنا به هذا إذا كانا حاضرين فاما إذا كان أحدهما حاضرا فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرتهن أو الراهن أما المرتهن فلا شك فيه لانه لا يملك له في العبد أصلا والدفع تمليك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية الفداء بجميع الارش فان كان الحاضر هو المرتهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف الفداء عند أبي حنيفة وله أن يرجع على الراهن بدينه وبنصف الفداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبسه رهنا بنصف الفداء بعد قضاء الدين وعند أبي يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا في نصف الفداء فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كما لو فداه بحضرة الراهن فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعله متبرعا في الحالين جميعا وأبو حنيفة رضى الله عنه فرق بين حال الحضرة والغيبة فجعله متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف الفداء بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف الفداء دين المرتهن كما لو فداه الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كما لو فداه أجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة ولا يبي حنيفة رضى الله عنه أنه في حال الحضرة التزم الفداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة الغيبة وهو محتاج إلى إصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا هذا الذي ذكرنا حكم جنابة الرهن (فاما) حكم جنابة ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء أما عدم وجوب الفداء على المرتهن فلان خطابه بفداء الرهن مع أنه ليس ملكه لحصول الجناية من الرهن في ضمان ولم يوجد في الولد لانه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شئ وأما خطاب المولى بالدفع أو الفداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن

ولم يسقط شئ من الدين أما خروجه عن الرهن فلزوال ملك الراهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك وأما عدم سقوط شئ من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا أفدى فله ذلك لان الولد مرهون وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصلى للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان الفداء منه اصلاحا للرهن فكان له ذلك هذا إذا جنى الرهن على اجنبي فاما إذا جنى على الراهن أو على المرتهن أما جنايته على نفس المرتهن جناية موجبة للمال أو على ماله فهدرلان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جناية العبد المغصوب على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبي حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت الغصب فتبين أن تلك الجناية لم تكن جناية العبد على مولاه وأما جنايته على نفس المرتهن فهدر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدى ان رضى به المرتهن ويبطل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجناية لما في الدفع أو الفداء من سقوط حقى فله ذلك وبطلت الجناية والعبد رهن على حاله هكذا أطلق الكرخي وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة فجنائته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار الفداء فنصف الفداء على الرهن ونصفه على المرتهن فما

[ 168 ]

كان حصة المرتهن يبطل وما كان حصة الراهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلافهم في جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم في جنايته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أبي حنيفة وعند هما معتبرة (وجه) قولهما أن هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما إذا وردت على اجنبي وهذا لان الاصل في الجنایات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا في اعتبار هذه الجناية فائدة لان موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول إلى ملك العبدوان كان فيه سقوط دينه ولابي حنيفة أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت في ضمان المرتهن فورودها على غير المالك ان كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتهن يقتضى أن لا تعتبر لانها توجب الفداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من ايجاب الضمان عليه له وأنه محال فوقع الشك والاحتمال في اعتبارها فلا تعتبر هذا إذا جنى على نفس المرتهن فاما إذا جنى على ماله فان كانت قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضل فجنائته هدر بالاجماع لانه لا فائدة في اعتبار هذه الجناية إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتهن ليملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ ثمنه لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر وان كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية تعتبر الجناية في قدر الامانة وفي رواية لا يثبت حكم الجناية أصلا وجه الرواية الاولى أن المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتهن وقدر الامانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه فامكن اعتبار الجناية في ذلك القدر فلزم اعتبارها وجه الرواية الاخرى أن ذلك القدر وان لم يكن مضمونا فهو في حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فلا شك انها معتبرة لان المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفي حق المرتهن كونه في ضمانه ولم يوجد شئ من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الاجنبي سواء هذا الذى ذكرنا حكم جناية الرهن

على بنى آدم وأما حكم جنائته على سائر الاموال بان استهلك مالا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباغ فيه الا إذا قضى الراهن أو المرتهن دينه فإذا قضاه أحدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكر من الفداء من جنائته على بنى آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتهن الدين بقى دينه وبقي العبد رهنا على حاله لانه بالفداء استفرغ رقبة العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنا بدينه كما كان لو فداه عن الجناية وان أبى المرتهن أن يقضى وقضاه الراهن بطل دين المرتهن لما ذكرنا في الفداء من الجناية فان امتنعا عن قضاء دينه يباغ العبد بالدين ويقضى دين الغريم من ثمنه لان دين العبد مقدم على حق المرتهن ألا ترى انه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن أولى لانه دونه ثم إذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو اما ان يكون فيه وفاء بدين الغريم واما ان لم يكن فيه وفاء به فان كان فيه وفاء بدينه لا يخلو اما ان يكون مثل دين المرتهن واما ان يكون أكثر منه واما ان يكون أقل منه فان كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله لان العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجد في ضمان المرتهن فصار كأنه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لانه بدل ملكه لا حق لاحد فيه فيكون له خاصة وان كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن البعد يكون رهنا عند المرتهن بما بقى لانه لادين فيه فيبقى رهنا ثم ان كان الدين قد حل أخذه بدينه ان كان من جنس حقه وان كان من خلاف جنس حقه أمسكه إلى أن يستوفى حقه وان كان الدين لم يحل أمسكه بما بقى من دينه إلى أن يحل هذا إذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما إذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرف الفاضل كله إلى المرتهن بل يصرف نصفه إلى المرتهن ونصفه إلى الراهن لان قدر الامانة لا دين فيه فيصرف ذلك إلى الراهن وكذلك ان كان قدر المضمون منه والامانة على التفاضل يصرف الفضل الهيما على قدر تفاوت المضمون والامانة في ذلك لما قلنا وان لم يكن في ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقى من دينه يتأخر إلى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لانه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد انما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها فاذالم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقى إلى ما بعد العتق وإذا أعتق وأدى الباقي لا يرجع بما أدى

[ 169 ]

على أحد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جناية ولد الرهن على سائر الاموال وحكم جناية الام سواء في أنه يتعلق الدين برقبته كما في الام الا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم لان سبب وجوب الدين لم يوجد في ضمان المرتهن ولا الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين وبين ان يستخلفه بقضاء الدين فان قضى الدين بقى الولد رهنا كما كان وان يبيع بالدين لا يسقط شئ من دين المرتهن لانه ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذى ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن وحكم جناية الرهن على غير الرهن فاما حكم جناية الرهن على الرهن فنقول وبالله التوفيق جناية الرهن على الرهن نوعان جناية على الرهن نفسه وجناية على جنسه أما جنائته على نفسه فهي والهالك بأفة سماوية سواء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر النقصان وان كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لا من الامانة وأما جناية الرهن على نفسه فعلى ضربين أيضا جناية بنى آدم على جنسه وجناية البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما جناية بنى آدم على جنسه بان كان الرهن عبدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلو اما ان كانا رهنا في صفقة

واحدة واما ان كانا رهنا في صفقتين فان كانا رهنا في صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنايته لا تخلو من أربعة أقسام جناية المشغول على المشغول وجناية المشغول على الفارغ وحماية الفارغ على المشغول والفارغ على الفارغ وحماية الفارغ على المشغول فأنها معتبرة ويتحول ما في المشغول من الدين إلى الفارغ ويكون رهنا مكانه أما جناية المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعنى الراهن واما ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لا سبيل إليه في الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجناية المملوك على المملوك ساقطة الاعتبار لحق الملك لان اعتبرها في حقه لوجوب الدفع عليه أو الفداء له وإيجاب شئ على الانسان لنفسه ممتنع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل إلى اعتبار جناية المشغول على المشغول لحق المرتهن لان الاعتبار لحقه يحول ما في المجني عليه من الدين إلى الجاني والجاني مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه لا يشتغل بغيره وكذلك جناية المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جناية الفارغ على الفارغ فلانه لا دين للفارغ ليتحول إلى الجاني فلا يفيد اعتبارها في حقه وأما جناية الفارغ على المشغول فممكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه ما الدين إلى الفارغ وبيان هذه الجملة في مسائل إذا كان الدين ألفين والرهن عشرين يساوي كل واحد منهما ألفا فقتل أحدهما صاحبه أو جنبي عليه جناية فيما دون النفس مما قل ارشها أو كثر فجنايته هدر ويسقط الدين الذي كان في المجني عليه بقدره ولا يتحول قدر ما سقط إلى الجاني لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجناية المشغول على المشغول هدر فجعل كان المجني عليه هلك بأفة سماوية ولو كان الدين ألفا فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنا بستمائة وخمسين لان في كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغا ونصفه مشغولا فإذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من المجني عليه وجناية قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه شئ من الدين ولا يتحول إلى الجاني وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه إلى الجاني وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فيبقى رهنا بستمائة وخمسين ولو فقا أحدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان من الدين في العين إلى الباقي فيصير الباقي رهنا بستمائة وخمسة وعشرين ويبقى المفقوء عينه رهنا بمائتين وخمسين لان العبد الفاقئ جنى على نصف العبد الآخر لان العين من الأدمى نصفه الا أن ذلك النصف نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والفاقئ جنى على النصف المشغول والفارغ جميعا والفاقئ نصفه مشغول ونصفه فارغ الا أن جناية المشغول على قدر المشغول والفارغ وجناية الفاع على قدر الفارغ والمشغول فقدر جناية الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين إلى الفاقئ وذلك مائة وخمسة

[ 170 ]

وعشرون وقد كان في الفاقئ خمسمائة فيصير الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين ويبقى المفقوء عينه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عزوجل أعلم وان كان العبدان رهنا في صفقتين فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفاقئ قدر كل واحد منهما الفا فقتل أحدهما الآخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفقة إذا تفرقت صارت بمنزلة مالورهن كل واحد منهما رجلا على حدة فجنى أحدهما على الآخر وهناك يثبت حكم الجناية كذاهنا

بخلاف ما إذا اتحدت الصفقة وإذا اعتبرت الجناية هنا يخير الراهن والمرتهن فان  
 شأ جعل القاتل مكان المقتول فبطل ما كان في القاتل من الدين وان شأ فديا القاتل  
 بقيمة المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما  
 فضل على الدين بان كان الدين الفين وقيمة كل واحد منهما الف فقتل أحدهما الآخر  
 فان دفعاه في الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذي كان في القاتل  
 وان قالنا نفدى فالفداء كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد  
 منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فإذا حل الدين  
 دفع الراهن الف وأخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف إذا كان مثله ولو  
 فقا أحدهما عين الآخر قيل لهما ادفعاه أو افدياه فان دفعاه بطل ما كان فيه من الدين  
 وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين وكان الفداء رهنا مع المفقوء عينه لان الجناية  
 معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن إذا جنى على عبد أجني فان قال المرتهن أنا لا  
 أفدى ولكني أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان الفاقئ رهنا مكانه على حاله وقد  
 ذهب نصف ما كان في المفقوء من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتهن لا  
 لحق الراهن فإذا رضى المرتهن بهدر الجناية صار هدرًا وان قال الراهن أنا أفدى وقال  
 المرتهن لا أفدى كان للراهن أن يفديه وهذا إذا طلب المرتهن حكم الجناية لانه إذا  
 طلب حكم الجناية فحكمها التخيير وان أبى الراهن الفداء وقال المرتهن أنا أفدى  
 والراهن حاضر أو غائب فهو على ما بينا في العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على  
 جنسها فهي هدر لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء  
 جبارى هدر العجماء البهيمة والجناية إذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها  
 والهلاك بأفة سماوية سواء وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث وأما  
 جناية بنى آدم عليها فحكمها وحكم جنايته على سائر الاموال سواء قد بينا ذلك (فصل)  
 وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا  
 يبطل فنقول وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن بالاقالة  
 لانه فسخ العقد ونقصه والشئ لا يبقى مع ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من  
 العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى كان للمرتهن حبسه  
 بعد الاقالة لان العقد لا ينعقد في الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا  
 وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما إذا رهن عبدا يساوى الف بالف فقبضه المرتهن ثم  
 جاء الراهن بجارية وقال للمرتهن خذها مكان الاولى ورد العبد إلى لاشك ان هذا جائز  
 لان هذا اقالة العقد في الاول وانشاء العقد في الثاني وهما يملكان ذلك الا أنه لا يخرج  
 الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك في يده قبل الرد يهلك  
 بالدين لما ذكرنا أن القبض في هذا الباب يجرى مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان  
 بدونه فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض وكذا لا يدخل الثاني في الضمان الا برد الاول  
 حتى لو هلك الثاني في يده قبل رد الاول يهلك أمانة لان الراهن لم يرض برهنيتها  
 على الجميع وانما رضى برهن أحدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الاول والاول كان  
 مضمونا بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا ببعض القبض فيه لا يدخل الثاني في  
 الضمان ولو هلكا جميعا في يد المرتهن فسقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير  
 شئ لانها أمانة هلكت في يده فتهلك هلاك الامانات ولو قبض الراهن العبد وسلم  
 الجارية خرج عن الضمان لانه خرج عن كونه مرهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو  
 هلكت تهلك بالدين لانه رهنا بالدين الذي كان العبد مرهونابه والعبد كان مضمونا  
 بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة

الجارية ألف فهلكت تهلك بالالف لانه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداء الا أن شرط كونه مضمونا رد الاول لانه لم يرض برهنهما جميعا الا أن يكون الثاني بدل الاول بل هو مقصود بنفسه في كونه رهنا فكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الاول ولو كان العبد يساوي ألفا والجارية تساوي خمسمائة فرد العبد على الراهن وقبض الجارية فهي رهن بالالف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا ان الثاني أصل بنفسه لكونه مرهونا بعقد على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك في يد المرتهن بعد ما استوفى دينه فعليه رد ما استوفى ويخرج بالابراء عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافا لزفر والمسألة مرت في مواضع أخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالاعارة ويخرج بالاجارة بان أجره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو المرتهن باذن الراهن أو استأجره المرتهن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم وبخرج بالكتابة والهبة والصدقة إذا فعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الراهن أو المرتهن باذن الراهن أو باعه العدل لان ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لانه زال إلى خلف وهو الثمن فبقى العقد عليه وكذا في كل موضع خرج واختلف بدلا ويخرج بالاعتاق إذا كان المعتق موسرا بالانفاق وان كان معسرا فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يخرج بناء على ان الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ (وجه) قوله ان هذا اعتاق تضمن ابطال حق المرتهن ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما إذا كان الراهن موسرا لان هناك لم يوجد الا بطلان لانه يمكنه الوصول إلى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) ان اعتاقه صادف موقوفا هو مملوكه رقية فينفذ كاعتاقه الآبق والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لان المرهون مملوك للراهن عينا ورقبة ان لم يكن مملوكا يدا وحسبا وملك الرقية يكفى لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق العبد المستأجر والآبق وقوله يبطل حق المرتهن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وذا لا يمنع النفاذ كما في موضع الاجماع مع ما ان الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق الحبس ولا شك ان اعتبار الحقيقة أولى لانها أقوى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد قيام ملك الرقية واليد جميعا لان القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد في المرهون لانه في يد المرتهن فإذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون مرهونا لانه صار حراما كل وجه والحرمن وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه أولى ولهذا لم يصلح رهنا في حالة الابتداء فكذا في حالة البقاء ثم ينظر ان كان الراهن موسرا والدين حال يجبر الراهن على قضائه لانه لا معنى لايجاب الضمان وكذلك ان كان الدين مؤجلا وقد حلال الاجل وان كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه المرتهن رضامكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلانه أبطل على المرتهن حقه حقا قويا هو في معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماليتة من وجه فجاز أن يكون مضمونا بالاتلاف وأما كونه رهنا فلانه بدل العبد وفي الحقيقة بدل ماليتة فيقوم مقامه وإذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين يستوفى منها دينه فان كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وان كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الراهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما) عدم وجوب السعاية على العبد فلانه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لان الاتلاف وجد من الراهن لامن العبد ومؤاخدة الانسان بالضمان من غير مباشره سبب منه خلاف الاصل وكذلك لو كان الراهن موسرا وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لان العبرة لوقت الاعتاق لانه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وان كان معسرا فللمرتهن أن



يرجع بدينه على الراهن ان شاء وان شاء استسعى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد أيضا أقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعناق ويسعى في الاقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين الفين وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فازدادت قيمته في يد المرتهن حتى صارت تساوي الفين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد في ألف قدر

[ 172 ]

قيمته وقت الرهن ولو انتقصت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سعى في خمسمائة قدر قيمته وقت الاعناق (أما) اختيار الرجوع على الراهن فلانه أبطل حقه بالاعناق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا العبد مملوكة للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا لدينه من ماليته فإذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة عند العبد فوصلت إلى العبد بالاتلاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين في الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعناق والتعذر عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى في حال الاعسار لا في حال اليسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خروج عن ملك البائع من كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فإذا خرج عن محلية الحبس بالاعناق بطل حق الحبس أصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب أما ههنا فبخلافه (وأما) السعاية في الاقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم إذا سعى العبد يرجع بما سعى على الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضي ألزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث إذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقى بعد السعاية شئ من الدين رجع المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعناق بان كان الدين ألفا وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص في السعر حتى عادت قيمة إلى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى في قدر قيمته وقت الاعناق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل إليه من حقه الا قدر خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبد يساوي مائة درهم فدفع مكانه فاعتقه الراهن وهو معسر يسعى في قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة لانه لما دفع به فقد قام الاول لحما ودما فصار رهنا بجميع المال كان الاول قائم وتراجع سعره إلى مائة فاعتقه الراهن وهو معسر ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الاعناق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن أن يرجع ببقية دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوي ألفا بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فاعتقها المولى وهو معسر سعيا في ألف لان الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته ألفان فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى في ألف درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحما

ودما وهى كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى لعبده رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية على العبد وقوله في الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت إلى تكذيب العبد بخلاف ما بعد الاعتاق لانه هناك أقر بما لا يملك للحال انشاءه لزوال ملك الولاية بالاعتاق هذا إذا أعتقه فاما إذا دبره فيجوز تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدير لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على ما بينا فيما تقدم والتدبير خرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا في حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف في أن الراهن إذا كان معسرا يسعى (وأما) إذا كان موسرا ذكر الكرخي

[ 173 ]

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

مولاه لكون المدير ملكه إذ الفأئ بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعاية ملكه على الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لا استخراج ملك المرتهن من وجه المحتبس عنده وهو مال فتتقدر السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى إذا كان معسرا لانه قضى دينا واجبا عليه من مال نفسه مضطرا فيملك الرجوع في الشرع على ما بينا بخلاف المدير والله أعلم وعلى ما ذكره الكرخي رحمه الله يقع الفرق بينهما في موضع ثالث أيضا وهو ان المدير يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا إذا أعتق أو دبر فاما إذا استولد بأن كان الرهن جارية فحبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلوا ما ان كانت قبل وضع الحمل واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل صحت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له وخرجت عن الرهن (أما) صحة الدعوة فلان الجارية ملكه من كل وجه والملك من وجه يكفي لصحة الدعوة فالملك من كل وجه أولى وثبت النسب حكم صحة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولده حكم ثبوت النسب وخروج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاء وهو صيرورتها أم ولده لان أم الوالد لا تصلح للرهن ألا ترى انها لا تصلح رهنًا ابتداءً فكذا في حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حرا قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية فحكها حكم العبد المرهون إذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية وضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد صحت دعوته وثبت النسب وصار حرا وصارت الجارية أم ولده وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الاول الا أن هنا صار الولد حرا بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصة من الرهن فيقسم الدين عليها على قدر قيمتهما الا أن قيمة

[ 174 ]

الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المدير في جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الولد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك الا أن هناك ينظر إلى ثلاثة أشياء إلى قيمة العبد وقت الرهن وإلى قيمته وقت الاعتاق وإلى الدين فيسعى في الاقل من الاشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط إلى قيمة الولد وقت الدعوة وإلى حصته من الدين فيسعى في أقلهما إذا كان الراهن معسرا ويرجع بما سعى عليه (فصل) (وأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق إذا كان الدين الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به فقال الراهن انه رهن بخمسمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لا نها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذي لك على وهو الف والرهن يساوى الفاو قال المرتهن ارهنته بخمسمائة والرهن قائم فقدروى عن أبى حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لانهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقاما البينة فالبينة بينة

الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلفا في قيمة الهالك ان القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتني هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانهما اختلفا في قدر المعقود عليه وانه يوجب التحالف كما في باب البيع ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الاصل لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته منى بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لانهما انفقا على دخوله في الضمان و المرتهن يدعى البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة بينته أيضا لانها تثبت استيفاء الدين وبينة المرتهن تنفى ذلك فالمثبته أولى ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل أن اقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعى دخوله في الضمان وهو ينكر ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبدا فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفا فذهب بالاعورار النصف خمسمائة وقال المرتهن لابل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وانما ازداد بعد ذلك فانما ذهب من حقي الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لانه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهدا له وان أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لانها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلفا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع إلى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه مضمونا بنفسه بخروجه عن كونه رهنا بالمبيع وتحول الضمان إلى الثمن فالراهن يدعى تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما إذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وبينة المرتهن تنفى تلك الزيادة فالمثبته أولى لان اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول في الضمان فالمرتن بدعوى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان إلى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنه إذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصار كأنه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان إلى أن تجئ بينته أو يصدقه لما ذكرنا انه كان مضمونا فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل إذا قال بعته بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الا تسعمائة

[ 175 ]

ويكون الراهن راها بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة لان قول العدل مقبول في براءة نفسه غير مقبول في اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا في الرجوع على الراهن وكذا في الاصل إذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بيته انه باعه بتسعة وأقام الراهن بينه انه مات في يد المرتهن أخذ بيته المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ بينه الراهن (وجه) قوله ان بيته الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبته أولى (وجه) رواية الاصل ان بيته المرتهن تثبت أمرا لم يكن وهو تحول الضمان من العين إلى الثمن وبيته الراهن تقرر ضمنا كان ثابتا قبل الموت فكانت المثبته أولى والله تعالى أعلم كتاب المزارعة الكلام في هذا الكتاب في مواضع في معنى المزارعة لغة وشرعا وفي بيان شرعيتها وفي بيان ركن المزارعة وفي بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يجيز المزارعة والشرائط المفسدة لها وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة

وفى بيان المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة وفى بيان الذى يفسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفى بيان حكم المزارعة المنفسخة (أما) الأول فالمزارعة فى اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف إلى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقبه لا بتخليقه وإيجاده وفى عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعا فان قيل المزارعة من باب المفاعلة فيقتضى وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره بدليل أنه يسمى هو مزارعا دون رب الأرض والبذر وخمن لا عمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل الامن واحد كالمداواة والمعالجة وإن كان الفعل لا يوجد الامن الطيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولا أحد يقصد مقاتلة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثانى أن كان أصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين لامن المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا والانبات المتصور من العبد هو التسبب احصول النبات وفعل التسبب يوجد من كل واحد منهما إلا أن التسبب من أحد هما بالعمل ومن الآخر بالتمكين من العمل باعطاء الآلات والاسباب التى لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لو جود فعل الزرع منه بطريق التسبب إلا أنه اختص العامل بهذا الاسم فى العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف فى أصول الفقه (فصل) وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة أنها غير مشروعة وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أنها مشروعة (وجه) قولهما ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخل خبير معاملة وأرضها مزارعة وأدني درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير انكار (وجه) قول أبى حنيفة أن عقد المزارعة استئجار ببعض الخارج وأنه منهى بالنص والمعقول (أما) النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرافع بن خديج فى حائط لا تستأجره بشئ منه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن قفيز الطحان والاستئجار ببعض الخارج فى معناه والمنهى غير مشروع (وأما) المعقول فهو أن الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والرربع ونحوه استئجار ببدل مجهول وأنه لا يجوز كما فى الاجارة وبه تبين أن حديث خبير محمول على الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع عن التناقض والدليل على أنه لا يمكن حمله على المزارعة أنه عليه الصلاة والسلام قال فيه أقركم ما أقركم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام بجهل المدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقى ترك الانكار على التعامل وذايحتتمل أن يكون للجواز ويحتتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال

[ 176 ]

(فصل) وأما ركن المزارعة فهو الايجاد والقبول وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل دفعت اليك هذه الأرض مزارعة بكذا ويقول العامل قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبولة ورضاه فإذا وجدتم العقد بينهما (فصل) وأما الشرائط فهى فى الاصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يجيز المزارعة وشرائط مفسدة له (أما) المصححة فأنواع بعضها يرجع إلى المزارع وبعضها يرجع إلى الزرع وبعضها يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة وبعضها يرجع إلى الآلة للمزارعة وبعضها إلى الخارج وبعضها يرجع إلى المزروع فيه وبعضها يرجع إلى مدة المزارعة (أما) الذى يرجع إلى المزارع

فنوعان الاول أن يكون عاقلا فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل  
المزارعة دفعا واحدا لان العقد شرط أهلية التصرفات و (أما) البلوغ فليس بشرط  
لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعا واحدا لان المزارعة استئجار  
بعض الخارج والصبي المأذون يملك الاجارة لانها تجارة فيملك المزارعة كذلك  
الحرية ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعا واحدا  
لما ذكرنا في الصبي المأذون والثاني أن لا يكون مرتدا على قياس قول أبي حنيفة  
رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة  
وعند هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال بيان ذلك انه  
إذا دفع المرتد أرضا الى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجل  
وأخرجت الارض زراعا ثم قتل المرتد او مات على الردة أو لحق بدر الحرب وقضى  
بلحاقه بدار الحرب فهذا على وجهين اما ان دفع الارض والبذر جميعا مزارعة أو دفع  
الارض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة  
المرتد لان مزارعته كانت موقوفة فإذا مات أو لحق بدار الحرب تبين انه لم يصح أصلا  
فصار كأن العامل زرع أرضه ببذر مغبوب ومن عصب من آخر حبا وبذره أرضه  
فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لانه مغبوب  
استهلكه وله مثله فيلزمه مثله ثم ينظر ان كانت الارض نقصتها المزارعة فعليه ضمان  
النقصان لانه أ تلف مال الغير بغير اذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما وراء قدر  
البذر ونقصان الارض لانه حصل بسبب خبيث فكان سبيله التصديق وان كانت لم  
ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وان أسلم فالخارج بينهما على  
الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لانه لما أسلم تبين ان  
المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كيف ما كان  
لان تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم فتكون حصته له فان مات  
أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وان دفع إليه الارض دون البذر فالخارج له أيضا لانه  
اما ظهر انه لما لم تصح المزارعة صار كأنه غصب أرضا وبذرها ببذر نفسه فأخرجت  
ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا الا انه يأخذ من ذلك قدر بذره ونقفته وضمن  
النقصان ان كانت المزارعة نقصتها ويتصدق بالفضل لما ذكرنا وان كانت لم تنقصها  
فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون  
الخارج كله للعامل ولا يلزمه نقصان الارض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين  
العامل وبين ورثة المرتد على الشرط (وجه) القياس ما ذكرنا انه يصير بمنزلة  
الغاصب ومن غصب من آخر أرضا فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها الزراعة كان الخارج  
كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان ان انعدام صحة تصرف المرتد بعد  
الموت واللحاق ليس لمكان انعدام أهليته لان الردة لا تنافي انعدام الأهلية بل لتعلق  
حق ورثته تماله لوجود أمانة الاستغناء بالردة لان الظاهر انه لا يسلم بل يقتل أو  
يلحق بدار الحرب فيستغنى عن ماله فيثبت التعلق نظر الهم ونظر هم هنا في تصحيح  
التصرف لافي ابطاله ليصل إليهم شيء فأشبه العبد المحجور إذا أجر نفسه وسلم من  
العمل انه لا يبطل تصرفه بل يصح حتى تجب الاجرة لان الحكم ببطلان تصرفه لنظر  
المولى ونظره ههنا في التصحيح دون الابطال كذا هذا وإذا أسلم المرتد فالخارج على  
الشرط سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضائها نقصت الزراعة الارض أولم  
تنقصها كما ذكرنا في الوجه الاول وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان  
أسلم أو قتل أو لحق لان تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم هذا إذا

دفع مرتد أرضه مزارعة إلى مسلم فاما إذا دفع مسلم أرضه مزارعة إلى مرتد فهذا على وجهين أيضا اما ان دفع الارض والبذر جميعا أو دفع الارض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فعمل المرتد فأخرجت الارض زرعاً كثيراً ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لان انعدام صحة تصرف المرتد لالعين رده بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مروى عمل المرتد ههنا ليس تصرفاً في ماله بل على نفسه بإيفاء المانع ولا حق لو ورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الارض دون البذر فعمل المرتد ببذره وأخرجت الارض زرعاً ففى قياس أبى حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة ان الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الارض لان عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج حادثاً على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهوان هذا الخارج من اكساب رده وكسب الردة فئ عند أبى حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقاً بالبذر لما مر من قبل فالحاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الارض لان ضمان النقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير اذنه ولم يوجد اذا المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبى يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما إذا كان مسلماً لما ذكرنا وان أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا إذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) إذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف لانه اما كان مسلماً وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها دفعا واحداً بالاجماع لان تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعا واحداً بمنزلة مزارعة المسلمة (فصل) وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوماً بأن بين ما يزرع لان حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الارض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافاً الى التزامه الا إذا قال له ازرع فيها ما شئت فيحوزلة أن يزرع فيها ما شاء لانه اما فوض الامر إليه فقد رضى بالضرر الا أنه لا يملك الغرس لان الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس (فصل) وأما الذي يرجع إلى المزروع فهو أن يكون قابلاً لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرد العادة لان ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضاً فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا لان الزرع إذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلاً لعمل الزراعة (فصل) وأما الذي يرجع إلى الخارج من الزرع فأنواع (منها) أن يكون مذكوراً في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لان المزارعة استئجار والسكوت عن ذكر الأجرة يفسد الاجارة (ومنها) أن يكون لهما حتى أو شرطاً أن يكون الخارج ل احد هما يفسد العقد لان معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعاً للشركة يكون مفسداً للعقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى أو شرطاً أن يكون من غيره لا يصح العقد لان المزارعة استئجار ببعض الخارج به تتفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحوه لان ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة في الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزءاً شائعاً من الجملة حتى لو شرط لا حدهما قفزاناً معلومة لا يصح العقد لان المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة تتعقد اجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الاجارة فلان الاجارة تملك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك

لان البذران كان من رب الارض فالعامل يملك منفعة نفسة من رب الارض بعوض وهو نماء بذره وان كان البذر من قبل العامل قرب الارض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره فكانت المزارعة استئجارا اما للعامل واما للارض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة

[ 178 ]

فلان الخارج يكون مشتركا بينهما على الشرط المذكور وإذا ثبت ان معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من الخارج ينفي لزوم معنى الشركة لاحتمال ان الارض لا تخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا إذا شرط في المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا اذا كرجزا شائعا وشرط معه زيادة أفقرة معلومة انه الا يصح لما قلنا وعلى هذا إذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا تصح المزارعة لجواز أن لا تخرج لارض الاقدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولان هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لا عين البذر لان عينة تهلك في التراب وذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة لان قدر رأس المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط لان المضاربة تقتضي الشركة في الربح لافى غيره ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح (فأما) المزارعة فتقتضى الشركة في كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كلة فهو الفرق بين الفصلين وكذا إذا شرطا ما على الماذيات والسواقي لا يصح العقد لان ما على الماذيات والسواقي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روى انهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لاحد هما ما على الماذيات والسواقي فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية ابطله (فصل) وأما الذي يرجع إلى المزروع فيه وهو الارض فأنواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو نزة لا يجوز العقد لان المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج والارض السبخة والنزة لا تجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) إذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لاتمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (ومنها) أن تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح المزارعة لانها تؤدي إلى المنازعة ولو دفع الارض مزارعة على أن ما يزرع فيها حنطة فكذا ما يزرع فيها شعيرا فكذا يفسد العقد لان المزروع فيه مجهول لان كلمة من للتبعيض فيقع على بعض الارض وانه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا لان التنصيص على التبعيض تنصيص على التجهل واو قال على ان ما زرعت فيها حنطة فكذا ما زرعت فيها شعيرا فكذا جاز لانه جعل الارض كلها طرفالزرع الحنطة أو لزرع الشعير فانعدم التجهيل ولو قال على ان أزرع فيها بغير كراب فكذا ذكر في الاصل انه جائز وهذا مشكل لان المزروع فيه من الارض مجهول فأشبهه ما إذا قال ما زرع فيها حنطة فكذا وما زرع فيها شعيرا فكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح ولو قال على أنه ان زرع حنطة فكذا وان زرع شعيرا فكذا وان زرع سمسما فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لانعدام جهالة المزروع فيه وجهالة الزرع للحال ليس بضائر لانه فوض الاختيار إليه فإى ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره فعلا كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا جاز لانه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيرا لجاز فإذا زرع البعض حنطة والبعض شعيرا أولى (ومنها) ان تكون الارض مسلمة إلى العامل مخلاة وهو أن يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح



المزارعة لانعدام التخلية فكدا إذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعا لما قلنا ولهذا لو شرط رب المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لانه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا وعلى هذا إذا دفع ارضا وبذراو بقرا على ان يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض الثلث ولعبده الثلث فهو جائز على ما اشترط لان صاحب الارض صار مستأجرا للعامل ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطا على نفسه لان العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الأجنبي فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من العامل لا تصح المزارعة لانه يصير مستأجرا للارض والبقر والعبد ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وذا

[ 179 ]

لا يصح على ما نذكر ويكون الخارج له وعليه أجر مثل الارض والبقر والعبد لان هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما يذكر في موضعه وكذا لو كان شرط عمل رب الارض مع ذلك كان له أيضا أجر مثل عمله لان هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم (فصل) وأما الذي يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه في باب المزارعة مقصودا من حيث انها اجارة أحد أمرين اما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الارض واما منفعة الارض بأن كان البذر من العامل لان البذر إذا كان قبل رب الارض يصير مستأجر للعامل وإذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للارض وإذا اجتمعا في الاستئجار فسدت المزارعة فاما منفعة البقر فان حصلت تابعة صحت المزارعة وان جعلت مقصودة فسدت (فصل) وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الارض والبذور والبقر والآلة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لان صاحب الارض يصير مستأجرا للعامل لا غير ليعمل له في أرضه ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض من جانب والباقي كله من جانب وهذا أيضا جائز لان العامل يصير مستأجر للارض لا غير ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض والبذر من جانب والبقر والآلة والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لان هذا استئجار للعامل غير مقصودا فاما البذر فغير مستأجر مقصود اولا يقابله شئ من الاجرة بل هي توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل لانه آلة للعمل فلا يقابله شئ من العمل كمن استأجر خياطاً فحاط بآبرة نفسه جاز ولا يقابلها شئ من الاجرة ولانه لما كان تابعا للمعقود عليه فكان جازيا مجرى الصفة للعمل كان العقد عقدا على عمل جيد والاصناف لا قسط لها من العوض فامكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الارض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الارض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية وروى عن ابي يوسف انه يجوز (وجه) قوله انه لو كان الارض والبذر من جانب جازو جعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا إذا كان الارض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض (وجه) ظاهر الرواية ان العامل هنا يصير مستأجر للارض والبقر جميعا مقصودا ببعض الخارج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لا خلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فبقيت أصلا بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلا ومقصودا واستئجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز لو جهين أحد هما ما ذكرنا أن المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة

الارض وو منفعة العامل والثانى أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفا للقياس لان الاجرة معدومة وهى مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذى ورد النص فيه وذلك فيما إذا كانت الالة تابعة فإذا جعلت مقصودة يرد إلى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والارض والعمل من جانب وهذا لا يجوز أيضا لان صاحب البقر يصير مستأجر الارض والعامل جميعا ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا لما روى عن أبى يوسف في هذين الفصلين أيضا انه يجوز لان استئجار كل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الانفراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الارض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الارض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضا لما مروى عن هذا ورد الخبر بالفساد فانه روى أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله

[ 180 ]

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم وعلى قياس ماروى عن أبى يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط في عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر وهذا لا يجوز لان كل واحد منهما يصير مستأجرا صاحبه في قدر بذره فيجتمع استئجار الارض والعمل من جانب واحد وانه مفسد (ومنها) أن تكون الارض من جانب والبذر والبقر من جانب دفع صاحب الارض أرضه إليه على أن يزرعها ببذره وبقره مع هذا الرجل الآخر على أن ما خرج من شئ فثلثه لصاحب الارض وثلثاه لصاحب البذر والبقر وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح في حق صاحب الارض والعامل الاول فاسد في حق العامل الثانى ويكون ثلث الخارج لصاحب الارض وثلثاه للعامل الاول وللعامل الثانى أجر مثل عمله وكان ينبغى أن تفسد المزارعة في حق الكل لان صاحب البذر وهو العامل الاول جمع بين استئجار الارض والعامل وقل ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها في حق صاحب الارض والعامل الاول وانما كان كذلك لان العقد فيما بين صاحب الارض والعامل الاول وقع استئجار الارض لاغير وانه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجار الارض والعامل جميعا وانه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهتان جهة الصحة وجهة الفساد خصوصا في حق شخصين فيكون صحيحا في حق أحدهما فاسدا في حق الآخر ولو كان البذر في هذه المسألة من صاحب الارض صحت المزارعة في حق الكل والخارج بينهم على الشرط لان صاحب الارض في هذه الصورة يعتبر مستأجرا للعاملين جميعا والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح في صحة العقد وإذا صح العقد كان الخارج على الشرط (فصل) واما الذي يرجع إلى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر في العقد تابعا فان جعل مقصودا في العقد تفسد المزارعة وقد تقدم بيانه في الفصل المتقدم بما فيه كفاية (فصل) واما الذي يرجع إلى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصح المزارعة الا بعد بيان المدة لانها استئجار ببعض الخارج ولا تصح الا جارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة أن لا تصح الا بعد بيان المدة لانها استئجار العامل بعض الخارج فكانت اجارة بمنزلة المزارعة الا انها جازت في اللاستحسان لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة في أول

السنة لان وقت ابتداء المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء المزارعة فمتفاوت حتى انه لو كان في موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على اول زرع يخرج كذا كرمحمد ابن سلمة أن بيان المدة في ديارنا ليس بشرط كما في المعاملة (فصل) وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها في بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخارج لاحد هما لانه شرط يقطع الشركة التي هي من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض لان ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لان فيه جعل منفعة البقر معقودا عليها مقصودة في باب المزارعة ولا سبيل إليه (ومنها) شرط العمل والارض جميعا من جانب واحد لان ذلك خلاف مورد الشرع الذي هو خلاف القياس على ما مر في الفصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة لانه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع إلى البيد روالدياس والتذرية لان الزرع لا يحتاج إليه اذلا يتعلق به صلاحه والاصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تناهيه وادراكه وجفاهه مما يرجع إلى اصلاحه من السقى والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الانهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع لان ما هو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المعقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تناهى الزرع وادراكه وجفاهه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه الخلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخارج لانه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع أرضا مزارعة وفيها زرع قد استحصد لا يجوز لانقضاء وقت عمل المزارعة إذ العمل

