

### [ 1 ]

(الجزء الحادي عشر من) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي وكتب  
ظاهر الرواية أتت \* سنا وبالاصول أيضا سميت صنفا محمد الشيباني \*  
حرر فيها المذهب النعماني الجامع الصغير والكبير \* والسير الكبير  
والصغير ثم الزيادات مع المبسوط \* تواترت بالسند المضبوط ويجمع  
الست كتاب الكافي \* للحاكم الشهيد فهو الكافي أقوى شروحه الذي  
كالشمس \* مبسوط شمس الامة السرخسي (تنبيه) قد باشر جمع من  
حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة  
من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان دار المعرفة بيروت - لبنان

### [ 2 ]

بسم الله الرحمن الرحيم \* (كتاب اللقيطة) \* (قال) الشيخ الامام الاجل  
الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي الفضل  
السرخسي اختلف الناس فيمن وجد لقطة فالمتفلسفة يقولون لا يحل له  
أن يرفعها لانه أخذ المال بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا فكما لا يحل له  
أن يتناول مال الغير بغير اذن صاحبه لا يحل له اثبات اليد عليه وبعض  
المتقدمين من أئمة التابعين كان يقول يحل له أن يرفعها والتارك أفضل  
لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فإذا تركها وجدها  
صاحبها في ذلك الموضع ولانه لا يأمن على نفسه أن يطمع فيها بعد ما  
يرفعها فكان في رفعها معرضا نفسه للفتنة والمذهب عند علمائنا رحمهم  
الله وعامة الفقهاء ان رفعها أفضل من تركها لانه لو تركها لم يأمن أن  
تصل إليها يد خائنة فيكتمتها عن مالكها فإذا أخذها هو عرفها حتى يوصلها  
إلى مالكها ولانه يلتزم الامانة في رفعها لانه يحفظها ويعرفها والتزام أداء  
الامانة يفرض بمنزلة الثواب لانه يثاب على أداء ما يلتزمه من الامانة فانه  
يمثل فيه الامر قال تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها  
وامثال الامر سبب لنيل الثواب ثم ما يجده نوعان (أحدهما) ما يعلم ان  
مالكه لا يطلبه كفشور الرمان والنوى (والثاني) ما يعلم ان مالكه يطلبه  
فالنوع الاول له أن يأخذه وينتفع به إلا أن صاحبه إذا وجده في يده بعد ما  
جمعه كان له أن يأخذه منه لان القاء ذلك من صاحبه كان اباحة الانتفاع به  
للو احد ولم يكن تملكا من غيره فان المليك من المجهول لا يصح وملك  
المبيح لا يزول بالاباحة ولكن للمباح له أن ينتفع به مع بقاء ملك المبيح فإذا  
وجده في يده فقد وجد عين ملكه قال صلي الله عليه وسلم من وجد عين  
ماله فهو أحق به وان وجد ذلك مجتمعا لم يحل له أن ينتفع به لان الظاهر  
ان المالك ما القاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه فكان هذا من النوع الثاني  
وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله ان من ألقى شاة ميتة له فجاه  
أخرو جز صوفها كان له أن ينتفع به ولو وجده صاحب

الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ولو سلخها وديع جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لان ملكه لم يزل بالالقاء والصوف مال متقوم من غير اتصال شئ آخر به فله أن يأخذه مجانا فأما الجلد لا يصير مالا متقوما إلا بالدباغ فإذا أراد أن يأخذه كان عليه أن يعطيه ما زاد الدباغ فيه فأما (النوع الثاني) وهو ما يعلم ان صاحبه يطلبه فمن يرفعه فعليه أن يحفظه ويعرفه ليوصله إلى صاحبه وبدأ الكتاب به ورواه عن ابراهيم قال في اللقطة يعرفها حولا فان جاء صاحبها والا تصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أنفذ الصدقة وان شاء ضمنه وما ذكر هذا علي سبيل الاحتجاج بقول ابراهيم لان أبا حنيفة رحمه الله كان لا يرى تقليد التابعين وكان يقول هم رجال ونحن رجال ولكن ظهر عنده ان ابراهيم فيما كان يفتى به يعتمد قول علي وابن مسعود رضى الله عنهما فان فقه أهل الكوفة دار عليهما وكان ابراهيم أعرف الناس بقولهما فما صح عنه فهو كالمنقول عنهما فلهذا حشا الكتاب من أقاويل ابراهيم وفي هذا الحديث بيان الملتقط ينبغي له أن يعرف اللقطة والتقدير بالحول ليس بعام لازم في كل شئ وانما يعرفها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقله المال وكثرته حتى قالوا في عشرة دراهم فصاعدا يعرفها حولا لان هذا مال خطير يتعلق القطع بسرقة ويملك به ماله خطر والتعريف لا يلاء العذر والحول الكامل لذلك حسن قال القائل إلى الحول ثم اسم السلام عليكما \* ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر وفيما دون العشرة إلى ثلاثة يعرفها شهرا وفيما دون ذلك إلى الدرهم يعرفها جمعة وفي دون الدرهم يعرف يوما وفي فلس أو نحوه ينظر يمنا ويسرة ثم يضعه في كف فقير وشئ من هذا ليس بتقدير لازم لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولكننا نعلم ان التعريف بناء على طلب صاحب اللقطة ولا طريق له إلى معرفة مدة طلبه حقيقة فيبنى علي غالب رأيه ويعرف القليل إلى أن يغلب علي رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك فإذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف تصدق بها لانه التزم حفظها علي ما لكها وذلك باتصال عينها إليه ان وجده والا فباتصال ثوابها إليه وطريق ذلك التصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء ضمنه لانه تصدق بماله بغير اذنه وذلك سبب موجب للضمان على وان شاء أنفذ الصدقة فيكون ثوابها له واجازته في الانتهاء بمنزلة اذنه في الابتداء فان قيل كيف يضمنها له وقد تصدق بها باذن الشرع قلنا

الشرع أباح له التصدق بها وما ألزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للائم عنه غير مسقط لحق محترم للغير كالاذن في الرمي إلى الصيد والاذن في المشى في الطريق فانه يتقيد بشرط السلامة وحق صاحب هذه المال مرعي محترم فلا يسقط حقه عن هذا العين بهذا الاذن فله أن يضمنه ان شاء والاذن هنا دون الاذن لمن أصابته مخمصة في تناول ملك الغير وذلك غير مسقط للضمان الواجب لحق صاحب المال وذكر عن ابن مسعود رضى الله عنه انه اشترى جارية بسبعمائة درهم أو بثمانمائة درهم فذهب صاحبها فلم يقدر عليه فخرج ابن مسعود رضى الله عنه بالثمن في صرة