[ 181 ]

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

ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الحائط والسرقد واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومفعته إلى ما بعد انقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو في الاصل من وجهين (اما) ان شرطاه في العقد واما ان سكتا عنه فان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه امتنع أولا فسنذكره في حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطاه في العقد فلا يخلو ايضا من وجهين اما ان شرطاه مطلقا عن صفة التثنية واما ان شرطاه مقيدا بها فان شرطاه مطلقا عن الصفة قال بعضهم انه يفسد العقد لان أثره يبقى إلى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل السقى على وجه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطاه مع التثنية فسدت المزارعة لان التثنية اما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مزة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكروبة وهذا شرط فاسد لاشك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة في هذه السنة واما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين الزراعة انه عمل يبقى أثره ومنفعة إلى ما بعد المدة فكان مفسدا حتى انه لو كان في موضع لا يبقى لا يفسد كذا فقال بعض مشايخنا ولو دفع الارض مزارعة على أنه ان زرعها بغير كراب فللمزارع الربيع وان زرعها بكراب فله الثلث وان كريبها وثناها فله النصف فهو جائز على ما شرطنا كذاذ كرفى الاصل وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغي أن يفسدها هذا الشرط وإذا عمل يكون له أجر مثل عمله فاما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد و بعضهم صححوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع في الاصل فقال ولو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جائز والشرط بينهما في كل الارض نافذ على ما شرطنا كذاذ كرفى الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية في كل الارض عند اختياره ذلك يصح في البعض بالطريق الاولى (فصل) وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجيزها فنقول وبالله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام

[ 182 ]

(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع إليه لاصلاحه فعلى المزارع لان العقد تناوله وقد بيناه (ومنها) ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقين وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما وكذلك الحصاد والحمل إلى البيدر والديباس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوقاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيئا فلا شئ لواحد منهما لأجر العمل ولا أجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل من رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها أجر المثل وان لم تخرج الارض شيئا والفرق أو الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شئ والواجب في المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل في في الذمة لا في الخارج فانعدام الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق (ومنها) ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال لأريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذرا ولم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الامن عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع الامن عذر والفرق بين هذه الجملة

صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزما في حقه إذ الانسان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس في لزوم المعنى اياهم اتلاف ملكهم فكان الشروع في حقهم ملزما ولا ينفسخ الامن عذرهما في سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض أولم يكر بها لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شئ للعامل في عمل الكراب على ما نذكره في حكم المزارعة المنفسخة ان شاء الله تعالى ومنها ولاية جبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرط الكراب في العقد واما ان سكتنا عن شرطه فان شرطاً، يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتنا عنه ينظران كانت الارض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعا معتادا يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلاً أو يخرج ولكن شيئاً قليلاً لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا إذا امتنع المزارع عن السقى ووقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفى بماء السماء ويخرج زرعا معتادا بدونه لا يجبر على السقى وان كان مع السقى أجود فان كان مما لا يكتفى به يجبر على السقى لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والحط عنه وعدم الجواز والاصل فيه ان كلما احتمل انشاء العقد عليه احتمل الزيادة وما لا فلا والحط جائز في الحالين جميعا كما في الزيادة في الثمن في باب البيع إذا عرف هذا فنقول الزيادة والحط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما ان يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما أن يكون البذر من قبل المزارع واما أن يكون من صاحب الارض بعد ما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد فان كان من بعد ما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلا فزاد المزارع صاحب الارض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضى به صاحب الارض لا تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز ألا ترى انهما لو أنشأ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثاني حط من الاجرة وانه لا يستدعى قيام المعقود عليه كما في باب البيع هذا إذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا إذا زاد أحدهما بعد ما استحصد الزرع فان زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضا بخلاف الفصل الاول (فصل) وأما حكم المزارعة الفاسدة فأنواع (منها) انه لا يجب على المزارع شئ من أعمال المزارعة لان

[ 183 ]

وجوبه بالعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الارض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لو قوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فإذا لم يصح الشرط استحققه صاحب الملك ولا يلزمه التصديق بشئ لانه نماء ملكه (ومنها) أن البذر إذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه أجر المثل لان البذر إذا كان من قبل صاحب الارض كان هو مستأجر للعامل فإذا فسدت الاجارة وجب أجر مثل عمله وإذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الارض أجر مثل أرضه لان البذر إذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجر الارض فإذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر

مثل أرضه (ومنها) ان البذر إذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل اجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض وإذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض اجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر اجر مثل الارض ويطيب ذلك له لانه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصديق (ومنها) ان اجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجارة في الاجارة الفاسدة لا تجب الا بحقيقة الاستعمال ولا تجب بالتخلية لا نعدام التخلية فيها حقيقة إذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف الاجارات (ومنها) أن أحر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم تخرج الارض شيأ بعد ان استعملها المزارع وفي المزارعة الصحيحة إذ لم تخرج شيأ لا يجب شئ لواحد منهما وقد مر الفرق فيما تقدم (منها) ان اجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدرا بالمسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا إذا كانت الاجرة وهو حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم يكن يجب اجر المثل تاما بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله أن الاصل في الاجارة وجوب اجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البديلين وذلك في وجوب اجر المثل لانه المثل الممكن في الباب إذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا أن فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البديل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فإذا لم يصح العقد لفوات شرط من شرائطه وجب المصير إلى البديل الاصلى للمنافع وهو اجر المثل ولهذا إذا لم يسم البديل أصلا في العقد وجب أحر المثل بالغاما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب اجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدرا بالمسمى لانه كما يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير اجر المثل بالمسمى لان المستأجر ما رضى بالزيادة على المسمى والأجر ما رضى بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير اجر المثل به عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما إذا لم يكن البديل مسمى في العقد لان البديل إذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة إلى اعتبار التسمية فوجب اعتبار اجر المثل فهو الفرق (فصل) وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع إلى صاحب الارض وبعضها يرجع إلى المزارع (أما) الاول الذي يرجع إلى صاحب الارض فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر إذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزارعة أو بعدها إذا ادرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضى في العقد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضى بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ إلى أن يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار إلى وقت الادراك تأخير حق صاحب الدين

بيع الارض شرعا والممنوع معذور فإذا أدرك الزرع يرد الى الحبس ثانيا لبيع أرضه ويؤدى دينه بنفسه والا فيبيع القاضى عليه (وأما) الثاني الذى يرجع إلى المزارع فنحو المرض لانه معجز عن العمل والسفر لانه يحتاج إليه وترك حرفة إلى حرفة لان من الحرف ما لا يغنى من جوع فيحتاج إلى الانتقال إلى غيره وما منع يمنعه من العمل على ما عرف في كتاب الاجارة (فصل) وأما الذى يفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع (منها) الفسخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح وأن يكون بلفظ الفسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والاقالة وأما الدلالة فنوعان الاول امتناع صاحب البذر عن المضى فى العقد بان قال لا أريد مزارعة الارض يفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم فى حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر ويكون ذلك فسحا منه دلالة والثانى حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الارض والبذر مزارعة وبيان ذلك ان العبد المأذون إذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة يفسخ العقد حتى يملك منع المزارع من المزارعة لان العقد لم يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولن كان البذر من جهة المزارع لا يفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا إذا دفع الارض مزارعة فاما إذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انفسخ العقد لانه إذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لفوات المعقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا يفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله أن يفسخ ما لا يفسخ بالحجر هذا إذا حجر على العبد المأذون قاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهي باطل وكذلك نهى الاب الصبى المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لان النهى عن الزراعة والفسخ بعد هامن باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لانها إذا انقضت فقد انتهى العقد وهو معنى الانفساخ (ومنها) موت صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو بقل لان العقد أفادا لحكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصله فحكم تصرفه يقع له لا لغيره الا لضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حد الحصاد أولم يبلغ لما ذكرنا (فصل) وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول وبالله التوفيق لا يخلو من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انفسخت قبل الزراعة لا شئ للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوي المسنجات بأي طريق انفسخ سواء انفسخ بصريح الفسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان الفسخ يظهر أثره فى المستقبل بانتهاء حكمه فى الماضى فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب فى العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد فلا شئ وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما إذا امتنع عن المضى فى العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التعزير وانه حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد فالحصاد والخارج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب فى صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقى إلى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أحرمثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلما

مران انفساخ العقد يظهر أثره في المستقبل لافى الماضي فبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ (وأما) العمل فيما بقى إلى وقت الحصاد

[ 185 ]

عليهما لانه عمل في مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحد هما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض لان العقد قدانفسخ وفى القلع ضرر بالمزارع وفى الترك بغير أجر ضرر بصاحب الارض فكان الترك بأجرالمثل نظرامن الجانبين بخلاف ما إذا مات صاحب الارض والزرع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لان هناك انفسخ العقد حقيقة لوجود سبب الفسخ وهو الموت الا انا بقيناه تقديرا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انفسخ لثبت لصاحب الارض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في بقاء العقد تقديرا فإذا بقي العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان اتفق أحد هما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضى فهو متطوع ولو أراد صاحب الارض أن يأخذ الزرع بقلالم يكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذة بقلأ فصاحب الارض بين خيارات ثلاث ان شاء قلع الزرع فيكون بينهما وان شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شاء أنفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لان فيه رعاية الجانبين (وأما) في موت أحد المتعاقدين أما إذا مات رب الارض بعد ما دفع الارض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقلأ تترك الارض في يدى المزارع إلى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان في الترك إلى وقت الحصاد نظرامن الجانبين. وفى القلع اضرارا بأحد هما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرا في هذه السنة في هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقل ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الارض فالامر الى ورثة المزارع لان في القلع ضرا بالورثة ولا ضرر بصاحب الارض في الترك إلى وقت الادراك وإذا ترك لا أجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرا فكأنه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لان العقد ينفسخ حقيقة الا انا بقيناه باختيارهم نظرالهم فان امتنعوا عن العمل تفى الزرع مشتركا فاما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الارض قدر حصتهم من الزرع البقل أو ينفق من مال نفسه إلى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لان فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم (كتاب المعاملة) وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام في هذا الكتاب في المواضع التى ذكرناها في المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفى عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خبيرانه عليه والسلام دفع نخيلهم معاملة ولا بى حنيفة رحمه الله أن هذا استئجار ببعض الخارج وانه منهى عنه على ما ذكرنا في كتاب المزارعة وقد مر الجواب عن الاستدلال بحديث خبير فلا نعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت وأما الشرائط المصححة لها على قول من يجيزها فما ذكرنا في كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقدمن لا يعقل فأما البلوغ فليس بشرط ووكذا الحرية على نحو ما مر في كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين في قول أبى حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وفقت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخارج



كله للدافع لانه نماء ملكه وللآخر أجر المثل إذا عمل وعندهما الخارج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحاليين كما إذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الردة أو لحق بالخارج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر في المزارعة هذا إذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فاما إذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط لما مر في كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتدة دفعا واحدا

[ 186 ]

بالاجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمرة بالعمل فان كان المدفوع نخلا فيه طلع أو بسيرقد احمر أو اخضر الا انه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وان كان قدتناهى عظمه الا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة لانه إذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة علم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرطا أن يكون لاحدهما فسدت لما علم (ومنها) أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لما علم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة في كتاب المزارعة (ومنها) التسليم إلى العامل وهو التخلية حتى لو شرطا العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فاما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تخرج في أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطالان ترك البيان يؤدي إلى الجهالة كما في المزارعة الا انه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى انه لو وجد التعامل به في موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتى محمد بن سلمة على ما مرفى المزارعة ولو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة نابتة ولم يسم المدة فان كان شياليس لابتداء نباته ولا لانتهاؤه جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وان كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذة الاولى كما في الشجرة المثمرة (فصل) واما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها في الشرائط المصححة للعقد لان ماكان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للافساد (منها) شرط كون الخارج كله لاحدهما (ومنها) شرط أن يكون لاحدهما قفزان مسماة (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطاف على العامل بلا خلاف لانه ليس من المعاملة في شئ ولانعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعته بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقة ونصب العرايش وغرس الاشجار وتقليب الارض وما أشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات المعقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لان العامل أجير رب الارض واستئجار الانسان للعمل في شئ هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى ان النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما الى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثاه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر في المعاملة معنى الاجارة ولايجوز الاستئجار لعمل فيه الا جير شريك المستأجر وإذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف في الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لان الارض إذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما إلى صاحبه مزارعة على أن يزرعها

بيذره وله ثلثا الخارج لانه تجوز المزارعة لان هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل في شئ الاجير فيه شريك المستاجر لانعدام الشركة في البذر وهنا تحقق لثبوت الشركة في النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشئ من الخارج لانه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرطاً أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان استحقاق كل واحد منهما أعنى من الشريكين لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستئجار ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشتري ما يلحق به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف ثمنه لانه اشترى مالا متقوما على الشركة بامرهم فيرجع عليه وسواء كان العمل في عقد المعالة واحداً أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله ال رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل للاحد هما فضلا لان كل واحد منهما أجير صاحب الارض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيتقدر بقدر الشرط ولو شرط للاحد العاملين مائة درهم على رب الارض والآخر ثلث الخارج ولرب الارض الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما أجرة مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

[ 187 ]

شرطاً لصاحب النخل الثلث ولاحد العاملين الثلثين وللآخر أجر مائة درهم على العامل الذى شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة ان من دفع الارض مزارعة على ان لرب الارض وللزارع الثلثان على أن يعمل فلامعة بثلث الخارج ان المزارعة جائزة بين رب لارض والمزارع فاسدة في حق الثالث لان المعاملة استئجار العامل والاجرة تجب على المستاجر دون الاجير بمقابلة العمل والعمل للمستاجر فكانت الاجرة عليه فإذا اشترطها على الاجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الاجرة على غيره ولا سبيل إليه ففسدالعقد وهذا هو الموجب للفساد في حق الثالث في باب المزارعة لانه صح فيما بين صاحب الارض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح ويتضح ان شاء الله تعالى (فصل) وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجيزها فأنواع (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج إليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقى واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد وكلما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والارض من السرقين وتقليب الارض التى فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيهما لان العقد لم يتناوله لا مقصوداً أو لاضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه اذا لم يخرج الشجر شيئاً فلاشئ لواحد منهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق في كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الامن عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقد مر الفرق (ومنها) ولاية جبر العامل على العمل الامن عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والافلا والحط جائز في الموضوعين أصله بالزيادة في الثمن والمثمن فإذا دفع نخلا بالنصف معاملة فخرج الهمرفان لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لان الانشاء للعقد في هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العمامل لرب الارض شيئاً ولا

تجوز الزيادة من رب الارض للعامل شيئاً لان هذه زيادة ففى الاجرة لان العامل أجير والمحل لا يحتمل الزيادة ألا ترى انه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الحط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع إلى غيره معاملة الا إذا قال له رب الارض اعمل فيه برأيك لان الدقع إلى غيره اثبات الشركة في مال غيره بغير اذنه فلا يصح وإذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصح وان لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل إلى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الاول ولان استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضاً لان عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافاً إليه وله على العامل الاول أجر مثل عمله يوم عمل لانه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر في يد العامل الاخير من غير عمله وهو في رؤس النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تفويت يد المالك ولو هلك من عمله في أمر فيه أمر العامل الاول فاضمان لصاحب النصل على العامل الآخر فون الاول لان الخلاف قطع نسبة عمله إليه فبقى فبقى متلفاً على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الاول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لانه إذا لم يوجد منه بخلاف منه بخلاف بقى عمله مضافاً إليه كانه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثاني لانه في معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الاول لم يرجع على الآخر بشء لانه عمل بأمر الاول فلو رجع عليه لرجع هو عليه أيضاً فلا يفيد وان اختار تضمين الآخر يرجع على الاول لانه غره في هذا العقد فيرجع عليه بضممان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما إذا قال وشرط النصف فدفعه إلى رجل آخر بثلث

[ 188 ]

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

الشرب) \* الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الشرب لغة وشرعا وفي بيان أنواع المياه وفي بيان حكم كل نوع منها أما الأول فالشرب في اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى عز شأنه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالايام لان الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة وبها استدل محمد رحمه الله في كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالايام وفي عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقى وأما بيان أنواع المياه فنقول المياه أربعة أنواع الاول الماء الذي يكون في الاواني والظروف والثاني الماء الذي يكون في الآبار والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار التي تكون لاقوام مخصوصين والرابع ماء الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة أما الاول فهو مملوك لصاحبه لاحق لا حد فيه لان الماء وان كان مباحا في الاصل لكن المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكا لغيره كما إذا استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحروزة في الظروف به جرت العادة في الامصار وفي سائر الاعصار من غير نكير فلم يحل لا حد أن يأخذ منه فيشرب من غير اذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فمنعه فان لم يكن عنده فصل فليس له أن يقاتله أصلا لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلاكه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فللممنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما إذا أصابته مخمصة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فمنعه وهو لا يجد غيره وأما الثاني الماء الذي يكون في الحياض والآبار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح في نفسه سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة لكن له حق خاص فيه لان الماء في الاصل خلق مباحا لقول النبي عليه

[ 189 ]

الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والشركة العامة تقتضي الاباحة الا أنه إذا جعل في اثناء وأحرزه به فقد استولى عليه وهو عليه وهو غير مملوك لاحد فيصير مملوكا للمستولي كما في سائر المباحات الغير المملوكة وإذا لم يوجد ذلك بقى على أصل الاباحة الثابتة بالشرع فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب بانفسهم وسقي دوابهم منه لانه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر وهو فضل مائها الذي يخرج منها فلهم ان يسقوا منها لشفاهم ودوابهم فاما لزروعهم وأشجارهم فله ان يمنع ذلك لما في الاطلاق من ابطال حقه أصلا الا إذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول في أرضه إذا لم يضطروا إليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له لما ان تأذن بالدخول وأما ان تعطى بنفسك فان لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم ان يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم والاصل فيه ماروى أو قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فابوا وسألوهم أن يعطوهم دلوا فابوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فابوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز في الاواني والطعام حالة المخمصة لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا

ملك هناك بل هو على الاباحة الاصلية على ما بينا فإذا منعه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما إذا منعه ماله المملوك وأما الثالث الماء الذي يكون في الانهار التي تكون لاقوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع إلى نفس الماء وبعضها يرجع إلى الشرب وبعضها يرجع إلى النهر أما الذي يرجع إلى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالاجراز بالأواني فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال اسقني يوما من نهرك على ان أسقيك يوما من نهر كذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعا أو اجارة الشرب بالشرب وكل ذلك لا يجوز ولا تجوز اجارته لان الاجارة تمليك المنفعة لا تمليك العين بمنافعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضا أو بئرا ليسقى منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه السمك لان هذا استئجار السمك وكذا لو استأجر أجمة ليحتطب لان هذا استئجار الحطب والاعيان لا تحتمل الاجارة وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقى الزرع والاشجار لان له فيه حقا خاصا وفي اطلاق السقى ابطال حقه لان كل احد يتبادر إليه فيسقى منه زرعه وأشجاره فيبطل حقه أصلا ولو أذن بالسقى والنهر خاص له جاز لانه أبطل حق نفسه وأما الذي يرجع إلى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفردا بأن باع شرب يوم أو أكثر لأنه عبارة عن حق الشرب والسقى والحقوق لا تحتمل الافراد بالبيع والشراء ولو اشترى به دارا وعيدا وقبضهما لزمه رد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما في سائر البياعات الفاسدة ولا شئ على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعا للارض ويجوز ان يجعل الشئ تبعا لغيره وان كان لا يجعله مقصودا بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب في بيع الارض الا بالتسمية صريحا أو بذكر ما يدل عليه بان يقول بعثها بحقوقها أو بمرافقها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر شيأ من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا تجوز اجارته مفردا لان الحقوق لا تحتمل الاجارة على الانفراد كما لا تحتمل البيع وكذا لو جعله أجرة في اجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان الاجرة في باب الاجارة كالثمن في باب البيع وانه لا يصلح ثمنا في البياعات فلا يصلح أجرة في الاجارات ولو انتفع بالدار والعبد لزمه أحر مثله لانه استوفى منفعة المعقود عليه عقدا فاسدا فيلزمه أجرة المثل كما في سائر الاجارات الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعا للارض كما في البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضا ولم يذكر الشرب والمسئول أصلا فالقياس أن لا يكون الشرب والمسئول كما في البيع وفي الاستحسان كانا له وبدخلتحت

[ 190 ]

اجارة الارض من غير تسمية نسا لوجودها دلالة لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا بذكر الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تمليك العين والعين تحتمل الملك بدونه ولا تجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تمليك والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك ولايجوز الصلح عليه بان صالح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس وما دونه لان الصلح في معنى البيع الا أنه يسقط القصاص ويكون الصلح كانه على العفو لما ذكرنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات وتجب على القاتل والجرح الدية وارث الجناية ولا تصح تسميته في باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لان النكاح تصرف تمليك وأنه لا

يحتمل التملك واذا لم تصح التسمية يجب العوض الاصلى وهو مهر المثل ولا تصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر ان تسميته في معرض التملك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فمن حيث انه لم يحتمل التملك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلا فيظهر في وجوب رد المأخوذ وهذا أصلى في باب الخلع محفوظ أنه شئ تعذر تسليم البديل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ومورثه لان الارث لا يقف على الملك لا محالة بل يثبت في حق المال كما يثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك وبوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تملكها لكنها تملك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وإنما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فإذا احتل الارث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث وإذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا ميراثا لورثة الموصى له لان الشرب بعين مال بل هو حق مالى وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح لانه لما لم يحتمل التملك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة إلى ما بعد الموت بالوصية ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا في قدر الشرب ولاينة لاحدهم تحكم الاراضي فيكون الشرب بينهم على قدر أراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة إذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وإنما كان كذلك لاختلاف المقصود إذ المقصود من الشرب السقى والسقى يختلف باختلاف الاراضي والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب ما لم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت أرضه روبة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته لان في سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا إذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحى أو دالية أو سانية نظر فيه فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلا لان رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل إلى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك الا برضا الشركاء وأما الذي يرجع إلى النهر فالاصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقيين سواء أضر بهم التصرف أولا لان رقبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك، لا تقف على الاضرار بالمالك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهرا صغيرا من النهر المشترك فيسوق الماء إلى أرض أحيائها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحد أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم في النهر باجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحى فان كان موضع البناء مملوكا له والماء يدير الرحى على سببه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركا أو تقع الحاجة إلى تعريج الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

[ 191 ]

وصول حقهم إليهم بالتعريج كما إذا حفر نهرا في أرضه وأراد أن يعرج الماء إليه ثم يعيده إلى النهر وكذلك لو أراد أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل

وليس لاحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم لان القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر الاعظم ولاحد الشريكين أرض في أعلى النهر والآخر أرض في أسفله فأراد صاحب الأعلى أن يسد شيأمن تلك الكوي لما يدخل من الضرر في أرضه ليس له ذلك الا برضا شريكه لانه يتضرر به شريكه فلا يجوز له دفع الضرر عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتهايا حتى يسد في حصته ما شاء لم يكن له ذلك الا برضا الشريك لما قلنا وان تراضيا على ذلك زمانثم بدالصاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان المراضاة على ما لا يحتمل التملك تكون مهابة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجنبي إليها كوة وحفر نهرا منه إلى أرضه برضامنها ومضى على ذلك زمان ثم بدا لاحدهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الاعظم ولكل رجل نهر من هذا النهر فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الاسفل لصاحب الأعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم لان دفعة الماء وكثرته في أول النهر ولا يأتينا ولا وهو قليل فأرادوا المهابة أياما معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء والنهر على حاله لان ملكهم ف رقبة النهر لافى نفس الملاء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لانه يدخل فيها الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر في أسفل النهر جاز ولو زاد في عرضه لا يجوز لان الكوى من حقوق النهر فيملكه بملك النهر بخلاف الزيادة في العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الاعظم بين قوم فخافوا أن يبنثق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عاما يحبرون على أن يحصنوه بالحصص وان لم يكن فيه ضرر عام لا يجبرون عليه لان الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التخصيص من باب دفع الضرر عن الجماعة فجاز وإذا لم يكن الضرر عاما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتخصيص جبراعليه لزيادة الانتفاع بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لأرض رجل فاختلف صاحب الأرض والنهر في مسناة فالمسناة لصاحب الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله له أن يغرس فيها طينه ولكن ليس له ان يهدمها وعند أبي يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر حرما لنهره وله أن يغرس فيها ويلقي طينه ويجتاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر والأرض حائل من حائط ونحوه كانت المسناة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على ان النهر هل له حریم أم لا بأن حفر بحل نهرا في أرض موات باذن الامام عند أبي حنيفة لا حریم له وعند هما له حریم (ووجه) البناء عليه انه لما لم يكن للنهر حریم عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهد صاحب الأرض فكان القول قوله ولما كان له حریم عندهما كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححو البناء وقالوا لا خلاف ان للنهر حریمافى أرض الموات لان للبئر والعين حریمافيهما بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام انه جعل لهما حریم لحاجتهما إلى الحفر لتعذر الانتفاع بها بدون الحفر لان حاجة النهر إلى الحریم كحاجة البئر والعين بل أشد فكان جعل للبئر والعين حریمافيهما جعل للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير صحيح فكان هذا خلافا مبتدا (وجه) قولهما انه لما كان للنهر حریم بالاتفاق كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف كذا هذا ولابي حنيفة ان المسناة إذا كانت مستوية بالأرض فالظاهر انها ملك صاحب الأرض إذ لو كانت حریمافيهما للنهر لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهد صاحب الأرض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب النهر بها وفي الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف

في ملكه لتعلق حق الغير كحائط لانسان عليه جذوع لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشفة في الكرى

[ 192 ]

شئ لان هذا من حقوق الملك ولاملك لاهل الشفة في رقة النهر بل لهم حق شرب الماء والسقي للدواب فقط واختلف في كيفية الكرى عليهم قال أبو حنيفة عليهم أن يكروا من أعلاه وإذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان الكرى على من بقى وقال أبو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والإراضي حتى ان النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيهم عليه لاخر كرى فوهة النهر الى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم على كل واحد منهم العشر فإذا جاوزوا شرب الاول سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على تسعة أسهم فإذا جاوزوا شرب الثاني سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبي حنيفة (وأما) عندهما فالكرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر إلى أسفله (وجه) قول أبي حنيفة ان الكرى من حقوق الملك والملك في الاعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر إلى شرب أولهم فكانت مؤنته على الكل فأما بعده فلا ملك لصاحب الاعلى فيه انما له حق وهو حق تسهيل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لاعلى صاحب الحق ولهذا كانت مؤنة الكرى على أصحاب النهر ولا شئ على أهل الشفة أو الملك لأصحاب النهر ولاهل الشفة حق الشرب وسقى دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما) الانهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لاحد فيها ولافى رقة النهر وكذا ليس لاحد حق خاص فيها ولافى الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن ينتفع بهذه الانهار بالشفة والسقى وشق النهر منها الى أرضه بان احيا أرضا ميتة باذن الامام له أن يشق إليها نهرا من هذه الانهار وليس للامام ولا لاحد منعه اذالم يضر بالنهر وكذا له أن ينصب عليه رحى ودالية وسانية اذالم يضر بالنهر لان هذه الانهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت الاختصاص بها لاحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشريطة عدم الضرر بالنهر كالانتفاع بطريق العامة وان أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه لما بينا انه حق لعامة المسلمين واباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الاعظم وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو نهر عظيم احيا رجل أرضا كانت مواتا فحفر لها نهرا فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد فساق الماء إليها من ذلك النهر فقال أبو يوسف ان كان يدخل على أهل وضرر في مائهم ليس له ذلك وان كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن يمنعه لما قلنا وسئل أيضا إذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة هل له أن يزيد فيها فقال ان زاد ملكه وذلك لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له ذلك وان كان لا يضر بالنهر (ووجه) الفرق أن الزيادة في الفصل الاول تصرف في حق مشترك بين العامة وحرمة التصرف في حقوق العامة لا تثبت الا بشريطة الضرر والزيادة في الفصل الثاني تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة الماء في النهر والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمة على الضرر بالمالك هو الفرق ولو جزر ماء هذه الانهار عن أرض فليس لمن يليها أن يضمها الى أرض نفسه لانه يحتمل أن يعود ماؤها إلى مكانه ولا يحداليه سبيلا فيحمل على جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستتضر أحد بحمل الماء عليه فله



ذلك وبملكه إذا أحياه باذن الامام أو بغير اذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الانهار إلى الكرى فعلى السلطان كرها من بيت المال لان منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وكذا لو خيف منها العرق فعلى السلطان اصلاح مسناتها من بيت المال اما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم \* (كتاب الاراضي) \* الكلام في موضعين في بيان أنواع الاراضي وفى بيان حكم كل نوع منها (اما) الاول فالاراضي في الاصل نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحة نوعان أيضا نوع هومن

[ 193 ]

مرافق البلدة محتطبالهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهو المسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الاراضي المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير اذن صاحبها لان عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب الذى انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها فائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها و هبتها واجارتها وتصير ميراثا إذا مات صاحبها الا أنها إذا كانت خرابا فلا خراج عليها إذ ليس على الخراب خراج الا إذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستنماء فعليه الخراج وهذا إذا عرف صاحبها فان لم يعرف فحكمها حكم اللقطة يعرف في كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلاء الذى ينبت في أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا إذا قطعه صاحب الارض واخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضى الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أنه إذا سقاه وقام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والكلاء اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد والشركة العامة هي الاباحة إذا قطعه واحزره لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز في الاواني والظروف وسائر المباحات التى هي غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر مضى دائم الحركة علوا فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها لان النبي عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فأما الجمر فليس بنار وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلافاذا كان يجده في موضع آخر له أن يمنع من الدخول وان كان لا يجده فيقال لصاحب الارض اما أن تاذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه إليه كالماء الذى في الآخر باروا لعيون والحياض التى في الاراضي المملوكة على ما ذكرنا في كتاب الشرب ولو دخل انسان أرضه بغير اذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت يده إليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تحتل الاجارة على ما ذكرنا في كتاب الشرب والجواب في الكلا في البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب في الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلا على هذا وكذلك الآجام المملوكة في حكم السمك لان السمك أيضا مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا بالاخذ والاستيلاء لما بينا ولو حظر السمك في حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفس الحظر لوجود الاستيلاء واثبات اليد عليه ولهذا لو باعه جازوان كان لا يمكن أخذه الا بصيد لا يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه

وعلى هذا سائر المباحات كالطير إذا باضت؟ أو فرخت في أرض انسان انه يكون مباحا ويكون للاخذ لا لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذه وكرام لا وقال المتأخرون من مسايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له ملكا له يسترده من الآخذ وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك في المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه والآخذ هو المستولي دون صاحب الارض وان اتخذه وكرا وكذلك صيد التجأ إلى أرض رجل أودره فهو للآخذ لما قلنا ولورد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكه فتعقل بها صيد تعقلا لا خلاص له فهو لناصب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كمن أرسل باري انسان بغير اذنه فاخذ صيدا أو أغرى كلبا لانسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمغرى لا لصاحبه ولو نصب فسطاطا فجاء صيد فتعقل به فهو للآخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشئ اكتساب (فاما) نصب الفسطاط فما وضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء

[ 194 ]

والاخذ حقيقة ولو حفر حفيرة فوق وقع فيها صيد فان كان حفرها لاجتماع الماء فيها فهو للآخذ لانه بمنزلة الاصطياد وان كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة (واما) الآجام المملوكة في حكم القصب والحطب فليس لاحد أن يحتطب من أجمة رجل الاباذنة لان الحطب والقصب مملوكان لصاحب الاجمة يثبتان على ملكه وان لم يوجد منه الابنات أصلا بخلاف الكلافى المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هي القصب والحطب فكان ذلك مقصودا من ملك الاجمة فيملك بملكها (فاما) الكلاء فغير مقصود من المرح المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقارا رعى بقرافى أجمة مملوكة لانسان فليس له ذلك وهو صامن لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الاجمة القصب والحطب وهما مملوكان لصاحب الاجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف الكلافى المروج لانه يثبت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ولايجوز دفع الكلاء معاملة والاصل المحفوظ فيه أن القصب والحطب يملكان بملك الارض والكل لا (واما) مالا يثبت عادة الا بصنع العبد كالثقة والقصيل وما بقى من حصاد الزرع ونحو ذلك في أرض مملوكة يكون مملوكا ولصاحب الارض أن يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لان الابنات يعد اكتسابا له فيملكه ولان الاصل أن يكون من المملوك مملوكا الا أن الاباحة في بعض الاشياء تثبت على مخالفة الاصل بالشرع والشرع ورد بها في أشياء مخصوصة فيقتصر عليها (واما) أرض الموات فالكلام فيها في مواضع في تفسير الارض الموات وفي بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفي بيان حكمه إذا ملك (أما) الاول فالارض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكا لاحد ولا حقا له خاصة فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطبا بها لاهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها لان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كفناء دارهم وفي الاقطاع ابطال حقهم وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لانها حق لعامة المسلمين في الاقطاع ابطال حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط أن يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوي رحمه الله فانه قال وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله ان أرض

الموات بقعة أو وقف على أذناها من العامر رجل فنادي بأعلى صوته لم يسمعه من العامر وفي ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان بحرا من البلدة جزر مأؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد تكون أرض موات في ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبي يوسف وقول الطحاوي لا تكون والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فإذا لم يكن ملكا لاحد ولاحقا خاصا لم يكن منتفعا به كان بعيدا عن البلدة أو قريبا منها (وأما) بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات فالامام يملك اقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك إلى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للامام ككبرى الانهار العظام واصلاح قناطرها ونحوه ولو أقطع الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض لهالي ثلاث سنين فإذا مضى ثلاث سنين فقد عاد مواتا كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان الثلاث سنين مدة لا بلاء الاعذار فإذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها فبطل حقه وتعود إلى حالتها مواتا وكان الامام أن يعطيها غيره (وأما) بيان ما يثبت به الملك في الموات وما لا يثبت ويثبت به الحق فالملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الاحياء واذن الامام ليس بشرط (وجه) قولهما قوله عليه الصلاة والسلام من أحيأ أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحيى لمحي من غير شريطة اذن الامام ولانه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو وحش كلا وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

[ 195 ]

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

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

[ 196 ]

\* (كتاب المفقود) \* الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله (أما) الاول فالمفقود اسم للشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت (فصل) وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله انه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معني هذه العبارة انه تجرى عليه أحكام الاحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امراته كأنه حي حقيقة وتجرى عليه أحكام الاموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة لان الثابت باستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن وملكه في احكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحينا حال الحياة لابقائه وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة إلى الاثبات واستصحاب الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم يحتمل انه حي ويحتمل انه ميت وهذا يمنع التوارث والبينونة لانه ان كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين امراته وان كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والارث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البينونة على الاصل المعهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فإذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه إلى ان يظهر حاله انه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال حتى ان من هلك وترك ابنا مفقودا وابنتين وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فان

القاضي يقضى لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني إلى أن يظهر حاله لانه ان كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شئ لابن الابن وان كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين فيدفع ذلك اليهما ويوقف النصف الآخر إلى ان يظهر حاله فان لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان اليهما والباقي لابن الابن وكذا لو أوصى له بشئ يوقف وكذا إذا فقد المرتد ولا يدري انه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم (فصل) وأما بيان ما يصنع بماله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفاظ لانه مال لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفاظ فيحفظ عليه القاضي نظرا له كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لاولى لهما ومنها انه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه لان ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يدمودعه ومضاربه ليحفظه لان يدهما يد نيابة عنه في الحفاظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة إلى حفظ القاضي ومنها انه ينفق على زوجته من ماله ان كان عالما بالزوجية لان الانفاق عليها احياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفاظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها انه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والاناث وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والفقيرات من الاناث سواء كن زمنى أولا وعلى والديه المحتاجين ان كان عالما بالنسب لان نفقة أولاده انما تجب بحكم الجزئية والبعضية احياء لهم واحياء نفسه واجب فكذا احياء جزئه وكله فكان الانفاق عليهم من ماله احياء لهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وان لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضروا رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فاقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب أنفق عليهم من ذلك المال لان للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة أبى سفيان خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فإذا أقر ان هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الاخذ وكذا في الاولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فإذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الاخذ وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضى الله عنه وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز ان يحضر المفقود فيقيم البينة على انه كان طلق امرأته أو

[ 197 ]

كان اعطاهم النفقة معجلة هذا إذا أقر الرجل فاما إذا أنكرهما جميعا أو أقر باحدهما دون الآخر فاقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضاء على الغائب وله من غير ان يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا خصماء عن الغائب في اثبات الزوجية وايجاب النفقة عليه وكذا الاولاد والوالدون والمرأة ليسوا خصماء للغائب في اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيئا فهو من أنفسهم لانهم متطوعون في ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوى الارحام لان نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان الا ترى انهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم فيأخذوا من ماله عند حاجتهم إليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الانفاق من ماله قضاء على الغائب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضي له ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضي ان ينفق منه ثم القاضي انما ينفق من مال

المفقود على ما ذكرنا إذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاما أو ثيابا هي من جنس كسوتها فاما إذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الانفاق الا بالبيع وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الانفاق فافترق الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع إليه الفساد لان ذلك وان كان بيعا صورة فهو حفظ وامسك له معنى والقاضي يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير اذن القاضي بالاجماع وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي وعندهما لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار لما علم في كتاب النفقات والله تعالى أعلم (فصل) وأما حكم ماله فهو انه إذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش إليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره وتبين امرأته ويصير ماله ميراثا لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة في ظاهر الرواية تقديرا وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد في الاصل انه فقد رجل بصفين أو بالجمل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا على رضى الله عنه في سنة أربعين ووفاة أبي حنيفة رضى الله عنه في سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فإذا مضت المدة المقدره يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالمدة كما إذا قامت البينة على موته والله سبحانه وتعالى أعلم \* (كتاب اللقيط) \* الكلام في اللقيط في مواضع في تفسير اللقيط لغة وعرفا وفي بيان حاله وفي بيان ما يتعلق به من الاحكام أما في اللغة فهو فعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما انه يؤخذ ويرفع وأما في العرف فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطا باسم العاقبة لانه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى جل شأنه انى أرانى أعصر خمرا وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمى العنب خمرا والحى الذى يحتمل الموت ميتا باسم العاقبة كذا هذا (فصل) وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لابد من التعرف عنها حاله في الحرية والرق وحاله في النسب أما حاله في الحرية والرق فهو انه حرمن حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما انهما حكما بكون اللقيط حرا ولان الاصل هو الحرية في بنى آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء وهما كانا

[ 198 ]

حرين والمتولد من الحرين يكون حرا وانما حدث الرق في البعض شرعا بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر الباعث على الحراب فيجب العمل بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الاحرار من أهلية الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار لانه لا يحد قاذف أمه لان احصان المقذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احصانها لان انعقاد القذف عليه لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره انه عبده لا يسمع منه الا بيينة لان حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يقدر على

ابطال هذا الظاهر الا بدليل ولو بلغ فأقرانه عبد فلان نظر في ذلك ان كان لم يجر عليه شئ من أحكام الاحرار بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لانه لم تعرف حرته الا بظاهر الحال فإذا أقر بالرق فالظاهر انه لا يقر على نفسه بالرق كاذبا فصح اقراره الا انه لا يعتبر في ابطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة والا عتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تنفسخ وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليهِ ينفسخ (وجه) قوله انه لما أقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما إذا قامت البينة على رقه ولنا ان هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لان حرته ثابتة من حيث الظاهر يصدق في حق ذلك الغير لما عرف أن الاقرار تصرف على نفس المقر فإذا تضمن ابطال حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بحرية عبدانسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع الثمن على البائع لما قلنا كذا هذا والاستدلال بالبينة غير سديد لان الشاهد غير متهم في شهادته على غيره فاما المقر في اقراره على غيره فمتهم فهو الفرق وان كان قد أجرى عليه شئ من ذلك لا يصح اقراره لانه إذا أجرى عليه شئ من أحكام الاحرار فقد ظهرت حرته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطالها بالاقرار بالرق وأما حاله في الاسلام والكفر فان وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم يكون مسلما حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين وان وجده ذمى في بيعة أو كنيسة أوفى قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا تحكيما للظاهر كما إذا وجده مسلم في بيعة أو كنيسة أوفى قرية من أهل الذمة يكون ذميا ولو وجده ذمى في مصر من أمصار المسلمين أوفى قرية من قراهم يكون مسلما كذا ذكر في كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن سماعة عن محمد انه اعتبر حال الواجد من كونه مسلما أو ذميا وفي كتاب الدعوى اعتبر الاسلام إلى أيهما نسب إلى الواجد أو الى المكان والصحيح رواية هذا الكتاب لان الموجود في مكان هو في أيدي أهل الاسلام وتصرفهم أيديهم واللقيط الذي هو في يد المسلم وتصرفه يكون مسلما ظاهرا والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو في يد الذمى وتصرفه يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان أولى فان وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين فبلغ كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة وانما حكم به تبعاً للدار فلم تتحقق رده فلا يقتل أما حاله في النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى انسان نسبة الملتقط أو عتقه تصح دعوته وبثبت النسب منه لما علم في كتاب الدعوى وأما الاحكام المتعلقة به فانواع منها أن التقاطه أمر مندوب إليه لما روي أن رجلا أتى سيدنا عليا رضي الله عنه بلقيط فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب إلى من كذا وكذا عد جملة من أعمال الخير فقد رغب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير على المبالغة في الندب إليه ولانه نفس لاحافظ اها بل هي في مضيعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى ومن أحيائها فكأنما أحياء الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بامساكه من غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لانه هو الذي أحياه بالتقاطه ومن أحياء أرضا ميتة فهي له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت يد الملتقط إليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان نفقته من بيت المال لان ولاءه له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون له

كتيابه التي عليه وكذا إذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا ويكون النفقة من ماله لان الانفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة إذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه ولو أنفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضى له ان يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا فيه ومنها ان عقله لبيت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ومنها ان ولاءه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يوالى من شاء إذا بلغ الا إذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يوالى أحدالان العقد يلزم بالعقل على ما نذكر في كتاب الديات ان شاء الله تعالى لما علم في الولاية ومنها ان وليه السلطان له الولاية في ماله ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لاولى له وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولى من لاولى له والخال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله وليس للملتقط ان يفعل شيئا من ذلك لانه لولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة له ويسلمه في صناعة ويؤجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضة إليه من غير ضرر فاشبه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعى يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما يأتى في كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة وبينته نسبه منه والقياس ان لا تسمع الا بينة وجه القياس ظاهر لانه يدعى أمرا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح وذلك بالبينة ولم يوجد وجه الاستحسان انه عامل أخبر بأمر محتمل الثبوت وكل من أخبر عن أمر والمخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالمخبر هو الاصل الا إذا كان في تصديقه ضرر بالغير وههنا في التصديق واثبات النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعى في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يقف على البينة وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمى تصح دعوته حتى يثبت نسبه منه لكنه يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصور انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه نفعا للقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضررا به وهو كونه كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافرا ألا ترى أنه يحكم بإسلامه وبإسلام أمه وان كان الاب كافرا هذا إذا أقر الذمى انه ابنه ولا بينة له فان أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين الشهادة انه متهم في اقراره بما يتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمة في الشهادة لما مرولو ادعى عبده انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه لكنه يكون حر الماذكرنا في دعوى الذمى لانه ادعى شيئين أحدهما نفع للقيط والاخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمى ولو ادعاه رجلان انه ابنهما ولا بينة لهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه أنفع للقيط وكذلك إذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه أنفع له وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع إلى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح



أحدهما بالعلامة لانه إذا رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه سابقة فلا بد لزولها من دليل والدليل على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خيرا عن أهل تلك المرأة ان ان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيد كن ان كيد كن عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الامم السالفة في كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكيم إذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذاهنا وان لم

[ 200 ]

يصف أحدهما العلامة يحكم بكونه ابنا لهما ليس أحد هما بأولى من الآخر فان اقام أحدهما البينة فهو أولى به وان أقاما جميعا البينة يحكم بكونه ابنا لهما لانه ليس أحد هما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه في مثل هذا انه قال انه ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فان ادعاه أكثر من رجلين فاقام البينة روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه تسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك إذا كان المدعى رجلا فان كانت امرأة فادعته انه ابنها فان صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت البينة صحت دعوتها والافلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما نذكره في كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت احدهما البينة فهي أولى به وان أقامتا جميعا فهو ابنهما عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبى حفص يجعل ابنهما وفي رواية أبى سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم \* (كتاب اللقطة) \* الكلام في اللقطة في مواضع في بيان أنواعها وفي بيان أحوالها وفي بيان ما يصنع بها أما الأول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكة ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم الا انه يسمى لقطه من اللقط وهو الاخذ والرفع لانه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب اللقيط (فصل) وأما بيان أحوالها منها في الاصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده أما قبل الاخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح الاخذ وقد يكون حرام الاخذ أما حالة النذب فهو ان يخاف عليها الضيعة لو تركها فآخذها لصاحبها أفضل من تركها لانه إذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها احياء لمال المسلم معنى فكان مستحبا والله تعالى أعلم وأما حالة الاباحة فهو ان لا يخاف عليها الضيعة فآخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله إذا خاف عليها يجب أخذها وان لم يخف يستحب أخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا بل هو امتناع من حفظ غير ملزم والامتناع من حفظ غير ملزم لا يكون تضييعا كالامتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو ان يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يأوي الضالة الاضال والمراد ان يضمها إلى نفسه لاجل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لان الضم إلى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه أخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه فيكون بمعنى الغصب وكذا اللقطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلا واحتج بما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها حداؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى يلقاها ربها نهى عن التعرض لها وأمر بترك الاخذ فدل على حرمة الاخذ (ولنا) ما روى أن رجلا وجد بعيرا بالحره فعرفه ثم

ذكره لسيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلنى عن ضعيتي فقال سيدنا عمر ارسله حيث وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احياء لمال المسلم فيكون مستحبا وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحا على ما ذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد منه أن يكون صاحبه قريبا منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها ربها وانما يقال ذلك إذا كان قريبا أو كان رجاء اللقاء ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لاختك أو للذئب دعاه إلى الاخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود في الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون واردا في الابل وسائر البهائم دلالة الا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم إذا لم يلقها ربها عادة بعيدا كان أو قريبا وكذلك الابل لانها تذهب عن نفسها عادة هذا الذى

[ 201 ]

ذكرنا حال ما قبل الاخذ وأما حال ما بعده فلما بعد الاخذ حالان في حال هي أمانة وفى حال هي مضمونة أما حالة الامانة فهي أما ياخذها لصاحبها لانه أخذها على سبيل الامانة فكانت يده يد امانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهي أن يأخذها لنفسه لان المأخوذ لنفسه مغصوب وهذا لا خلاف فيه وانما الخلاف في شئ آخر وهو أن جهة الامانة انما تعرف من جهة الضمان اما بالتصديق أو بالاشهاد عند أبى حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه في الاخذ له يجب عليه الضمان بالاجماع وان لم يشهد لان جهة الامانة قد ثبتت بتصديقه وان كذبه في ذلك فكذا عند أبى يوسف ومحمد أشهد أولم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبى حنيفة فان أشهد فلا ضمان عليه لانه بالاشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد امانة وان لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لانه أقر بالغصب والمغصوب مضمون على الغاصب وجه قولهما أن الظاهر انه أخذه لا لنفسه لان الشرع انما مكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان اقدمه على الاخذ دليلا على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولكن مع الحلف أن القول قول الامين مع اليمين ولاي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان في الاصل الا أنه إذا كان الاخذ على سبيل الامانة بان أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سببا وذلك انما يعرف بالاشهاد فاذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فبقى الاخذ سببا في حق وجوب الضمان على الاصل والثانى أن الاصل ان عمل كل انسان له لا لغيره بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وقوله تعالى لهاما كسبت و عليها ما اكتسبت فكان أخذه اللقطة في الاصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان لانه غصب وانما يعرف الاخذ لصاحبها بالاشهاد فإذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها إلى مكانها الذى أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في الموطأ وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما إذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فاما إذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها إلى مكانها يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعي رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان أولم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فإذا ردها إلى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فاشبه الوديعة إذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت (ولنا) أنه

أخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع من الاصل فصار كأنه لم يأخذها أصلا وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وإنما تبرع به وقدرده بالرد الى مكانها فارتد وجعل كأن لم يكن هذا إذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها إلى مكانها فصاعت وصدقها صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فان كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أولم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا ثم تفسير الاشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بمسمع من الناس انى التقطت لقطة أو عندي لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندي شئ فمن رأيموه يسأل شياً فدلوه على فإذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولاضمان عليه بالاجماع وان كان عنده عشر لقطات لان اسم الشئ واللقطة منكر ان كان يقع على شئ واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضوع يراد بها كل الجنس في العرف والعادة لافرد من الجنس إذ المقصود من التعريف ايصال الحق إلى المستحق ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف والمعتاد فكان هذا اشهادا على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك لانه ظهر انه أخذها غصبا فكان الواجب عليه الرد إلى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده فإذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كما في الغصب وكذلك إذا أخذ الضالة أرسلها إلى مكانها الذي أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لان هذا أحد نوعي اللقطة وقد روينا في هذا الباب عن سيدنا عمر رضى

[ 202 ]

الله عنه أنه قال لو وجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان (فصل) وأما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ اللقطة فانه يعرفها لما روى عن رسول الله لى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولا حين سئل عن اللقطة وروى؟ أن رجلاً جاء إلى إلى عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما فقال انى وجدت لقطة فما تأمرني فيها فقال عرفها سنة وروينا عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم نقول الكلام في التعريف في موضعين أحدهما في مدة التعريف والثانى في بيان مكان التعريف أما مدة التعريف فيختلف قدر المدة لاختلاف قدر اللقطة ان كان شيئاً له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعداً يعرفه حولاً وان كان شيئاً قيمته أقل من عشرة يعرفه أياماً على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال ان كان مائة ونحوها عرفها سنة وان كان عشرة ونحوها عرفها شهران ان كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وان كان درهما ونحوه عرفه ثلاثة أيام وان كان دانقاً ونحوه عرفه يوماً وان كان تمرة أو كسرة تصدق بها وانما تكمل مدة التعريف إذا كان مما لا يتسارع إليه الفساد فان خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف فالاسواق وأبواب المساجد لانها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر ثم إذا عرفها فان جاء صاحبها وقام البينة انها ملكه أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وان لم يقيم البينة ولكنه ذكر العلامة بان وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها يحل للملتقط أن يدفع إليه وان شاء أخذ منه كفيلاً لان الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجملة كما في اللقيط الا ان هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لان هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن يحل له الدفع وله أن يأخذ كفيلاً لجواز مجئ آخر فيدعيها ويقيم البينة ثم إذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة

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

[ 203 ]

للتعريف وهذا حال كل لقطة الا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين ان ذاليسقط التعريف وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفنا وتنفرد بحكم آخر وهو النفقة فان أنفق عليها بامر القاضى يكون دينا على مالكةا وان أنفق بغير اذنه يكون متطوعا فينبغي أن يرفع الامر الى القاضى ينظر في ذلك فان كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة أمره بان يؤجرها وينفق عليها من أجرتها نظرا للمالك وان كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة وخشى أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها مقامها في حكم الهلاك وان رأى الاصلح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره بان ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك دينا على صاحبها حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن وان أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضى ودفع إليه قدر ما أنفق والله سبحانه وتعالى أعلم \* (كتاب الاباق) \* الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الأبق وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع به وفي بيان حكم ماله (أما) الاول فالأبق اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطة قبل الاخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله في كتاب اللقطة (فصل) وأما بيان ما يصنع به فيقول وبالله التوفيق إذا أخذ الأبق لصاحبه فان شاء الآخذ أمسكه على صاحبه حتى يجئ

فياخذه وإن شاء ذهب به إلى صاحبه فرده عليه فإن أمسكه فجاء انسان وادعى أنه عبده فإن أقام البينة دفعه إليه وأخدمه كفيلا ان شاء لجواز أن يجئ آخر فيدعيه ويقم البينة فله أن يستوثق بكفيل وان لم يكن له بينة ولكن أقر العبد بذلك دفعه إليه أيضا لانه ادعى شيئا لا ينازعه فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلا ان شاء لما قلنا وما أنفق عليه فان كان باذن القاضى يرجع به على صاحبه والافلا لانه يكون متطوعا فان طاللت المدة ولم يجئ له طالب باعه القاضى وأخذ ثمنة يحفظه على صاحبه لان ذلك حفظ له معنى فان باعه وأخذ ثمته ثم جاء انسان وأقام البينة أنه عبده دفع الثمن إليه وليس له أن ينقض البيع من القاضى صدر عن ولاية شرعية لانه من باب حفظ ماله اذ لو لم يبع لانت النفقة على جميع قيمة فيضيع المال فكان يبيعه حفظا له من حيث المعنى والقاضى يملك مال الغائب ولهذا بيع ما يتسارع إليه الفساد ولو زعم المدعى أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في نقض البيع لما قلنا وينفق القاضى عليه في مدة حبسه اياه من بيت المال ثم إذا جاء صاحبه أخذه من صاحبه أو من ثمته ان باعه لان الانفاق عليه احياء ماله فيكون عليه وإذا جاء بالآبق له أن يمسكه بالجعل لانه إذا جاء به فقد استحق الجعل على مالكة فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيقاء الثمن ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن يسقط الجعل كما لا ضمان على البائع بهلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى في الرقيق في قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وهذه المسألة في كتاب القاضى في بيان شرائط قبول كتاب القاضى إلى القاضى (فصل) وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحسانا والكلام في الجعل في مواضع في بيان أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان ما يستحق عليه وفي بيان قدر المستحق (أما أصل الاستحقاق فثابت عندنا استحسانا والقياس ان لا يثبت اصلا كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعي رحمه الله يثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الأخذ الجعل المالك وجب والافلا (وجه) قول الشافعي رحمه الله أنه رد مال الغير عليه محتسبا فلا يستحق الاجر كما لورد الضالة الا إذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبى عمر والشيبانى أنه قال كنت قاعدا عند عبد الله

[ 204 ]

ابن مسعود فجاء رجل فقال قدم فلان بابق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجرا فقال عبد الله رضى الله عنه وجعلان شاء من كل رأس درهما ولم ينقل أنه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان جعل الآبق طريق صيانة عن الصياع لانه لا يتوصل إليه بالطلب عادة إذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلولم يأخذه لصاع ولا يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة الاخذ والرد عليه مجانا عوض عادة وإذا علم أن له عليه جعل يحمل مشقة الاخذ والرد طمعا في الجعل فتحصل الصيانة عن الصياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الصياع وصيانة المال عن الصياع واجب فكان المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة إذا ضلت فانها ترعى في المراعى المألوفة فيمكن الوصول إليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الاخذ فلا حاجة إلى الصيانة بالجعل فان أخذه أحد كان في الاخذ والرد محتسبا فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب (فصل) وأما شرائط الاستحقاق أنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه

فمات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فرده على المالك فالجعل للثاني ولا شئ للاول لانه لما أبق من يده فقد انفسخ ذلك السبب أوبقى ذلك سببا محضا لانعدام شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لاحكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحدا والآبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والآبق واحدا فلهما جعل واحد بينهما نصفان لاشتراكهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والآبق واحد أو المالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بالرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعبد حتى يعطى الجعل لما ذكرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمرتهن هذا إذا جاء به أجنبي فوجد المالك قد مات فأما إذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا كان المالك حيا وقت الاخذ وعند أبي يوسف لاجعل له وان كان حيا وقت الاخذ مات قبل الوصول إليه (وجه) قوله انه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قولهما أن المجئ به من مسيرة ثلاثة أيام مثلا في حال حياة المالك على قصد الرد رد على المالك فيستحق الجعل كما إذا وجد حيا ولهذا لو كان الراد أجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولاه قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن المجئ به على قصد الرد على الملك رد عليه ويجب الجعل برد الآبق المرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المرتهن لان منفعة الصيانة رجعت إليه ألا ترى انه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته فإذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالغا أو صبيا حرا أو عبدا لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لاجعل له سواء كان وارثا أو أجنبيا لانه إذا كان في عياله كان الردمنه بمنزلة رد المالك ولانه إذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملا لنفسه لان منفعة الرد تعود إليه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والاصل أن الراد إذا كان في عيال المالك لاجعل له كائنا ما كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كائنا ما كان الا الابن يرد أبق ابيه والزوج يرد أبق زوجته انه لاجعل لهما وان لم يكونا في عياله لان الابن وان لم يكن في عيال ابيه فالرد منه يجرى مجرى الخدمة لايه والابن لا يستحق الاجر بخدمة ابيه لانها

[ 205 ]

مستحقة عليه ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد في العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان رادا عبد نفسه معنى إذ كان بالرد عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد زوجته فقدرد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بماله عادة وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما الآخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب إذا رد عبد ابنه فان كان في عياله لاجعل له لان الأجنبي الذي في عياله لاجعل له فالقرابة أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل

لان الاب لا يستخدم طبعا وشرعا و عقلا ولهذا لو خدم بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افترق الامران وعلى هذا سائر ذوى الارحام من الاخ والعم والخال وغيرهم أن الراد ان كان في عيال المالك لاجعل له لما قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل وعلى هذا الوصي إذا رد عبداليتيم لاجعل له لان اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي إذا رد عبداليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المردود مرقوقا مطلقا كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتبا لاجعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع إلى مكاسبه حرولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لى حرا لا بالنية بخلاف المدبر وأم الولد ولان استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة إلى الصيانة في المكاتب لانه لا يهرب عادة لان العقد في جانبه غير لازم فلولم يقدر على بدل الكتابة يعجز نفسه بالاباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانهما يستخدمان عادة فلعلهما يكلفان مالا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة إلى الصيانة بالجعل كما في القن الا أن الفرق بينهما وبين القن انه إذا جاء بالقن وقد مات المولى قبل أن يصل إليه فله الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد وقد مات المولى قبل الوصول إليه لاجعل له (ووجه) الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت السيد فلم يوجد رد المرقوق أصلا فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم (فصل) وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك إذا ابق من يده لان الجعل مؤنة الرد ومنفعة الرد عائدة إلى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو ابق عبدالرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود إليه باعتبار الحبس الذى هو وسيلة إلى استيفاء الدين فان كان في قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الراهن والله عزوجل أعلم (فصل) وأما بيان قدر المستحق فينظران رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله أربعون درهما لما روينا من حديث عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا إذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل أو أنقص منه ينقص من قيمته درهم عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاما وان كانت قيمة العبد درهما واحدا واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنه قال من كل رأس أربعين درهما اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة أو اعتبرنا الرأس دون القيمة لانه ان كان يصاب من وجه يضيع من وجه آخر فلا فرق بين الضياع بترك الاخذ والامسك وبين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيدا والحديث محمول على ماذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهما توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان والله عزوجل أعلم

[ 206 ]

\* (الكتاب السابق) \* الكلام في هذا الكتاب في موضعين في تفسير السباق وفى بيان شرائط جوازه (أما) الأول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فكذا أو ان سبقتني فكذا

ويسمى أيضا رهانا فعالامن الرهن (فصل) وأما شرائط جوازه فأنواع (منها) أن يكون في الأنواع الأربعة الحافر والخف والنصل والقدم لافى غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام انه قال لاسبق الا فى خوف أو حافر أو نصال الا انه زيد عليه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة رضى الله عنها ففيما وراءه بقى على أصل النفى ولانه لعب واللعب حرام في الاصل الا أن اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم إذا لاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روى عن سعيد بن المسيب انه قال ان العصابة ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت في سباق فدفعت يوما في ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة إذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس إذا رفعوا شيئا أو أراد وارفع شئ وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها قالت سابقت النبي عليه الصلاة والسلام فسبقته فلما حملت اللحم سابقته فسبقتني فقلت هذا بتلك فصارت هذه الأنواع مستثناة من التحريم فبقى ما وراءها على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لاسباب الجهاد في الجملة فكانت لعبا صورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزا إذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكن اللعب إذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الاهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهوة الداعية إلى الوطئ الذى هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه الاشياء فلم يكن في معنى المستثنى فبقى تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا إذا وجد فيه محلا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخل فيه محلا لا يجوز لانه في معنى القمار نحو أن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلى عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحد هما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلا شئ عليك فهو جائز لان الخطر إذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريض على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بمال نفسه وذلك مشروع كالتنفيذ من الامام وبل أولى لان هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل والامام بالتنفيذ فيما لغيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا بالجواز أولى وكذلك إذا كان الخطر من الجانبين ولكن أدخل فيه محلا بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولاخطر من الثالث بل ان سبق أخذ الخطر وان لم يسبق لا يغرم شيئا فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما يفعله السلاطين وهو ان يقول السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريض على استعداد أسباب الجهاد خصوصا من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام إذا حرض واحد من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أولا فله من النقل كذا ونحوه جاز كذا هذا وبل أولى اما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الاشياء الأربعة حتى لو كانت فيما يعلم انه يسبق غالبا لا يجوز لان معنى التحريض في هذه الصورة لا يتحقق فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله تعالى أعلم



\* (كتاب الوديعة) \* الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان حال المعقود عليه وفي بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الإيجاب والقبول وهو ان يقول لغيره أودعتك هذا الشيء أو احفظ هذا الشيء لى أوخذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجرى مجراه ويقبله الآخر فإذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة (فصل) وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الإيداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عند ناحتي يصح الإيداع من الصبي المأذون لان ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعي رحمه الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما نذكر في كتاب المأذون وكذا حرته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الإيداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون لانه من أهل الحفظ ألا ترى انه أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الأذن له سفها (وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه لانه لا يحفظ المال عادة ألا ترى انه منع منه ماله ولو قبل الوديعة فاستهلكها فان كانت الوديعة عبدا أو أمة يضمن بالاجماع وان كانت سواهما فان قبلها باذن الولي فكذلك وان قبلها بغير اذنة لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يضمن (وجه) قوله أن ايداعه لو صح فاستهلك الوديعة يوجب الضمان وان لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان إذا كانت الوديعة عبدا أو أمة (وجه) قولهما أن إيداع الصبي المحجور الهلاك للمال معنى فكان فعل الصبي اهلاك مال قائم صورة لا معنى فلا يكون مضمونا عليه ودلالة ما قلنا انه لما وضع المال في يده فقد وضع في يدهم لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعا ولا شك انه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعا لان الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على انه لا يحفظ الوديعة عادة انه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه قال الله تبارك وتعالى فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم وبهذا فارق المأذون لانه يحفظ المال عادة ألا ترى انه دفع إليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع إليه سفها بخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا أو أمة لان هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضا وانما يجب عليه ضمان الدم لان الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الأدمى لا ضمان المال والعبد من حيث انه آدمى قائم من كل وجه قبل الإيداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترتب عليه أحكام العقد لانه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع على ما نذكر في كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لانه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فان كانت عبدا أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وان كانت سواهما فان قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وان قبلها بغير اذن وليه لا يؤاخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يؤاخذ به في الحال والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور (فصل) وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لان الإيداع من جانب المالك استحفاظ ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والكلام في الحفظ في موضعين أحدهما فيما يحفظ به والثاني فيما يحفظ (أما) الاول فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقا أو مقيدا

فان كان مطلقا فللمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو الذى يسكن معه ويمونه فيكفيه

[ 208 ]

طعامه وشرابه وكسوته كائنا من كان قريبا أو أجنبيا من ولده وامرأته وخدمه وأجيريه لا الذى استأجره بالدرهم والدنانير ويضمن ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشربكه المفاوض والعنان وعبيده المأذون وعبيده المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يحفظ الا بيد نفسه الا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل في ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الايداع من غيره كما لا يملك الايداع سائر الاجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والانسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة ويبد هؤلاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضا فكان الحفظ بايديهم داخلا تحت العقد دلالة وكذا له ان يرد الوديعة على أيديهم حتى لو هلكت قبل الوصول إلى المالك لا ضمان عليه لان يدهم يد المودع معنى فما دام المال في أيديهم كان محفوظا بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة إلى غيرهم الا لعذر حتى لو دفع تدخل في ضمانه لان المالك ما رضى بيده الا يرى انه لا يرضى مال نفسه بيده فإذا دفع فقد صار مخالفا فتدخل الوديعة في ضمانه الا إذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق أو كان في السفينة فخاف الغرق فدفعه إلى غيره لان الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريقا للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلو اراد السفر فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعه فصاعت في يد الثاني فالضمان على الاول لاعلى الثاني عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني يرجع به على الاول (وجه) قولهما وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الأول فلانه دفع مال الغير إلى غيره بغير اذنه وأما الثاني فلانه قبض مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فيخير المالك ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كمودع الغاصب مع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني لانه ملك الوديعة باده الضمان فتبين انه أودع ماله نفسه اياه فهذا مودع هلكت الوديعة في يده فلاشئ عليه وان ضمن الثاني يرجع بالضمان على الاول لان الاول غره بالايداع فيلزمه ضمان الغرور كانه كفل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد إذ ضمان الغرور ضمان كفالة لما علم (وجه) قول أبي حنيفة ان يد المودع الثاني ليست بيدما نعة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن اسباب الهلاك فلا يصلح ان يكون سببا لوجوب الضمان لانه من باب الاحسان إلى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي ان لا يجب الضمان على الاول ايضا لان الايداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسنا فيه الا انه صار مخصوصا عن النص فبقى المودع الثاني على ظاهره ولو أودع غيره وإدعى انه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك الا بينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لان الدفع إلى غيره سبب لوجوب الضمان في الاصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق الا بحجة هذا إذا هلكت الوديعة في يد المودع الثاني فاما إذا استهلكها فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع غير انه ان ضمن الاول يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الاول لان سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك

لوقوعه اعجازا للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الاول الا الدفع إلى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الاعجاز الا انه الحق ذلك بالاعجاز شرعا في حق اختيار التضمن صورة لانه باشرسبب الاعجاز فكان الضمان في الحقيقة على الثاني لان اقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الاول على الثاني ولم يرجع الثاني على الاول بخلاف مودع الغاصب إذا هلك المغصوب في يده ان المالك يتخير بين ان يضمن الغاصب أو يضمن المودع فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا إذا أودع رجل من رجلين مالا فان كان محتملا للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لانه لما أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعا فلا بدوان تكون الوديعة في حفظهما جميعا ولا تتحقق الا بالقسمة ليكون النصف في يدهذا والنصف في يد ذاك

[ 209 ]

والمحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين ولو سلم أحد هما النصف إلى صاحبه فصاعت فمن المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئا بالاجماع ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما ان يسلم الكل إلى صاحبه وإذا فعل فصاعت لا ضمان عليه بالاجماع وجه قولهما ان المالك لما استحفظها فقد رضى بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما إذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة (وجه) قول أبي حنيفة ان المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لافى كلها فكان راضيا بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه لما استحفظهما جميعا فلا بدان يكون المال في حفظهما جميعا ولا يمكن ان يكون كله في يد كل واحد منهما للاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر فإذا كان المحل محتملا للقسمة لم يكن راضيا بكون الكل في يد أحدهما فإذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه فإذا ضاع ضمن بخلاف ما إذا لم يكن محتملا للقسمة لانه اذا لم يحتمل تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان راضيا بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهاين فلم يصر مخالفا بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذى ذكرنا المرتهنان والوكيلان بالشراء إذا كان المرهون والمشتري مما يحتمل القسمة فسلمه أحدهما إلى صاحبه وأما الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فان كان العقد مطلقا فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحانوته وكيسه وصندوقه ولانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده لايملكه بما في يده أيضا الا إذا استأجر حرزا لنفسه فله ان يحفظ فيه لان الحرز في يده فما في الحرز يكون في يده أيضا فكان حافظا بيد نفسه فملك ذلك وله ان يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أولم يكن وعند أبي يوسف ومحمد أن كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان المسافرة بالوديعة تضييع المال لان المفازة مضیعة قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الاماوقى الله فكان التحويل إليها تضييعا فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقا عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين الا بدليل قوله المفازة مضیعة قلنا ممنوع أو تقول إذا كان الطريق مخوفا أما إذا كان أمنا فلا والكلام فيما إذا كان الطريق أمنا والحديث محمول على ابتداء الاسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة ونحن به يقول وأما الكلام مع أصحابنا رضى الله عنهم فوجه قولهما

أن في المسافرة بما له حمل ومؤنة ضررا بالمالك لجوزان يموت المودع في السفر فيحتاج إلى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك إلا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به ولا كذلك إذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولا بي حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله أن الأمر بالحفظ لا يتعرض لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قولهما فيه ضرر قلنا هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على أنه أن كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الأمر من لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا إذا كان العقد مطلقا عن شرط في الفصلين جميعا فاما إذا شرط فيه شرطا نظر فيه أن كان شرطا يمكن اعتباره وبغيد اعتبروا لا فلا بيان ذلك إذا أمره بالحفظ وشرط عليه أن يمسكها بيده ليلا ونهارا ولا يضعها فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته أو فيما يحرز فيه ماله عادة فصاعت لا ضمان عليه لأن أمساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلا غير مقدور له عادة فكان شرطا لا يمكن مراعاته فيلغو ولو أمره بالحفظ ونهاه أن يدفعها إلى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ مال نفسه بيده عادة نظر فيه أن كان لا يجد بدا من الدفع إليه له أن يدفع لأنه إذا لم يجد بدا من الدفع إليه كان النهى عن الدفع إليه نهيا عن الحفظ فكان سفها فلا يصح نهيه وإن كان يجد بدا من الدفع إليه ليس له أن يدفع له أن يدفع يدخل في ضمانه لأنه إذا كان منه بد في الدفع إليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لأن الأيدي في الحفظ متفاوتة والأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لأنه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد

[ 210 ]

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

المودع أمانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديعة أمانة في يده ويتعلق بكونها أمانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات إلى أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا إذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما إذا كانت مشاعا لرجلين فجاء أحد هما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بأن أودع رجلا وديعة دراهم أو دنانير أو ثيابا وغاب ثم جاءه أحد هما وطلب بعضها وأبى المستودع ذلك لم يأمره القاضي بدفع شئ إليه ما لم يحضر الغائب عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك ويدفع إليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلاف حتى لو هلك الباقي في يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعا ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جاء الغائب فليس للقابض ان يشارك صاحبه في الباقي وجه قولهما ان الاخذ باخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له ذلك من غير حضرة الغائب كما إذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع إليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة ان المودع لو دفع شيا إلى الشريك الحاضر لا يخلو اما ان يدفع إليه من النصيبين جميعا واما ان يدفع إليه من نصيبه خاصة لوجه إلى الاول لان دفع نصيب الغائب إليه ممتنع شرعا ولا سبيل إلى الثاني لان نصيبه شائع في كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز الا بالقسمة والقسمة على الغائب غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قالوا إذا جاء الغائب وقد هلك الباقي له ان يشارك القابض في المقبوض ولو نفذت القسمة لما شاركه فيه لتميز حقه عن حقه صاحب القسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد الشريكين بدفع مال نفسه لامال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده الف درهم فجاءه رجلا وادعى كل واحد منهما انه أودعه اياها فقال المودع أودعها أحد كما ولست أدري أيكما هو فهذا في الاصل لا يخلو من احد وجهين اما أن اصطلح المتدا عيان على ان يأخذ الالف وتكون بينهما واما أن لم يصطلح وادعى كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلاحا على ذلك فلهما ذلك وليس للمودع ان يمتنع عن تسليم الالف اليهما لانه أقران الالف لاحد هما وإذا اصطلاحا على انها تكون بينهما لا يمنعان عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

[ 211 ]

المودع بعد الصلح وان لم يصطلح وادعى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع إلى أحدهما شيا لجهالة المقر له بالوديعة ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما فالامر لا يخلو اما أن يحلف لكل واحد منهما واما أن ينكل لكل واحد منهما واما ان يحلف لاحد هما وينكل للآخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصوصتهما للحال إلى وقت اقامة البينة كما في سائر الاحكام وهل يملك الاصلح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين أبى حنيفة وأبى يوسف وبين محمد على قولهما لا يملكان وعلى قول محمد يملكان وهى مسألة الصلح بعد الحلف وقد مرت في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين ويضمن الف الأخرى بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فإذا نكل له والنكول بذل أو اقرار فكأنه بذل لكل واحد منهما الف أو أقر لكل واحد منهما فيقضى عليه بينهما بالف ويضمن أيضا الف الأخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما ألف كاملة ولو حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى بالالف للذي نكل له ولا شئ للذي حلف له لان النكول حجة من نكل له لاجحة من حلف له ومنها وجوب الاداء إلى المالك لان الله امر باداء الامانات إلى أهلها مالكة

حتى لو ردها إلى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها إلى من في عيال المالك دخلت في ضمانه حتى لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير لوجاء بمتاع العارية وألقاها في دار المغير أو جاء بالدابة فادخلها في اصطبله كان ردا صحيحا لان ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح الا انها صارت مخصوصة عن عموم الآيات فبقيت الوديعة على ظاهره ولان القياس في الموضوعين ما ذكرنا من لزوم الرد إلى المالك الا انا استحسنا في العارية للعادة الجارية فيها بردها إلى بيت المالك أو بدفعها إلى من في عياله حتى لو كانت العارية شيئا نفيسا كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك في الاشياء النفيسة ولم تجربه العادة في مال الوديعة فتبقى على أصل القياس ولان مبنى الايداع على الستر والاعفاء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلورده على غير المالك لا نكتشف إذ السر إذا جاوز اثنين يفشو فيفوت المعنى المجعول له الايداع بخلاف العارية لان مبنائها على الاعلان والاطهار لانها شرعت لحاجة المستعير إلى استعمالها في حوائجها ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد إلى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه إذا ضاعت في يد المودع بغير صنعه لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع غير المغل الضمان ولان يده يد المالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وكذلك إذا دخلها نقص لان النقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع إذا اختلفا فقال المودع هلكت أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فالقول قول المودع لان المالك يدعى على الامين أمرا عارضا وهو التعدي المودع مستصحب لحال الامانة فكان متمسكا بالأصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة قائمة فيستحلف دفعا للتهمة وكذلك إذا قال المودع استهلكت من غير اذني وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكنى أو همت لم يصدق وهو صامن لانه نفى الرد بدعوى الهلاك ونفى الهلاك بدعوى الرد فصار نافيا ما أثبتته مثبتا نفاه وهذا تناقض فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولانه لما ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحدة منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله (فصل) وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة إلى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدلها وذلك بطريق الكفالة ولهذا لو رأى انسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ للمالك بان خالفه في الوديعة بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو عبدا فاستعمله أو أودعها من ليس في

[ 212 ]

عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فإذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك فدخلت في ضمانه وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى انه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخارى وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول في الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع إذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول

الوديعة في ضمانه بالخلاف وان خالف في الوديعة ثم عادا لوافق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعي لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتحديد ولم يوجد فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقربها وكذلك المستعير والمستأجر إذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرأ عن الضمان لما قلنا كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع إذا هلك الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف ودلالة انه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بامرته وهو بعد الخلاغ والاشتغال بالحفظ حافظ مال المالك له بامرته لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت في ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول في ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفا وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حالة الخلاف لكن هذا لم يوجب ارتفاع العقد اليس ان من وكل انسانا ببيع عبده بالفى درهم فباعه بالف وسلمه إلى المشتري دخل العبد في ضمانه لان عقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير إلى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقى العقد حتى لو أخذه كان له بيعه بالفين كذا هذا على أن سلطنا ان العقد انفسخ لكن في قدر ما فات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك في زمان الخلاف لافيما بقى في المستقبل كما إذا استحفظه باحر كل شهر بكذا وترك الحفظ في بعض الشهر ثم اشتغل به في الباقي بقى العقد في الباقي يستحق الاحرة بقدره والحامه بينهما أن الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا فى قدر الفائت بخلاف الاجارة والاعارة لان الاجارة تملك المنفعة وهى تملك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فإذا بلغ المكان المذكور فقد انتهى العقد لانتهاء حكمه فلا يعود الا بالتحديد وكذا الاعارة لانها تملك المنفعة عندنا الا انها تملك المنفعة بغير عوض والاجارة تملك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقا أو شهر أو زمان ما بعد الخلاف داخل في المطلق والوقت فلا ينقضى بالخلاف بل يتقرر فهو الفرق ومنها جحد الوديعة في وجه المالك عند طلبه حتى لو قامت البينة على الايداع أو نكل المودع عن اليمين أو أقرب به دخلت في ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحد أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقى مال الغير في يده بغير اذنه فيكون مضمونا عليه فإذا هلك تقرر الضمان ولو جحد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحد أو قبل الجحد أو مطلقا فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحد أو مطلقا لا ينتفع ببينته لان العقد ارتفع بالجحد أو عنده قدخلت العين في ضمانه والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لا ان يسقطه وان أقام البينة على أنها هلكت قبل الجحد تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الجحد لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحد فلا يرتفع بالجحد فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الجحد ولا بينة له وطلب اليمين من المودع حلفه القاضى بالله بعالى ما يعلم انها هلكت قبل جحوده لانه الاصل في باب الاستحلاف أن الذى يستحلف عليه لو كان أمرا لو أقرب به الحالف للزمه فإذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل الجحد لقبول منه ويسقط الضمان عن المودع فإذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا إذا جحد حال حضرة المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمة الله يضمن في الحالين جميعا وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يخلف بالحضرة والغيبة كسائر الاسباب وجه قول

أبى يوسف ان الجحود سبب للضمان من حيث انه يرفع العقد بالعزل على ما بينا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع العقد ولان الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفا وعادة لان مبنى الايداع على الستر والاخفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظا معنى فكيف يكون سببا لوجوب الضمان ومنها الاتلاف حقيقة أو معنى وهو اعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو طلب الوديعة فمنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم إليه حتى هلكت يضمن لانه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها للحال فد خلت في ضمانه فإذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى انه كان بادن المالك لا يصدق الابسية لان الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الاصل قوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض فلا تقبل الابحجة وكذلك المودع إذا خلط الوديعة بماله خلطا لا يتميز يضمن لانه إذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلafa فيضمن وبصير ملكا بالضمان وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع اسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان فلا نعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته وأما كونه شريكا لصاحبها فلوجود معنى الشركة وهو اختلاط الملكين ولو أودعة رجلان كل واحد منهما الف درهم فخلط المودع المالكين خلطا لا يتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ويضمن المودع لكل واحد منهما الفيا ويكون المخلوط له وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هما بالخياران شأا اقتسما المخلوط نصفين وان شأا ضمنا المودع الفين وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات إذا خلط الجنس بالجنس خلطا لا يتميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما ان الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول إليها بعارض الخلط فان شأا اقتسما لاعتبار جهة القيام وان شأا ضمنا لاعتبار جهة العجز وجه قول أبى حنيفة رحمه الله انه لما خلطهما خلطا لا يتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا يثبت اختيار التضمين عند هما واختيار التضمين لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلafa ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعير فخلطهما فهو ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبى حنيفة لان الخلط اتلاف وعندهما لهما ان يأخذ العين ويبيعها ويقتسما الثمن على قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير وهو يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لان قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو أنفق المودع بعض الوديعة ضمن قدر ما أنفق ولا يضمن الباقي لانه لم يوجد منه الاتلاف قدر ما أنفق ولورد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف والنصف الباقي بالخلط لكون الخلط اتلafa على ما بينا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها فلم ينفقها ثم ردها إلى موضعها بعد أيام فصاعت لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله انه أخذها على وجه التعدي فيضمن كما لو اتلف بها (ولنا) ان نفس الاخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا توجب الضمان والاصل فيه ماروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تبارك وتعالى عز شأنه عفا عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضى أن يكون ما حدثت به النفس عفوا على العموم الا ما



خص بدليل وعلى هذا الخلاف إذا أودعه كيسا مسدودا فحله المستودع أو صندوقا مقفلا ففتح القفل ولم يأخذ منه شيئا حتى ضاع أو مات المودع فإن كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لأن هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأن كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته يحاص الغرماء لأنه لما مات مجهلا للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من أن تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الورثة إنها هلكت أوردت على المالك لا يصدقون على ذلك لأن الموت مجهلا سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافا فكان

[ 214 ]

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل إلا بحجة ويخاص المودع الغرماء لأنه دين الاستهلاك على ما ذكرنا فيساوي دين الصحة والله سبحانه وتعالى أعلم \* (كتاب العارية) \* الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العارية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان حال المستعان وفي بيان ما يوجب تغير حاله أماركتها فهو الإيجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس أن يكون ركنها هو قول زفر كما في الهبة حتى أن من حلف لا يعير فلانا فاعاره ولم يقبل يحتث كما إذا حلف لا يهب فلانا شيئا فوهبه ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة والإيجاب هو أن يقول أعرتك هذا الشيء أو منحتك هذا الثوب أو هذا الدار أو أطعمتك هذا الأرض أو هذه الأرض لك طعمة أو أخدمتك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك على هذه الدابة إذا لم ينوبه الهبة أو داري لك سكنى أو داري لك عمري سكنى أما لفظ الاعارة فصريح في بابها وأما المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع الإنسان بها زمانا ثم يردّها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبي عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة ومنحة الأرض زراعتها قال النبي عليه الصلاة والسلام أزرعها أو امنحها أخاك وكذا الاطعام المضاف إلى الأرض هو اطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفا وعادة وهو معنى العارية وأما اخدام العبد اياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله داري لك سكنى أو عمري سكنى هو جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعتها المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الاعارة والهبة فإى ذلك نوي فهو على ما نوي لأنه نوي ما يحتمل لفظه وعند الاطلاق ينصرف إلى العارية لأنها أدنى فكان الحمل عليها أولى ولو قال داري لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهي مسألة كتاب الهبة (فصل) وأما الشرائط التي يصير الركن بها أعارة شرعا فأنواع منها العقل فلا تصح الاعارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبي المأذون لأنها من توابع التجارة وإنه يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها وعن الشافعي لا يملك وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها العبد المأذون لأنها من توابع التجارة فيملك بملك ذلك ومنها القبض من المستعير لأن الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها أن يكون المستعار مما يمكن الانتفاع بدون استهلاكه فإن لم يكن لا تصح اعارته لأن حكم العقد ثبت في المنفعة لافى العين إلا إذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما ذكره في موضعه (فصل) وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته أما الاول فهو ملك

المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة عندنا وعند الشافعي إباحة المنفعة حتى يملك المستعير الإعارة عندنا في الجملة كالمستاجر يملك الإجارة وعنده لا يملكها أصلا كالمباح له الطهارة لا يملك الإباحة من غيره وجه قول الشافعي دلالة الإجماع والمعقول أما الإجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تملك المنفعة لما جاز من غير أجل كالأجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك كالمستاجر وأما المعقول فهو أن القياس يأبى تملك المنفعة لأن بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع لأنه بيع ما ليس عند الإنسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب الإجارة حكما للضرورة ولا ضرورة إلى الإعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تملكها إباحة كما في الأعيان وإنما

[ 215 ]

صح من غير أجل لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهالة المفضية إلى المنازعة والجهالة في باب العارية لا تفضي إلى المنازعة لأنها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الإجارة لأنها عقد لازم والإعارة عقد غير لازم فلو ملك الإجارة لكان فيه إثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الإجارة وهذا لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة فلا ينعقد في حق الحكم الأعدى وجود المنفعة شيئا فشيئا على حسب حدوثها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الإنسان وعلى هذا تخرج إعارة الدراهم والدنانير أنها تكون قرضا لإعارة لأن الإعارة لما كانت تملك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصلين ولا يمكن الانتفاع إلا باستهلاكها ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لافى المنفعة ولا يمكن تصحيحا إعارة حقيقية فتصح قرضا محاز الوجود معنى الإعارة فيه حتى لو استعار حليا ليتجمل به صح لأنه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة إلى الحمل على المجاز وكذا إعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالمكيات والموزونات يكون قرضا لإعارة لما ذكرنا أن محل حكم الإعارة المنفعة لا بالعين إلا إذا كان ملحقا بالمنفعة عرفا وعادة كما إذا منح إنسانا شاة أو ناقة ليتنفع بلبنها ووبرها مدة ثم يردّها على صاحبها لأن ذلك معدود من المنافع عرفا وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال هل من أحد يمنح من ابله ناقة أهل بيت لأدرلهم وهذا يجري الترغيب كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة وكذا لو منح جديا أو عناقا كان عارية لأنه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما يملكه فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه أن عقد الإعارة لا يخلو من أحد وجهين أما أن كان مطلقا وأما أن كان مقيدا فإن كان مطلقا بان إعارده إنسانا ولم يسم مكانا ولا زمانا ولا الركوب ولا الحمل فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء وله أن يركب أو يحمل لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقا فكان له أن يستوفيهما على الوجه الذي ملكها إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطبق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلا ونهارا ما لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصابا وله أن يعير العارية

عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أو لا لان اطلاق العقد يقتضى ثبوت الملك للمستعير فكان هو في التملك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفا في ملك نفسه الا أنه لا يملك الاجارة لما قلنا فان أجر وسلم إلى المستأجر ضمن لانه دفع مال الغير إليه بغير اذنه فصار غاصبا فان شاء ضمنه وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض مال الغير بغير اذنه كالمشتري من الغصب الا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لانه ملكه باداء الضمان فتيين أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر فان كان عالما بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير وان لم يكن عالما بذلك يرجع عليه لانه إذا لم يعلم به فقد صار مغرورا من جهة فلا يرجع عليه وهل يملك الايداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لانه يملك الاعارة فالإيداع أولى لانها دون الاعارة وقال بعضهم لا يملك استدلالا بمسألة مذكورة في الجامع الصغير وهو أن المستعير إذا رد العارية على يد أجنبي ضمن ومعلوم أن الرد على يده ايداع اياه ولو ملك الايداع لما ضمن وان كان مقيدا فإرعى فيه القيد ما امكن لان أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف الا إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلغا الوصف لان ذلك يجري مجرى العيب ثم انما يراعى القيد فيما دخل لافيما لم يدخل لان المطلق إذا قيد ببعض الاوصاف يبقى مطلقا فيما وراءه فإرعى عند الاطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة في مسائل إذا أعار انسانا دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره وكذلك إذا أعاره ثوبا

[ 216 ]

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

وزنا فعطبت يضمن لان القطن ينسبط على ظهر الدابة فكان ضرورته أقل من الحديد لانه يكون في موضع واحد فكان ضروره بالدابة أكثر والرضا بادنى الضررين لا يكون رضايا علاهما فكان التقييد مفيد افيلزم اعتباره ولو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فعطبت نظر في ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل مالا تطيق الدابة اتلاف للدابة وان كانت الدابة مما تطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما فعطبت يضمن جزءاً من احد عشر جزءاً من قيمتها لانه لم يتلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على ان تستعملها في مكان كذا في المصر يتقيد به وله ان يستعملها في أي وقت شاء باى شئ شاء لان التقييد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقا فيما وراءه لكنه لا يملك ان يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل في ضمانه ولو أعادها إلى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلكت من قبل التسليم إلى المالك يضمن وهذا قول أبى حنيفة عليه الرحمه الآخر وكان يقول أولا يبرأ عن الضمان كالمودع إذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه بين العارية والوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على ان يستعملها يوما يبقى مطلقا فيما وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولو يردها على المالك حتى هلكت يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على ان يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلكت يضمن لان الامسك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير أو المستعير في الايام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين قوله لكن مع اليمين دفعا للثمة (فصل) وأما صفة الحكم فهي ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازما كالملك الثابت بالهبة فكان للمعيران يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتا وعلى هذا إذا استعار من آخر أرضا ليبنى عليها أو ليغرس فيها ثم بدا للمالك ان يخرجها فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقته لما قلنا غير انها ان

[ 217 ]

كانت مطلقة له ان يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء لان في الترك ضررا بالمعير لانه لا نهاية له وإذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئا من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولاغرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتا فاخرجه قبل الوقت بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقته فاخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرجها ولا يجبر على النقص والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه وبنائه قائما سليما وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتا ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كفيلا عنه فيما يلزمه من العهدة إذ ضمان الغرور كفالة فكان له أن يرجع عليه بالضمان ويملك صاحب الارض البناء والغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شاء أخذ غرسه وبناء ولا شئ على صاحب الارض ثم انما يثبت خيار القلع والنقض للمستعير إذا لم يكن القلع أو النقص مضرا بالارض فان كان مضرا بها فلخيار للمالك لان الارض أصل والبناء والغرس تابع لها فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقض هذا إذا استعار أرضا للغرس أو

البناء فاما إذا استعار أرضا للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك في يده إلى وقت الحصاد باجر المثل استحسانا في القياس ان يكون له ذلك كما في البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الامكان وذلك ممكن في الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لاشك فيه وجانب المالك بالترك إلى وقت الحصاد بالاجرو لا يمكن في الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل أولى وقالوا في باب الاجارة إذا نقضت المدة والزرع بقل لم يستحصد انه يترك في يد المستاجر إلى وقت الحصاد باجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر بل يجبر على القلع (فصل) واما بيان حال المستعار فحاله انه أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالاجماع فاما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعا يوم حنين فقال صفوان اغصبايا محمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة ولان العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى وبالهلاك ان عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لان قيمة الشئ معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب ولانه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهرا هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سببا لوجوب الضمان اما العقد فلانه عقد تبرع بالمنفعة تمليكا أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلوجهين أحدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك وهذا احسان في حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان فمع الاذن أولى الثاني ان القبض المأذون فيه لا يكون تعديا لانه لا يفوت يد المالك ولاضمان الاعلى المتعدى قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هي الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فالعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لما علم وهنا لم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

[ 218 ]

ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهااء المدة أو بالطلب بقى العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا إذا هلكت في تلك الحالة ضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان لما ذكرنا فمع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطى بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لان الرواية

قد اختلفت فقد روى انه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فارسل إليه فأمنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حنيينا فقال هل عندك شئ من السلاح فقال عارية أو غصبا فقال عليه الصلاة والسلام عارية فأعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع ما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الردوبه نقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية مؤداة (فصل) وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعار من الامانة إلى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولان حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير أوردتها بنفسه إلى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحسانا والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا إذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا إذا خالف الا أن في باب الوديعة إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وهنا لا يبرأ وقد تقدم الفرق كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لو جوب الضمان في الاصل فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم \* (كتاب الوقف والصدقة) \* أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفيته وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان حكم الوقف الجائر وما يتصل به (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصديق بالفرع مادام الواقف حيا حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصديق بغلة الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ولا خلاف أيضا في جوازه في حق زوال ملك الرقبة إذا اتصل به قضاء القاضى أو اضافه إلى ما بعد الموت بان قال إذا مت فقد جعلت دارى أو أرضى وقفا على كذا أو قال هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي واختلفوا في جوازه مزيلا لملك الرقبة إذا لم توجد الاضافة إلى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته وإذا مات يصير ميراثا لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضى الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية عن أبى حنيفة لافرق بين ما إذا وقف في حالة الصحة وبين ما إذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعا إذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوي عنه انه إذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف إذا بنى رباطا أو خانا للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لاتزول رقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبى حنيفة الا إذا اضافه إلى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل دارة أو أرضه مسجدا يجوز وتزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وإفرازه والأذن للناس بالصلاة فيه والصلاة بشرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجدا وليس له أن يرجع عنه على ما ذكره (وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فإنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وغيرهم رضى الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولأن الوقف ليس الإزالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصا فأشبه الاعتاق وجعل الأرض أو الدار مسجدا أو الدليل عليه أنه يصح مضافا إلى ما بعد الموت فيصح منجزا وكذا الواتصل به قضاء القاضى يجوز وغير الجائر لا يحتمل الجواز لقضاء القاضى ولأبي حنيفة عليه الرحمة ماروى عن عبد الله بن عباس رضى الله انهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منقيا شرعا وعن شريح انه قال جاء محمد ببيع الحبيس وهذا منه رواية عن النبي عليه الصلاة والسلام انه يجوز بيع الموقوف لان الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول إذا الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوسا فيجوز بيعه وبه تبين ان الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الوقف (وأما) وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فانما جاز لان المانع من وقوعه حبسا عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم لم يقع حبسا عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقاف الصحابة رضى الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل انها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبسا عن فرائض الله تعالى وما كان بعد وفاته عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوها بالإجازة وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وانما جاز مضافا إلى ما بعد الموت لانه لما أضافه إلى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية ألا ترى لو أوصى بثلث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يجوز وأما إذا حكم به حاكم فانما جاز لان حكمه صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده إليه وقضاء القاضى في موضع الاجتهاد بما إليه اجتهاده جاز كما في سائر المجتهادات (فصل) وأما شرائط الجواز فأنواع بعضها يرجع إلى الواقف وبعضها يرجع إلى نفس وبعضها يرجع الموقوف (أما) الذي يرجع إلى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبى والمجنون لان الوقف من التصرفات الضارة لكونه إزالة الملك بغير عوض والصبى والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه العبد لانه إزالة الملك والعبد ليس من أهل الملك وسواء كان مأذونا أو محجورا لان هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرج الوقف من يده ويجعل له قيما ويسلمه إليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه وقف وكان يتولى أمر وفقه بنفسه وكان في يده وروى عن سيدنا علي رضى الله عنه انه كان يفعل كذلك ولان هذا إزالة الملك لا إلى حد فلا يشترط فيه التسليم

كالاتفاق واهما أن الوقف اخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل أنهما أخرجهما عن أيديهما وسلماهما إلى المتولي بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيئاً أو تصدق أولم يسلم إليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

[ 220 ]

ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيماً ويسلمه إليه وفي المسجد أن يصلى فيه جماعة بأذان وإقامة بإذنه كذا ذكر القاضى في شرح الطحاوي وذكر القدورى رحمه الله في شرحه إذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحد كان تسليمها وبزول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئاً عند أبي يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا اخراج المال إلى الله تعالى وجعله خالصاً له وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الاخلاص فيمنع جواز الوقف كما إذا جعل أرضه أو داره مسجداً وشرط من منافع ذلك لنفسه شيئاً وكما لو أعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولأبي يوسف ماروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه وقف وشرط في وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلي أمر وقفه بنفسه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الواقف إذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه إلى ما هو أفضل منه يجوز لأن شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى أنه يباع باب المسجد إذا خلق وشجر الوقف إذا يبس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبداً عند أبي حنيفة ومحمد فإن لم يذكر ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وإن سمي جهة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وإن لم يسمهم (وجه) قول أبي يوسف أنه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكر أو تسمية وإن قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وإن لم يسمهم هو الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتاً دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً ولهما أن التأييد شرط جواز الوقف لما نذكر وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع إلى نفس الوقف فهو التأييد وهو أن يكون مؤبداً حتى لو وقت لم يجز لأنه إزالة الملك لا إلى حد فلا تحتمل التوقيت كالاتفاق وجعل الدار مسجداً \* (فصل) \* وأما الذي يرجع إلى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصوداً لما ذكرنا أن التأييد شرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصوداً إلا إذا كتبت للعقار بأن وقف ضيقة بقرها وأكرتها وهم عبدة فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصوداً كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق أنه لا يجوز مقصوداً أو يجوز تبعاً للأرض الداروان كان شيئاً جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدم لحفر القبور ووقف المرجل لتسخين الماء ووقف الجنازة وثيابها ولو وقف أشجاراً قائمة فالقياس أن لا يجوز لأنه وقف المنقول وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة لأنه منقول وما جرت العادة به وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ويجوز عندهما بيع ما هرم منمها أو صار بحال لا ينتفع به فيباع ويرد ثمنه في مثله كأنهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال أما خالد فقد احتبس أكرعاً وأفراساً في سبيل الله تعالى ولا حجة لهما في الحديث لأنه ليس فيه أنه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه أي أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة (وأما) على قولهما فقد



اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب  
أبي حنيفة (ومنها) أن يكون الموقوف مقسوما عند محمد فلا يجوز وقف المشاع  
وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقسوما كان أو مشاعا لان التسليم شرط  
الجواز عند محمد والشيوع يخل بالقبض والتسليم وعند أبي يوسف التسليم ليس  
بشرط أصلا فلا يكون الخلل فيه مانعا وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه  
ملك مائة سهم بخبير فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم احبس أصلها فدل  
على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد رحمه الله يحتمل انه وقف مائة  
سهم قبل القسمة ويحتمل انه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على انه ان  
ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل انه وفقها شائعا ثم قسم وسلم وقد روى انه  
فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعا ثم قسم وسلم \* (فصل) \* وأما حكم  
الوقف الجائر وما يتصل به فالوقف إذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك فحكمه أن  
يزول

[ 221 ]

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

دارى هذا في المساكين صدقة تصدق بثمنها وان تصدق بعينها جاز لان الناذر بالناذر يتقرب إلى الله تعالى بالمندور به ومعنى القربة يحصل بالتصدق بثمن الدارو بل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لانه أدى المنصوص عليه ولو قال دارى هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبى حنيفة لان المندور به صدقة موقوفة والوقف حبس الاصل وتصدق بالفرع ولو قال مالى في المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحسانا والقياس أن يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم انجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى خذمن أموالهم صدقة ونحو ذلك نصرف إلى بعض الاموال دون الكل فكذا ايجاب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له أمسك قد ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالا فاذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لانه اضاف الصدقة إلى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه يقال له امسك قدر النفقة لانه لو تصدق بالكل على غيره لاحتاج إلى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول والله عزوجل أعلم \* (كتاب الدعوى) \* الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الدعوى وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حد المدعى

[ 222 ]

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

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

[ 223 ]

لاحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لاحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منهياعنه ولان القاضى مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه يا داود ان جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص اقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر بينا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولاثبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلا الا انها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر فان كان يجوز لانه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصى والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لان الوكيل والوصى نائبان عنه بصريح النياية والوارث نائب عنه شرعا وحضرة النائب كحضرة المنوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا إذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سببا لثبوت حق الغائب لان الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لان كل ماكان من ضرورات الشئ كان ملحقا به فيكون قضاء

على الحاضر حتى ان من ادعى على آخر انه أخوه ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوى على الغائب لانه يريد اثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم توجد الانابة ولاحق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعا له فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لانه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته الا باثبات نسبه من الغائب فينصب خصما عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعا له ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح اقراره بخلاف ما لو ادعى على رجل انه أبوه أو ابنه انه يصح من غير دعوى المال الحاضر لانه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر ألا ترى انه لو أقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالاخوة وعلى هذا تخرج المسائل الخمسة وتوابعها على ما نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فامر القاضى بدفعها إليه ثم ادعى انه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لان اقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لان الشراء يوجب الملك للمشتري فكان مناقضا للاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن اليمين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار وروى عن أبي يوسف انه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا إذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما إذا ادعى انها اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لانعدام التناقض لاختلاف الزمان ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو مفصولا لانه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها لان سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولا فالقياس أن لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولا لا تصح قياسا واستحسانا وجه القياس أن قوله هو لفلان اقرار منه بكونه ملكا لفلان في الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لان الشراء يوجب كونه ملكا للمشتري فلا يصح كما إذا قال مفصولا وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه في متعارف الناس وعاداتهم انه كان لفلان فاشتريته منه قال الله عزوجل واذكروا إذ أنتم قليل مستضعفون في الارض أي إذ كنتم قليلا إذ لم يكونوا قليلا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيحا له ولاعادة جرت في المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا إذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعده تسمع دعواه لانعدام التناقض

[ 224 ]

على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهما بثمن معلوم تسمع لانه لما لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحا له هذا إذا قال هذا الشيء لفلان ولو يقل لاحق لى فيه فان قال لاحق لى فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لاحق لى فيه لتأكيد البراءة الا إذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فتسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل دينا فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء قط فاقام المدعى البينة وقضى القاضى بذلك ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك فاقام المدعى البينة وقضى القاضى بينته ثم أقام

المدعى عليه البينة أنه كان قضاة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضى الا بعد معرفته اياه فكان في دعوى القضاء منافضا فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبدا بعينه والعبد في يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشتري البينة وقضى القاضى به ثم وجد به عيبا فأراد أن يردّه على البائع فاقام البينة على ان المشتري كان ابراه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى البراء عن العيب لان البراء يقتضى وجود البيع فكان مناقضا في دعوى البراء فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل في هذا الباب أنه إذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى الا فى النسب والعقود فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال المجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا مجهول النسب إذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل بينته لان بيان النسب مبنى على أمر خفى وهو العلوق منه إذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله غير معتبر كما إذ اختلعت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل للثبوت لان دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لهذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الاكبر سنا ابنا لمن هو أصغر سنامنه وكذا إذا قال لمعروف النسب من الغير هذا ابني والله تعالى أعلم (فصل) وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلف عبارات المشايخ في تحديد هما قال بعضهم المدعى من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه وقال بعضهم المدعى من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر إلى المتخاصمين أيهما كان منكرا فالآخر يكون مدعىا وقال بعضهم المدعى من يخبر عما فى يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما فى يد نفسه فينقلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما فى يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما فى يد نفسه لغيره (فصل) وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضى الجواب قبل طلب المدعى ذكر في أدب القاضى انه يسأله وذكر في الزيادات أنه لا يسأله ما لم يقل المدعى اسأله عن دعوى وعلى هذا إذا تقدم الخصمان إلى القاضى هل يسأل المدعى عن دعواه في أدب القاضى انه يسأله وفي الزيادات أنه لا يسأله ويعرف ذلك في كتاب أدب القاضى وسيأتى واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقرأ وسكت أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع إلى المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعى بينة أقامها ولو قال لا بينة لى ثم جاء بالبينة هل تقبل روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد أن قوله بينة لى اقرار على نفسه والانسان لايتهم في اقراره على نفسه فالإتيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقره فلا يصح وجه رواية الحسن عن حنيفة ان من الجائر أن تكون له بينة لم يعملها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدي هؤلاء وهو لا يعلم به ثم على بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الا بيان بالبينة بعد ذلك رجوعا فتقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما

يحتمل التحليف فان سكت عن الجواب يأتي حكمه ان شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه (فصل) وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمرا خفيا فيحتاج إلى اظهاره وللبينة قوة الاظهار لانها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عزوجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر واليمين وان كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشئ في موضوعة وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعى انه لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله احتج لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما كانت حجة المدعى لكونها مرجحة جنسية الصدق على جنسية الكذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البينة فكان ينبغي ان يكتفى بها الا انه ضم إليها الشهادة نفيًا للتهمة (ولنا) الحديث المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضى استغراق كل الجنس فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معاوية رضى الله عنه وكذا ذكر ابن جريج عن عطاء بن أبي رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الاشاهد ان وأول من قضى باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع ما انه ورد مورد الآحاد ومخالفا للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد ويمين اما ليس فيه انه فيه قضى وقد روي عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين في الامان وعندنا يجوز القضاء في بعض أحكام الامان بشاهد واحد إذا كان عد لابان شهد انه آمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن يسترق واليمين من باب ما يحتاج فيه فحمل على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وبهذا يتبين بطلان مذهب الشافعي رحمه الله في رده اليمين إلى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبي عليه الصلاة والسلام ما جعل اليمين حجة الا في جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشئ في غير موضعه وهذا حد الظلم وعلى هذا يخرج مسألة الخارج مع ذي اليد إذا اقاما البينة أنه لاتقبل بينة ذي اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدع بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقت بينته بالعدم فخلت بينة المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد تخرج المسألة على أصل آخر نذكره في موضعه ان شاء الله وإذا عرفت ان البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من معرفة علائقهما وعلائق البينة قد مر ذكرها في كتاب الشهادات ونذكر هنا علائق ليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام في اليمين في مواضع في بيان ان اليمين واجبة وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان الوجوب وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان حكم أدائه وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على

المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الانكار لانها وجبت للحاجة إلى دفع التهمة وهى تهمة الكذب في الانكار فإذا كان مقرا لا حاجة لان الانسان لا يهتم في الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على

[ 226 ]

أحدهما والحمل على الانكار أولى لان العاقل المتدين لا يسكت عن الظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار أولى فكان السكوت انكار ادلالة ولو لم يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لأقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار وقال بعضهم هذا اقرار والاول أشبه لان قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على ما مر ومنها الطلب من المدعى لانها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الايفاء عند طلبه ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبى حنيفة وعند هما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لى بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولأبى حنيفة ان البينة فيكونها حجة المدعى كالأصل لكونها كلام غير الخصم واليمين كالخلف عليها لكونها كلام الخصم فلماذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة على الاصل تمنع المصير إلى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقاله عزوجل خالصا فلا يجوز الاستحلاف في الحدود الخالصة حقاله عزوجل كحد الزنا والسرقه والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضى بالنكول في الحدود الخالصة لانه بذل عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهه العدم والحدود لا تحتل البذل ولا تثبت بدليل فيه شبهه لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان في السرقه يحلف على أخذ المال وكذا لا يمين في اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف ظاهر الرواية لانه ليس من الحدود المتمحضة حقاله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبهه التعزير وفى التعزير يحلف كذا هذا ويجرى الاستحلاف في القصاص في النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا للاقرار به شرعا بان كان لو أقر به لصح اقراره به فان لم يكن لم يجر فيه الاستحلاف حتى ان من ادعى على رجل انه أخوه ولم يدع في يده ميراثا فانكر لا يحلف لانه لو أقر له بالأخوة لم يجر اقراره لكونه اقرارا على غيره وهو أبوه ولو ادعى انه أخوه وان في يده مالا من بركة أبيه وهو مستحق لنصفه بارثه من أبيه فانكر يحلف لاجل الميراث لا للأخوة لانه لو أقر أنه أخوه صح اقراره في حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث إليه ولم يصح في حق النسب حتى لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد في يد رجل ادعاه رجلان فأقر به لاحدهما وسلم القاضى العبد إليه فقال الآخر لا بينة لى وطلب من القاضى تحليف المقر لا يحلفه في عين العبد لانه لو أقر به لكان اقراره باطلا فإذا أنكر لا يحلف الا ان يقول الذى لم يقر له انك اتلفت على العبد بالبرارك به لغيري فاضمن فيمته لى يحلف المقر بالله تعالى ما عليه ردقيمة ذلك العبد على هذا المدعى ولارد شئ منها لانه لو أقر بالتلافه لصح وضمن القيمة فإذا أنكر يستحلفه ولو ادعى رجل انه زوجه ابنته الصغيرة وأنكر الاب لا يحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو

أقربه لا يصح اقراره به عنده فإذا أنكر لا يستحلف والثاني ان الاستحلاف لا يجري في النكاح وعندهما مجرى لكن عند أبي يوسف يحلف على السبب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما ذكره في موضعه هذا إذا كانت صغيرة عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباه زوجها اياه في صغرها لا يحلف عند أبي حنيفة لما قلنا من الطريقين وعندهما لا يحلف أيضا لاحد طريقين وهوانه لو أقر عليها في الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لانها لو أقرت لصح اقرارها وعندهما الاستحلاف يجري فيه لكن عند أبي يوسف تحلف على السبب بالله عزوجل ما تعلم ان أباه زوجها وهى صغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجها عبده فأنكر المولى لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح اقراره والثاني انه لا استحلاف في النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضا لكن لطريق واحد وهوانه لو أقر عليه لا يصح اقراره ولو ادعى رجل على رجل انه زوجته أمته لا يحلف المولى عند أبي حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهوان

[ 227 ]

الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده وعندهما يجري ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملا للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتمل البذل أولا وعلى هذا يخرج اختلافهم في الاشياء السبعة انها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهى النكاح والرجعة والفئ الايلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاء أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة انها امراته أو تدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعى وطلب يمين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلقة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب يمينها وأما الفئ في الايلاء فهو ان يكون الرجل آلى من امراته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت فئت اليك بالجماع فلم تبينى فقالت لم تفئ إلى ولا بينة للزوج فطلب يمينها وأما النسب فنحو ان يدعى على رجل انه أبوه أو ابنه فأنكر الرجل ولا بينة له وطلب يمينه وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فأنكر وقال انه حر الاصل لم يجر عليه رق أبد اولا بينة للمدعى فطلب يمينه وأما الولاء فانه يدعى على امرأة انه أعتق اباه وان أباه مات وولأوه بينهما نصفان فأنكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولأوه ثابتا منه ولا بينة للمدعى فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاء فهو ان تدعى أمة على مولاها فتقول أنا أم ولد لمولاي وهذا ولدى فأنكر المولى لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في الفصول الستة وفى الاستيلاء لا يتصور الامن جانب واحد وهو جانب الامة فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنه وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذبا في انكاره لانه لو كان صادقا لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقرار دلالة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولابي حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم البذل لان العاقل الدين كما يتخرج عن اليمين الكاذبة يتخرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لاننا جعلنا اقرار الكذبان لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلام نكذبه لانه يصير في التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا



أناز عك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة إلى التكذيب وإذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لا تحتمل البذل فلاتحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فإذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف (فصل) وأما بيان كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) في بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثاني في بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الأول) فالامر لا يخلو اما ان كان الحالف مسلما واما ان كافرا فان كان مسلما فيحلفه القاضي بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن ركانة أو ركانة بن عبد يزيد بالله عزوجل ما أردت بالبتة ثلاثا وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة قانه روى رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ان سوريا الاعور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذي أنزل التوراة على سيد ناموسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا في كتابكم هذا وقال مشايحنا ينظر إلى حال الاحلف ان كان ممن لا يخاف منه الاجترأ على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله عزوجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عزوجل كاذبا فإذا غلظ عليه اليمين يمتنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيرا يكتفى فيه بالله عزوجل وان كان كثيرا يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السرما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما بعد تغليظا في اليمين وان كان الحالف كافرا فانه يحلف بالله عز وجل أيضا ذميا كان أو مشركا لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ولئن سألتهم من

[ 228 ]

خلق السموات والارض ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزناقة وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحلتهم في عصر من الاعصار الى يومنا هذا ونرجو من فضل الله عزوجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما انتحلوه إلى انقضاء الدنيا وان رأى القاضي ما يكون تغليظا في دينه فعل لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صوريادل ان كل ذلك سائغ فيغلظ على اليهودي بالله تعالى عزوجل الذى أنزل التوراة على سيد ناموسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصراني بالله الذى أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ولا يحلف على الاشارة إلى مصحف معين بان يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع الاشارة إلى المحرف فيكون التحليف به تعظيما لما ليس بكلام الله عزوجل ولا يبعث هؤلاء إلى بيوت عبادتهم من البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولامكان عندنا وقال الشافعي رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب ويحلف بعد العصر والصحيح قولنا لما روي من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه مطلقا عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيدا حلف له مكاني فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان حقه لحق وأبى ان يحلف عند المنبر لجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازمان لما احتمل ان يباه زيد بن ثابت ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشرار في التعظيم

والله عزوجل أعلم (وأما) بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف فنقول الدعوى لا تخلو اما ان كانت مطلقة عن سبب واما ان كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبداً أو جارية أو أرضاً وأنكر المدعى عليه فلا خلاف في انه يحلف على الحكم وهو ما وقع ليه الدعوى فيقال بالله ما هذا العبد أو جارية أو الارض لفلان هذا ولا شيء منه وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه الفاً وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه الفاً أو ما غصبته الفاً أو ما أودعني الفاً الا ان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد يودع ولا يكون عليه لما انه أبرأه عن ذلك أورد الوديعه وأنا لأبين ذلك لئلا يلزمني شيء فحينئذ يحلف على الحكم وقال محمد يحلف على الحكم من الابتداء بالله ماله عليك هذه الالف التي ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالبراءة أو بالرد فلا يمكنه الحلف على نفي السبب ويمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبي يوسف ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف باليهود بالله وفى باب القسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلاً فيحب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل تحت الدعوى في هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عليه وان لم يمكنه وعرض فحينئذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء إذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف يحلف على السبب بالله عزوجل ما بعته هذا الشيء الا ان يعرض الخصم والتعريض في هذا ان يقول قد يبيع الرجل الشيء ثم يعود إليه بهبة أو فسخ أو اقالة أورد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لأبين ذلك كى يلزمنى شيء فحينئذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذى يدعى وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو خالها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله عزوجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قد يخال

[ 229 ]

امراته ثم تعود إليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود إليه بعد زوج آخر فحينئذ يحلف بالله عزوجل ما هي حرام عليك بثلاث تطليقات أو بالله عزوجل ما هي مطلقة منك ثلاثاً أو ما هي حرام عليك بالخلع أما هي بائن منك ونحو ذلك من العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الامة بان ادعت امة على مولاه ان اعتقها وهو منكر عند أبي يوسف يحلف المولى على السبب بالله عزوجل ما اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور النقص في هذا والعود إليه بان ارتدت المرأة ولحقت بدر الحرب ثم سباها أو سباها غيره فاشتراها فحينئذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذى يدعى العتق هو العقد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عزوجل ما اعتقه في الرق القائم للحال في ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبى بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود إلى الرق لان الذمي إذا نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبى يسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام ويقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تفرع على قولهما لان أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو اما ان

تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فحينئذ يحلف على الحكم بالله عزوجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبي حنيفة لو قال الزوج أنا أريد أتزوج أختها أو أربعا سواها فان القاضي لا يمكنه من ذلك لانه اقرار لهذه المرأة انها امراته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربعا سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لو قالت المرأة اني أريد ان أتزوج فان القاضي لا يمكنها من ذلك لانه قد أقرت ان لها زوجا فلا يمكنها من التزويج بزواج آخر فان قالت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت في عهده أبدا الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة فانه يقول القاضي للزوج طلقها فان أبي أجبره القاضي عليه فان قال الزوج لو طلقها للزمني المهر فلا أفعل ذلك يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتي فانت طالق فتطلق لو كانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شيء لان المهر لا يلزم بالشك فان أبي يجبره على ذلك فإذا فعل تخلص عن تلك العهدة لو كانت الدعوى على اجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا إذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان صحيحا وهو الاجارة يحلف وما كان فاسدا وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلا لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وانه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلته الا إذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداء أو تجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذكر ان شاء الله تعالى (فصل) وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقا بل موقتا إلى غاية احضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه في احد هما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هي الاصل في الحجة لانها كلام الأجنبي قاما اليمين فكالحلف عن البينة لانها كلام الخصم صيراليها للضرورة فإذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف فكأنه لم يوجد أصلا ولو قال المدعى للمدعى عليه احلف وأنت برئ من هذا الحق الذي ادعيت له أو أنت برئ من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بينته لان قوله أنت برئ يحتمل البراءة للحال أي برئ عن دعواه وخصومته للحال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم

[ 230 ]

(فصل) واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه إذا نكل عن اليمين فان كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغي للقاضي ان يقول له اني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضي لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاء ومهابة المجلس في المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضي يقضى عليه عندنا وعند

الشافعي رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين إلى المدعى فيحلف فيأخذ  
احتج الشافعي رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى  
واليمين على المدعى عليه جعل البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم  
يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل  
انه نكل لكونه كذبا في الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه  
صادقا في الانكار تورعا عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك  
والاحتمال لكن يرد اليمين إلى المدعى ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصدق  
دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين إلى المدعى فانه روى أن سيدنا عثمان رضى  
الله عنه ادعى على المقداد ما لا بين يدي سيدنا عمر رضى الله عنه فانكر المقداد  
وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا وعثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا)  
ماروى ان شريحا قضى على رجل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقال شريح  
مضى قضائي وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم  
ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا منهم على جواز القضاء بالنكول ولانه  
ظهر صدق المدعى في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو أقام البينة  
ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصدق في خبره انكاره المدعى عليه وقد عارضه  
النكول لانه كان صادقا في انكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه في  
دعواه وقوله يحتمل انه نكل تورعا عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان  
اليمين الصاغة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تحرزا عن مباشرة  
أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البينة حجة القضاء  
بالاجماع وان كانت محتملة في الجملة لانها خير من ليس بمعصوم عن الكذب لكن  
لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا وأما الحديث فنقول  
البينة حجة المدعى وهذا لا ينقى ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا  
يحتمل أنه لم يذكره لما قلتم ويحتمل انه لم يذكره نصا مع كونه حجة تسليطا  
للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجة مع  
الاحتمال وأما رد اليمين على المدعى فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث  
المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن  
أقويل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضى الله عنه ادعى الإيفاء  
فأنكر سيدنا عثمان رضى الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا إذا نكل  
عن اليمين في دعوى المال فان كان النكول في دعوى القصاص فنقول لا يخلو اما أن  
تكون الدعوى في القصاص في النفس واما أن تكون تكون فيما دون النفس فان كان  
في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لكنه يحبس حتى يقر  
أو يحلف أبدا وان كان الدعوى في القصاص في الطرف فانه يقضى بالقصاص في  
العمل وبالدية في الخطأ وعندهما لا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعا  
ولكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بناء على ان النكول بذل عند أبي حنيفة رحمه  
الله والطرف يحتمل البذل والاباحة في الجملة فان من وقعت في يده أكلة والعياذ  
بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك  
مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة  
بحال وكذا المباح له القطع إذا قطع لا ضمان عليه والمباح له القتل إذا قبل يضمن  
فكان الطرف جاريا مجرى المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول فأمكن  
القضاء بالنكول في الطرف دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف في النفس  
عنده كما لا يستحلف في الاشياء السبعة لان الاستحلاف للتوسل إلى المقصود

المدعى وهو احياء حقه بالقضاء بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلا عنده فكان ينبغي ان لا يستحلف الا انه استحس في الاستحلاف فيها لان

[ 231 ]

الشرع ورد به في القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيما لامر الدم وتفخيما لشأنه لكون اليمين الكاذبة مهلكة فصار بالنكول مانعا حقا مستحقا عليه مقصودا فيحبس حتى يقر أو يحلف بخلاف الاشياء السبعة فان الاستحلاف فيها للتوسل إلى استيفاء المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة إلى هذا المقصود وعند هما النكول اقرار فيه شبهة العدم لانه اقرار بطريق السكوت وانه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات وإذا سقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل في باب القصاص أصلا لان التعذر هناك من جهة من له القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهرة للحق وهى شهادة شهود أصول مذكورو التعذر هنا من جهة من عليه القصاص وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص إذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية وإذا بطل من جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة إذا حلف على المال ونكل يقضى بالمال لا بالقطع لان النكون حجة في الاموال دون الحدود الخالصة وأما في حد القذف إذا استحلف على ظاهر الرواية فكل يقضى بالحدفى ظاهر الاقاول لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبى حنيفة وعند هما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه بشئ ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع والله سبحانه وتعالى أعلم (فصل) وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما للمدعى فنقول وبالله بالتوفيق انه يخرج عن كونه خصما للمدعى بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبينة أو بالاقرار أو بعلم القاضى نحو ما إذا ادعى على رجل دارا أو ثوبا أو دابة فقال الذى في يده هو ملك فلان الغائب أودعنيه وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما أن يدعى عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعى عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذى في يده أودعنيها فلان الغائب أو رهنها أو أجرها أو أعارها أو غصبتها أو سرقتها أو أخذتها أو أنتزعتها أو ضلت منه فوجدتها وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى تندفع عنه الخصومة أقام البينة أولم يقم وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام البينة أولم يقم هذا إذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتيال فان كان تندفع عنه الخصومة عند أبى حنيفة ومحمد أيضا وعند أبى يوسف لا تندفع وهى المسألة المعروفة بالمخمسة والحجج تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذى اليد بأن قال هذا ملكى غصبه منى فلان لانه لم يدع على ذى اليد فعلا فصار في حق ذى اليد دعوى مطلقة فكان على الخلاف الذى ذكرنا فاما إذا ادعى فعلا على ذى اليد بان قال هذه دارى أو دابتي أو ثوبي أودعتكها أو غصبتنيها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتهنتها منى وقال الذى فى يديه انها لفلان الغائب أودعنيها أو غصبتها منه ونحو ذلك وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق ان ذاليد في دعوى الملك المطلق انما يكون خصما بيده ألا ترى انه لو لم يكن المدعى في يده لم يكن خصما فإذا قام البينة على ان اليد لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما بفعله لا بيده ألا ترى ان الخصومة متوجهة عليه بدون يده وإذا كان خصما بفعله بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن قبى خصما واو ادعى فعلا لم يسم فاعله بان قال غصبت منى أو أخذت فاقام ذواليد البينة على الايداع تندفع

الخصومة لانه ادعى الفعل على على مجهول وانه باطل فالتحق بالعدم فبقى دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحق بالعدم فبقى دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق منى فالقياس ان تندفع الخصومة كما في الغصب والاخذ وهو قول محمد وزفر وفى الاستحسان لا تندفع فرقا بين الغصب والاخذ وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ووجه الفرق يعرف في الجامع ولو قال المدعى هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه وقال الذى في يده أودعني فلان الذى ادعيت الشراء من جهته أو سرقتها منه أو غصبها تندفع عنه الخصومة من غير اقامة البينة على ذلك لانه ثبت كون يده يد غير بتصادقهما أما المدعى عليه فظاهر وأما المدعى فبدعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

[ 232 ]

اليد وكذا لو أقام الذى قى يديه البينة على اقرار المدعى بذلك لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة كذا هذا وكذلك إذا علم القاضى بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه حجة متعديّة إلى الناس كافة بمنزلة البينة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعى فبعلم القاضى أولى ولو قال الذى في يديه ابتعته من فلان الغائب لا تندفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا مقر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعى البينة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذى في يديه أودعني عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بينة لانهما تصادقا على الوصول إليه من يد عبد الله فاثبتا اليد له وهو غائب وعلى هذا الاصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم (فصل) وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين القائميتين على أصل الملك والثانى في بيان حكم تعارض البينتين القائميتين على قدر الملك أما الاول فالأصل ان البينتين إذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح أحدهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البينة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحق بالعدم إذ لاجحة مع المعارضة كما لاجحة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ان الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب (أما دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذي اليد واما أن تكون من الخارجين على ذي اليد (واما) أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما البينة فلا يخلو اما ان قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك مؤقت واما ان قامت أحدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب فان قامت على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد أولى (وجه) قوله ان البينتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بينة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل ببينته في دعوى النكاح (ولنا) ان البينة حجة المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وذو اليه ليس بمدع فلا تكون البينة حجته والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعى انه اسم لمن يخبر عما في يده غيره لنفسه والموصوف بهذه

الصفة هو الخارج لاذواليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت ببينته بالعدم فبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بينة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما إذا وقتت البيئتان نسا ووقتت بينة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سبق اليد لانهم شهد واله بالملك المطلق ولا تحل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فإذا شهد والخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد ذي اليد ظاهرا ثابت للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة وإذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى ببينته لانه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم أنها انتقلت من يده إليه فوجب إعادة يده ورد المال إليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة انه بأي طريق انتقل إليه كما إذا عاين القاضي كون المال في يد انسان ويدعيه لنفسه ثم رآه في يد غيره فانه يأمره بالرد إليه إذا ادعاه ذلك الرجل إلى ان يبين سببا صالحا للانتقال إليه وكذا إذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعى فانه يؤمر بالرد إليه إلى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال إليه كذلك هذا وصار كما إذا ارخانصا وتاريخ أحدهما أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتاج لان هناك لم يثبت

[ 233 ]

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

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

[ 234 ]

في هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه بيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذى قلنا وإذا صح العقد ان يبقى المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم إلى الخارج (وجه) قول أبى يوسف وأبى حنيفة ان كل مشتري يكون مقرا بكون البيع ملكا للبايع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما اقرار بملك المبيع لصاحبه فكان البينتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبينتين أصلا وان وقت البينتان ووقت الخارج أسبق فاذالم يذكر واقبضا يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد وإذا لم يجز بقى على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكر والقبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان (وأما) إذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضا يقضى بها للخارج لانه إذا كان وقته يجعل سابقا في الشراء كانه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع إليه وكذلك ان ذكروا قبضا لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد أولا وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت إلى يد صاحب اليد بوجه آخر



وان كان السبب هو النتاج وهو الولادة في الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البينتان على النتاج واما ان قامت احدهما على النتاج والاخرى على الملك المطلق فان قامت البينتان على النتاج فلا يخلو اما ان كانت البينتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتا فان لم يوقتا وقتا يقضى لصاحب اليد لان البينة القائمة على النتاج قائمة على اولية الملك وقد استوت البينتان في اظهار الاولية فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضى بيئته وقد روى عن جابر رضى الله عنه ان رجلا ادعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة في يد رجل وأقام البينة عليه وأقام ذواليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تتهاثر البينتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فانه نص على لفظة القضاء والترك في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذا في الحديث الذي روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد ان ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحد هما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق عن النتاج فبينة النتاج أولى لما قلنا انها قامت على اولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلقي منه واما ان وقتت البينتان فان اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقى دعوى الملك المطلق وان اختلفا بحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذي وافقه السن لانه ظهر أن البينة الاخرى كاذبة يبين هذا إذا علم منها فاما إذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لانه يحتمل أن يكون سنهما موافقا لهذا الوقت ويحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت ويحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا فيسقط اعتبارهما كأنهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تتهاثر البينتان قال وهو الصحيح (ووجهه) أنسن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقنا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا وكذلك لو اختلفا في جارية فقال الخارج انها ولدت في ملكي من أمتى هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعزى وأقام كل واحد منهما بينة انه له جزءه في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البينة انه له عزله

[ 235 ]

من قطن هوله يقضى لصاحب اليد والاصل أو المنازعة إذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج فيقضى لصاحب اليد فإذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى النتاج ويقضى للخارج وان أشكل الأمر في الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا إذا اختلفا في اللبن فأقام كل واحد منهما البينة انه له حلب في يده وفي ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى النتاج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا في جبن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه في ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جبنًا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا في الارض والنخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بها للخارج

لان هذا ليس في معنى النتاج لان النتاج سبب لملك الولد والغرس ليس بسبب لملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى النتاج وكذلك لو اختلفا في الحبوب النابتة والقطن الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرعه في أرضه فانه يقضى بالارض والحب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا في البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا في حل مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه في ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن في معنى النتاج ولو اختلفا في ثوب خز أو شعر وأقام كل واحد منهما البيعة انه له نسجه في مكله فان علم أن ذلك لا ينسج الامرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة النتاج وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما انه طبع في ملكه يرجع في هذا إلى أهل العلم بذلك ولو اختلفا في جارية وأقام كل واحد منهما البيعة أن أمها أمته وانها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبيعة بينة الخارج في الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا في الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البيعة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان احدهما بيضاء والاخرى سوداء وهما في يد رجل فأقام الخارج البيعة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البيعة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بيعة الخارج قامت على النتاج في البيضاء وبينة ذي اليد قامت فيها على ملك مطلق فبيعة النتاج أولى كذا بينة ذي اليد قامت على النتاج في السوداء وبينة الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبيعة النتاج أولى ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه الجبن فأقام كل واحد منهما البيعة أن اللبن الذي صنع منه الجبن في ملكه فيقضى للخارج لان البيعة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبيعة الخارج أولى في دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبدافى يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه وأقام ذواليد البيعة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد في ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة في ملك بائعه بمنزلة دعوى الولادة في ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد في ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارج مع ذي اليد كل واحد منهما النتاج فقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البيعة عليه يقضى له الا ان يعيد صاحب اليد البيعة على النتاج فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثاني فلم يكن الثاني مقضيا عليه فتسمع البيعة منه فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضا بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

[ 236 ]

حق العبد لقدر على ابطاله كالرق وإذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت

في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فإنه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شئ من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصد من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذها لانه يحتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لملك الأرض ألا ترى ان الأرض المغصوبة إذا زرعتها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له لو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصد من أرضه لم يقض له فهذا أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف خلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك فاما دعوى الخارجين على ذى اليد الملك فنقول لا تخلو في الاصل من أحد وجهين اما ان يدعى كل واحد منهما قدر مال يدعى الآخر واما ان يدعى أكثر مما يدعى الآخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فهو على التفصيل الذى ذكرنا أيضا وهوان البيئتين اما ان قامت على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك موقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والآخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البيئتان على ملك مطلق من غير سبب فإنه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول تنهات البيئتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد وفى قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعي رحمه الله ان العمل بالبيئتين متعذر لتناف بين موجبهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنتين على الكمال في زمان واحد فيبطلان جميعا إذ ليس العمل باحدهما أولى من العمل بالآخرى لاستوائهما في القوة أو ترجح احدهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة في الجملة (ولنا) ان البيئتين دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بالقدر الممكن فان أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما في سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد والاقيسة الشرعية إذا تعارضت وهنا ان تعذر العمل بالبيئتين باظهار الملك في كل المحل أمكن العمل بهما باظهار الملك في النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف ولو قامت على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه إذا لم يثبت سبق أحد هما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق وان كان وقت احدهما أسبق من الآخر فالاسبق أولى بالاجماع ولا يجئ هنا خلاف محمد رحمه الله لان البيئتين من الخارج مسموعة بلا خلاف والبيئتان قامتان الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احدهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع إليه إلى ان يقوم الدليل على انه بأى طريق انتقل إليه الملك وان أرخت احدهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبى حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند أبى يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البيئتين القائمة على الملك المطلق أقوى لان الملك المطلق ملكه من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر في الزوائد وتستحق به الاولاد والاكساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البيئتين القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ما

ذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ

[ 237 ]

ببقين بل تحتمل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض فكان صاحب التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضا ان الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقا ويحتمل أن يكون متأخرا لاحتمال أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ فبقى دعوى الملك المطلق هذا إذا قامت البينتان من الخارجين على ذى اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك بسبب فنقول لا يخلو اما ان ادعى الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أوالتناح ونحوها واما ان ادعياه بسببين فان ادعى الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان اما ذكرنا ان الملك الموروث هو ملك الميت بعد موته وانه وانما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجهز من التركة ويقضى منها ديونه ويرد الوارث بالعب وبرد عليه فكان المورثين حضر أو ادعى ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان وقتها واحدا فكذلك لما مروان كان أحد الوقتين أسبق يقضى لم هو أسبق وقتا عند أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولاعبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن الموروث ملك الميت والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخا لملك الوارث فسقط التاريخ لملكه والتحق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما إذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبقهما تاريخا ذكره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث لا لنفسه فيصير كانه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقضى لاسبقهما وقتا لاثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الاخر كذا هذا ولو وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحق بالعدم وأما عند هما فيصير كان المورثين الخارجين حضر اواد عيا ملكا فارخه أحدهما ولم يؤرخه الآخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذاهنا لانهما ادعى تلقى الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار في يد ثالث واما ان تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعى الشراء من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان كانت في يد ثالث وادعى الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن مطلقا عن التاريخ وذكر القبض يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قول تنهاتر البينتان وفى قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهى مسألة التهاتر وقد تقدمت وإذا قضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما الخياران شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء نقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء الوصول إلى جميع المبيع ولم يحصل فاجب ذلك خلافا الرضا فلذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما أخذ نصف الدار رجع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الانصف المبيع وان اختار الرد رجع كل واحد منهما بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والآخر الاخذ فان كان ذلك بعد قضاء القاضى وتخييره اياهما فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضى بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بالتحديد كما إذا قضى القاضى بالدار المشفوعة

للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه الانصف الدار فاما إذا اختار أحد  
هما ترك الخصومة قبل تخيير القاضى فلأخران يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن لان  
المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فإذا انقطعت فقد زال المانع  
كأحد الشفيعين إذا سلم الشفعة قبل قضاء القاضى بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه  
بالكل وكذلك إذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى صاحب اليد وأقام  
البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عند نأوثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام  
في توابع الخيار على نحو ما بينا غير ان هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب  
اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له والشهادة القائمة على الشراء من غير  
صاحب اليد لاتقبل الا بذكر الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

[ 238 ]

واليد دليل الملك فووقت الغنية عن ذكره وفى الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع  
فدعت الحاجة إلى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البيتان فاما إذا أرختان استوى  
التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقى دعوى مطلق الشراء وان كانت  
احدهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه  
الآخرى فتندفع بها الاخرى ولو أرخت احدهما وأطلقت الاخرى فالمؤرخة أولى لانها  
تظهر الملك في زمان معين والاخرى لا تتعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا  
تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البيتان ولكن ذكرت احدهما القبض فهى  
أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى  
وكذلك لو ذكرت احدهما تاريخا والاخرى قبضا فبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة  
التاريخ ان شراؤه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع وكذا لو  
أرخا تاريخا واحدا وذكرت احدهما القبض فبينة القبض أولى الا إذا كان وقت الآخر  
أسبق هذا إذا ادعى الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره فاما إذا ادعى الشراء  
من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما  
نصفين لانهما ادعىا تلقى الملك من؟ البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين  
الخارجين حضرا وأقاما البينة على ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا  
هذا ويثبت لهما الخيار والكلام في الخيار على نحو ما ذكرنا ولو وقتت البيتان فان كان  
وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخا أولى عند أبى  
حنيفة وأبى يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما  
نصفان عنده ووجه الفرق له ذكره الدارى وهو أن المشتري يثبت الملك لنفسه  
والوارث يثبت الملك للميت عن محمد في الاملاء انه سوى بين الميراث والشراء  
وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخا ملك البائعين وان وقتت احدهما  
ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما إذا  
ادعى الشراء من رجل واحد فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بينة الوقت أولى  
ووجه الفرق انهما إذا ادعىا الشراء من اثنين فقد ادعىا تلقى الملك من البائعين فتاريخ  
احدى البينتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراء صاحبه أسبق  
من شراؤه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما إذا  
ادعىا الشراء من واحد لان هناك اتفاقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدى البينتين  
أوجب تلقى الملك منه في زمان لا ينازعه فيه أحد فيؤمر بالدفع إليه حتى يقوم على  
التلقى منه دليل آخر هذا إذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان  
ادعىا الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أولم يؤرخ وسواء ذكر  
شهود القبض أولم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة

وقبض الآخر لم يثبت الا بينة تحتمل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى  
فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا  
والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعى الشراء من اثنين يقضى للخارج  
وسواء وقتت البيئات أولا أو وقتت احدهما دون الاخرى الا إذا وقتتا وقت صاحب اليد  
أسبق لانهما ادعىا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كان البائعين  
حضرًا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما إذا كان البائع واحدا  
لانهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهته ولا حدهما يد فيجعل كان شراء  
صاحب اليد أسبق وان كان السبب هن النتاج بان ادعى كل واحد من الخارجين انها  
دابته نتجت عنده فان أقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق يقضى بينهما  
نصفين لاستواء الحجتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل المحل فليعمل بهما  
بالقدر الممكن وان أقاما البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا  
يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعند هما  
يقضى بينهما وجه قولهما ان السن إذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا  
ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كأنهما سكتا عن  
الوقت أصلا وجه قول أبي

[ 239 ]

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

الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاحان بأن ادعت امرأتان وأقامت كل واحدة منهما البينة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة أو الرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان اقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي يوسف وللمرأة نصف ونصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى وللمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد ان الشراء اقوى من النكاح بدليل انه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا لا تصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كما لو تزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من النكاح (وجه) قوله أبي يوسف ان النكاح مثل الشراء فان حل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا إذا ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فأما إذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها وأقاما البينة على ذلك فانه يقضى لمدعى الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبي حنيفة وعندهما يقضى لمدعى الكل بثلثي الدار ولمدعى النصف بثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة ان ينظر إلى القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالما لمدعى (وتفسير) القسمة على طريق العدل والمضاربة ان تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما في الميراث والديون المشتركة المتزاحمة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعى أحدهما

[ 240 ]

كل الدار والآخر لا ينازعه الا في النصف فيبقى النصف الآخر خاليا عن المنازعة فيسلم لمدعى الكل لانه يدعى شيئا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئا لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الآخر استوت فيه منازعتهم فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعا ثلاثة ارباع الدار المدعى الكل وربعها لمدعى النصف ولما كانت القسمة عند هما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحدهما يدعى كل الدار والآخر يدعى نصفها فيجعل أحدهما سهما فجعل نصف الدار بينهما وإذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعى الكل يدعى سهمين ومدعى النصف يدعى سهما واحدا فيعطى هذا سهما وذاك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثا ثلثاها لمدعى الكل وثلثها لمدعى النصف والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة إلى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة لمدعى الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملا بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا إذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في ايديهما فيبينة مدعى الكل أولى لانه خارج لانه يدعى على صاحبه النصف الذي في يده ومدعى النصف لا يدعى شيئا هو في يد صاحبه لانه لا يدعى الا النصف والنصف في يده فكان مدعى الكل خارجا ومدعى النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على حاله هذا إذا ادعى الخارج شيئا في يد ثالث فانكر الذي في يده فأقام البينة فان لم يقم لهما بينة

وطلبا يمين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعا يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لاحد هما ونكل للآخر يقضى للذي يكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعى في يده قضاء ترك لاقضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينهما ويقضى لهما بخلاف ما إذا أقاما البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا إذا أقام أحد المدعين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجه) الفرق ان بالترك في المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعين مقضيا عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضيا عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضيا عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا إذا ادعى التلقى من جهة المستحق أو ادعى النتاج وكذا لو ادعى بائع المقضى عليه أو بائع بئعه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن الا إذا قضى القاضى لهذا المشتري بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعة أيضا هكذا فرق بين هذا وبين لحرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجه) الفرق بين الملك والعق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا إذا أنكر الذي في يده فان أقربه لاحدهما (فنقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع إلى المقر له لان المدعى في يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقراره على غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع إلى المقر له لان اقراره في حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع إلى المقر له في الحال فإذا زكيت البيئتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقا بالعدم هذا كله إذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخارجين على ذي اليد فأما إذا كانت من صاحب ليدأحدهما على الآخر بان كان المدعى في أيديهما فان أقام أحد هما البينة انه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء الترك

[ 241 ]

ولو أقام كل واحد منهما البينة انه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه لان كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم تقم لاحد هما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لاحدهما بعد ذلك بينة تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه حقيقة هذا إذا لم توقت البيئتان فان وقتان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا فالاسبق أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وان وقت احدهما دون الاخرى يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البيئتين القائمتين على قدر الملك فالاصل فيه ان البينة المظهرة للزيادة أولى كما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعثك هذا العبد بالفى درهم وقال المشتري اشتريته منك بالف



درهم وأقاما البينة فانه يقضى ببينة البائع لانها تظهر زيادة الف وكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بألف وأقاما البينة يقضى ببينة المشتري لانها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على الف وقالت المرأة على الفين وأقاما البينة يقضى ببينة المرأة لانها تظهر فضلا ثم انما كانت بينة الزيادة أولى لانه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة ولا يلزم على هذا الاصل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشتري بالفين وأقاما البينة انه يقضى ببينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لان البينة انما تقبل من المدعى لانها جعلت حجة المدعى في الاصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود حد المدعى فيه وهو ان يكون مخيرا في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشتري فمجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعى لاجحة المدعى عليه في الاصل لذلك قضى ببينة الشفيع لا ببينة المشتري بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن لان هناك البائع هو المدعى لان المخير في الخصومة ان شاء خاصم وان شاء لاوفيما إذا اختلفا في قدر المبيع المدعى هو المشتري الا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذا في باب النكاح المدعى في الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفيعه وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أحل الثمن في أصل الاجل أوفى قدره وأقاما البينة أن البينة بينة المشتري لانها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا في مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشتري انه لم يمس لانها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في المسلم فيه في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما ان البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالاجماع لانهما اتفقا على ان المسلم إليه لم يقبض الا رأس مال واحد وان اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تقبل البيئتان جميعا ويقضى بسلمين (وجه) قول محمد ان كل واحد من البيئتين قامت على عقد على حدة لاختلاف البديلين فيعمل بهما جميعا ويقضى بسلمين اذلاتنا في بينهما ولهما انهما اتفقا على عقد واحد وانما اختلفا في قدر المعقود عليه قدرا أو جنسا أو صفة وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم إليه عندهما وعنده تقبل البيئتان جميعا ويقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا إذا تصادقا ان رأس المال كان ديننا فان تصادقا انه عين واختلفا في المسلم فيه فان كان رأس المال عينا واحدة يقضى بسلم واحد كما إذا قال رب السلم أسلمت اليك هذا الثوب في كرحنطة وقال المسلم إليه في كرشعير فالبينة بينة رب السلم لان رأس المال إذا كان عينا واحدة لا يمكن ان يجعل عقدين فيجعل عقدا واحدا وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول وإذا كان عينين بان قال رب السلم أسلمت اليك هذا الفرس في كرحنطة وقال المسلم إليه هذا الثوب في كرشعير يقضى بسلمين بالاجماع لانه يمكن ان يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله

[ 242 ]

إذا كانت الدعوى دعوى الملك فاما دعوى اليدبان تنازع رجلان في شئ يدعيه كل واحد منهما انه في يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة

والسلام البيينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة إلى اثبات كل واحد منهما بالبيينة فان أقاما جميعا البيينة يقضى بكونه في أيديهما لاستوائهما في الحجة وان أقام أحد هما البيينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لاحدهما بيينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله إذا قامت البينتان على الملك أو على اليد فاما إذا قامت احدى البينتين على الملك والاخرى على اليد فبينة الملك أولى نحو ما إذا أقام الخارج البيينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذواليد البيينة على انها في يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البيينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطللة كيد الغصب والسرقه واليد المحقة قد تكون يد ملك وقد تكون يد اعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينتها معارضة لبيينة الملك (واما) دعوى النسب فالكلام في النسب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ما يثبت به النسب وفى بيان ما يظهر به النسب وفى بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثاني في بيان ما يثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشا له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصارا كما في قوله عزوجل وأسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل وازاره ولحافه وفى التفسير في قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشا لما انها تفرش وتبسط بالوطئ عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني فاقتضى ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه إذ القسمة تنفى الشركة والثانى انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزانى بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل في النقي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا إذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزانى لم يثبت نسبه منه لانعدام الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما نذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبدا صبيا في يد رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصرام ولذله لان أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال هو ابني من الزنا يثبت نسبه منه وهو مخطئ في قوله من الزنا لانه يصير متملكا الجارية عندنا قبيل الاستيلاء أو مقارنا له ولا يتحقق الوطئ زنا مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابني منها ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبد المولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال وإذا ملكه المدعى يثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبنوة مطلقا عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهى الفراش الا انه لم يظهر نفاذه للحال لقيام ملك المولى فإذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد أو شراء فاسد وادعى شبهة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لى الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب مادام عبدا فإذا ملكه يثبت النسب ويعتق عليه لان العقد الفاسد

ملحق بالصحيح في ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقة بالحقيقة فكان هذا اقرار بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعا الا انه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فإذا زال ظهر وعشق لانه ملك ابنه وان ملك انها كانت أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة

[ 243 ]

مصححة له شرعا الا انها توقف على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلا لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجهة مصححة شرعا وعلى هذا إذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لان الفراش له على هذا إذا ادعى رجل صبيا في يد امرأة فقال هو ابني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقرانه ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعى النكاح والنكاح لا بدله من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الاول هو من النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضا لان التناقض ساقط الاعتبار شرعا في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعا في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لملك الفراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بما لكه فيبقى الحكم في جانبها متعلقا بالولادة وإذا عرفت ان سبب الولد من الرجل لا يثبت الا إذا صارت المرأة فراشا له فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشا وكيفية عمله في ذلك فنقول وبالله التوفيق المرأة تصير فراشا باحد أمرين أحدهما عقد النكاح والثاني ملك اليمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقدا موضوعا لحصول الولد شرعا قال النبي عليه الصلاة والسلام تناكحوا توالدوا تكثروا فاني أباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سببا مفضيا إلى حصول الولد فكان سببا لثبات النسب بنفسه ويستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد إذا اتصل به الوطئ لان النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العق من أهله في محله والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطئ في حالة الحيض والنفاس وسواء كانت المنكوحة حرة أو أمة لان المقصود من فراش الزوجية لا يختلف واما ملك اليمين ففي أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضا لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضيا إلى حصول الولد كملك النكاح الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل إلى غيره بالتزويج وينتفى بمجرد النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح واما في الأمة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الأمة فراشا بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشا بالوطئ اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله تعالى عنهم لا تصير فراشا الا بقريئة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمه تصير فراشا بنفس الوطئ من غير دعوة وعبرة مشايخنا رحمهم الله في هذا الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف فراش وسط فالقوى فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفى الا باللعان والوسط فراش الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفى بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش

الامة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافا للشافعي (وجه) قوله ان ثبات النسب منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطئ من غير دعوة لان الوطئ سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أولا (ولنا) ان وطئ الامة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشتري للوطئ عادة بل الاستخدام والاسترباح ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر في الاماء هو العزل والعزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سببا لحصول الولد الا بقربنة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقربنة الدعوة انه وطئها ولم يعزل عنها والوطئ من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصنها ولم يعزل عنها لا يحل له النفى فيما بينه وبين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه ولده فلا يحل له نفى فيما بين الله تعالى بلا خلاف بين اصحابنا رضى الله تعالى عنهم واختلفوا فيما اذا وطئها

[ 244 ]

وحصنها ولكن عزل عنها أولم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها قال أبو حنيفة رضى الله عنه يحل له النفى وقال أبو يوسف رحمه الله أحب إلى ان يدعو إذا كان وطئها ولم يعزل عنها وان لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب إلى ان يعتق ولدها ويستمتع بأمه إلى ان يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف انه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفى بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة انه إذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وجه قول محمد انه إذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفى أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لان الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح ويعتقها وعند موته صيانته عن استرقاق الحر بعد موته عسى ويستوى في فراش الملك ملك كل المحل وبعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب وبيان ذلك في مسائل إذا حملت الجارية في ملك رجلين فجأت بولد فادعاه أحد هما يثبت نسب الولد منه لان ماله من الملك أوجب النسب بقدره الا أن النسب لا يتجزأ فمتى ثبت في البعض يتعدى إلى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهى من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فهو ابنتها والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحد هما ويعين بقول القائف وجه قوله ان خلق ولد واحد من ماء فحلين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك الا فى الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد الامن أحدهما ويعرف ذلك بقول القائف فان الشرع ورد بقبول قول القائف في النسب فانه روى ان قائفامر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطى وجوههما وأرجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام ينشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم وفرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائف حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى انه وقعت هذا الحادثة في زمن سيدنا عمر رضى الله عنه فكتب إلى شريح لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين تهما هو ابنتهما يرثهما ويرثانه كان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا لان سبب استحقاق النسب بأصل الملك قد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصة للنسب ثم يتعدى لضرورة عدم التجزى فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال

وأما فرح النبي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل انه لم يكون لاعتباره قول القائف حجة بل لوجه آخروهوان الكفار كانوا يطعنون في سبب اسامة رضى الله عنهم وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائف ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم والمحمتم لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا فهو ابنهم جميعا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولد لهم عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبو يوسف أن القياس يابى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي الا انا تركنا القياس في رجلين باثر سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فبقي حكم الزيادة مردودا الى أصل القياس وجه قول محمد ان الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه أثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة ولا بى حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالفصل بين عددوعدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصاء متفقة أو مختلفة بان كان لاحد هم السدس وللآخر الربع والآخر الثلث والآخر ما بقى فالولد ابنهم جميعا فحكم النسب لا يختلف لان سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاء فيثبت في نصيب كل

[ 245 ]

واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى إلى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله يثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انها استويا في سبب الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجانب الاب لان نصف الجارية ملكه حقيقة وله حق تملك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى ويتملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الاجنبيين ويضمن كل واحد منها للآخر نصف العقر لان الوطئ من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الاجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصا كما في الاجانب وهذا بخلاف حالة الانفراد فان أمة لرجل إذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه ولا عقر على عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار متملكا الجارية ضرورة صحة الاستيلاء سابقا عليه أو مقارنة له لانعدام حقيقة الملك فجعل الوطئ في الملك وههنا الاستيلاء صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة إلى التملك لصحة الاستيلاء وانه صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه يحتمل التجزى على ما ذكرنا هو الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد جارية فجاءت بولد فادعياه معا والاب حى يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي ولو ادعى الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالمالك أولى لان له حقيقة الملك ولاب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقي أولى هذا كله إذا كان الشريكان المدعيان حرين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لان اثبات النسب منه أنفع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه إلى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا والآخر عبدا مكاتب فالحر أولى

لان الولد يصل إلى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتباً والا آخر عبداً فالمكاتب أولى لانه حر يدا فكان أنفع للولد ولو كانا عبدين يثبت النسب منهما جميعاً لكن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه روايتان ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما إذا كان العقد محجوراً وحمل الأخرى على ما إذا كان مأذوناً عملاً بهما جميعاً ولو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى استحساناً والقياس أن يثبت نسبه منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفروجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في حكمه كما في سائر الأحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان أن اثبات النسب من المسلم أنفع للصبي لانه يحكم بالسلامة تبعاً له وكذلك لو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالقياس أن يثبت النسب منهما لاستوائهما في الملك وفي الاستحسان الكتابي أولى لانه أقرب إلى الإسلام من المجوسى فكان أنفع للصبي ولو كان أحدهما عبداً مسلماً أو مكاتباً مسلماً والآخر حراً كافراً فالحر أولى لان هذا أنفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الإسلام بنفسه إذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذمياً والآخر مرتداً فهو ابن المرتد لان ولد المرتد على حكم الإسلام ألا ترى انه إذا بلغ كافراً يجبر على الإسلام وإذا أجبر عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا أنفع للصبي هذا كله إذا خرجت دعوة الشريكين معاً فاما إذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كائناً من كان فهو أولى لان النسب إذا ثبت من انسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا إذا حملت الجارية في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعاً فاما إذا كان العلوق قبل الشراء بان اشتريها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمان نصف قيمة الام موسراً كان أو معسراً فلا يختلف ويختلف حكم العقر والولد فلا يجب العقر هنا ويجب هناك لان الاقرار بالنسب هنا لا يكون اقراراً بالوطئ لتيقننا بعدم العلوق في الملك بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدهما لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يجر اسناد الدعوى إلى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعتاق ولو أعتق هذا

[ 246 ]

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسراً ولم يضمن ان كان معسراً كذا هذا بخلاف ما إذا علقت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة حال العلوق فسقط الضمان وهنا لا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعياه فهو ابنهما ولا عقر فواحد منهما على صاحبه كما في الاول ولا يفترقان الا في الولاء فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاء فيعلق الولد حراً والدعوة هنا دعوة تحرير وانه يوجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها إذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فقد تيقنا أن علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانها صارت أم ولد له فصار متملكاً نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملاً فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحرير فإذا ادعاه فقد حرره والتحرير اطلاق نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق إليه لا الى القرابة هذا إذا ولدت الجارية المشتركة ولدا فادعاه أحد الشريكين أو ادعياه جميعاً فاما إذا ولدت ولدين

فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهما في بطن واحد واما أن ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احدهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معاثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمن دعوة الآخر لاستحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكانت دعوة أحدهما دعوة الاخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر وعتقا جميعا لعلوقهما حرى الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقرو نصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا ولدتهما في بطن واحد فأما إذا ولدتهما في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معاثبت نسلت الاكبر من مدعى الاكبر بلاشك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقرو المدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفى الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فمدعى الاصغر يدعى ولد أم ولد الغير من ادعى ولد أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث آخر الدعوة إلى دعوته فصار مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغرورا من جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقرو لمدعى الاكبر لكن نصف العقرو أو كله ففيه اختلاف الروايتين والتوفيق + بينهما ممكن لان رواية نصف العقرو على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقرو بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقرو لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصا فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فإذا على مدعى الاصغر نصف العقرو وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذى على مدعى الاكبر قصاصا بنصف العقرو وقيمة الولد الذى على مدعى الاصغر ويترادان الفضل هذا إذا خرجت الدعوتان جميعا معا فادعى أحدهما الاكبر والاخر الاصغر فاما إذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر أولا فقد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية تأم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقرو بعد ذلك إذا ادعى الآخر الاصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا إذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

[ 247 ]

أولا فاما إذا ادعى الاصغر أولا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه الآخر والاكبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فإذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الآخر بالخياران شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحدهما الاكبر ابني والاصغر ابن شريكى ثبت نسب الاكبر منه وصارت

الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشريكه والاصغر ولد أم ولده أقر بنسبه لشريكه فان صدقه شريكه ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابني والاكبر ابن شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه ولو قال أحدهما الاصغر ابني والاكبر ابن شريكي أو قدم وأخر فقال الاكبر ابن شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وعتق وضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه فان صدقه ثبت النسب منه وبغرم لمدعى الاصغر نصف قيمة الاكبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين شهد أحدهما على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد انسان ثلاثة أو لا فداعى أحدهم فنقول لا يخلو اما ان ولدوا في بطن واحد واما أن ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما ان ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولد وافى بطن واحد فداعى أحدهم بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابني أو عين واحدا منهم فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقيين لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب وإذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له إذا ولد وافى بطن واحد واما إذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الاكبر ولدى ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام وفي الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الاكبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاهما من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه وان لم يوجد نفاق وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحد هم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي إذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى هذا إذا ادعى الاكبر فاما إذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والاكبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا إذا ادعى الاوسط فاما إذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والاكبر والاوسط رقيقان اما ذكرنا هذا إذا ادعى أحدهم بعينه فاما إذا ادعى بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلاشك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقران الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الاولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رضوان الله ونصف ولائه للآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يتجزأ عنده فيبقى نصيب المدعى على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يتجزأ أو يعتق الكل فلم يبق للمدعى فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى للملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك اليد ثابت له وانه كاف لثبات

[ 248 ]

النسب ولو ادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح دعوته إذا لم يكن في المضارب ربح لانه لا بد لثبات النسب من ملك ولاملك للمضارب أصلا لملك الذات ولا



ملك اليد إذا لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعى ولدان من جاربه لمولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاها أحلها له أو زوجها لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المولى لانه أجني عن ملك المولى لانعدام الملك له فيه أصلا فالحق بسائر الاجانب الا في الحدفان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه نفذت دعوته لانه أقر بجهة مصححة للنسب لكن توقف نفاذه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أولا لان النسب ثبت بالنكاح صحيحا كان أو فاسدا وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جاربه من اكسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون وإذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلانه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الام فلانه له فيها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فممنوع من بيعها والعبد المسلم والذمي سواء في دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذمي لان الكفر لا ينافي النسب ويستوى في دعوته الاستيلاء وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق في الملك فان كان العلوق في غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان في ملكه يصح وان كان في ملك غير لا يصح الا بشرط التصديق أو البينة فنقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاء ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاء هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوة تستند إلى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطئ فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير هو ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعى وهذا الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطئ لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة في مسائل إذا ولدت جاربه في ملك رجل لسته أشهر فصاعدا فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحت دعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر أن الجارية أم ولد له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا استحسان وفي القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الولد في الملك لان هذه الدعوة تستند إلى وقت العلوق فإذا كان علوق الولد في ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فيدها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا لضرورة فيقول بيانه إذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو أجره أو كاتبه فادعاه البائع نقض ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لو كان المشتري باع الام أو كاتبها أو رهنها أو أجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم يصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان الا لضرورة لانه يعقبه أثرا لا يحتمل البطلان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو دبره أو مات عبده لم يصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشتري أعتق الام أو دبرها دون الولد صحت دعوته في الولد ولم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام لان المانع من الفسخ خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له للحال الا أن يملكها بوجه من الوجوه وإذا فسخ البيع في الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قد قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولدا بالولادة فتعتبر يومئذ فيسقط قد قيمة الام

ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري وأخذ أرضها ثم ادعاه  
البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاء وانها تستند إلى

[ 249 ]

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أو لاثم يستند فيستدعى قيام المحل  
للحال لاستحالة ثبوت الحكم في الهالك واليد المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح  
الدعوة فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البائع من الثمن حصة الولد لانه سلم البديل  
للمشتري وهو الارش ولو ماتت الام ثم ادعى البائع الولد صحت دعوته وثبت النسب  
لان محل النسب قائم وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما  
تقدم فثبت نسب الولدان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد جميع الثمن عند أبي  
حنيفة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر  
قيمتها فما أصاب قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم  
ولده ومن باع أم ولده ثم هلك عند المشتري لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما  
تكون مضمونة عليه ولقب المسألة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال عنده  
عندهما متقومة وهي من مسائل العتاق وعلى هذا إذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت  
في يد المشتري لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا إذا حملت الجارية في  
ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع هذا  
إذا ولدت ولدا (فأما) إذا ولدت ولدين في بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت  
نسب الولدين منه وهذا ظاهر وكذا إذا ادعى أحدهما صحت دعوته ولزمه الولدان  
جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان الفصل في النسب لانخلاقهما من ماء واحد فان  
ولدت أحدهما لاقل من ستة والآخر لاكثر من ستة أشهر فادعى احدهما ثبت نسبهما  
ويجعل كأنهما ولدتها جميعا عند البائع لاقل من ستة أشهر كانا جميعا في البطن  
وقت البيع ولو ولدتها عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذي عنده  
ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضا سواء كان المشتري ادعاه أو أعتقه لما ذكرنا أنها  
لا يحتملان الفصل في ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب  
الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت  
نسبهما جميعا وينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام  
فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق قى الام وينتقض في الولد لان العتق لا يحتمل  
الفسخ مقصودا وانما يحتمله للضرورة وفي الولد ضرورة عدم الاحتمال للانفصال في  
النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب في  
الجملة ولو قطعت يد أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش  
للمشتري لا للبائع الا أن يقيم البائع البينة على الدعوة قبل البيع فتكون له لما ذكرنا  
أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال  
واليد المقطوعة هالكة فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع  
ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع  
(ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصودا هو النفس وانما يظهر في الاطراف تبعاً  
لنفس وبالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشتري  
ونفس كل واحد من التوأمين أصل في حكم الدعوة فمتى صحت في أحدهما تصح  
في الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما في النسب ومتى صحت  
الدعوة استندت إلى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاء فتبين انهما علقا حرين فكان  
ينبغي أن تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان صحة هذه  
الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهرا من وجه مقتصر على الحال من وجه

فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملا بشبه الاقتصاد وجعلنا الواجب لورثة المقتول عملا بشبه الظهور عملا بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشتري أحدهما ثم قبل وترك ميراثا فأخذ ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحى وامه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه وبأخذ الأدية والميراث من المشتري لما قلنا هذا إذا ولدت في يد المشتري لاقل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة أشهر فصاعدا لم تصح دعوة البائع الا أن يصدقه المشتري لانا لم نتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاء فتصح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح الا إذا صدقه المشتري فتصح لانه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير في ذلك فثبت نسبه ويكون عبدا لمولاه ولو

[ 250 ]

ادعى المشتري نسبه بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لانسان في زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله إذا كانت الدعوى من البائع فان كانت من المشتري وقد ولدت لاقل من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لان هذه دعوة تحرير لادعوى استيلاء لتيقننا ان العلوق لم يكن في الملك فيستدعى قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما مر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمتنع ولو ادعاه البائع والمشتري معا فدعوة البائع أولى لان دعوته دعوة استيلاء لوقوع العلوق في الملك وانها تستند إلى وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة تحرير لوقوع العلوق في غير الملك بيقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لانه سابق في المعنى والاسبق أولى كرجلين ادعيا تلقى الملك من واحد وتاريخ أحدهما أسبق كان الاسبق أولى كذا هذا وعلى هذا إذا ولدت أمة رجل ولدا في ملكه لستة أشهر فصاعدا فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهه أو لاصدقه الابن في ذلك أو كذبه لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطئ الجارية والاب إذا وطئ جارية ابنه من غير نكاح يصير ممتلكا اياها لحاجته إلى نسب ولد يحيا به ذكره ولا يثبت النسب الا بالملك وللاب ولاية تملك مال ابنه عند حاجة إليه ألا ترى انه يملك ماله عند حاجة إلى الانفاق على نفسه كذا هذا الا أن هناك يتملك تغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين إذ الحاجة هناك إلى ابقاء النفس والحاجة هنا إلى ابقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض اقوى من التملك بعوض لان ما قابله عوض كان تملك بصورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصدق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن في الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى إذا ادعى ولد أمة مكاتبه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصدق المكاتب (وجه) الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبيا عنه فوقع الحاجة إلى تصديقه وللاب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج إلى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها فجاءت بولد في يد المشتري لاقل من ستة أشهر فادعاه الاب لم تصح لانعدام الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لانقطاع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق إلى وقت الدعوة شرطا لصحة هذه الدعوة

لان الملك يثبت مستندا إلى زمان العلق ولا يثبت الملك الا بالتملك ولا تملك الا بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبرا لا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فإذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلق إلى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافرا أو عبدا فادعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافرا فأسلم أو عبد فأعتق فادعى نظر في ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتاق لاقل من ستة أشهر لم تصح دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلق وان ولدت لسته فصاعدا صحت دعوته ويثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوها فأفاق صحت دعوته استحسانا والقياس أو لا تصح لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالأغماء وكل عارض على أصل إذا زال يلتحق بالعدم من الاصل كأنه لم يكن كما لو أغمى عليه ثم أفاق ولو كان مرتدا فادعى ولد جارية ابنه فدعوته موقوفة عند أبي حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لنفاذ ولايته بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة وإذا ثبت الولد من الاب فنقول صارت الجارية أم ولد ولاعقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك ثبت شرطا لصحة الاستيلاء والاستيلاء ايلاج منزل معلق فكان الفعل قبل الانزال خاليا عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الاجنبيين إذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لان

[ 251 ]

الوطئ في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن ايلاج المنزل المعلق من أوله إلى آخر ايلاج واحد فكان من أوله إلى آخره استيلاء فلا بد وأن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر بخلاف الجارية المشتركة لان ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطا لصحة الاستيلاء وثبات النسب لان نصف الجارية ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وانما يثبت حكما للثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة انه لا يتجزأ أو حكم الشئ لا يسبقه بل يتعقبه فوطئ المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولاملكه له في نصيب شريكه والوطئ في غير الملك يوجب الحد الا انه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا التملك ثبت شرطا لثبوت النسب وصحة الاستيلاء وبشرط الشئ يكون سابقا عليه أو مقارنا له فالوطئ صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضا لانه علق حرا وان كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لان ذلك حكم الاعتاق فيستدعى تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الجد أبي الاب ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الاب عند انعدامه أو عند انعدام ولايته (فأما) عند قيام ولايته فلاحتي لو كان الجد نصرانيا وحافده مثله والاب مسلم لم تصح دعوة الجد لولاية الاب وان كان ميتا أو كان كافرا أو عبدا تصح دعوة الجد لانقطاع ولاية الاب وكذا إذا كان الاب معتوها من وقت العلق إلى وقت الدعوة صحت دعوة الجد لما قلنا فان أفاق ثم ادعى الجد لم تصح دعوته لانه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الاصل فعادت ولاية الاب فسقطت ولاية الجد ولو كان الاب مرتدا فدعوة الجد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فان قبل على الردة أو مات صحت دعوة الجد وان أسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفاته وعندهما لا تصح دعوة الجد لان تصرفاته عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة هذا إذا وطئ الاب جارية الابن من غير نكاح (فأما) إذا وطئها بالنكاح ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لان النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحا ان كان أو فاسدا ولا يملك الجارية لانه وطئها على ملك الابن بعقد النكاح وعند الشافعي رحمه

الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب النكاح ويعتق الولد على أخيه بالقرابة لان النسب انما يثبت بعقد النكاح لا بملك اليمين فبقيت الجارية على ملك الابن وقد ملك الابن أخاه فيعتق عليه فان ملك الاب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد وهو ثبات لانسب الا انه توقف حكمه على وجود الملك فإذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله إذا ادعى الاب ولد جارية ابنه فأما إذا ادعى ولد أم ولده أو مد برته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الاب لم يثبت نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبرة من الاب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن (وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية لا محالة فان نسب ولد الامة المنكوجة يثبت من الزوج والامة ملك المولى (وأما) القيمة فلانه ولد ثابت النسب علق حرا فأشبهه والد المغرور فيكون حرا بالقيمة والولاء للابن لانه استحقه بالتدبير وانه لا يحتمل الفسخ بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لان أم الولد فراش لمولاه فكان الولد مولودا على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وان انتفى عنه بالنفى كما في اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لان النسب لا يثبت الا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يحتملان التملك ويضمن العقر لانه إذا لم يملكها فقد حصل الوطئ في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا إذا لم يصدق الابن في الدعوى بعد ما نفاه فان صدقه ثبت النسب بالاجماع لان نسب ولد جارية الأجنبية يثبت من المدعى بتصديقه في النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويعتق على الابن الان أخاه ملكه وولأؤه له لان الولاء لمن أعتق ولو ادعى ولد مكاتبه ابنه لم يثبت نسبه منه لان النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبه لا تحتمل التملك فلا تصح دعوته الا إذا عجزت فتنفذ دعوته لانها إذا عجزت فقد عادت قنا وجعل المعارض كالعدم من الاصل فصار كما لو ادعى قبل الكتابة والله سبحانه وتعالى أعلم

[ 252 ]

(فصل) وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعى شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسنذكره في كتاب الاقرار الا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشريطة التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون في يد نفسه واما أن لا يكون فان كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا إذا صدقه لانه إذا كان في يد نفسه فإقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما أن يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة إذا كان في ملك المدعى وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان علوقه في ملك المدعى ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علوقه في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن في يد أحد لا في يد غيره ولا في يد نفسه كالصبي المنبوذ واما ان كان في يد أحد كاللقيط فان لم يكن في يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخبر بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا إذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول إلى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية

وتصديق العاقل في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين بقبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبي حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقد مرت المسألة ولو ادعته امرأتان صحت دعوتهما عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسنذكر الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا إذا لم يكن في يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقه الملتقط في ذلك أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت إذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال يد الملتقط لان يده عليه ثابتة حقيقة وشرعا حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبرا ليحفظه ليس له ذلك والاقرار إذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أنفع للصبي من يد الملتقط لانه يقوم بحضنته وتربيته ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصح دعوة الذمي (ووجهه) أنا لو صحنا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزمنا استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم باسلامه وان كان أبوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلما وذكر في النوادر أن من التقط لقيطا فادعاه نصراني فهو ابنه ثم ان كان عليه زي المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زي الشرك بان يكون في رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصاري هذا إذا أقر الذمي أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فرقا بين الاقرار وبين البينة وذلك أنه متهم في اقراره ولائهمة في الشهادة وسواء كان المدعى حرا أو عبدا لانه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معا فالملتقط أولى لاستوائهما في الدعوة ونفع الصبي فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك الا ان يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجا فان كان

[ 253 ]

أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه يتبعه في الاسلام فكان أنفع للصبي وكذا إذا ادعته مسلمة وذمية فالمسلمة أولى ولو شهد للذمي مسلمان وللمسلم ذميان فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فاسلام المدعي كاف للترجيح ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه أنفع للقيط وان كانا حريين مسلمين فان ذكر أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة لان الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد شاهد من أهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد القميص من خلف دليل مرادتها اياه لما أن ذلك علامة جذبها اياه إلى نفسها والقدمن

قدام علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلئى ودباغ في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلئى وبالاهاب للدباغ لان الظاهر يشهد باللؤلؤ للؤلئى وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختفا في متاع البيت أن ما يكون للرجال يجعل في يد الزوج وما يكون للنساء يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه يثبت نسبه منهما لانه وقع التعارض في العلامات فسقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأسا وان لم يذكر أحدهما علامة أصلا ولكن لاحدهما بينة فانه يقضى له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لاحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعا وهذا عندنا لاستوائهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت نسبه الا من أحدهما ويتعين بقول القافة على ما ذكرنا والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعين هو ابني وهو غلام فإذا هو جارية لم يصدق لانه ظهر كذبه بيقين ولو قال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فإذا هو خنثى يحكم مباله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البنوة وان كان يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعى البنتية وان كان يبول منهما جميعا يعتبر السابق فان استويا في السابق فهو مشكل عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه منهما جميعا ولو قال الملتقط هو ابني من زوجتي هذه فصدقته فهو ابنتها كانت أو أمة غير انها ان كانت حرة كابن الابن حرا بالاجماع وان كانت أمة كان ملكا لمولى الأمة عند أبي يوسف وعند محمد يكون حرا وجه قول محمد أن نسبه وان ثبت من الأمة لكن في جعله تبعا لها في الرق مضرة بالصبي وفي جعله حرا منفعة له فيتبعها فيما ينفعه ولا يتبعها فيما يضره كالذمي إذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا وجه قول أبي يوسف ان الاصل أن الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون رقيقا والرق وان كان بضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهي حرة أو أمة ذكر في الاصل انها لاتصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولدتها وان أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت إذا كانت حرة عدلة أطلق الجواب في الاصل ولم يفصل بين ما إذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما إذا كان لها زوج لانه إذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصح الا بالبينة أو بتصديق الزوج فاما إذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى رواية الاصل على اطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال يثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا ببينة ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال يثبت بالفراش وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا تثبت الولادة الا بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأتان فهو ابنتهما عند أبي حنيفة وكذا إذا كن خمسا عنده وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلا وجه قولهما أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد

[ 254 ]

واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب منهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالفراش ولا يثبت ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحد منهما وما قالوا ان الحكم في جانبهن متعلق بالولادة فنعم لكن في موضع

أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعاه جميعا فثبت نسبه منهما وعلى هذا لو ادعاه رجل وامرأتان يثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعاه رجلان وامرأتان كل رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول وبالله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويتأكد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى إذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقربة التصديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقربة التصديق إذا انعدم التصديق وظهر أيضا بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة كما إذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعاه رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة وكذا لو ادعاه رجلان معا ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا وإذا تعارضت البيتان في النسب فالاصل فيه ما ذكرنا في تعارض البيتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح أحدهما على الاخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك إذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحدة منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحدة منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعيين لامكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشئ الواحد مملو كالثنتين على الكمال في زمان واحد إذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيه أن تعارض البيتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذى اليد واما ان يكون بين الخارجين وبين ذى اليد فان كان بين الخارج وذى اليد فيبينة ذى اليد أولى لانهما استويا في البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين الخارجين وبين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا يعمل بهما ويثبت النسب منهما وعلى هذا إذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر انه عبده يقضى للذي ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والآخر يدعى الرق فبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحر والحرة لما قلنا ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعاه رجلان ووقفت بيته كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب منهما لاستواء البيتين ولو كان وقت أحدهما أسبق يحكم سن الصبي فيعمل عليه لانه حكم عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه إذا أشكل السن سقطا اعتبار التاريخ أصلا كأنهما سكتا عنه ولا يبي حنيفة رحمه الله انه إذا أشكل السن لم يصلح حكما فبقى الحكم للتاريخ فيرجح الاسبق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة انه ابنها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافي بين ثبوت نسبه منهما كما إذا ادعاه رجلان بل أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأة انه ابنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وامرأته أن الغلام ابنهما وأقاما البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذي ادعاه الغلام أنه ابنهما ويبطل النسب الذي أنكره الغلام لان البيتين تعارضتا وترجحت بيته الغلام بيده إذ هو في يد نفسه كالخارجين إذا أقاما البينة ولا حدهما يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانيا فأقام بيته من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فبينة الغلام أولى ولا ترجح بيته المدعى المسلم لانه لا يد له وان كان مسلما وان كان بيته الغلام من النصراني يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة



لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فبقى مجرد الدعوة فلا تعارض البينة ويجبر الغلام على الاسلام غلام في

[ 255 ]

يد انسان ادعى صاحب اليد انه ابنه ولدته أمته هذه في ملكه وأقام البينة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه ولدته الامة في ملكه وأقام البينة فان كان الغلام صغيرا لا يتكلم يقضى به لصاحب اليد لاستوائهما في البينة فيرجع صاحب اليد باليد كما في النكاح وان كان كبيرا يتكلم فقال أنا ابن الآخر يقضى بالامة والغلام للخارج لان الغلام إذا كان كبيرا يتكلم في يد نفسه فالبينة التي يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما فييد رجل فأقام صاحب اليد البينة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعى ذلك وأقام الخارج البينة على ملكه يقضى بالمرأة وبالولد للذي هما في يده لما قلنا وان كان الذي في يده من أهل الذمة والمرأة ذمية وأقام شهودا مسلمين يقضى بالمرأة والولد للذي هما في يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البينة على أنه تتزوجها في وقت كذا وأقام الذي في يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج لانه إذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسدا فالبينة القائمة على النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى انه ابن فلان ولدته أمته فلانة على فراشه وذلك الرجل يقول هو عبدى ولد أمتى التى زوجته عبدى فلانا فولدت هذا الغلام منه والعبد حى يدعى ذلك فهو ابن العبد لانه تعارض الفراشان فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا ينتفى الا باللعان وفراش الملك ينتفى بمجرد النفى فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك وقامت عليه البينة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار بالحرية فان لم يعمل في النسب يعمل في الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالا فأقام الغلام البينة انه ابن الميت من أمته وأقام الآخر البينة انه عبده ولدته أمته من زوجها فلان والزوج عبده أيضا والعبد حى يدعى ذلك يقضى له بالنسب لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتا ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بينة الغلام خلت عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم (فصل) وأما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النساء إذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفى أصلا لانه في جانبهن يثبت بالولادة ولأمردلها (وأما) في جانب الرجال فنوعان نوع يحتمل النفى ونوع لا يحتمله أما ما يحتمل النفى فنوعان (نوع) ينتفى بنفس النفى من غير لعان ونوع لا ينتفى بنفس النفى بل بواسطة اللعان (أما الذى) ينتفى بنفس النفى فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل إلى غيره بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفى من غير الحاجة إلى اللعان (وأما) الذى لا ينتفى بمجرد النفى فهو نسب ولد زوجة يجرى بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف على ما ذكرنا في كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قويا فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفى ما لم ينضم إليه اللعان ولهذا إذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفى نسب الولد بالنفى لان الانتفاء بواسطة اللعان ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجية حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذى) لا يحتمل النفى فهو نسب ولد زوجة لا يجرى بينهما اللعان فإذا كان الزوجان ممن لاللعان بينهما لا ينتفى نسب الولد بالنفى وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفى لان النفى يكون انكارا بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص

ودلالة لما ذكرنا في كتاب اللعان (فصل) وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في اثناء مسائل النسب وأما حكمه في الملك فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك والثاني في قدر الملك أما الاول فسبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحيفا للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك في مسائل رجلان ادعىا دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فهي للراكب لانه مستعمل للدابة فكانت في يده (وكذلك) إذا

[ 256 ]

كان لاحدهما عليه حمل وللآخر عليه كور معلق أو مخللة معلقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعا راكبين لكن أحدهما في السرج والآخر رديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروي) عن أبي يوسف رحمه الله انها لراكب السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية انهما جميعا استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت لهما ولو كانا جميعا راكبين في السرج فهي لهما اجماعا لاستوائهما في الاستعمال ولو ادعى عبدا صغيرا لا يعبر عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لانه إذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهائم فتبقى اليد عليه ألا ترى أنه لو ادعى صبيا صغيرا مجهول النسب في يده انه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع دعوى الحرية الا بينة لانه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه الا بدليل (وبمثلته) لو ادعى غلاما كبيرا انه عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لانه ادعاه في حال هو في يد نفسه فكان القول قوله ولو ادعى عبدا كبيرا فقال العبد انا عبد لاحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا إذا كان العبد في يد رجل فقراره لرجل آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في اقراره انه لغيره لان اقراره بالرق اقرار بسقوط يده عن نفسه فكان في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله انه لغيره لان العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان فاعتقني وأنا حرفكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروي عن أبي يوسف إن القول قول العبد ويحكم بحريته لان العبد متمسك بالاصل إذ الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهدا له فالصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما أقر انه كان عبدا فقد أقر بزوال حكم الاصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الاصل فكان الظاهر شاهدا له ولو ادعى ثوبا وأحدهما لابسها والآخر متعلق بذيله فاللابس أولى لانه مستعمل للثوب (ولو ادعىا) بساطا وأحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس بجلوسه والنوم عليه أولى لاستوائهما في اليد عليه (ولو ادعىا) دارا وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئا من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لان سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شئ من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والاخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) إذا كانا جميعا فيها لان اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه وانما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخييط ثوبا في دار انسان فاختلفا في الثوب فالقول لصاحب الدار لان الثوب وان كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لان الخياط وما في يده في داره والدار في يده فما فيها يكون في يده (حمال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله فهو له لان الظاهر شاهد له وان كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لان الظاهر شاهد له (وكذلك) حمال عليه كارة وهو في داربزاز اختلفا في الكارة فان كانت الكارة مما

يحمل فيها فالقول قول الحمال لان الظاهر شاهد له وان كانت مما لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لان الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائرا في دار رجل فاختلغا فيه فان اتفقا علي انه على أصل الاباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لانه الآخذ دون صاحب الدار إذا الصيد لا يصير مأخوذا بكونه على حائط أو شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وان اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد فانه ينظر ان أخذه من الهواء فهو له لانه الآخذ إذ لا يد لاحد على الهواء وان أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لان الجدار والشجر في يده وكذلك ان اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لان الاصل ان ما في دار انسان يكون في يده هكذا روي عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعيا وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذا لو كان احدث فيها شيئا من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لان سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شئ من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعا فيها لان اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وانما

[ 257 ]

تثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعيا حائطا من دارين ولاحدهما عليه جذوع فهو له لانه مستعمل للحائط ولو كان لكل واحد منهما جذوع فان كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد منهما أو كانت لاحدهما أكثر بعد ان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لانهما استويا في استعمال الحائط فاستويا في ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت ان يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال له زد أنت أيضا إلى تمام عدد خشب صاحبك ان أطاق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا النزاع ولو كان لاحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالقياس ان يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان لا يكون (وجه) القياس ان زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ألا ترى أنه لو كان لاحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وان كان استعمال أحدهما أكثر دل ان المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويا فيه (ووجه) الاستحسان ان يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة لان الجدار لا يبني له عادة وانما يبني لاكثر من ذلك الا ان الاكثر مما لا نهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيده به فكان اما وراء موضع الجذوع لصاحب الكثير وأما موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وانما لصاحب القليل حق وضع الجذع لا أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع لجذع من الحائط وما رواه لصحاب الكثير (وجه) هذه الرواية ان صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (وجه؟) رواية الاقرار ما مر ان الاستعمال لا يحصل بالجذع والجذعين لان الحائط لا يبني له عادة لم يكن شئ من الحائط في يده فكان كله في يد صاحب الكثير الا انه ليس له دفع الجذوع وان كان موضع الجذع مملوكا له لجوازان يكون أصل الحائط مملوكا لانسان ولآخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البينة ان الحائط له لان له ان يدفع لان البينة حجة مطلقة فإذا أقامها تبين ان الوضع من الاصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البينة لانا انما جعلنا الحائط له الظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلا ببناء احدي الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال

من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى لان اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لكن الكلام في صورة التربيع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله ان التربيع هو ان يكون انصاف البان الحائط مداخله حائط احدى الدارين يبنى كذلك كالازج والطاقت فكان بمعنى النتائج فكان صاحب الاتصال أولى وذكر الكرخي رحمه الله ان تفسير التربيع ان يكون طرفا هذا الحائط المدعى مداخلين حائط احدى الدارين وهذا التفسير منقول عن ابي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل ان المداخله إذا كانت من جانبي الحائط كان صاحب الاتصال أولى بلا خلاف وان كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ما ذكرنا ان ذلك بمعنى النتائج حيث حدث من بنائه كذلك فكان هو أولى وجه قول الكرخي ان المداخله من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحد فسقط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فملك البعض يوجب ملك الكل ضرورة الا انه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لان ذلك ليس من ضرورات ملك الاصل بل يحتمل الانفصال عنه في الجملة الا ترى ان السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت السفلى هو ملك صاحب السفلى ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفلى رفع السقف منع منه شرعا كذا هذا جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع عليه بخلاف ما إذا أقام البينة

[ 258 ]

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما تم فرع أبو يوسف على ما روى عنه من تفسير التربيع انه إذا اشترى دارا ولرجل آخر دار بجانب تلك الدار وبينهما حائط وأقام الرجل البينة انه له فاراد المشتري ان يرجع على البائع بحصته من الثمن ان كان متصلا ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه إذا كان متصلا ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعا فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلا ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشتري ان يرجع على البائع بحصة الحائط من الثمن لانه إذا كان متصلا بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعا فيثبت الرجوع عند الاستحقاق وان كان متصلا بحائط الدار المبيعة وللآخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخي ان صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال إذا كان من جانب واحد ولو كان اتصال تربيع واستحق المشتري الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها لما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقربان السترة والبناء له فالحائط لصاحب السترة لانه مستعمل الحائط بالسترة فكان في يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لاحدهما عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادي شيئا لان وضع المرادى على الحائط ليس بامر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان ملحقا بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه الحائط إلى أحدهما وظهره إلى الآخر وكان انصاف اللبنة أو الطاقت إلى أحدهما فلا حكم لشيء من ذلك عن أبي حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن إليه وجه البناء وانصاف اللبنة والطاقت وهذا إذا جعل الوجه وقت البناء حين ما بنى فاما إذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعا وعلى هذا الخلاف إذا ادعى بابا مغلقا على حائط بين دارين والغلق إلى أحدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن إليه الغلق ولو كان للباب غلقان من الجانبين فهو لهما اجماعا وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط إلى أحدهما فالخص بينهما

عند أبي حنيفة رحمه الله ولا ينظر إلى القمط وعندهما الخص لمن إليه القمط وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللين والطاقت والغلق والقمط إلى صاحب الدار فيدل على انه بناؤه فكان في يده ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد في الماضي لاوقت الدعوة واليد في الماضي لا تدل على اليد وقت الدعوة والحاجة في اثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى في يده تجب عليه اليمين لصاحبه إذا طلب فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا إذا اختلفا في المرور في دار ولاحدهما باب من داره إلى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البينة انه له في دار طريقا ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئا لان فتح الباب إلى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق أصلا وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلا على حق المرور في الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لاحتمال أن مروره فيها كان غصبا أو اباحة ولئن دلت على انه كان لحق المرور لكن في الزمان الماضي لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقا فان حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك إذا لم يحدوه كذا ذكر في الكتاب ومن أصحابنا رحمهم الله من حمل المسألة على ما إذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان أباه مات وترك طريقا في هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا إذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلغا في مسيل الماء فلصاحب الداران يمنعه عن التسييل حتى يقيم البينة ان له في هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب بنفس الميزاب شيئا لما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب إذا كان قديما فله حق التسييل وذكر محمد في كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلغا في ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه إذا كان يسيل

[ 259 ]

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضع المسألة فما إذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشئ لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على ما مر ولو شهدوا ان له حقا في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم يبينوا تقبل شهادتهم أيضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيتبين بيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعى بيعة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنكول كما في باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولابينة لاحدهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح والله تعالى أعلم (فصل) وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين إذا اختلفا فلا يخلوا ما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان

اختلفا في الثمن فلا يخلوا اما ان اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في قدره بان قال البائع بعث منك هذا البعد بالفى درهم وقال المشتري اشترى بالف فهذا لا يخلوا ما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تغيرت إلى الزيادة أو إلى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وتراد سواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر والمشتري يدعى على البائع تسليم المبيع إليه عند أداء الالف وهو ينكر فيتحالفا لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغي ان لا يحلف البائع ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا انا عرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ويبدأ بيمين المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبى يوسف الآخر وفى قوله الاول يبدأ بيمين البائع ويقال انه قول أبى حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين وظيفه المنكر والمشتري أشد انكار من البائع لانه منكر في الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشتري أسبق انكار منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عينا وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ بيمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم إذا تحالفا هل يفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه إلى فسخ القاضى اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم يفسخ بنفس التحالف لانهما إذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ وقال بعضهم لا يفسخ الا يفسخ القاضى عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما امضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه انعقد بيقين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الاصل المعهود في الثابت بيقين لانه لا يزول بالاحتمال فلا يفسخ الا يفسخ القاضى ولد ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضى لانهما لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا إذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاما إذا كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن فلا يخلوا ما ان تغيرت إلى الزيادة واما ان تغيرت إلى النقصان فان كان التغيير إلى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه

[ 260 ]

الله لا تمنع ويرد المشتري العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما في عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبيغ في الثوب والبناء والغرس في الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة يمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارض والعقر فهو على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل

كالموهوب في المكسوب لا تمنع التحالف اجماعا فيتحالفان ويرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع الفسخ في عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هي ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف وإذا تحالفا يرد المشتري المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة له لانها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الحنث فيها هذا إذا تغيرت السلعة إلى الزيادة فاما إذا تغيرت إلى النقصان في يد المشتري فنذكر حكمه ان شاء الله تعالى هذا إذا كانت السلعة قائمة فاما إذا كانت هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن فان حلف لزمه ما أقرب به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسألة ان هلاك السلعة هل يمنع التحالف عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة والسلام التحالف مطلقا عن شرط قيام السلمة ولا يقال ورد هنا نص خاص مقيد بحال قيام السلعة وهو قوله على الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يحمل على المقيد لما في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتا بنصين وحال هلاكها ثابتا بنص واحد وهو النص المطلق ولاتنافية بينهما فيجب العمل بهما جميعا ولهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقى التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه عليه الصلاة والسلام أوجب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري لان البائع يدعى عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الانكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا أو هذا القيد ثابت في النص الآخر أيضا دلالة لانه قال عليه الصلاة والسلام وترادا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقى التحالف حال هلاك السلعة مثبتا بالخبر المشهور ويستوى هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف اصلا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك السلعة يمنع التحالف في قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلا حتى لو اشترى عبدين فقبضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان على القائم وبترادان وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لابي يوسف لان المانع من التحالف هو الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقديرا للحكم بقدر العلة ولابي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقى التحالف حال هلاك بعضها منفيًا بالحديث المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالحزرو الظن فلا يجوز التحالف عليه الا إذا شاء البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يتحالفان لانه رضى ان يكون الثمن كله بمقابلة القائم فيخرج الهالك

عن العقد كانه ما وقع العقد عليه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكما بان خرج عن ملك المشتري بسبب من الاسباب لان الهالك حكما يلحق بالهالك حقيقة وقد مر الاختلاف فيه وسواء خرج كله أو بعضه عند أبى حنيفة وأبى يوسف فخرج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان التحالف هنا يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم وحصه الخارج من الثمن بقول المشتري فحينئذ يتحالفان على القائم ويرد المشتري ما بقى في ملكه وعليه حصه الخارج بقوله وهذا عند أبى يوسف فاما عن أبى حنيفة فلا يتحالفان في الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيقي لا يمنع التحالف عنده فالحكمي أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وإذا تحالفا عنده فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرد المشتري القيمة ان لم يكن مثليا والمثل ان كان مثليا وان هلك بعضه بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظران كان المبيع مما في تبعيضه ضررا وفي تشقيصه عيب فالبايع بعد التحالف بالخياران شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا يضر في تبعيضه ولا عيب في تشقيصه فللبائع ان يأخذ الباقي ومثل الفائت ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن مثليا ولو خرجت السلعة عن ملك المشتري ثم عادت إليه ثم اختلفا في مقدار الثمن نظر في ذلك ان كان العود فسخا بان وجد به عيبا فرده بقضاء القاضى يتحالفان ويرد العين لان الفسخ رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن وإذا لم يكن العود فسخا بان كان ملكا جديدا لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان العود إذا لم يكن فسخا لا يتبين ان الهلاك لم يكن والهالك يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لا العين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول إذا انتقض المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن لم يتحالفا عندهما سواء كان النقصان بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي أو بفعل البائع لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء من المنع من التحالف كهلاك الكل على أصلي أبى حنيفة رضى الله عنه فلا يتحالفان والقول قول المشتري الا إذا كان النقصان بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ورضى البائع ان يأخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لاجل النقصان شيئا فحينئذ يتحالفان وبتردان وعند محمد يتحالفان ثم البائع بعد التحالف بالخياران شاء أخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لاجل النقصان شيئا وان شاء ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الأجنبي أو بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده وعنهما لا يتحالفان والقول المشتري مع يمينه هذا إذا اختلفا في قدر الثمن فاما إذا اختلفا في جنسه بان قال أحدهما الثمن عين وقال الآخر هو دين فان كان مدعى العين هو البائع بان قال للمشتري بعث منك جاريتي بعبدك هذا وقال المشتري للبائع اشتريتها منك بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا من غير فصل بين ما اذا كان الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه وان كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف والقول قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسألة هلاك السلعة وقد مرت وان كان مدعى العين هو المشتري بان قال اشتريت جاريتك بعبدك هذا وقال



البائع بعثها منك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضا اجماعا ويرد المشتري القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلان وجوب اليمين على المشتري ظاهر أيضا لان البائع يدعى عليه ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلان المشتري يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان كل واحد منهما مدعيا من وجه منكرامن وجه فيتحالفان ولو كان البائع يدعى عينا والبعض دينا والمشتري يدعى

[ 262 ]

الكل دينا بان قال البائع بعث منك جاريتي بعبدك هذا وبالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائما تحالفا بالنص وان كان هالكا فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعى البعض عينا والبعض دينا والبائع يدعى الكل دينا بان قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدي هذا وبالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعثك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفا وترادا بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضا اجماعا الا ان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري القيمة وما كان بازاء الدين وهو الالف وذلك ثلثا الجارية يرد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعى كل الثمن عينا كان يتحالفان ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا ولو ان كل الثمن دينا لكان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر فإذا كان يدعى بعض الثمن عينا وبعضه دينا يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتبارا للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن هذا إذا اختلفا في جنس الثمن فاما إذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فان اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعى الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضا لما قلنا وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يمض لان الاجل صار حقا له بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضى جميعا فقال البائع الاجل شهر وقد مضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضى فيجعل الاجل شهرا لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضى على ما مر هذا إذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكما فاما إذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو الحى منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفا وترادا لان للقبض شيئا بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجرب بينهما التحالف الا ان الوارث يحلف على العلم لا على البتات لانه يحلف على فعل الغير ولا علم له به ان كانت السلعة مقبوضة فالتحالف عندهما والقول قول المشتري أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكنا عرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه

فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقى التحالف بعد هلاكهما أو هلاك أحدهما منفيا بالخبر المشهور هذا إذا اختلفا في الثمن أما إذا اختلفا في المبيع فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون عينا أو دينا وهو المسلم فيه فان كان عينا فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع بعث منك هذا العبد بألف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذه الجارية بألف درهم أو قال البائع بعث منك هذا العبد بألف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بألف درهم تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وإن كان دينا وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول اختلفهما في الاصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (أما) ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (واما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه (واما) ان اختلفا فيهما جميعا فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (واما) ان اختلفا في قدره (واما) ان اختلفا في صفته (واما) ان اختلفا في مكان ايفائه (واما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفا وترادا الان هذا اختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم إليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد هو رب السلم (وجه)