فجعل يتصدق بها ويقول لصاحبها فان أبى فلنا وعلينا الثمن فلما فرغ قال هكذا يصنع باللقطة وفى هذا اللفظ بيان أن الملتقط له أن يتصدق بها بعد التعريف على أن يكون ثوابها لصاحبها ان أجاز وان أبى فله الضمان على المتصدق وليس مراد ابن مسعود رضى الله عنه من هذا ان حكم الثمن الواجب عليه حكم اللقطة من كل وجه وكيف يكون ذلك والمثن دين في ذمته وما تصدق به من الدراهم خالص ملكه فأما عين اللقطة فمملوكة لصاحبها والملتقط أمين فيها فعرفنا ان هذا ليس في معنى اللقطة ولا يقال لعله كان اشتراها بمال معين لانه صح من مذهبه ان النقود لاتتبع في العقد ولو تعينت فهي مضمونة على المشتري فعرفنا انه ليس كاللقطة من كل وجه وانه بالتصدق ما قصد اسقاط الثمن عن نفسه بل قصد اظهار المجاملة في المعاملة واتصال ثوابها إلى صاحبها ان رضى بصنيعه وإلا فالثمن دين عليه كما كان وعن أبى سعيد مولى أسيد قال وجدت خمسمائة درهم بالحره وأنا مكاتب فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال اعمل بها وعرفها فعملت بها حتى أدبت مكاتبتى ثم أتيته فأخبرته بذلك فقال ادفعها إلى خزان بيت المال وفى هذا دليل ان للامام ولاية الاقراض في اللقطة والدفع مضاربة لان قول عمر رضى الله عنه اعمل بها وعرفها إما أن يكون بطريق المضاربة أو الاقراض مضاربة وقد علمنا انه لم يرد المضاربة حتى لم يتبين نصيبه من الربح فكان مراده الاقراض منه وفي هذا معنى النظر لصاحب المال لانه يعرض للهلاك فيهلك من صاحبه قبل الاقراض وبعد الاقراض يصير ديننا في ذمة المستقرض يؤمن فيه التوى بالهلاك وكذلك بالبحود لانه متأكد بعلم القاضى ولهذا كان للقاضى ولاية الاقراض في أموال اليتامى وربما يكون معنى النظر في الدفع إليه مضاربة أو إلى غيره فذلك كله إلى القاضى لانه نصب ناظرا وفيه دليل على ان الملتقط إذا كان محتاجا فله أن ينتفع باللقطة بعد

## [ 5 ]

التعريف لان هذا المكاتب كان محتاجا إلى العمل فيها فيؤدى مكاتبته من ربحها فأذن له عمر رضى الله عنه في ذلك وفيه دليل ان للامام أن يقبض اللقطة من الملتقط ان رأى المصلحة في ذلك لانه أمره بدفعها إلى خزان بيت المال وكأنه أمره بذلك لانه كان سبيلها التصديق بها بعد التعريف فأمره بدفعها إلى من هو في يده بيت مال الصدقة ليضعها موضع الصدقة وذكر في الاصل عن سويد بن عقلة قال حججت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان وانا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم فوجدنا سوطا فاحتماه القوم وكرهوا أن يأخذوه وكنت أحوجهم إليه فأخذته فسالت عن ذلك أبى بن كعب فحدثني بالمائة دينار التى وجدها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وجدت مائة دينار فأخبرت النبي صلى الله عليه وسلم بذلك قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة اخرى فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء طالبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها فانها رزق ساقه الله اليك وأما قوله وجدنا سوطا يحتمل أن يكون ذلك مما يكسر من السياط ويعلم أن صاحبه ألقاه فتركه القوم لانهم ما كانوا محتاجين إليه وأخذه سويد لينتفع به فانه كان محتاجا إليه فذلك يدل على ان ما ألقاه صاحبه يباح أخذه للانتفاع به لمن شاء ويحتمل ان هذا كان سوطا هو مال متقوم يعلم ان صاحبه يطلبه فكيون بمنزلة اللقطة

وفي قوله فاحتماه القوم حجة لمن يقول ترك اللقطة أولى من رفعها ولكننا نقول هذا كان في ذلك الوقت لأن الغلبة كانت لاهل الخير والصلاح فإذا تركه واحد يتركه الآخر أيضا أو يأخذه ليؤدي الأمانة فأما في زماننا فقد غلب أهل الشر إذا ترك الأمين يأخذ الخائن فيكتم من صاحبه والحكم يختلف باختلاف أحوال الناس ألا ترى ان النساء كن يخرجن إلى الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصديق رضى الله عنه ثم منعهن من ذلك في زمن عمر رضى الله عنه وكان صوابا وفي الحديث الذي رواه أبى بن كعب رضى الله عنه دليل لما قلنا ان التقدير بالحول في التعريف ليس بلازم ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها ألا ترى ان المائة دينار لما كانت مالا عظيما كيف أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يعرفها ثلاث سنين ثم بظاهر الحديث يستدل الشافعي رضى الله عنه في ان للملتقط أن ينتفع باللقطة بعد التعريف وان كان غنيا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جوز ذلك لابي رضى الله عنه

## [ 6 ]

وهو كان غنيا وقد دل على غناه قوله عليه الصلاة والسلام اخلطها بمالك ولكننا نقول يحتمل انه لفقره وحاجته لديون عليه فأذن له في الانتفاع وخلطها بماله ويحتمل انه علم ان ذلك المال لحربي لا أمان له وقد سبقت يده إليه فجعله أحق وبه لهذا واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه قال رزق ساقه الله اليك ولكن مع هذا أمره بان يعرف عددها ووكاءها احتياطا حتى إذا جاء طالب لها محترم تمكن من الخروج مما عليه يدفع مثلها إليه وذكر عن الحسن بن صباح قال وجد رجل لقطه أيام الحاج فسأل عنها عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فقال عرفها في الموسم فان جا صاحبها وإلا تصدق بها فان جاء صاحبها فخيره بين الاجر وبين الثمن يعنى القيمة فان اختار الثمن فادفع إليه وان اختار الاجر فله الاجر وفي هذا دليل على انه ينبغي للملتقط أن يعرفها في الموضع الذى أصابها فيه وان يعرفها في مجمع الناس ولهذا أمره بالتعريف في الموسم وهذا لان المقصود ايصالها إلى صاحبها وذلك بالتعريف في مجمع الناس في الموضع الذى أصابها حتى يتحدث الناس بذلك بينهم فيصل الخبر إلى صاحبها وذكر عن أبى اسحاق عن رجل قال وجدت لقطه حين أنقر على بن أبى طالب رضى الله عنه الناس إلى صفيين فعرفتها تعريفا ضعيفا حتى قدمت على علي رضى الله عنه فأخبرته بذلك فضرب يده على صدري وفي رواية قال لى انك لعريض القفا خذ مثلها فاذهب حيث وجدت فان وجدت صاحبها فادفعها إليه وإلا فتصدق بها فان جاء صاحبها فخيره ان شاء اختار الاجر وان شاء ضمنك ومعنى وقوله فعرفتها تعريفا ضعيفا أي عرفتها سرا وما أظهرت تعريفها في مجمع الناس فكأنه طمع في أن تبقى له وعرف ذلك منه علي رضى الله عنه حين ضرب يده على صدره وقال ما قال انك سليم القلب تطمع في مال الغير وهذا من دعاية علي رضى الله عنه وقد كان به دعاية كما قال عمر رضى الله عنه حين ذكر علي رضى الله عنه للخلافة أما انه ان ولى هذا الامر حمل الناس على محجة بيضاء لولا دعاية به وفيه دليل ان التعريف سرا لا يكفي بل ينبغي للملتقط أن يظهر التعريف كما أمر علي رضى الله عنه الرجل به وانه ينبغي أن يعرفها في الموضع الذى وجدها لان صاحبها يطلبها في ذلك الموضع وحكى ان بعض العلماء وجد لقطه وكان محتاجا إليها فقال في نفسه لا بد من تعرفها ولو عرفتها في المصر ربما يظهر صاحبها فخرج من المصر حتى انتهى إلى رأس بئر فدلى رأسه في البئر وجعل يقول وجدت كذا فمن سمعته ينشد

ذلك فدلوه على وتجنب البئر رجل يرقع شمله وكان صاحب اللقطة فتعلق به حتى

[ 7 ]

أخذها منه يعلم أن المقدور كائن لا محالة فلا ينبغي أن يترك ما التزمه شرعا وهو إظهار التعريف وبعد إظهار التعريف ن جاء صاحبها دفعها إليه لحصول المقصود بالتعريف وان لم يحن فهو بالخيار ان شاء أمسكها حتى يحن صاحبها وان شاء تصدق بها لان الحفظ هو العزيمة والتصدق بها بعد التعريف حولا رخصة فيخير بين التمسك بالعزيمة أو الترخص بالرخصة فان تصدق بها ثم جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أجاز الصدقة ويكون له ثوابها وان شاء اختار الضمان وإذا اختار الضمان يخير بين تضمين الملتقط وبين تضمين المسكين لان كل واحد منهما في حقه مكتسب سبب الضمان الملتقط بتمليك ماله من غير بغير إذنه والمسكين يقبضه لنفسه على طريق التملك وأيهما ضمنه لم يرجع على الا خربشئ أما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما يلحقه من الضمان على غيره وأما الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه تصدق بملك نفسه فله ثوابها ولا رجوع له على المسكين بشئ وان كان الملتقط محتاجا فله أن يصرفها إلى حاجة نفسه بعد التعريف لانه انما يتمكن من التصديق بها على غيره لما فيه من سد خلة المحتاج واتصال ثوابها إلى صاحبها وهذا المقصود يحصل بصرفها إلى نفسه إذا كان محتاجا فكان له صرفها إلى نفسه لهذا المعنى فأما إذا كان غنيا فليس له أن يصرف اللقطة إلى نفسه عندنا وقال الشافعي له ذلك على أن يكون ذلك دينا عليه إذا جاء صاحبها لحديث أبي بن كعب رضى الله عنه كما روينا ولما روى عن على رضى الله عنه انه وجد دينارا فاشترى به طعاما بعد التعريف فأكل من ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى وفاطمة والحسن والحسين رضى الله عنهم أجمعين ولو كان سبيله التصديق ولم يكن للملتقط صرفها إلى منفعة نفسه لما أكلوا من ذلك فان الصدقة ما كانت تحل لهم والمعنى فيه ان للملتقط أن يصرفها إلى نفسه إذا كان محتاجا بسبب الالتقاط وما يثبت له بسبب الالتقاط يستوي فيه أن يكون غنيا أو فقيرا كالحفظ والتعريف والتصدق به على غيره وهذا لان في الصرف إلى نفسه معنى النظر له ولصاحبها أظهر لانه يتوصل إلى منفعته ببدل يكون دينا عليه لصاحبها إذا حضر فكان منفعة كل واحد في هذا أظهر وحثنا في ذلك ما روينا من الآثار الموجبة للتصدق باللقطة بعد التعريف ولان المقصود اتصال ثوابها إلى صاحبها وهذا المقصود لا يحصل بصرفها إلى نفسه إذا كان غنيا بل يتبين به انه في الاخذ كان عاملا لنفسه ولا يحل له شرعا أخذ اللقطة لنفسه فكما يلزمه أن يتحرز عن هذه النية في الابتداء فكذلك

[ 8 ]

في الانتهاء يلزمه التحرز عن إظهار هذا وقد بينا تأويل حديث أبي فأما حديث على رضى الله عنه فقد قيل ما وجدته لم يكن لقطه وانما ألقاها ملك ليأخذه على رضى الله عنه فقد كانوا لم يصيبوا طعاما أياما وعرف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بطريق الوحي فلهذا تناولوا منه علي

ان الصدقة الواجبة كانت لا تحل لهم وهذا لم يكن من تلك الجملة فلهذا استجاز على رضى الله عنه الشراء بها لحاجته وإذا وجد الرجل اللقطة وهى دراهم أو دنائير فحاء صاحبها وسمى وزنها وعددها ووكاءها فأصاب ذلك كله فان شاء الذي في يده دفعها إليه وان شاء أبى حتى يقيم البينة عندنا وقال مالك يجبر على دفعها إليه لانه لما أصاب العلامات فالوهم الذي سبق إلى وهم كل واحد انه صاحبه والاستحقاق بالظاهر يثبت خصوصاً عند عدم المنازع كما يثبت الاستحقاق لذى اليد باعتبار الظاهر يثبت والملتقط غير منازع له لانه لا يدعيها لنفسه ولانه يتعذر على صاحبها إقامة البينة فانه ما أشهد أحدا عند سقوطها منه ولو تمكن من ذلك لما سقطت منه فسقط اشتراط إقامة البينة للتعذر وتقام العلامة مقام ذلك كما يقام شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقام شهادة الرجال ولكننا نقول اصابة العلامة محتمل في نفسه فقد يكون ذلك جزافاً وقد يعرف الانسان ذلك من ملك غيره وقد يسمع من مالكة ينشد ذلك ويذكر علاماته والمحمتمل لا يكون حجة للالزام ثم الملتقط أمين ويصير بالدفع إلى غير المالك ضامناً فيكون له أن يتحرز عن اكتساب سبب الضمان بأن لا يدفع إليه حتى يقيم البينة فيثبت استحقاقه بحجة حكمية وله أن يتوسع في دفع إليه باعتبار الظاهر فان دفعها إليه أخذ منه بها كفيلاً نظرامنه لنفسه فلعله يأتي مستحقها فيضمنها إياه ولا يتمكن من الرجوع على الاخذ منه لانه يخفى شخصه فيحتمل فيها بأخذ الكفيل منه وان صدقه ودفعها إلى ثم أقام آخر البينة انها له فله أن يضمن الملتقط أما بعد التصديق يؤمر بالدفع إليه لان الاقرار حجة في حق المقر لكن الاقرار لا يعارض بينة الآخر لان البينة حجة متعدية إلى الناس كافة فيثبت الاستحقاق بها للذى أقام البينة ويتبين ان الملتقط دفع ملكه إلى غيره بغير أمره فله الخياران شاء ضمن القابض بقبضه وان شاء ضمن الملتقط بدفعه فان ضمن الملتقط رجع على المدفوع إليه وان صدقه باصابتة العلامة فقد كان ذلك منه اعتماداً على الظاهر ولا بقاء له بعد الحكم بخلافه والمقر إذا صار مكذباً في إقراره يسقط اعتبار إقراره كالمشتري إذا أقر بالملك للبائع ثم استحقه انسان من يده رجع على البائع بالثمن والرواية محفوظة في وكيل المودع إذا جاء إلى المودع وقال أنا وكيله

## [ 9 ]

في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع إليه إلا في رواية عن أبى يوسف رحمة الله بخلاف وكيل صاحب الدين لان المديون انما يقضى الدين بملك نفسه واققراره في ملك نفسه ملزم فأما المودع يقر له بحق القبض في ملك الغير واققراره في ملك الغير ليس بملزم فعلى هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله في اللقطة كذلك لا يجبر على دفعها إليه وان صدقه ومنهم من فرق فقال هناك الملك لغير الذى حضر ظاهر في الوديعة وهنا ليس في اللقطة ملك ظاهر لغير الذى حضر فينبغي أن يكون اقرار الملتقط ملزماً إياه الدفع إليه ثم في الوديعة إذا دفع إليه بعدما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع فليس له أن يرجع على الوكيل بشئ وهنا للملتقط أن يرجع على القابض لانه هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وهنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما يثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بعدما ضمن لهذا يوضحه ان هناك المودع منكر الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فلا حاجة به إلى البينة وانما يقضى

القاضي علي المودع بالضمان باعتبار الاصل وهو عدم الوكالة فلا يصير المودع مكذبا في زعمه حكما وهنا انما يقضى بالضمان على الملتقط بحجة البينة فيصير هو مكذبا في زعمه حكما فان كانت اللقطة مما لا يبقى إذا أتى عليه يوم أو يومان عرفها حتى إذا خاف أن تفسد تصدق بها لان المقصود من التعريف ايصالها إلى صاحبها فتقيد مدة التعريف بالوقت الذي لا يفسد فيه لان بعد الفساد لا فائدة لصاحبها في ايصالها إليه وقد بينا ان التصدق بها طريق لحفظها على صاحبها من حيث الثواب فيصير إلى ذلك إذا خاف أن تفسد العين وإذا وجد شاة أو بعيرا أو بقرة أو حمارا فحسبه وعرفه وأنفق عليه ثم جاء صاحبها وأقام البينة أنه لم يرجع عليه بما أنفق لانه متبرع في الانفاق على ملك الغير بغير أمره إلا أن يكون أنفق بغير أمر القاضي فأما أمر القاضي بمنزلة أمر صاحبها لما للقاضي على صاحبها من ولاية النظر عند عجزه عن النظر بنفسه والامر بالانفاق من النظر لانه لا بقاء للحيوان بدون النفقة عادة فان رفعها إلى القاضي وأقام البينة انه التقطها أمره بان ينفق عليها على قدر ما يرى وقد بينا طريق قبول هذه البينة والامر بالانفاق بعدها في اللقيط ثم انما يأمر بالانفاق نظرا منه لصاحبها فلا يأمر إلا في مدة يتحقق فيها معنى النظر له من يومين أو ثلاثة لانه لو أمر بالانفاق في مدة طويلة ربما يأتي ذلك على

## [ 10 ]

قيمتها فلا يكون فيها نظر لصاحبها فأما في المدة اليسيرة تقل النفقة ومعنى النظر لحفظ عين ملكه عليه يحصل فان لم يجئ صاحبها باع الشاة ونحوها لان في البيع حفظ المالية عليه بالثمن وله ولاية الحفظ عليه بحسب الامكان فإذا تعذر حفظ العين عليه لعوز النفقة صار إلى حفظ المال عليه بالبيع وأما الغلام والداية فنؤاخره ونفق عليه من أجره لان بهذا الطريق يتوصل إلى حفظ عين ملكه والمنفعة لا تبقى له بعد مضى المدة فاجارته والانفاق على بمحض نظر له فإذا باعها اعطاء القاضي من ذلك الثمن ما أنفق عليه بأمره في اليومين أو الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب للملتقط على صاحبها وهو معلوم للقاضي فيقضى دينه بماله لان صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكذلك القاضي يعينه على ذلك فان لم يبعها حتى جاء صاحبها وأقام البينة انها له قضى له بها القاضي وقضى عليه بنفقة الملتقط فان قال الملتقط لا أدفعها اليك حتى تعطيني النفقة كان له ذلك لان ملكه في الدابة حتى يبقى تملك النفقة فكانت تلك النفقة متعلقة بمالية الدابة من هذا الوجه فيحبسها كما يحبس البائع المبيع بالثمن ولم يذكر في الكتاب أن الملتقط إذا لم يقم البينة هل يأمر القاضي بالانفاق أم لا والصحيح انه ينبغي للقاضي أن يقول له ان كنت صادقا فقد أمرتك بالانفاق عليه لان في هذا معنى النظر لهما ولا ضرر فيه على أحد فانه ان كان غاصبا للدابة لم يخرج من ضمانه ولا يستوجب الرجوع بالنفقة على مالكها بالامر لما قيده بكونه صادقا فيه وإذا التقط الرجل لقطة أو وجد دابة ضالة أو أمة أو عبدا أو صبيا حرا ضالا فرده على أهله لم يكن في شيء من ذلك جعل لانه متبرع بمنافعه في الرد ووجوب الجعل لرد الابق حكم ثبت نصا بخلاف القياس بقول الصحابة رضى الله عنهم فلا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه والصال ليس في معنى الابق فالابق لا يزال يتباعد من المولى حتى يفوته والصال لا يزال يقرب من صاحبه حتى يجده فلهذا أخذنا فيه بالقياس وان عوضه صاحبه شيئا فهو حسن لانه يحسن إليه في احياء ملكه وردة عليه وهل جزاء الاحسان إلا الاحسان ولانه منعم عليه وقال صلى الله عليه

وسلم من أرالت إليه نعمة فليشكرها وذلك بالتعويض وأدنى درجات الامر  
الندب وإذا وجد الرجل بعيرا ضالا أخذه يعرفه ولم يتركه يضيع عندنا وقال  
ملك رحمته الله تركه أولى للحديث المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم  
سئل عن ضالة الغنم فقال هي لك أو لآخيك أو للذئب فلما سئل عن ضالة  
الابل غضب حتى احمرت وجنتاه وقال مالك

## [ 11 ]

ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر حتى يلقاها ربها  
وتأويله عندنا انه كان في الابتداء فان الغلبة في ذلك الوقت كان لاهل  
الصلاح والخير لا نصل إليها يد خائنة إذا تركها واجدها فأما في زماننا لا  
يأمن واجدها وصول يد خائنة إليها بعده ففي اخذها احيائها وحفظها على  
صاحبها فهو أولى من تضييعها كما قررنا في سائر اللقطات وإذا باع  
اللقطة بأمر القاضى لم يكن لصاحبها ذا حصر إلا الثمن كما لو باعها  
القاضى بنفسه وهذا لان البيع نفذ بولاية شرعية فهو كبيع ينفذ باذن  
المالك وان كان باعها بغير أمر القاضى فالبيع باطل لحصوله ممن لا ولاية  
له على المالك بغير أمر معتبر شرعا ثم ان حصر صاحبها واللقطة قائمة  
في يد المشتري يخير بين أن يحيز البيع ويأخذ الثمن وبين أن يبطل ويأخذ  
عين ماله لان البيع كان موقوفا على اجازته كما لو كان حاضرا حين باعه  
غيره بغير أمره فان كان قد هلكت اللقطة في يد المشتري فصاحبها  
بالخيار ان شاء ضمن البائع القيمة لوجود البيع والتسليم منه بغير إذنه وان  
شاء ضمن المشتري بقبضه ملكه بنفسه بغير رضاه فان ضمن البائع كان  
الثمن للبائع لانه ملكه بالضمان فينفذ البيع من جهيه ولكن ينصدق بما زاد  
على القيمة من الثمن لانه حصل له بكسب خبيث فان قيل الضمان انما  
يلزمه بالتسليم والبيع كان سابقا عليه كيف ينفذ البيع من جهته باداء  
الضمان قلنا لا كذلك بل كما رفعه لبيعه بغير أمر القاضى صار ضامنا  
بمنزلة المودع يبيع الوديعة ثم يضمن قيمتها فان البيع ينفذ من جهته بهذا  
الطريق وهو انه كما رفعها إلى البيع صار ضامنا فيستند ملكه إلى تلك  
الحالة فان ضمن المشتري قيمتها رجع بالثمن على البائع لان استرداد  
القيمة منه كاسترداد العين فيبطل البيع به وليس له أن يحيز البيع بعد  
هلاك السلعة لان الاجازة في حقه بمنزلة ابتداء التمليك فلا يصح إلا في  
حاله بقاء المعقود عليه ولو كان المعقود عليه قائما في يده وقد قبض  
الملتقط الثمن وقد هلك في يده ثم أجاز البيع نفذ لقيام المعقود عليه  
وكان الملتقط أمينا في الثمن لان اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء  
وإذا أخذ عبدا فجاء به إلى مولاه فقال هذا عبد أبى فقد وجب لى الجعل  
عليك وقال مولى العبد بل هو الصال أو قال أنا أرسلته في حاجة لى  
فالقول قول المولى لان الراد يدعى لنفسه عليه الجعل والمولى ينكر ذلك  
ولانه يدعى ان ملكه تغيب بالاباق والمولى منكر لذلك فالقول قوله مع  
بمينه وإذا هلكت اللقطة عند الملتقط فهو على ثلاثة أوجه ان كان حين  
أخذها قال أخذتها لاردها مالكة وأشهد على ذلك شاهدين فلا ضمان

## [ 12 ]

عليه لانه مأذون في أخذها للرد علي المالك مندوب إلى ذلك شرعا فكان هذا الاخذ نظير لاخذ باذن المالك فلا يكون سببا للضمان وان كان أخذها لنفسه وأقر بذلك فهو ضامن لها لانه ممنوع من أخذها فكان متعديا في هذا الاخذ فيكون ضامنا كالغاصب والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد أي ضمان ما أخذ والأخذ مطلقا من يكون عاملا لنفسه وان لم يكن أشهد عن الالتقاط ولكنه ادعى انه أخذها للرد ويدعى صاحبها ان أخذها لنفسه فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القول قول صاحبها والملتقط ضامن وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول الملتقط مع يمينه لوجهين (أحدهما) ان مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعا قال صلى الله عليه وسلم لا تظن بكلمة خرجت من في أخيك سوا وأنت تجد لها في الخير محملا والذي يحل له شرعا الاخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد منه (والثاني) ان صاحبها يدعى عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر لذلك فالقول قوله كما لو ادعى عليه الغصب وهما يقولان كل حر عامل لنفسه ما لم يظهر منه ما يدل على انه عامل لغيره ودليل كونه عاملا لغيره الاشهاد هنا فإذا تركه كان أخذها لنفسه باعتبار الظاهر هذا إذا وجدها في موضع يتمكن من الاشهاد فان لم يكن متمكنا من الاشهاد لعدم من يشهد أو لخوفه على أن يأخذ منه ذلك ظالم فالقول قوله ولا ضمان عليه والثاني أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب موجب للضمان عليه إلا عند وجود الاذن شرعا والاذن شرعا مقيد بشرط الاشهاد عليه والاطهار فإذا ترك ذلك كان أخذه سببا للضمان عليه شرعا فلا يصدق في دعوى المسقط بعد ظهور سبب الضمان كمن أخذ مال الغير وهلك في يده ثم ادعى ان صاحبه أودعه لم يصدق في ذلك إلا بحجة وان قال قد التقطت لقطة أو ضالة أو قال عندي شيء فمن سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على فلما جاء صاحبها قال قد هلكت فهو مصدق على ذلك ولا ضمان عليه لانه أظهرها بما قال وتبين ان أخذها للرد فكان أمينا فيها ولا يضره أن لا يسمى جنسها ولا صفتها في التعريف لانه انما امتنع من ذلك لتحقيق الحفظ على المالك كيلا يسمع انسان ذلك منه فيدعيها لنفسه ويخاصمه إلى قاض يرى الاستحقاق لمصيب العلامة فقد بينا ان في هذا اختلافا ظاهرا وما يرجع إلى تحقيق الحفظ على المالك لا يكون سببا للضمان عليه وكذلك لو وبعد لقطين فقال من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على وان لم يقل عندي لقطتان ثم هلكتا

[ 13 ]

عنده ثم جاء صاحبهما فلا ضمان عليه فيهما لانه أظهرهما بما ذكر من التعريف فاللقطة اسم جنس يتناول الواحد وما زاد عليه حتى لو قال عندي لقطة برئ من الضمان وان كانت عنده عشرة لان الاشهاد بهذا اللفظ يتم منه في حق كل واحد منهما وإذا أخذ الرجل لقطة ليعرفها ثم أعادها إلى المكان الذي وجدها فيه فلا ضمان عليه لصاحبها وان هلكت قبل أن يصل إليها صاحبها أو استهلكها رجل آخر لان أخذها للتعريف لم يكن سببا لوجوب الضمان عليه وكذلك ردها إلى مكانها لانه نسخ لفعله فلا يكون سببا لوجوب الضمان عليه كرد الوديعة إلى مالکها ورد المعصوب إلى صاحبه ولانه بمجرد الاخذ لا يصير ملتزما للحفظ فقد يأخذها على ظن انها له بان كان سقط منه مثلها فإذا تأملها وعلم انها ليست له ردها إلى مكانها وقد يأخذها ليعرف صفتها حتى إذا سمع انسانا يطلبها دله عليها وقد يأخذها ليحفظها على المالك وهو يطمع في أن يتمكن من أداء الامانة فيها فإذا

أحس بنفسه عجزاً أو طمعاً في ذلك ردها إلى مكانها فلماذا لا يضمن شيئاً وانما الضمان على المستهلك لها وان كان الأول أخذها لنفسه ثم أعادها إلى مكانها فهو ضامن لها ان هلكت وان استهلكها غيره فلصاحبها الخيار يضمن أيهما شاء لان أخذها لنفسه سبب موجب للضمان عليه وبعد ما وجب الضمان لا يبرأ إلا بالرد على المالك كالعاصب واعدتها إلى مكانها ليس برد على المالك فلا يكون مسقطاً للضمان عليه وقيل على قول زفر يبرأ عن الضمان لانه نسخ فعله بما صنع فيسقط عنه حكم ذلك الفعل ونظائر هذه المسألة ذكرها في اختلاف زفر ويعقوب قال إذا كانت دابة فركبها ثم نزل عنها وتركها في مكانها فعلى قول زفر رحمه الله لا ضمان عليه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو ضامن لها وكذلك لو نزع الخاتم من أصبع نائم ثم أعاده إلى أصبعه بعدما انتبه ثم نام فعند أبي يوسف رحمه الله لا يبرأ عن الضمان وعند زفر يبرأ عن ضمانه ولو أعاده إلى أصبعه قبل أن ينتبه من تلك النومة برأ بالاتفاق فزفر رحمه الله سوى بينهما باعتبار انه نسخ فعله حين أعاده على الحال الذي أخذه وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انتبه صاحبه وجب عليه رده في حالة الانتباه فلا يكون نومه بعد ذلك مسقطاً للضمان عليه بخلاف ما إذا رده قبل أن ينتبه وكذلك لو كان ثوباً فلبسه ثم نزع وأعاده إلى مكانه فهو على هذا الخلاف هذا إذا لبسه كما يلبس ذلك الثوب عادة فأما إذا كان قميصاً فوضعه على عاتقه ثم أعاده إلى مكانه فلا ضمان عليه لان هذا حفظ وليس باستعمال فلا يصير

## [ 14 ]

به ضماناً وكذلك الخاتم ان لبسه في الخنصر فهو استعمال يصير به ضماناً اليد اليمنى واليسرى في ذلك سواء لان بعض الناس يلبسون الخاتم في الخنصر من اليد اليمنى للترزين والاستعمال وان لبسه في أصبع آخر لم يكن ضماناً لان المقصود هنا الحفظ دون التزين به وذكر هشام عن محمد رحمه الله ان لبسه على خاتم في خنصره لم يكن ضماناً لان المقصود هو الحفظ دون التزين به قال هشام رحمه الله فقلت له من السلاطين من يتختم بخاتمين للترزين فقال يكون أحدهما للختم للترزين ثم قال حتى أتأمل في هذا والحاصل ان الرجل إذا كان معروفاً بانه يلبس خاتمين للترزين فهذا يكون استعمالاً منه وإلا فهو حفظ وكذلك ان كان سيفاً فتقلد به فهذا استعمال وان كان متقلداً سيفاً فكذلك لان المبارز قد يتقلد بسيفين إلا ان يكون متقلداً بسيفين فحينئذ تقلده بهذه اللقطة يكون حفظاً ولا يكون استعمالاً فلا يصير ضماناً لها قال وكذلك العاصب إذا رد الدابة إلى دار صاحبها لم يبرأ من الضمان حتى يدفعها إلى صاحبها بخلاف المستعير فانه ليس بضامن لها فإذا ردها إلى دار صاحبها فقد أتى بما هو المعتاد في الرد فلا يكون ضماناً شيئاً فأما العاصب ضامن لها فحاجته إلى رد مسقط للضمان عليه ولا يحصل ذلك ما لم يدفعها إلى صاحبها رجل جاء إلى دابة مربوطة لرجل فحلها ولم يذهب بها ثم ذهبت الدابة فلا ضمان على الذي حلها وروى عن محمد رحمه الله انه ضامن لها وعلي هذا لو فتح باب القفص فطار الطير أو فتح باب الاصطبل ففرت الدابة وجه قول محمد ان الذي حل الرباط أو فتح الباب في الحقيقة مزيل للمانع موجد شرط الذهاب إلا ان ما هو علة للتلف هنا وهو فعل الطير والدابة ساقط الاعتبار شرعاً وفي مثله يحال الاتلاف على صاحب الشرط فيصير ضماناً كحافر البئر في الطريق فانه أوجد شرط السقوط بازالة المسكة عن الارض فأما العلة ثقل الماشي في نفسه ومشيه في ذلك الموضع ولكن لما تعذر اضافة الاتلاف إليه إذا لم يكن عالماً به كان مضافاً إلى الحافر حتى يكون

ضامنا وكذلك من شق رق انسان فسال منه مائع كان فيه فهو ضامن وعمله ازالة المائع فقط فأما علة السيلان كونه مانعا ولكن لما تعذر اضافة الحكم إلى ما هو العلة كان مضافا إلى الشرط وعلى هذا لو قطع حبل قنديل فسقط فعل القاطع في ازالة المائع فكان ضامنا لهذا المعنى وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان عمله في اتحاد الشرط كما قال محمد رحمه الله وقد طرأ على ذلك الفعل فعل فاعل معتبر حصل به التلف فيسقط اعتبار ذلك الشرط ويحال بالتلف على هذا

## [ 15 ]

الفعل المعتبر قوله بان فعل الدابة هدر قلنا نعم هو غير معتبر في ايجاب الضمان ولكنه معتبر في نسخ حكم الفعل به ألا ترى ان من أرسل دابته في الطريق فأصابته في سير ارساله مالا أو نفسا كان المرسل ضامنا ولو تيامنت أو تياسرت ثم أصابته شيئا لم يضمن المرسل واعتبر فعلها في نسخ حكم فعل المرسل به فكذلك هنا يعتبر فعلها في نسخ حكم فعل الذي حلها أو فعلها باب الاصطيل به وهو نظير من حفر بئرا في الطريق فجاء حربى لا أمان له وألقى فيه غيره لم يضمن الحافر شيئا وفعل الحربى غير معتبر في ايجاب الضمان عليه ثم كان معتبرا في نسخ حكم فعل الحافر به وهذا بخلاف مسألة الزق والحبل فانه ما طرأ على فعله ما ينسخه حتى إذا كان مافى الزق جامدا ثم ذاب بالشمس فسال لم يضمن الشاق فان قيل كيف يستقيم القول في هذه الفصول بان عمله في اتحاد الشرط والشرط يتأخر عن العلة ولا يسبقها قلنا هذا شرط في معنى السبب فان الحكم يوجد عند وجود الشرط وعند وجود السبب إلا أن السبب يتقدم والشرط يتأخر فهذا التقدم في معنى السبب ولكونه مزبلا للمانع هو شرط كما بينا وعلى هذا لو حل قيد عبد أبى فذهب العبد لم يضمن شيئا لما قلنا قال محمد رحمه الله إلا أن يكون العبد مجنونا فحينئذ يضمن لان فعله في الذهاب غير معتبر شرعا فيبقى الاتلاف مضافا إلى ازالة المائع بحل القيد وقال أيضا لو كان هذا المجنون مقيدا في بيت مغلق فحل انسان قيده وفتح آخر الباب فذهب فالضمان على الفاتح لان حل القيد لم يكن ازالة للمانع قبل فتح الباب واتمام ذلك بالفاتح للباب فهو الضامن وعلى قول الشافعي رضى الله عنه في هذه الفصول ان ذهب في فور فتح الباب أو حل الرباط فهو ضامن وان لم يذهب في فوره ذلك فلا ضمان عليه لانه لما لم يذهب في فوره فقد علمنا ان الباب لم يكن مانعا له وانما ذهب بقصد حدث له وقصد الدابة عنده معتبر وإذا ذهب في فوره فقد علمنا ان الباب كان مانعا ومن أزال هذا المانع فهو متعدى فيما صنع فيكون ضامنا وإذا كانت اللقطة في يد مسلم فادعاها رجل ووصيفها فأبى الذي في يده أن يدفعها إليه إلا بينة فأقام شاهدين كافرين لم تجز شهادتهما لانها تقوم على المسلم في استحقاق يده عليه وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم وان كانت في يد كافر فكذلك في القيامن لاني لا أدري لعلها ملك المسلم وشهادة الكافر في استحقاق ملك المسلم ليست بحجة ولكن في هذا الاستحسان يقضى له بشهادتهما لانها تقوم لاستحقاق اليد على الملتقط والملتقط كافر وشهادة الكافر حجة على الكافر ثم كما (2) ميسوط الحادى عشر

يتوهم انها لمسلم يتوهم أنها لكافر فتقابل الموهومات مع ان الموهوم لا يعارض المعلوم وان كانت في يدي مسلم وكافر لم تجز شهادتهما في القياس على واحد منهما وفي الاستحسان يجوز على الكافر منهما فيقضى له بما في يد الكافر لما قلنا وإذا أقر الملتقط بلقطة لرجل وأقام آخر البينة انها له قضيت بها للذي أقام البينة لما قلنا ان البينة حجة في حق الكل والاقرار ليس بحجة في حق الغير والضعيف لا يعارض القوي فان أقربها لاحدهما أولا ودفعها إليه بغير حكم فاستهلكها ثم أقام آخر البينة فله ان يضمن ان شاء الدافع وان شاء القابض لانه أثبت ملكه بالحجة وكل واحد منهما متعدي في حقه فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض لانه مقر ان القابض أخذ ملك نفسه وانه ليس بضامن شيئاً وإقراره حجة عليه في اسقاط حقه وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع أيضا لانه في القبض كان عاملا لنفسه وان دفع بقضاء القاضي فله ان يضمن القابض ان شاء لما قلنا وان أراد أن يضمن الدافع فقد قال مرة في آخر هذا الكتاب ليس له ان يضمن الدافع وقال مرة أخرى له ان يضمن الدافع وحيث قال له ان يضمن الدافع فهو قول محمد رحمه الله وما قال ليس له ان يضمن الدافع فهو قول أبي يوسف رحمه الله وأصله مسألة الوديعه إذا قال هذا العين في يدي لفلان أودعني فلان لرجل آخر فان دفعه إلى المقر له الاول بغير قضاء القاضي ضمن للمقر له بالوديعه بالاتفاق وان دفعه بقضاء القاضي فكذلك عند محمد لانه باقراره سلط القاضي على القضاء فهو كما لو دل انسانا علي سرقة الوديعه وعند أبي يوسف رحمه الله لا ضمان عليه لان باقراره لم يتلف شيئاً على صاحب الوديعه والدفع كان بقضاء القاضي فلا يكون موجبا للضمان عليه فكذلك هنا الملتقط أمين كالمودع فإذا دفع إلى المقر له بقضاء القاضي لم يضمن في قول أبي يوسف شيئاً لمن يقيم البينة وهو ضامن له في قول محمد والله أعلم كتاب الاباق (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد رحمه الله اعلم بان الاباق تمرد في الانطلاق وهو من سواء الاخلاق ورداءة في الاعراق يظهر العبد عن سيده فرار البصير ماله ضمارة افراده إلى مولاه واعادته إلى مثواه إحسان ولقنتان وانما جزء الاحسان الا الاحسان فالكتاب لبيان الجزاء المستحق افراد في الدنيا مع ماله من الاجر في العقبى باعانة اللهفات ومنع المعتدى

عن العدوان ولهذا بدأ بحديث سعيد بن المرزبان عن أبي عمر والشيباني قال كنت جالسا عند عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ف جاء رجل فقال ان فلانا قدم ياباق من القوم فقال القوم لقد أصاب اجرا فقال عبد الله رضى الله عنه وجعلا إن شاء من كل رأس أربعين درهما. وفي هذا الحديث بيان ان الراد مثاب لان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه لم ينكر عليهم اطلاق القول بأنه أصاب اجرا وفيه دليل على انه يستحق الجعل على مولاه وهو استحسان أخذ به علماؤنا رحمهم الله. وفي القياس لاجل له وهو قول الشافعي رضى الله عنه لانه تبرع بمنافعه في رده علي مولاه ولو تبرع عليه بعين من أعيان ماله لم يستوجب عليه عوضا بمقابلته فكذلك إذا تبرع بمنافعه ولان رد الأبق نهى عن المنكر لان الاباق منكر والنهى عن المنكر فرض على كل مسلم فلا يستوجب باقامة الفرض جعلنا ولكننا تركنا هذا القياس لا تفارق الصحابة رضى الله عنهم فقد اتفقوا على وجوب الجعل

لان ابن مسعود رضى الله عنه قال في مجلسه ما قال وقد اشتهر عنه ذلك لا محالة ولم ينكر عليه أحد من أقرانه وقد عرض قوله عليهم لا محالة والسكوت بعد ذلك عن اظهار الخلاف لا يحل لمن يعتقد خلافه فمن هذا الوجه ثبت الاجماع منهم ثم هم اتفقوا على أصل وجوب الجعل وان اختلفوا في مقداره فقال عمر رضى الله عنه دينار أو اثنا عشر درهما وقال على رضى الله عنه دينار أو عشرة دراهم وقال عمار بن ياسر رضى الله عنه إذا أخذه في المصر فله عشرة دراهم أو دينار وان أخذه في غير المصر فله أربعون درهما فقد اتفقوا على وجود أصل الجعل وكفى باجماعهم حجة والاصل أن الصحابة رضى الله عنهم متى اختلفوا في شئ فالحق لا يعدوهم وليس لاحد أن يترك جميع أقاويلهم برأيه ولكن يرجح قول البعض على البعض فنحن أخذنا بقولهم في ايجاب أصل الجعل ورجحنا قول ابن مسعود رضى الله عنه في مقداره (فان قيل) كان ينبغي أن يؤخذ بالاقل في المقدار لانه متيقن به (قلنا) إنما لم يؤخذ بالاقل لان التوفيق بين أقاويلهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى بالاقل على ما اذا رده مما دون مسيرة سفر وقول من أفتى بالاكثير على ما إذا رده من مسيرة سفر كما فسره عمار بن ياسر رضى الله عنه فان قوله ان أخذه في المصر كناية عما دون مسيرة سفر وان أخذه خارج المصر كناية عن مسيرة سفر ومتى أمكن التوفيق بين أقاويلهم وجب المصير إليه ثم الاخذ بالاقل انما يكون فيما يقولونه باراتهم ونحن نعلم أنهم ما قالوا هذا بالرأى لانه خلاف القياس ولان نصب

## [ 18 ]

المقادير بالرأى لا يكون ولا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى الا الرأى أو السماع ممن ينزل عليه الوحي فإذا انتفى أحدهما هنا تعين الآخر وصار كأن كل واحد منهم روى ما قاله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمثبت للزيادة من الاخبار عن التعارض أولى فلهذا أخذنا بالاكثير هذا هو النهاية في التمسك بالسنة والاخذ بأقاويل الصحابة رضى الله عنهم فقد قامت الشريعة بفتواهم إلى آخر الدهر وليس لاحد أن يظن بهم إلا أحسن الوجوه ولكنه بحر عميق لا يقطعه كل ساجح ولا يصيبه كل طالب. وليس في هذا الباب شئ من المعنى سوى ما ذكره عن ابراهيم قل كى يرد الناس بعضهم على بعض معناه أن الراد يحتاج إلى معالجة ومؤنة في رده وقلما يرغب الناس في التزام ذلك خشية ففى ايجاب الجعل للراد ترغيب له في رده واظهار الشكر في المردود عليه لاجسانه إليه الا ان ابراهيم كان يستحب ذلك ولا يوجهه على ما روى عنه أنه كان يستحب أن يرضخ للذي يجئ بالآبق. ولم نأخذ بقوله في هذا وانما نأخذ بقول شريح والشعبي رحمهما الله فقد قال الشعبي رحمه الله للراد دينار إذا أخذه خارجا من المصر وقال شريح رحمه الله له أربعون درهما فنأخذ بذلك ويحمل ما نقل عن الشعبي على ما اذا رده مما دون مسيرة السفر ويستقيم الاحتجاج بقول شريح رحمه الله في هذا ونحوه لان الصحابة رضى الله عنهم قلدوه القضاء وسوغوا له المزاحمة معهم في الفتوى ألا ترى أنه خالف عليا رضى الله عنه في رد شهادة الحسن رضى الله عنه وان مسروقا رحمه الله خالف ابن عباس رضى الله عنهما في موجب النذر بذيح الولد ورجع ابن عباس رضى الله عنهما إلى قوله فعرفنا أن من كان بهذه الصفة فقوله كقول الصحابي \* ثم الشافعي استحس برأية في هذه المسألة من وجه فقال لو كان المولى خاطب قوما فقال من رد منكم عبدى فله كذا فرده أحدهم استوجب ذلك المسمى وهذا شئ ياباه القياس لان العقد مع المجهول لا

ينعقد وبدون القبول كذلك ولاشك ان الاستحسان الثابت باتفاق الصحابة رضى الله عنهم خير من الاستحسان الثابت برأى الشافعي رضى الله عنه ولا حجة له في قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير لان ذلك كان خطابا لغير معين وهو لا يقول به فانه لو قال من رده فله كذا ولم يخاطب به قوما باعيانهم فرده أحدهم لا يستحق شيئا ثم هذا تعليق استحقاق المال بالخطر وهو قمار والقمار حرام في شريعتنا ولم يكن حراما في شريعة من قبلنا (وان قال) اعتبر قول المالك لاثبات أمره بالرد للذين خاطبهم ثم المأمور من جهة الغير

## [ 19 ]

يرجع عليه بما لحقه من المؤنة في ذلك (قلنا) لو كان هذا معتبرا لرجع عليه بما لحق فيه من المؤنة دون المسمى \* ثم الامر هنا ثابت أيضا بدون قوله ألا ترى أن العبد الهارب من مولاه مادام بمرأى العين منه ينادي مولاه على أثره خذوه فعرفنا بهذا انه أمر لكل من يقدر على أخذه ورده على أن يرده عليه والامر الثابت دلالة بمنزلة الامر الثابت افصاحا ثم ذكر عن الشعبي في رجل أخذ غلاما أبقا فأبق منه قال لا ضمان عليه وذكر بعده عن جرير بن بشير عن أشياخ من قومه قال أخذ مولى للحنى أبقا فأبق منه نحو حى فكتب إلى مولاه أن يأتي أهله فيجتعل له منهم ففعل ذلك ثم كتب إليه فأقبل بالعبد فأبق من فاختصموا إلى شريح فضمنه إياه ثم اختصموا إلى على رضى الله عنه فقال يحلف العبد الاحمر للعبد الاسود بالله ما أبق منه ولا ضمان عليه وإنما نأخذ بحديث على رضى الله عنه والشعبي فنقول لا ضمان عليه إذا أخذه للرد على مولاه لانه أخذه باذن مولاه كما بيناه وفي هذا دليل على ان الراد يستوجب الجعل وكان ذلك أمرا ظاهرا حتى لم يخف على مواليهم حين كتب الآخذ إلى مولاه أن يأتي أهله فيجتعل له منهم إلا انه كان من مذهب شريح تضمين الاجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه والمستوجب للجعل بمنزلة الاجير المشترك فلهذا ضمنه وكان من مذهب على رضى الله عنه انه لا يضمن الاجير المشترك كما ذكر عنه في كتاب الاجارات في إحدى الروايتين ولكن القول قوله مع يمينه وقوله) يحلف العبد الاحمر يريد به الراد سماه أحمر لقوته وقدرته على أخذ الابق وسمى الابق أسود الخبيث فعله وهو من دعاة على رضى الله عنه قال وإذا أتى الرجل بعبد أبق فأخذه السلطان فحبسه فجاء رجل وأقام البينة انه عبده فانه يستحلف بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفع إليه أولا. نقول ينبغي للراد أن يأتي به السلطان بخلاف ما سبق في اللقطة لانه يقدر على حفظها بنفسه ولا يقدر على حفظ الابق بنفسه عادة فرفعه إلى السلطان لهذا ولانه يستوجب التعزير على إباقه فيرفعه إلى السلطان ليعزره وبأخذه السلطان منه ليحبسه وذلك نوع تعزير ثم من يدعيه لا يستحقه بدون البينة فإذا أقام البينة فقد أثبت ملكه فيه بالحجة إلا انه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فيستحلفه على ذلك (فان قيل) كيف يستحلفه وليس هنا خصم يدعي ذلك (قلنا) يستحلفه صيانة لقضاء القاضى والقاضى مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الامكان أو يستحلفه نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له فإذا

## [ 20 ]

حلف دفعه إليه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلا وان أخذ منه كفيلا لم يكن مسيئا ولكن ان لم يأخذ أحب إلى هذه رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان قال أحب إلى أن يأخذ منه كفيلا وان لم يأخذ كفيلا وسعه ذلك. من أصحابنا من قال ما ذكر في رواية أبي حفص قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى أخذ الكفيل للمجهول كما قال في الجامع الصغير في أخذ الكفيل من الوارث هذا شيء احتاطه بعض القضاة وهو ظلم وما قاله في رواية أبي سليمان رحمه الله قولهما لانهما يجوزان للقاضي أن يحتاط بأخذ الكفيل صيانه لقضاء نفسه أو نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه والاصح ان فيه روايتين وما ذكر في رواية أبي سليمان أقرب إلى الاحتياط فربما يظهر مستحق يقيم البينة على الولادة في ملكه فيكون مقدما علي من أقام البينة على الملك المطلق أو يقيم البينة على الملك المطلق فيكون مزاحما له أو يقيم البينة على انه اشتراه منه فالمستحب أن يأخذ منه كفيلا لهذا ولكنه موهوم لم يقم عليه دليل فكان في سعة من أن لا يأخذ منه كفيلا. وما ذكر في رواية أبي حفص أقرب إلى القياس لان استحقاقه ثابت بما أقام من البينة واستحقاق غيره موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم فلا يستحب للقاضي ترك العمل الا بحجة معلومة لامر موهوم أرايت لو لم يعطه كفيلا أو لم يجد كفيلا أكان يتمتع القاضي من القضاء به له وقد أقام البينة ولكنه لو أخذ منه كفيلا فهو فيما صنع محتاط مجتهد فلا يكون مسيئا وان لم يكن للمدعى بينة وأقر العبد انه عبده فانه يدفعه إليه ويأخذ منه كفيلا. أما الدفع إليه فلان العبد في يد نفسه وقد أقربانه مملوك له ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولا فكذلك إذا أقر أنه مملوك له يصح اقراره في حق نفسه لانه لا منازع لهما فيما قالا وخبر المخبر محمول على الصدق ما لم يعارضه مثله ولكن يأخذ منه كفيلا لان الدفع إليه بما ليس بحجة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل بخلاف الاول فالدفع هناك ليس بحجة ثابتة في حق القاضي يوضحه أن قول العبد بعد اقراره بالرق في تعيين مالكة غير مقبول ألا ترى انه لو كان في يد رجلين وأقر بالملك لاحدهما لم يصح اقراره وكان بينهما فكذلك لا يصح اقراره في استحقاق اليد الثابتة للقاضي بعد ما أقر برقه فلا بد من أن يأخذ منه كفيلا بحق نفسه حتى إذا حضر مالكة وأراد أن يضمه يمكن من أخذ الكفيل ليحضره فيخلصه من ذلك فأما إذا أقام البينة فقد أثبت استحقاق اليد على القاضي ولا يلحق القاضي ضمان في الدفع إليه بحجة البينة فلهذا لا يحتاط بأخذ الكفيل وان لم يكن للعبد طالب فإذا

[ 21 ]

طال ذلك باعه الامام وأمسك ثمنه حتى يجئ له طالب ويقيم البينة انه عبده فيدفع إليه الثمن لانه مأمور بالنظر وليس من النظر إمساكه بعد طول المدة لانه محتاج إلى النفقة وربما يأتي ثمنه على نفقته ولانه لا يأمن ان يابق منه فكان حفظ ثمنه أيسر عليه من حفظ عينه وأنفع لصاحبه وليس لصاحبه إذا حضر أن ينقض بع الامام لانه نفذ بولاية شرعية وينفق عليه الامام في مدة حبسه من بيت المال لانه محتاج إلى النفقة عاجز عن الكسب إذا كان محبوسا ولو أمره الامام بان يخرج فيكتسب فأبق ثانيا فكان النظر في الانفاق عليه من بيت المال لانه معد للنوائب وهذا من جملة النوائب ثم يأخذ ذلك من صاحبه ان حضر فرده عليه أو من ثمنه ان باعه وقد بنا هذا في نفقة الملتقط بأمر القاضي فكذلك في نفقة الامام من بيت المال على الأبق لان قضاءه في ذلك للمسلمين لا لنفسه فان أقام مدعيه شهودا نصارى لم تجز شهادتهم لان العبد في يد امام المسلمين

واستحقاق يد المسلم لا يكون بشهادة النصاري وان أقام