[ 263 ]

قولهما أن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به ولا يبيح حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم إليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغي أن لا يحلف أصلا إلا أن التحليف في جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبي يوسف أيضا انه قال أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لانه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعيين إلى القاضى يبدأ بأيهما شاء وان شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذى خرجت قرعته ولو اختلفا في مكان ايفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الايفاء في مكان كذا وقال المسلم إليه بل شرطت لك الايفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم إليه ولا يتحالفا عند أبي حنيفة وعندهما يتحالفا بناء على أن مكان العقد لا يتعين مكان الايفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الايفاء مفسدا للسلم عنده فلم يدخل مكان الايفاء في العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل في العقد الا بالشرط لا يوجب التحالف كالاجل وعندهما مكان العقد يتعين مكانا للايفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الايفاء عندهما فكان المكان داخلا في العقد من غير شرط فيوجب التحالف وان اختلفا في وقت المسلم فيه وهو الاجل فنقول لا يخلو (أما) ان اختلفا في أصل الاجل (واما) ان اختلفا في قدره (واما) ان اختلفا في مضيه (واما) ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فان اختلفا في أصل الاجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفا وترادا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولان الاختلاف في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته ألا ترى انه لاصحة للسلم بدون الاجل كما لاصحة له بدون الوصف فصار الاجل وصفا للمعقود عليه شرعا فيوجب التحالف (ولنا) ان الاجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف في الصفة لان الصفة في الدين معقود عليه كالاجل والاختلاف في الاجل يوجب التحالف فكذا في الصفة وإذا لم يتحالفا فان كان مدعى الاجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لانه يدعى صحة العقد والمسلم إليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولان المسلم إليه متعنت في انكار الاجل لانه ينفعه والمتعنت

لاقول له وان كان هو المسلم إليه فالقول قوله عند أبي حنيفة ويجوز السلم استحسانا والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس ان الاجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقا عليه شرعا وانه منكر ثبوته والقول قول المنكر في الشرع (وجه) الاستحسان ان المسلم إليه بدعوى الاجل يدعى صحة العقد ورب المسلم بالانكار يدعى فسادة فكان القول قول من يدعى الصحة لان الظاهر شاهد له إذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية وإذا كان القول قوله من أصل الاجل كان القول قوله في مقدار الاجل أيضا وقال بعضهم القول قوله إلى شهر لانه أدنى الآجال فأما الزيادة على شهر فلا تثبت الا بالبينة وان اختلفا في قدره لم يتحالفا عندنا خلافا فالزفر والقول قول رب السلم لما ذكرنا ان الاجل أمر يستفاد من قبله فيرجع في بيان القدر إليه وان اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم إليه وصورته إذا قال رب السلم كان الاجل شهرا وقد مضى وقال المسلم إليه كان شهرا ولم يمض وان أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم إليه لانهما لما تصادقا على أصل الاجل وقدره فقد صار الاجل حقا للمسلم إليه فكان القول في المضى قوله وان اختلفا في قدره ومضيه جمعيا فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم إليه في المعنى لان الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم إليه في المضى هذا إذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما إذا اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفا وترادا أيضا سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه الا أن الذي يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعا لانه المشترى وهو المنكر أيضا وان اختلفا فيهما جمعا فكذلك تحالفا وترادا لانهما اختلفا في المبيع والتمن والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف ففيها أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم (فصل) وأما بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل فنقول وبالله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك في

[ 264 ]

المملوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير اذنه ورضاه الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت في المحل إذا عرف هذا فنقول للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء كان تصرفا يتعدى ضرره إلى غيره أو يتعدى فله أن يبني في ملكه مرحاضا أو حماما أو رحي أو تنورا وله أن يقعد في بنائه حدادا أو قصار اوله أن يحفر في ملكه بئرا أو بالوعة أو ديماسا وان كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه لان الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بوائقه ولو فعل شيئا من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه لا يصنع منه في ملك الغير وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره انه إذا لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل لانه ملكه والانسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلوان شئت فابن السفل من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى يرد عليك قيمة البناء مبنيا لان البناء وان كان تصرفا في ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقا له شرعا وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنيا لان

البناء ملكه لحصوله بانذن الشرع واطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعد له وهو القيمة وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي ان في ظاهر الرواية يرجع بما أنفقه وكذا ذكر الخصاص أنه يرجع بما أنفق لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفلى ولا ضرر لصاحب السفلى في بنائه بل فيه نفع صار مأذونا بالانفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أنفق وهذا بخلاف البئر المشترك والدار والاب المشترك والحمام المشترك ونحو ذلك إذا خرجت فامتنع أحدهما عن العمارة أنه يجبر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لأنه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة لأنه لا يحتمل القسمة والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذى أبى العمارة متعنتا محضا في الامتناع فيدفع تعنته بالجبر على العمارة هذا إذا انهى ما بأنفسهما فأما إذا هدم صاحب السفلى سفله حتى انهى العلو يجبر على اعادته لأنه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين دارين انهى ولهما عليه جذوع لم يجبر واحد منهما على بنائه لما قلنا ولكن إذا أبى أحد هما البناء يقال للآخران شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبينا أو نصف ما أنفقته على حسب ما ذكرنا في السفلى والعلو وقيل انما يرجع إذا لم يكن موضع الحائط عريضا ولا يمكن كل واحد منهما أن يبني حائطا على حدة في نصيبه بعد القسمة (فأما) إذا كان عريضا يمكن قسمته وان يبني كل واحد منهما في نصيبه حائطا يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعا لأنه يبني مالك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعا فلا يرجع عليه بشئ ولو أراد أحدهما قسمة عريضة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفي القسمة جبرا ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا إذا لم يكن عريضا فان كان يقسم قسمة جبرلانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لاحد هما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب صاحب الجذوع يجبر الآخر على القسمة لأنه في الانتفاع متعنت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذع له لا يجبر صاحب الجذوع على القسمة لان فيه ابطال حقه في وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يجبر على اعادته لما ذكرنا انه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على الاعادة وعلى هذا سفلى لرجل وعلى علو لغيره فأراد صاحب السفلى أن يفتح بابا أو يثبت كوة أو يحفر طاقا أو يقد وتدا على الحائط أو يتصرف فيه تصرفا لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

[ 265 ]

بأن أوجب وهن الحائط أو لم يضربه عند أبى حنيفة رحمه الله وعند هما له ذلك أن يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفلى أن يحفر في سفله بئرا أو بالوعة أو سردا بافله ذلك من غير رضا صاحب العلو اجماعا وكذا ايقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلوان يحدث على علوه بناء أو يضع جدو عالم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه بابا أو كنيفا لم يكن قبله ليس له ذلك عن أبى حنيفة سواء أضر بالسفلى أولا وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفلى وله ايقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل اجماعا منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبى حنيفة رحمه الله ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما أن صاحب السفلى يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الا لحق الغير وحق

الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الانسان لا يمنع من الاستئصال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لانعدام تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولا يبي حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى أن نقل المرأة والمبحار من دار المالك إلى موضع آخر حرام وان كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه ان يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضا المالك وصاحب الحق الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيع لان الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضرب بالمالك أولا وهنا حق لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه الا باذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستئصال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لان ذلك ليس تصرفا في ملك الغير وحقه إذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزابا أو كان ميزابا فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزابا أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لان صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطا ليسد وامسيله أو أراد وأن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لان ذلك تصرف في حق الغير بالابطال والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسهيل ميزابه على ظهره فلهم ذلك لان مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لان فيه ابطال حق المرور وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار لان عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحا أو ميزابا فنقول هذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت السكة نافذة واما ان كانت غير نافذة فان كانت نافذة فانه ينظر ان كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يقلع عليه ذلك وان كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع والنقض فإذا تقدم إليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الاشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للتحرز عن الضرر ولاضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولا يبي حنيفة رحمه الله ان اشراع الجناح والميزاب إلى طريق العامة تصرف في حقهم لان هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هواؤها فكان الانتفاع بذلك تصرفا في حق الغير وقدمران التصرف في حق الغير بغير اذنه حرام سواء أضربه أولا الا أنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الاذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الانسان باذنه مباح فإذا وقعت المطالبة بصريح النقص بطلت الدلالة فبقى الانتفاع بالمبنى تصرفا في حق مشترك بين الكل من غير اذنه ورضاهم فلا يحل هذا إذا كانت السكة نافذة فاما إذا كانت غير نافذة فان كان له حق في التقديم فليس لاهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وان لم

[ 266 ]

يكن له حق في التقديم فلهم منعه سواء كان لهم في ذلك مضرة او لا لما ذكرنا ان حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم \* (كتاب

الشهادة) \* الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الشهادة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يلزم الشاهد يتحمل الشهادة وفى بيان حكم الشهادة أما ركن الشهادة فقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفى متعارف الناس في حقوق العباد هو الاخبار عن كون ما في يد غيره لغيره فكل ما أخبر بأن ما في يد غيره لغيره فهو شاهد وبه ينفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ما ذكرنا في كتاب الدعوى (فصل) وأما الشرائط في الاصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط أداء الشهادة (أما) الاول فثلاثة أحدها أن يكون عاقلا وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبي والذى لا يعقل لان تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك الا بالآلة الفهم والضبط وهى العقل والثانى أن يكون بصيرا وقت التحمل عندنا فلا يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعي رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لان الحاجة إلى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسمع وللاعمى سماع صحيح فيصح تحمله الشهادة ويقدر على الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لان الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصما الا بالرؤية لان النعمات يشبه بعضها بعضا (وأما) البلوغ والحرية والاسلام العدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا أو عبدا أو كافر أو فاسقا ثم بلغ الصبى وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضى تقبل شهادتهم وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق فشهد له تقبل وكذا المرأة إذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانث منه فشهدت له تقبل شهادتها لان تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صارا من أهل الاداء بالعتق والبيونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لتهمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لتهمة الزوجية ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد التوبة والبيونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبى العاقل أو الكافر على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبى فشهدوا في تلك الحادثة بعينها تقبل (ووجه) الفرق ان الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة وقد وردت فإذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجية في تلك الحادثة فقد أعاد تلك الشهادة وهى مردودة والشهادة المردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبى لانه لا شهادة للكافر على المسلم أصلا وكذا الصبى والعبد لا شهادة لهما أصلا فإذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبى فقد حدثت لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة وهى غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعينة المشهود به بنفسه لا بغيره الا فى أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ولا يعلم مثل الشمس الا بالمعينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع الا فى أشياء مخصوصة وهى النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وان لم يعاين بنفسه لان مبنى هذه الاشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعينة وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له ان يشهد بالنكاح لانه دليل النكاح وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له ان يشهد بموته واختلفوا في تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الاخبار عنده من غير تواطؤ لان الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معينة فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر وذكر أحمد بن عمر وابن مهران الخصاف انه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامرأتان ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك استدلا لا بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت انسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين الموت وبين النكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الاشياء وان كان على الاشتهار الا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب لذلك شرط العدد في النكاح والنسب لافى الموت لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول انى لم أعين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال تقبل وذكر الطحاوي رحمه الله قول محمد مع أبى يوسف الآخر ووجه أن الولاء لحمة كلحمه النسب ثم الشهادة بالتسامع في النسب مقبولة كذا في الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضى الله عنه نشهد أن نافعا كان مولى ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لان جواز الشهادة بالتسامع في النسب لما أن مبنى النسب على الاشتهار فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشتهار فلا بد من معاينة الاعتاق حتى لو اشتهر اشتهار نافع لا بن سيدنا عمر رضى الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية الا أن مشايخنا ألقوه بالموت لان مبنى الوقف على الاشتهار أيضا كالموت فكان ملحقا به وكذا تجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية أن هذا قاضى بلد كذا ووالى بلد كذا وان لم يعين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه يحصل بمعاينة دليله بان يرى ثوبا أو دابة أو دار في يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لان اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل بشاهد في الاموال أقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة حتى يقع في قلبه أيضا أنه له وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعا أنه لا تجوز للرأى الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه في يده يستعمله استعمال الملاك من غير منازع وحتى يقع في قلبه أنه له وذكر في الجامع الصغير وقال كل شئ في يد انسان سوى العبد والامة يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والامة فيقضى أن لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيهما الا إذا أقرأ بأنفسهما وانما أراد به العبد الذى يكون له في نفسه يدبان كان كبيرا يعبر عن نفسه وكذا الامة لان الكبير في يد نفسه ظاهر إذا الاصل هو الحرية في بنى آدم والرق عارض فكانت يده إلى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه بخلاف الجمادات والبهائم لانه لا يدلها فيقيت يد صاحب اليد دليلا على الملك ولان الحر قد يخدم كانه عبد عادة وهذا أمر ظاهر في متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهر ان فلم تصلح اليد دليلا فيه أما إذا كان صغير الا يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لانه لا يكون له في نفسه يد فيلحق بالعروض والبهائم فتحل للرأى الشهادة بالملك فيه لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط اداء الشهادة فانواع بعضها يرجع إلى الشاهد وبعضها يرجع إلى نفس الشهادة وبعضها يرجع إلى مكان الشهادة وبعضها يرجع إلى المشهود به أما الذى يرجع إلى الشاهد فانواع بعضها يعم الشهادات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض أما الشرائط العامة فمنها العقل لان من لا يعقل لا يعرف الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها

البلوغ فلا تقبل شهادة الصبي العاقل لانه لا يقدر على الاداء الا بالتحفظ والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكر ولا يوجد من الصبي عادة ولان الشهادة فيها معنى الولاية والصبي مولى عليه ولانه لو كان له شهادة للزمته الاجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى ولاياب الشهداء إذا ما دعوا أي دعوا للاداء فلا يلزمه اجماعا ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملو كالا يقدر على شئ والشهادة شئ فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة ولان الشهادة تجرى مجرى الولايات والتمليكات أما معنى

[ 268 ]

الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغيروانه من باب الولاة وأما معنى التملك فان الحاكم يملك الحكم بالشهادة فكان الشاهد ملكه الحكم والعبد لا ولاية له على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولانه لو كان له شهادة لكان يجب عليه الاجابة إذا دعى لادائها للآية الكريمة ولا يجب لقيام حق المولى وكذا لا تقبل شهادة المدير والمكاتب وأم الولد لانهم عبيد وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الاعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أولا وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته إذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا إذا كان المدعى شياً لا يحتاج إلى الاشارة إليه وقت الاداء فاما إذا كان شياً يحتاج إلى الاشارة إليه وقت الاداء لا تقبل شهادته اجماعا وجه قوله أبي يوسف أن اشتراط البصر ليس لعينه بل لحصول العلم بالمشهود به ذا يحصل إذا كان بصيرا وقت التحمل وجه قولهما أنه لا بد من معرفة المشهود له والاشارة إليه عند الشهادة فإذا كان أعمى عند الاداء لا يعرف المشهود له من غيره فلا يقدر على اداء الشهادة ومنها النطق فلا تقبل شهادة الاخرس لان مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ولا عبارة للاخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لقبول الشهادة على الاطلاق فانها لا تقبل على الاطلاق دونها لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والشاهد المرضي هو الشاهد العدل والكلام في العدالة في مواضع في بيان ماهية العدالة انها ماهى في عرف الشرع وفي بيان صفة العدالة المشروطة وفي بيان انها شرط أصل القبول وجودا أم شرط القبول على الاطلاق وجودا ووجوبا أما الأول فقد اختلف عبارات مشايخنا رحمهم الله في ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لان أكثر أنواع الفساد والشر يرجع إلى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جريمة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسنانه سيئاته فهو عدل وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال إذا رأيتم الرجل يعتاد الصلاة في المساجد فاشهدوا له بالايمان وروى من صلى إلى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وقال بعضهم من يجتنب الكبائر وأدى الفرائض وغلبت حسناته سيئاته فهو عدل وهو اختيار أستاذ أستاذى الامام فخر الدين على البزدوى رحمه الله تعالى واختلفت في ماهية الكبائر والصغائر قال بعضهم ما فيه حد في كتاب الله عزوجل فهو كبيرة وما لاحد فيه فهو صغيرة وهذا ليس بسديد فان شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولاحد فيهما في كتاب الله تعالى وقال بعضهم ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجب حد فهو صغيرة وهذا يبطل أيضا بأكل الربا فانه كبيرة ولا يوجب الحد وكذا يبطل أيضا باشياء أخرى كبائر ولا توجب الحد نحو عقوق الوالدين والفرار من الزحف ونحوها وقال بعضهم كلما جاء مقرونا بوعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وأكل مال اليتيم والفرار من الزحف وهو مروى عن



عبد الله بن عباس رضى الله عنهما وقيل له ان عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما قال الكبائر سبع فقال هي إلى سبعين أقرب ولكن لا كبيرة مع توبة ولا صغيرة مع اصرار وروى عن الحسن عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال ما تقولون في الزنا والسرقة وشرب الخمر قالوا الله ورسوله أعلم قال عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ثم قال عليه الصلاة والسلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر فقالوا بلى يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام الا شراك بالله وعقوق الوالدين وكان عليه الصلاة والسلام متكئا فجلس ثم قال الاوقول الزور الاوقول الزور الاوقول الزور فإذا عرفت تفسير العدالة في عرف الشرع فلا عدالة لشارب الخمر لان شربة كبيرة فتسقط به العدالة ومن مشايخنا من قال إذا كان الرجل صالحا في أموره تغلب حسناته سيئاته ولا يعرف بالكذب ولا بشئ من الكبائر غير انه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتقوى لا للتلهي يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر كبيرة محضة وان كان للتقوى ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفس الشرب لان شربه للتقوى دون التلهي حلال وأما السكر منه فان كان وقع منه مرة وهو لا يدري أو وقع سهوا لا تسقط عدالته وان كان يعتاد السكر منه تسقط

[ 269 ]

عدالته لان السكر منع حرام ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب ويجلس بينهم وان كان لا يشرب لان حضوره مجلس الفسق فسق ولا عدالة للنائج والنائحة لان فعلهما محذور وأما المغني فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا عدالة له وان كان هو لا يشرب لانه رأس الفسقة وان كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالته لان ذلك مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذى يضرب شيئا من الملاهي فانه ينظر ان لم يكن مستشعنا كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالته وان كان مستشعنا كالعود ونحوه سقطت عدالته لانه لا يحل بوجه من الوجوه والذى يلعب بالحمام فان كان لا يطيرها لا تسقط عدالته وان كان يطيرها تسقط عدالته لانه يطلع على عورات النساء ويشغله ذلك عن الصلاة والطاعات ومن يلعب بالرند فلا عدالة له وكذلك من يلعب بالشطرنج ويعتاده فلا عدالة له وان اباحه بعض الناس لتشجيع خاطر وتعلم أمر الحرب لانه حرام عندنا لكونه لعبا قال عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل أهل وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه وكذلك إذا اعتاد ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات فان كان يفعله أحيانا ولا يقامر به لا تسقط عدالته ولا عدالة لمن يدخل الحمام بغير مئزر لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفافا بها وهو انا بتركها فلا عدالة له لان الجماعة واجبة وان كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضى عنده لا تسقط عدالته ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل بعمل قوم لوط ولا للشارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف المحصنات وقاتل النفس المحرة وأكل الربا ونحوه لان هؤلاء من رؤس الكبائر ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن لم يبال من أين يكتسب الدراهم من أي وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زور اطعما في المال والمعروف بالكذب لا عدالة له ولا تقبل شهادته أبدا وان تاب لان من صار معروفا بالكذب واشتهر به لا يعرف صدقه في توبته بخلاف الفاسق إذا تاب عن سائر انواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهوا وابتلى به مرة ثم تاب لانه قل ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لانسد باب الشهادة وأما الا قلف فتقبل شهادته إذا كان عدلا ولم يكن تركه الختان رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولان اسلامه إذا كان في حال الكبر فيجوز أنه خاف على

نفسه التلف فان لم يخف ولم يختتن تاركا للسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه فاسقا في تلك الحال وتقبل شهادة ولد الزنا إذا كان عدلا لعمومات الشهادة لان زنا الوالدين لا يقدر في عدالته لقوله سبحانه وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وما روى عنه عليه الصلاة والسلام ولد الزنا أسوأ الثلاثة فذافى ولد معين والله تعالى أعلم وتقبل شهادة الخصى لعمومات الشهادة وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قبل شهادة علقمة الخصى ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة ولان الخصاء لا يقدر في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة وأما شهادة صاحب الهوى إذا كان عدلا في هواه ودينه نظر في ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصية وصاحب الدعوة إلى هواه أو كان فيه مجانة لا تقبل أيضا لان صاحب العصية والدعوة لا يبالي من الكذب والتزوير لترويج هواه فكان فاسقا فيه وكذا إذا كان فيه مجانة لان الماجن لا يبالي من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل في هواه تقبل لان هواه يزجره عن الكذب الاصف من الرافضة يسمون بالخطابية فانهم لا شهادة لهم لان من نحلتهم انه تحل الشهادة لمن يوافقهم على من يخالفهم وقيل من نحلتهم أن من ادعى أمر امن الامور وحلف عليه كان صادقا في دعواه فيشدهون له فان كان هذا مذهبهم فلا تخلوا شهادتهم عن الكذب وكذا لاعدالة لاهل الالهام لانهم يحكمون بالالهام فيشهدون لم يقع في قلوبهم انه صادق في دعواه ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر شتيمة الصحابة رضى الله تعالى عنهم لان شتيمة واحد من أحاد المسلمين مسقطة للعدالة فشتيمتهم أولى ولا عدالة لصاحب المعصية لقوله عليه الصلاة والسلام ليس منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار نزع

[ 270 ]

يديه فكانت المعصية معصية مسقطة للعدالة والاصل في هذا الفصل أن من ارتكب جريمة فان كانت من الكبائر سقطت عدالته الا أن يتوب فان لم تكن من الكبائر فان أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لان الصغيرة بالاصرار عليها تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وان لم يصر عليها لا تسقط عدالته إذا غلبت حسناته سيئاته وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضى الله عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهى الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديل والتزكية فليست بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله انها شرط ولقب المسألة ان القضاء بظاهر العدالة جائز عنده وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف في أنه إذا طعن الخصم في الشاهد انه لا يكتفي بظاهر العدالة بل يسأل القاضى عن حال الشهود وكذا لا خلاف فيه أنه يسأل عن حالهم في الحدود والقصاص ولا يكتفى بالعدالة الظاهرة سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص إذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقال يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لان زمن أبى حنيفة رحمه الله كان من أهل خير وصلاح لانه زمن التابعين وقد شهد لهم النبي عليه الصلاة والسلام بالخيرية بقوله خير القرون قرنى الذى أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفسحوا الكذب الحديث فكان الغالب في أهل زمانه الصلاح والسداد فوعدت الغنية عن السؤال عن حالهم في السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوعدت الحاجة إلى السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لا اختلاف الزمان فلا يكون اختلافا

حقيقة ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة ههنا إلى الاثبات وهو ايجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها ولا يبي حنيفة ظاهر قوله عزوجل وكذلك جعلناكم أمة وسطا أي عدلا وصف الله سبحانه وتعالى مؤمنى هذه الامة بالوساطة وهى العدالة وقال سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة اصلا في المؤمنين وزوالها بعارض ولان العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول إليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به الا أن يطعن الخصم لانه إذا طعن الخصم وهو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال والسؤال في الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود يحتال فيها للدرء ولو طعن المشهود عليه في حرية الشاهدين وقال انهما رقيقان ولا قالا نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة على حريتهما لان الاصل في بنى آدم وان كان هو الحرية لكونهم اولا آدم وحواء عليما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرارا الا في أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا إذا كانا مجهولي النسب لم تعرف حريتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة بان كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريته أو كانا عربيين فاما إذا لم يكونا ممن يجرى عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقهما الا بالبينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول اصل الشهادة وجود أم شرط القول مطلقا وجوبا ووجودا فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجود على الاطلاق ووجوبا لا بشرط أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه وقال الشافعي عليه الرحمة انها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلا دونها حتى ان القاضى لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحرى بالاجماع وكذا لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحرى وإذا شهد يجب عليه القبول وهذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا يجوز للقاضى أن يقضى بشهادة الفاسق أصلا وكذا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعنده لا ينعقد (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن مبنى قبول الشهادات على الصدق لا يظهر الصدق الا بالعدالة لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق

[ 271 ]

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج في انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لانكاح الا بولي وشاهدي عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهدوا شهادتين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لانكاح الا بشهود والفاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن ترضون من الشهداء قسم الشهود إلى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضي وهو الفاسق شاهدا ولان حضرة الشهود في باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا للحاجة إلى شهادتهم عند الجحود والانكار لان النكاح يشتهر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والانكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن في الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواع من الفسق ويستتكف عن الكذب والكلام في فاسق تحرى القاضى الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض نقله الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم ولن يثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال لانكاح الا بولي وشاهدين عدلين بل هذا اضافة للشاهدين إلى العدل وهو كلمة التوحيد فكانة قال عليه الصلاة والسلام لانكاح الا بولي مقابلي كلمة العدل وهى كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرته ومنها أن لا يكون محدودا في قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامى على التأييد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن المحدود في القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملا بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذمي إذا قذف مسلما فحد حد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين وبمثله العبد المسلم إذا قذف حرا ثم حد حد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبدا وان أعتق (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمي قبل اقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فإذا أسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهى شهادته على أهل الاسلام لانها لم تكن له لتبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الاسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد لان العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد أبطل ذلك على التأييد ولو ضرب الذمي بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد في حالة الاسلام ولم توجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حدا لان الحدة لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة روايتين اخريين فقال في رواية لا تقبل شهادته وفي رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطا واحدا في الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حدا على وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد في حالة الاسلام وفي رواية اعتبر الاكثران وجد أكثر الحد في حال الاسلام تبطل شهادته والافلا لان للاكثر حكم الكل في الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حدا ولم يوجد الكل في حال الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالاسلام هذا إذا شهد بعد اقامة الحد وبعد التوبة فاما إذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد فهى مسألة شهادة الفاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحدودين في القذف فينعقد بالاجماع أما عند الشافعي رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعا وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والانكار لاندفاع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وذا يجعل بحضرة المحدودين في القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهي عن القبول والانعقاد ينفصل

[ 272 ]

عن القبول في الجملة وأما المحدود في الزنا والسرقه والشرب فتقبل شهادته بالاجماع إذا تاب لانه صار عدلا والقياس أن تقبل شهادة المحدود في القذف إذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأييد ومنها أن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم ولان شهادته إذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صارتهما ولا

شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه إذا جر النفع إلى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عزوجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد وان علالولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لان الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معني جرالنفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاف رحمه الله في أدب القاضى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيدته ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج لزوجته وأما سائر القرابات كالاخ والعم والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط في مال البعض عرفا وعادة فالتحقوا بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالاغانب ولا تقبل شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاه لما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعي رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص نحو قوله تعالى جل وعلا واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله عظمت كبرياؤه ممن ترضون من الشهداء من غير فصل بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجر المغنم إلى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهدا لنفسه لما روينا من حديث الخصاف رحمه الله وأما المعومات فنقول بموجبها لكن لم قلت أن أحد الزوجين في الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهدا فلا تتناوله العمومات وكذا لاتقبل شهادة الاجير له في الحادثة التى استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع إلى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشريكين لصاحبه في مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فشهادة الفريقين باطلة عند أبى حنيفة عليه الرحمة وأبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما دارا أو عبدا وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفريقين جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهما في شهادته ولهما أن ما يأخذه كل فريق فالفريق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهدا لنفسه بخلاف ما إذا اختلف جنس المشهود به لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصما لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولانه إذا كان خصما فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصي للميت واليتيم الذى في حجره لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء ذاكرا له عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه له رأى اسمه وخطه وخاتمه في الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضى به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه) قولهما انما لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهى معلومة في الصك فيحل له أداؤها وإذا أداها تقبل ولان النسيان أمر جبل عليه الانسان خصوصا عن طول المدة بالشئ لان طول المدة ينسى فلو شرط تذكر الحادثة لاداء الشهادة لانسد باب الشهادة فيؤدى إلى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهدوا إلا

فدع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزوير مع ما أن الخط للتذكر فخط لا يذكر وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف إذا وجد القاضى في ديوانه شيئاً لا يذكره وديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل إذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف إذا عزل القاضى ثم استقضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى في ديوانه الاول ولم يذكر ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التى ترجع إلى نفس الشهادة فأنواع منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من الالفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدى معنى الشهادة تعبداً غير معقول المعنى ومنها أن تكون موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفها لا تقبل الا إذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند امكان التوفيق لان الشهادة إذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعذر التوفيق انفردت عن الدعوى والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك في مسائل إذا ادعى ملكاً بسبب ثم أقام البينة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكاً مطلقاً ثم أقام البينة على الملك بسبب تقبل (ووجه) الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعلم فصار المدعى باقامة البينة على الملك المطلق مكذباً شهودة في بعض ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل يناقى الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتها معا في محل واحد بخلاف ما إذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البينة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصر المدعى مكذباً بشهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شئ لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى الفاً وخمسائة فشهد الشهود على الف انه تقبل البينة على الالف لما قلنا كذا هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البينة على الملك بسبب آخر بان ادعى داراً في يد رجل انه ورثها من أبيه ثم أقام البينة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء أو الهبة أو الصدقة ثم أقام البينة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البينتين صورة ومعنى أما الصورة فلاشك فيها وأما المعنى فلان حكم البينتين يختلف فلا يقبل الا إذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال كنت اشتريت منه لكنه جحدني الشراء وعجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهب منى وقبضت وأعاد البينة تقبل لانه إذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب شهوده وبصير هذا في الحقيقة ابتداءً ولهذا يجب عليه إعادة البينة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا إذا وفق فقال ورثته من أبى الا انه جحد ارثى فاشتريت منه أو وهب لى فإنها تقبل لزوال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعد هذا وأقام البينة على الشراء بالف درهم لا تقبل لان البدل قد اختلف واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البينة على عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا إذا وفق المدعى فقال اشتريت بالعبد الا انه جحدني الشراء به فاشتريته بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزوال المخالفة وهذا إذا كان دعوى التوفيق في مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم ثم جاء وادعى التوفيق فاما إذا لم يقم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه لم ثم أقام البينة على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه له لا تقبل ووجه الفرق انه قوله أولاً انه لى لا

ينفى قوله انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه لجواز أن يكون له بحق الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكنا فقبلت البينة بخلاف الفصل الثاني لان قوله هو لفلان وكلنى بالخصومة فيه ينفى قوله بعد ذلك هولى لانه صرح بان الملك فيه لفلان انه وكيل بالخصومة فيه بقوله انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هولى اقرارا منه بالملك لنفسه فكان مناقضا فلا تقبل ولو ادعى انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه لفلان آخر وكلنى بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولا انه لفلان

[ 274 ]

وكلنى بالخصومة فيه كما ينفى قوله انه لى ينفى قوله انه لفلان آخر وكلنى بالخصومة فيه فلان تقبل الا إذا وفق فقال ان الموكل الاول باع من الموكل الثاني ثم وكلنى الثاني بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى في ذى القعدة انه اشترى منه هذه الدار فى شهر رمضان بالف ونقده الثمن ثم أقام البينة على أنه تصدق بالدار على المدعى في شعبان لا تقبل بينته لان دعوى التصديق في شعبان تنا في الشراء في شهر رمضان لاستحالة شراء الانسان ملك نفسه والتوفيق غير ممكن فلا تقبل وان أقام البينة على التصديق في شوال ووفق فقال جحدني الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى دارا في يدي رجل انها له وأقام البينة على أنها كانت في يد المدعى بالامس لا تقبل وعن أبى يوسف انها تقبل ويؤمر بالرد إليه لو أقام صاحب اليد البينة على انها كانت ملكا للمدعى تقبل بالاجماع (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان البينة لما قامت على انها ما كانت في يده فالاصل في الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البينة على ملك كان ولان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولو ثبت بالمعينة أو بالاقرار انه كان في يده بالامس يؤمر بالرد إليه كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الا بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام ولان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطللة وقد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة فكانت محتملة والمحملة لا يصلح حجة بخلاف الملك والمعينة وبخلاف الاقرار لانه حجة بنفسه والبينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي ولا وجه للقضاء بالمحملة ولو أقام البينة انها كانت في يده بالامس فاخذها هذا منه أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويقضى للخارج لانه علم بالبينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد إليه وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى دارا في يد رجل أنه ورثها من أبيه وأقام البينة على انها كانت لاييه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان شهدوا ان الدار كانت لاييه ولم يقولوا مات وتركها ميراثها له وامان ان قالوا انها كانت لاييه مات وتركها ميراثا له واما ان قالوا انها كانت في يد أبيه يوم الموت واما ان أثبتوا من أبيه فعلا فيها عند موته أما الوجه الاول فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة وعلى قول أبى يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لاييه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون هذا على قولهما أما على قول أبى يوسف على ما روى عنه في الامالى ينبغي أن تقبل (وجه) قوله ان الملك متى ثبت لاييه بشهادتهم فالاصل فيما ثبت يبقى إلى ان يوجد المزيل فصار كما لو شهدوا انها كانت لاييه يوم الموت أيضا (وجه) قولهما ان الشهادة خالفت الدعوى لان المدعى ادعى ملكا كائنا والشهادة وقعت بملك كان لا يملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل قوله ما ثبت يبقى قلنا نعم لكن لاحكام دليل الثبوت لان دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وانما البقاء بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا انها كانت لجده فعند هما لا يقضى بها ما لم يشهدوا بالميراث بان يقولوا مات جده وتركها لاييه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له وعند

أبى يوسف ينظران علم ان الجد مات قبل الاب يقضى بها له وان علم ان الاب مات قبل الجد أو لم يعلم لم يقبض بها ولو شهدوا انها لاييه لا يقضى بها له منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذى ذكرنا وهو الصحيح فانه روى عن أبى يوسف انها تقبل وأما الوجه الثاني وهو ما إذا شهدوا انها كانت لاييه مات وتركها ميراثا له فلاشك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والتترك ميراثا له وهو تفسير الملك الموروث وأما الوجه الثالث وهو ما إذا شهدوا انها كانت في يده يوم الموت فالشهادة مقبولة لان مطلق اليد من الاصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة بملك قائم عند الموت فإذا مات فقد ترك فثبت الملك له في المتروك إذ هو تفسير الملك الموروث ولان يده ان كانت يد ملك كان الملك ثابتا للمورث عند الموت وان كانت يد أمانة انتقلت يد ملك إذا مات مجهلا لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان سبب لثبوت الملك في المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما إذا ثبت ليد المشهود من الاب فعلا في العين عند الموت فهذا على وجهين اما ان يكون ذلك فعلا هو دليل اليد واما ان يكون فعلا ليس هو دليل اليد والفعل

[ 275 ]

الذى هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل في النقلات كاللبس والحمل أو فعل يوجد للنقل عادة كالركوب في الدواب أو فعلا يوجد في الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لامن غيرهم كالسكنى في الدور والفعل الذى ليس بدليل اليد هو فعل ثبت في النقلات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط أو فعل ليس بفعل للملاك غالبا فيما لا يقبل كالنوم والجلوس في الدار وأشبه ذلك فان كان فعلا هو دليل اليد تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عند موت الاب لان الشهادة القائمة على ما هو دليل اليد عند الموت قائمة على اليد عند الموت وان كان فعلا ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لانه لم يوجد دليل اليد التى هي دلالة الملك وعلى هذا يخرج ما إذا اقام المدعى البينة ان أباه مات في هذه الدار انها لا تقبل لانه لم توجد الشهادة على اليد الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غالبا لان الدار قد يموت فيها المالك وقد يموت فيها غير المالك من الزوار والضعيف ونحوه ولو شهدوا انه مات وهو لابس هذا القميص أولا بس هذا الخاتم تقبل لان لبس القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد عن الموت أطلق محمد رحمه الله في الجامع الجواب في الخاتم ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما إذا كان الخاتم في خنصره أو بنصره يوم الموت وزعم انه إذا كان فيما سواهما من الاصابع لا تقبل الشهادة لان الاستعمال الملاك في الخاتم هذا عادة فكانت الشهادة القائمة عليه قائمة على اليد فاما جعله فيما سواهما من الاصابع من الملاك فهو ليس بمعتاد فلا يكون ذلك استعمال الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا لو جعل المودع الخاتم في خنصره أو بنصره فضاغ من يده يضمن لما انه استعمله ولو جعله فيما سواهما الاصابع فضاغ لا يضمن لما ان ذلك حفظ وليس باستعمال والصحيح اطلاق جواب الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد ولو شهدوا انه مات وهو جالس على هذا البساط أو على هذا الفراش أو نائم عليه لا تقبل لان هذه الافعال تتصور من غير نقل ولا تفعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل اليس انه لو تنازع اثنان في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به انه يكون بينهما نصفين وهذا دليل ثبوت يديهما عليه قبل له انما قضى به بينهما نصفين لدعواهما انه في يديهما لا لثبوت اليد لان الجلوس عليه



والتعلق به كل واحد منهما يتحقق بدون النقل ولا يوجدان النقل غالبا على ما بينا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو راكب على هذه الدابة تقبل ويقضى بالدابة للوارث لان الركوب وان كان يتهيا بدون نقل الدابة الا انه لا يفعل عادة الا للنقل فكان دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو ساكن هذه الدار تقبل ويقضى للوارث (وروى) عن ابي يوسف انه لا تقبل ولا يقضى (ووجه) ان فعل السكنى في الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلا على اليد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان السكنى فعل يوجد في الغالب من الملاك من غيرهم هذا هو المعتاد فيما بين الناس فيحمل المطلق عليه ولو شهدوا انه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا انه كان حاملا له لا تقبل ولا يستحق المدعى بهذا شيئا لانه يحتمل انه وضعه بنفسه أو وضعه غيره ويحتمل انه وقع عليه من غير صنع أحد بان هبت ربح به فالقته على رأسه فوقع الشك في النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا تثبت اليد بالشك ثم نقول إذا شهد الشهود انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا للورثة فلا يخلوا ما ان قالوا هذا وارثه لا وارث له غيره واما ان قالوا هو وارثه لا نعلم ان له وارثا غيره واما ان قالوا هو وارثه ولم يقولوا الا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فاما الوجه الاول وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا وارث له غيره فانه تقبل شهادتهم استحسانا والقياس ان لاتقبل لانها كشهادة على ما لعلم للشاهد به لاحتمال ان يكون له وارث لا يعلمه وقد قال عليه والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (وجه) الاستحسان ان قولهم لا وارث له غيره معناه في متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثا غيره أولا وارث له غيره في علمنا ولو نص على ذلك لقبلت شهادتهم فكذا هذا والله سبحانه أعلم (وأما) الوجه الثاني وهو ما إذا قالوا هو وارثه لا نعلم له وارثا غيره

[ 276 ]

تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال ابن ابي ليلى رحمه الله لاتقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره لانهم لو لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل ان يكون لا وارث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامة لان الشاهد انما تحل له الشهادة بما في علمه ونفى وارث آخر ليس في علمه فلا تحل له الشهادة به الا على اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا ولو قالوا لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر أو في أرض كذا تقبل عند ابي حنيفة وعندهما لاتقبل (وجه) قولهما ان قولهما لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر لا ينفى وارثا غيره لجواز أن يكون له وارث آخر في مصر آخر ولا يبي حنيفة رحمه الله انه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لعلموه لان وارث الانسان لا يخفى على أهل بلده عادة فكان التخصيص والتعميم فيه سواء ثم إذا شهدوا انه وارثه لا وارث له غيره أو شهدوا انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره أولا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر على مذهب ابي حنيفة رضى الله عنه فانه يدفع كل التركة إليه سواء كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحتمله كالاخ والاخت والجد ونحوهم لانه تعين وارثا له فيدفع إليه جميع الميراث الا إذا كان زجا أو زوجة فلا يعطى الا اكثر نصيبه فلا يعطى الزوج الا النصف ولا تعطى المرأة الا الربع لانهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لانه لا يرد عليهما وفي هذين الموضوعين لا يؤخذ من الوارث كفيل بالاجماع وأما الوجه الثالث وهو ما إذا شهدوا انه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا الا نعلم له وارثا غيره فانه ينظر ان كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع إليه شئ لجواز ان يكون ثمة حاجب فان كان لا يعطى وان لم يكن يعطى بالشك وان كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع إليه جميع المال الا الزوج والزوجة فانه لا يدفع اليهما الا نصيبهما وهو اكثر النصيبين عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللرأة

الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللمرأة الثمن في ظاهر الرواية عنه (وجه) قول محمد رحمه الله ان النقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاحمة وفي وجود المزاحم شك فلا يثبت النقصان بالشك ولا يبي يوسف رحمه الله ان الأقل ثابت بيقين وفي الزيادة شك فلا تثبت الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللمرأة ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة فيكون لها ربع الثمن لانه ثابت بيقين وفي الزيادة شك وروى عنه أصحاب الاملا وللزوج الخمس والمرأة ربع التسع أما الزوج فلان من الجائز ان يكون للمرأة ابوان وبنتان وزوج أصل المسألة من اثني عشر للابوين السدسان أربعة وللبنتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت الفريضة من خمسة عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز ان يكون للميت ابوان وبنتان وزوجة أصل المرأة من أربعة وعشرين للابوين السدسان ثمانية وللبنتين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت الفريضة سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين نسعها ثم من الجائز ان يكون معها ثلاثة أخرى فيكون أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربعة لا تستقيم فتضرب أربعة في تسعة ويكون ستة وثلاثين سهما تسعها أربعة فلها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهما ثم في هذا الوجه الثالث إذا كان الوارث ممن لا يحتل الحجب ودفع المال إليه هل يؤخذ منه كفيل قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ (وجه) قولهما أن أخذ الكفيل لصيانة الحق والحاجة مست إلى الصيانة لاحتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظرا للوارث كما في رد الأبق واللقطة إلى صاحبها ولا يبي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر لحال ثابت بيقين وفي ثبوت الحق لوارث آخر شك لانه قد يظهر وارث آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع ما ان المكفول له مجهول والكفالة للمجهول غير صحيحة وانما أخذ الكفيل بتسليم الأبق واللقطة فقد قيل انه قولهما لما ان في المسألة روايتان فاما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على انا سلمنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لان الراد انما يأخذ الكفيل لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسألة في الجامع الصغير

[ 277 ]

وقال هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرايت لو لم يجد كفيلة كنت أمنعه حقه دلت تسميته أخذ الكفيل ظلما علي ان مذهبه ان ليس كل مجتهد مصيبا إذا الصواب لا يحتمل ان يكون ظلما فدلت المسألة على براءة ساحته عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنه وأما الذي يرجع إلى المشهود به فمنها ان تكون الشهادة بمعلوم فان كانت بمجهول لم تقبل لان علم القاضى بالمشهود به شرط صحة قضائه فما لم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما إذا شهد رجلان عند القاضى ان فلانا وارث هذا الميت لا وارث له غير انه لا تقبل شهادتهما لانهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الوراثة واختلاف أحكامهما فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره أو اخوه لايه وأمة لا يعلمون له وارثا غيره وقوله لا يعلمون له وارثا غيره لئلا يتلوم القاضى لانه من الشهادة عند محمد رحمه الله لجنس هذه المسائل بابا في الزيادات يعرف ثمة ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون المشهود به معلوما للشاهد عند أداء الشهادة حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وان رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهذا عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما ان رأى خطه وختمه له ان يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين وأما الذى يخص المكان فواحد

وهو مجلس القاضى لان الشهادة لا تصير حجة ملزمة الا بقضاء القاضى فتختص بمجلس القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الشرائط التى تخص بعض الشهادات دون البعض فانواع أيضا (منها) الدعوى فى الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعى بنفسه أو نائبه لان الشهادة فى هذا الباب شرعت لتحقيق قول المدعى ولا يتحقق قوله الا بدعواه اما بنفسه واما بنائبه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشترك فيها الدعوى كاسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقا لله تعالى الا انه شرطت الدعوى فى باب السرقة لان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط تحقق كون الفعل سرقة شرعا ولا يظهر ذلك الا بالدعوى فشرطت الدعوى لهذا واختلف فى عتق العبد انه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق الله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على ان عتق الامة حق لله تعالى لما علم من الخلاف فى كتاب العتق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد فى الشهادة بما يطلع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا شاهدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين وامرأتان (وقوله) سبحانه وتعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولان الواجب على الشاهد اقامة الشهادة لله عزوجل الآية وهو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولا تقع الشهادة لله الا وان تكون خالصة صافية عن جر النفع ومعلوم ان فى الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لان من صدق قوله يتلذذ به فلو قبل قول الفرد لم تخل شهادته عن جر النفع إلى نفسه فلا يخلص لله عزوجل فشرط العدد فى الشهادة ليكون كل واحد مضافا إلى قول صاحبه فتصفو الشهادة لله عز شأنه ولانه إذا كان فردا يخاف عليه السهو والنسيان لان الانسان مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد فى الشهادة ليذكر البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالى فى اقامة امرأتين مقام رجل فى الشهادة ان تصل إحداهما فتذكر إحداهما أخرى ثم الشرط عدد المثني فى عموم الشهادات القائمة على ما يطلع عليه الرجال الا فى الشهادة بالزنا فانه يشترط فيها عدد الأربعة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقوله تعالى فان لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ولان الشهادة فى هذا الباب أحد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار ثم عدد الاقرار الأربعة شرط ظهور الزنا عندنا فكذا عدد الشهود الأربعة بخلاف سائر الحدود فانه لا يشترط العدد فى الاقرار لظهورها فكذا فى الشهادة ولان عدد الأربعة فى الزنا ثبت نصا بخلاف القياس لان خبر من ليس بمعصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب وعدد الأربعة فى احتمال الكذب مثل عدد المثني ما لم يدخل فى حد التواتر لكننا عرفناه شرطا بنص خاص معدولا به عن القياس فىبقى سائر الابواب على أصل القياس واما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة فى النساء فالعدد فيه ليس

[ 278 ]

بشرط عندنا فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثلاثان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا ان عند مالك رحمه الله يكتفى فيه بامرأتين وعند الشافعي رحمه الله لابد من الأربعة وجه قول مالك ان شهادة الرجال لما سقط اعتبارها فى هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعددهم من النساء ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الشرع أقام كل امرأتين فى باب الشهادة مقام رجل ثم لا يكتفى بأقل من رجلين فلا يكتفى بأقل من أربع نسوة (ولنا) ان شرط العدد فى الشهادة فى الأصل ثبت تعبدا غير معقول المعنى لان خبر من ليس بمعصوم عن

الكذب لا يفيد العلم قطعاً وبقينا وانما يفيد غالب الرأي وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد العدل ولهذا لم يشترط العدد في رواية الاخبار الا انا عرفنا العدد فيها شرطا بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهى ان يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فبقيت حالة الانفراد عن الرجال على أصل القياس وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة يقبل لانه لما قبل شهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان اختلفا لم تقبل لان اختلفاهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد شطرى الشهادة ولا يكتفى به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلفاهما في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال اما في العقد فهو ان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعقد غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فهو ان يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعى رجل على رجل الف درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالفين والآخر بالف لاتقبل عند أبى حنيفة رحمه الله اصلا وعندهما تقبل على الالف ولو كان المدعى يدعى ألفا وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل على الالف بالاجماع وجه قولهما ان الشهادة لم تخالف الدعوى في قدر الالف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما إذا ادعى الف وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الالف لما قلنا كذا هذا ولا بى حنيفة رحمه الله ان شطر الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كالمترك لالف من الابل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم تكن الالف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى فانفردت الشهادة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما إذا ادعى الف وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الالف لان الالف والخمسمائة اسم لعددین الا ترى انه يعطف احدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مقصودا فإذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الالف فيقضى به للمدعى لقيام الحجة عليه بخلاف الالف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال فلم تكن الالف المفردة داخلة تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليها شهادة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى الف فشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الالف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا إذا وفق فقال كان لى عليه ألفان الا انه كان قد قضانى الف ولم يعلم به الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى الف فشهد أحدهما بها والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا إذا وفق فقال كان لى عليه الف وخمسمائة الا انه قضانى خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه إذا وفق فقد زال الاختلاف المانع من القبول

ولو ادعى على رجل انه باع عبده بالفى درهم وهو ينكر فشهد شاهد بالفين وآخر بالف أو ادعى انه باعه بالف وخمسائة فشهد أحدهما بالف وخمسائة والآخر بالف لا تقبل بالاجماع لان الشاهدين اختلفا في البذل واختلفا البديلين يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهدا بعقد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا تقبل ولا يثبت العقد وكذا لو كان المشتري مدعيا والبائع مدعى عليه لما قلنا فان كان هذا في الاجارة ينظر ان كانت الدعوى من المؤاجر في مدة الاجارة لا تقبل لان هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقدين شهادة شاهدين فلا تقبل كما في باب البيع وان كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الاجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا إذا كانت الدعوى من المؤاجر فان كانت من المستاجر لا تقبل سواء كانت الدعوى في المدة أو بعد انقضائها لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في النكاح فان كانت الدعوى من المرأة فهذا دعوى المال عند أبي حنيفة عليه الرحمه حتى انها لو ادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسائة فشهد لها شاهدان أحدهما بالف وخمسائة والآخر بالف تقبل والنكاح جائز بالف درهم وعندهما لا تقبل ولا يجوز النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لا تقبل الاجماع لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى في الخلع أو في الطلاق على مال أو في العتاق أو في الصلح عن دم العمدة على مال فان كانت الدعوى من الزوج أو من المولى أو ولى القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لا تقبل لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لا تقبل لان هذا دعوى العقد فلا تقبل ولا تصح الكتابة وان كانت من المولى فلا تصح لان للمكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة في الزمان ولا مكان فانه ينظر ان كان ذلك في الاقارب لا يمنع القبول وان كان في الاقارب من القتل والقطع والغصب وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار مما يحتمل التكرار فيمكن التوفيق بين الشهادتين لسماحه عن الاقرار في زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والفسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار فاختلف الزمان والمكان فيها يوجب اختلاف الشهادتين فيمنع القبول وبالله التوفيق ولو ادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما على القرض والآخر على القرض والقضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى بالقضاء في ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضا لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالفرض لكن الذي شهد بالقضاء فسخ شهادته بالقرض فبقى على الفرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الشهادتان اختلفتا في القضاء لافى القرض بل اتفقا على القرض فيقضى به وقوله شاهد القضاء فسخ شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض يكون (واما) الذي يرجع إلى المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء لما روى عن الزهري رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى عليه وسلم والخليفين من بعده رضوان الله تعالى عليهما انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مبناهما على الدرء والاسقاط بالشبهات وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة ونقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف سائر الاحكام لانها تجب مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البذل من شهادة الرجال

والإبدال في باب الحدود غير مقبولة كالكفارات والوكالات وأما الشهادة على الأموال فالذكورة ليست فيها بشرط والآنوثة ليست بمائعة بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المدائنة فاستشهدوا بشهيد من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهادة واختلف في اشتراطها في الشهادة بالحقوق التي ليست بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضى الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعي رضى الله عنه شرط (وجه)

[ 280 ]

قول الشافعي رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورة لانها جعلت حجة في باب الديانات عند عدم الرجال ولا ضرورة في الحقوق التي ليست بمال لاندفاع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم تجعل حجة في باب الحدود والقصاص وكذا لم تجعل حجة بانفراد هن فيما لا يطلع عليه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالى واستشهدوا الآية جعل الله سبحانه وتعالى لرجل وامرأتين شهادة على الاطلاق لانه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من له شهادة على الاطلاق فاقضى ان يكون لهم شهادة في سائر الاحكام الا ما قيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان اجماعا منهم على الجواز ولان شهادة رجل وامرأتين في اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيها على جانب الكذب بالعدالة لانها لم تجعل حجة فيما يدرأ بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها لما ذكرنا وهذه الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا تسلم فانها مع القدرة على شهادة الرجال في باب الأموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الآنوثة يصير مجبورا بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلف في اشتراطها في الشهادة على الاحصان قال علماؤنا الثلاثة رضى الله عنهم ليست بشرط وقال زفر شرط حتى يظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعنده لا يظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط في علة العقوبات بالاجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين والاحصان من جملة أو صاف العلة لان علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا لموصوف بالتغليط ولا يتغلط الا بالا حصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا يثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما أنه لو أقر بالزنا رجع وكذا الشهادة القائمة على الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عزوجل فاستشهدوا الآية ودلالاتها على نحو ما تقدم مع الشافعي رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا الا ممنوع بل هو شرط العلة فيصير الزنا عنده علة والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط لما عرف في أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم أنه لا يصح الرجوع في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يصح في قول زفر رحمه الله وهذا حجة على زفر ولا رواية فيئه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما لله فلنا أن نمنع وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على انه تضاف إليه العقوبة الا ترى ان الدعوى ليست بشرط في عتق الامة اجماعا ولا في عتق العبد عند أبي يوسف ومحمد وان كان لا تقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حق الله تعالى في هذا الوقت على ما عرف في الخلافيات ومنهم اسلام الشاهد إذا كان المشهود عليه مسلما حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم لان الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه وتقبل شهادة المسلم على الكافر لانه من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى (وأما) إذا كان المشهود عليه كافرا فاسلام الشاهد هل هو شرط

لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله عنهم ليس بشرط حتى تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت بعد ان كانوا عدولا ولا في دينهم وقال الشافعي رحمه الله شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلا واحتج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا نفى الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلا وفى قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافرين على المؤمنين لانه يجب على القاضي القضاء بشهادتهم وأنه منفى ولان العدالة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فإذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن له ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم على المسلم شهادة فكذا للذمي على الذمي فظاهره يقتضى أن يكون للذمي على المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار مخصوصا من عموم النص ولان الحاجة مست إلى صيانة حقوق أهل الذمة ولا تصلح الصيانة الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة ولا شك أن الحاجة

[ 281 ]

إلى صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معاقدتهم ليتحلّموا حوادثهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لصاعت حقوقهم عندا الجحود والانكار فدعت الحاجة إلى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب ولا حكم لا يثبت بالشرط فلا يكون في قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت مللهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصراني على اليهودي واليهودي على المجوسي وقال ابن أبي ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد أن يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وان كان فيها صورة لانه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذمي من أهل دار الاسلام فاختلفت الدار ان فلم تقبل شهادة الذمي عليه بالنص الذى روينا وصار حكم المستأمن مع الذمي في الشهادة كحكم الذمي مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن ان اتفقت دارهم ومللهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها الاحد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها إذا تقادم العهد الاعلى حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف في كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرأحة في الشهادة على شرب الخمر إذا لم يكن سكران ولم يتحقق انه من مسيره لا يبقى الريح من المجئ به من مثلها عادة عندهما وعند محمد ليس بشرط وهى من مسائل الحدود وتذكر هنا لك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصاله في الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهى الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضي إلى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على أنها ليست بشرط في الاموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي الا في العبد الأبق عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تقبل فيه أيضا على ما نذكر

في كتاب أدب القاضى (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الفروع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء لتمكن الشبهة في شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا تمكنت في مجلس فكان فيها زيادة ليست في شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبينة على الدرء أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل إيقاف إقامتها ولهذا شرط عدد الاربعة في الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكره في فرجها كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة ثم نقول الكلام في الشهادة على الشهادة يقع في مواضع في صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفي شرائط التحمل وفي صورة أداء الشهادة على الشهادة وفي شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهده الاصل اشهد على شهادتى انى أشهد ان لفلان على فلان كذا أو يقول أشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد على شهادتى بذلك وأما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد أن لفلان على فلان كذا أشهدك على شهادتى هذه وأمرك أن تشهد على شهادتى هذه فاشهد وأما شرائط تحمل هذه الشهادات فما ذكرنا في عموم الشهادات وأما الذى يختص بها فانواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان لفلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقل اشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها معاينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (ووجه) الفرق ان الفروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الانابة منهم وذلك

[ 282 ]

بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد في سائرهما بطريق الاحالة بنفسه لا بغيره فيصح التحمل فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ما شهدت أو كما شهدت أو على ما شهدت لا يصح التحمل ما لم يقل على شهادتى لان معنى التحمل والانابة لا يحصل الا بالاشهاد على شهادته ومنها عدد التحمل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدى الاصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الآخر واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذمم لا ينقلها إلى القاضى الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته جاز التحمل لانه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيها من النساء (وأما) صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضا مختصر ومطول فالمختصر ان يقول شهد فلان عندي ان لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندي فلان ان لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحمل والانابة يتأدى بقوله أشهدني على شهادته فكان قوله أمرني بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فما ذكرناه كسائر الشهادات والذى يختص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتا أو غائبا مسيرة سفرا ومريضا لا يستطيع يحضر مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا في هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكونا



رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضى ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ما قيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشترط الذكورة والاصل في عمومات الشهادات الا ان اشتراط الذكورة في شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري رحمه الله لتمكن شبهة في شهادتين ليست في شهادة الرجال واشتراط الاصاله في الشهادة لتمكن زيادة شبهة في شهادة الفروع ليست في شهادة الاصول وهو الشبهة في الشهادتين على ما ذكرنا فشرط ذلك احتيالا لدرء ما يندرى بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فثبتت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم (فصل) وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذي يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسبا الحدود لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسط شهداء لله الا ان في الشهادة القائمة على حقوق العباد وأسبابها لابد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فإذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم لقوله تعالى ولاياب الشهداء إذا ما دعوا أي دعو الاداء الشهادة لان الشهادة أمانة المشهود له في ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذي أو تمن أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها وأما في حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود نحو طلاق امرأة واعتاق عبد والظهار والايلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة حسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة إلى الاقامة من غير طلب من أحد من العباد وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقه وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد حسبة لله تعالى وبين ان يستر لان كل واحد منهما أمر مندوب إليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وقدند به الشرع إلى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامها الله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخية المسلم (فصل) وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضى لان الشهادة عند اجتماع شرائطها مظهرة للحق والقاضى مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وثبوت ما يترتب عليها من الاحكام

[ 283 ]

\* (كتاب الرجوع عن الشهادة) \* الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان أحدهما يرجع إلى مال الشاهد والثانى يرجع إلى نفسه أما الذى يرجع إلى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الضمان وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان مقدار الواجب اما الاول فسبب وجوب الضمان في هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة لان الضمان في الشرع انما يجب اما بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فيتعين الاتلاف فيها سببا لوجوب الضمان فان وقعت اتلافا انعقدت سببا لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على رجل بالف وقضى القاضى بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما لما رجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سببا إلى الاتلاف في حق المشهود عليه والتسبب إلى الاتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالاكراه على إتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه (فان قيل) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضى لم يصح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يردده إلى المشهود عليه قبل له أنه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء لان الشاهد غير

مصدق في الرجوع في حق القاضى والمشهود له لوجهين الاول أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به نفذ بدليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضى فلا ينتقض الثابت ظاهرا بالشك والاحتمال فبقى القضاء ما ضيا على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثانى أن الشاهد في الرجوع عن شهادته منهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للتهمة إذ التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع في حقه فلم ينقض القضاء ولا يترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا يتوهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة في نقض القضاء والتوصل إلى عين المشهود به فيظهر في التوصل إلى بدله رعاية للجوانب كلها وإذا رجعا قبل القضاء لا يضمنان لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تقع تسببها إلى الاتلاف بدونه وعلى هذا إذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته فقضى القاضى بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقرا بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد ويتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما اتلافا فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقضى القاضى بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالمتعة بان لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمنا ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيأ من الممهر لكنها أكدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتملا للسقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلا فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكد للواجب بمنزلة الواجب في الشرع كالمحرم إذا أخذ صيدا فذبحه رجل في يده يجب الجزء على الآخذ ويرجع الآخذ بذلك على القتل لوقوع القتل منه تأكيد للجزاء الواجب على المحرم إذ لولا ذبحه لاحتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح أكد الواجب عليه فنزل المؤكد منه منزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا إذا شهدا على رجل أنه أعتق عبدا أو أمة له وهو ينكر فقضى القاضى ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الامة لمولاه لانهما بشهادتهما أتلفا عليه مالية العبد أو الامة فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى لان الاعتاق نفذ عليه والولاء لمن أعتق فان قيل هذا اتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضا لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا اتلافا بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الامة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضى بذلك ثم رجعا فنقول هذا في الاصل لا يخلو من

[ 284 ]

أحد وجهين اما أن لم يكن معها ولد واما أنا كان معها ولد وكل ذلك لا يخلوا ما أن رجعا في حال حياة المولى واما أن رجعا بعد وفاته اما إذا لم يكن معها ولد ورجعا في حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنا وتقوم أم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فإذا مات المولى عتقت الجارية لانها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لانهما أتلفا شهادتهما كل الجارية لكن بعضها في حال الحياة والباقي بعد الوفاة فيضمنان كذلك وان كان معها ولد ورجعا في حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما أتلفاه عليه ألا ترى أنه لو لا شهادتهما لكان الود عبداله فهما بشهادتهما أتلفاه عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فإذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا يضمنان له شيأ

ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان في زعم الولدان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الاب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كانت له تركة وان لم يكن له تركة فلا ضمان على الولد لامن من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركة لا يوخذ من مال الوارث وان كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتها لانهما أتلفا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذه الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظلم عليهما في زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للاخ ما أخذ هذا من الميراث لانهما ما أتلفا عليه الميراث لما نذكر ان ان شاء الله تعالى هذا إذا كان الرجوع في حال حياة المولى فاما إذا كان بعد وفاته فان لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما في الرجوع وان كان معه شريك في الميراث فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لما قلنا وبضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما أتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لان هذا ظلم للاخ في زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا إذا كانت الشهادة في حال حياة المولى والرجوع عليه في حال حياته أو بعد وفاته فاما إذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعبدا و أمة وتركه فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الامة من الميت وصدقهما الولد والامة وأنكر الابن فقضى القاضى بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فان هناك لا يضمنان الميراث ووجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لانه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الاب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الاب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحق الشهادة إتلافا للمال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهد أنه دبر عبده فقضى القاضى بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنا ويقوم مدبرا فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فإذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله ان كان يخرج من الثلث ولاسعاية عليه لانه مدبره ويضمنان للورثة بقية قيمته عبدالانهما أتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى في ثلثي قيمته عبداقنا للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا إذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فان كانت لا تخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد بثلثي قيمته إذا أيسر ولو شهدا أنه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وانما الدخول شرط والحكم يضاف إلى العتق لا إلى الشرط فكان التلف حاصلًا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك إذا شهدا انه قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

[ 285 ]

بالزنا وشهد آخران بالاحصان ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو شهدا انه قتل فلانا خطأ وقضى القاضى ثم رجعا ضمنا الدية لانهما اتلفاها عليه وتكون في مالهما لان الشهادة منهما بمنزلة الاقرار

منهما بالاتلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو أقر صريحا ولهذا لو رجعا في حال المرض اعتبر اقرار بالدين حتى يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقارير وكذا لو شهدا انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضى ثم رجعا ضمانا يد لما قلنا وكذا لو شهدا عليه بالسرقه فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم رجعا فقد روى أن شاهدين شهدا عند سيدنا على كرم الله وجهه على رجل بالسرقه فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم جاء الشاهدان بأخر فقالا أو همنا أن السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضى الله عنه لا أصدقكما على هذا وأغر مكمادية يد الاول ولو علمت أنكما تعمدتما لقطعتم أيديكما وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكانا جماعا ولو شهد انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضى وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف إذا شهدا انه قطع يد فلان (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان شهادتهما وقعت قتلا تسببيا لانها تفضى إلى وجوب القصاص وانه يفضى إلى القتل فكانت شهادتهما تسببيا إلى القتل والتسبب في باب القصاص في معنى المباشرة كالاكراه على القتل (ولنا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسببيا إلى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسببيا لان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسببيا بخلاف الاكراه على القتل لان القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالألة والفعل لمستعمل الألة لا للألة على ما عرف على أن ذلك وان كان قتلا تسببيا فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فمن ادعى تخصيص الفرع يحتاج إلى الدليل وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على ولى القتل أنه عفا عن القتل وقضى القاضى ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال ألا ترى أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكره ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكره يضمن بالاكراه على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من الثلث ولو كان مالا اعتبر من الثلث كما إذا تبرع في مرضه وعن أبى يوسف رحمه الله أنهما يضمنان الدية لولى القتل لان شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولى القتل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى نفسا تساوى ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لانا لا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولى القتل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك المحل لان في المحل ما ينافى الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما اتلاف النفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يجده فقضى القاضى بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لانعدام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب فانواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة وقوع الشهادة اتلافا ولا تصير اتلافا الا إذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافا الا به (ومنها) مجلس القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضى كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البينة على رجوعهما لا تقبل بيئته كذا لا يمين عليهما إذا أنكر الرجوع الا إذا حكيا عند القاضى رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة انشاء رجوعهما عند القاضى فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما إذا شهد أنه تزوج هذه المرأة بالف درهم ومهر مثلها ألفان وهي تنكر فقضى القاضى بالنكاح بالف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئا

لانهما اتلغا عليها منفعة البضع والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعارض عقد الاجارة وكذا لو ادعت امرأة على رجل انه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى ثم رجعا لم يضمنا للزوج شيأ لانهما بشهادتهما

[ 286 ]

اتلغا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضى ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيأ لانهما بشهادتهما اتلغا المنفعة لاعين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بغير عوض فان كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لان الاتلاف بعوض يكون اتلافا صورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بالف درهم والمشتري ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضى ثم رجعا انه ينظران كانت قيمة العبد ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشتري لان شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وان كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشتري والمسألة بحالها ان كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل لا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وان كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع لان شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هذا يخرج ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضى بالنكاح بالف ثم رجعا أنه ينظر ان كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمنا للزوج شيأ وان اتلغا عليه عين المال لانهما اتلغاهما بعوض له حكم عين المال وهو البضع لانه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل أن الاب يملك أن يزوج من ابنه امرأة ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج لما ملك لان الاب لا يملك على ابنه معاوضة مال بما ليس بمال وكذلك المريض إذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضع في حكم المال في حال الدخول في ملك الزوج لاعتبر من الثلث كالتبرع دل ان البضع يعتبر مالا في حق الزوج حال دخوله في ملكه فكان الاتلاف بعوض هو في حكم عين المال فلا يكون اتلافا معنى وان كان مهر مثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لانهما اتلغا الزيادة عليه من غير عوض أصلا وهذا بخلاف ما إذا ادعى رجل على امرأة انه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضى عليها بألف درهم ثم رجعا انهما يضمنان للمرأة ألف درهم لانهما اتلغا عليها عين المال بغير عوض أصلا لان البضع حال خروجه عن ملك الزوج لا يعتبر ما لا بدليل أن الاب لا يملك أن يخلع من ابنته الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من مالها يضمن ولو كان مالا لملك لانه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريضة إذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لاعتبر من جميع المال كما في سائر معاوضات المال بالمال وإذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ماذا ادعى رجل أنه أجر داره من فلان شهرا بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضى ثم رجعا فاما إن كان في أول المدة ينظران كان أجرة الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمتأجر ولو اتلغا عليه عين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لان المنفعة في باب الاجارة لها حكم عين المال وان كانت أجرة مثلها أقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة لان التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا وان

كانت الدعوى بعد مضي مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجرة لانهما أتلفا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح ولى القاتل على مال والقاتل ينكر فقضى القاضى بذلك ثم رجعا انهما لا يضمنان شيأ للقاتل لانهما أتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لان النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب عليه القصاص فصالح الولى على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضا لاعتبر من الثلث دل ان هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان؟ الا إذا شهدا على الصلح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لان تلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن تخرج هذه المسائل على فصل التسبب لان ما قابله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويستوى في وجوب الضمان الرجوع

[ 287 ]

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت الفروع وثبت الاصول يجب الضمان على الفروع لوجود الاتلاف منهم لوجود الشهادة؟ منهم حقيقة ولو رجع الاصول وثبت الفروع فلا ضمان على الفروع لانعدام الرجوع منهم وهل يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب وقال محمد يجب (وجه) قوله أن الفروع لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فإذا شهدوا فقد أظهروا شهادتهم فكانهم حضروا بانفسهم وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من الفروع لامن الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم يشهدوا حقيقة وانما شهد الفروع وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتلاف من الاصول لعدم الشهادة منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا إذا رجعوا جميعا فالضمان على الفروع عندهما ولا شئ على الاصول لوجود الشهادة من الفروع حقيقة لامن الاصول وعنده المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع وان شاء ضمن الاصول لوجود الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين عند أبي حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضى بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا عنده وعندهما رجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان التزكية ليست الابناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التى هي خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان لا يوجب الضمان كذا هذا ولابي حنيفة أن التزكية في معنى الشهادة في وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة انما يوجب الضمان لوقوع اتلافا وانما يصير اتلافا بالتزكية ألا ترى أنه لو لان التزكية لما وجب القضاء فكانت الشهادة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فالاصل أن مقدار الواجب منه على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبرة فيه لبقاء من بقى من الشهود بعد رجوع من رجع منهم فان بقى منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف أصلا من أحد وان بقى منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص فنقول بيان هذه الجملة إذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كانت الشهود أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا إذا رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة فعليهم نصف المال لان النصف عندنا

بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم نصف المال لان النصف بقى بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف بثبات الرجل ولو رجع وامرأة فعليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقي ببقاء امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة الارباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شئ على المرأة لان المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها بمنزلة واحدة لان القاضى لا يقضى بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لان الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل واحد لاشئ عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقى ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهم اثلاثا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثلاث أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تلف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

[ 288 ]

نسوة ثم رجعا جميعا فالضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبى حنيفة فاما عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فان الضمان بينهم انصافا ولا بي حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداسا ولو رجع الرجل وحده ضمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيد ان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لان الحق بقى محفوظا برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لانه بقى بثبات رجل وامرأة ثلاثة ارباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل والثلث على المرأة لان تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثلاثا ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شئ على المرأة في قياس قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وفى قياس قول أبى حنيفة رضى الله عنه نصف المال يكون عليهما اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اخماس عند أبى حنيفة خمسه على الرجل وثلثة اخماسه على النسوة لان الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن شطر الشهادة وان كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان انه طلق امرأته ثلاثا والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضى بشهادتهم ثم رجعوا فالضمان عليهم ارباع على شاهدى الطلاق الربع لان شاهدى الدخول شهدا بكل المهر لان كل المهر يتأكد بالدخول وللمؤكد حكم الموجب على ما مرو شاهدى الطلاق شهدا بالنصف لان نصف المهر يتأكد بالطلاق على ما ذكرنا والمؤكد للواجب في معنى الواجب فشاهد الدخول

انفرد بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربيع على شأهdy الطلاق وثلاثة الارباع على شأهdy الدخول فما الذى يرجع إلى نفسه فنوعان أحدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهى الشهادة القائمة على الزنا وجملة الكلام فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا أما أن يكون من جميع الشهود وأما أن يكون من بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعا يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلان كلامهم قبل القضاء انعقد قذفا لا شهادة الا أنه لايقام الحد عليهم للحال لاحتمال أن يصير شهادة بقريئة القضاء فإذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقى قذفا فيوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلان كلامهم وان صار شهادة باتصال القضاء به فقد انقلب قذفا بالرجوع فصاروا بالرجوع قذفة فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء والامضاء فلا خلاف في انهم يحدون إذا كان الحد جلد أو ان كان رجما فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لاحد عليهم وجه قول انهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن كلامهم وقع قذفا من حين وجوده فصار كما لو قذفوا صريحا ثم مات المقذوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف بين أصحابنا فيسقط (لنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفا من حين وجوده وانما يصير قذفا وقت الرجوع والمقذوف وقت الرجوع ميت فصار قذفا بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد وأما حكم الضمان فاما قبل الامضاء لا ضمان أصلا لعدم الاتلاف أصلا وأما بعد الامضاء فان كان الحد ربما ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم اتلافا أو اقرارا بالاتلاف وان كان الحد جلدا فليس عليهم ارش الجدات إذا لم يمت منها ولا الدية ان مات منهما عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافا بطريق التسبب لانها تقضى إلى القضاء والقضاء يفضى إلى اقامة الجلدات وانها تقضى إلى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافا إلى الشهادة فكانت اتلافا تسببيا ولهذا لو شهدوا بالقصاص أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولابي حنيفة عليه

[ 289 ]

الرحمة أن الاثر حصل مضافا إلى الضرب دون الشهادتين لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لان الضرب الجارح غير مستحق في الجلد فلا يكون الجرح مضافا إلى شهادتهم والثانى أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبب إليه وازضافة الاثر إلى المباشرة أولى من اضافته إلى التسبب الا انه لا ضمان على بيت المال لان هذا ليس خطأ من القاضى ليكون عطاؤه في بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير منه ولا تقصير من جهته ههنا فلا شئ على بيت المال هذا إذا رجعوا جميعا فاما إذا رجع واحد منهم فان كان قبل القضاء يحدون جميعا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحد الراجع خاصة وجه قوله ان كلامهم وقع شهادة قذفا لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الاربعة وانما ينقلب قذفا بالرجوع لم يوجد الامن أحدهم فينقلب كلامه قذفا خاصة بخلاف ما إذا أشهد ثلاثة بالزنا انهم يحدون لان هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذفا (ولنا) ان كلامهم لا يصير شهادة الا بقريئة القضاء ألا ترى انها لا تصير حجة الا به فقبله يكون قذفا لا شهادة فكان ينبغى أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمى منهم الا انه لايقام لاحتمال ان يصير شهادة بقريئة القضاء ولئلا يؤدى إلى سد باب الشهادة فإذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذفا فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فانهم يحدون لوقوع كلامهم قذفا كذا هذا وان كان بعد القضاء قبل الامضاء فانهم يحدون جميعا عندهما وعند محمد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لاتصال القضاء به فلا ينقلب قذفا الا



بالرجوع ولم يرجع الا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفا فلم يصح رجوعه في حق الباقيين فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء في باب الحدود من القضاء بدليل ان عمى الشهود أوردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعده يمنع من الامضاء فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعا بلا خلاف بين اصحابنا الثلاثة كذا إذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وان كان بعد الامضاء فان كان الحد جلدا يحد الراجع خاصة بالاجماع لان رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق الباقيين فانقلبت شهادته خاصة قذفا فيحد خاصة وان كان الحد رجما ومات المقذوف بحد الراجع عند اصحابنا خلافا لزفر وقد مرت المسألة هذا حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان إذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لما قلنا وأما بعد الامضاء فيحد خاصة وان كان الحد رجما ومات المقذوف بحد الراجع عند اصحابنا خلافا لزفر وقد مرت المسألة هذا حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان إذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لما قلنا وأما بعد الامضاء فان كان الحد جلد فلاشئ على الراجع من ارش السياط ولا من الدية ان مات عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجب وان كان رجما غرم الراجع ربع الدية لان الثلاثة يحفظون ثلاثة ارباع الدية فكان التالف بشهادته الربع هذا إذا كان شهود الزنا أربعة فأما إذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فان القاضى يقيم الحد على المشهود عليه بما بقى من الشهود لان الاربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وان أمضى الحد ثم رجع اثنان ضمنا ربع الدية ان مات المرجوم لان الثلاثة قاموا بثلاثة ارباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه وان لم يمتهن فليس عليهما ارش للضرب عند أبي حنيفة وعندهما يجب وقد تقدمت المسألة والثانى وجوب التعزير في عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنابان تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضى باقرار لان قول الزور جناية ليس فيها فيما سوى القذف حد مقدر فتوجب التعزير بلا خلاف بين اصحابنا وانما اختلفوا في كيفية التعزير قال أبو حنيفة عليه الرحمة تعزيره تشهير فينادى عليه في سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضم إليه ضرب أسواط هذا إذا تاب فأما إذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال انى شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم يعزر بالضرب بالاجماع احتجا بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولان قول الزور من أكثر الكبائر وليس إليه فيما سوى القذف بالزنا حد مقدر فيحتاج إلى أبلغ الزواجر ولابي حنيفة رحمه الله ماروى ان شريحا كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضاياها على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر ولان الكلام فيمن أقر انه

[ 290 ]

شهد بزور نادما على ما فعل لامصرا عليه والندم توبة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان مصرا على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضى الله عنه محمول عليه توفيقا بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم (تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضى)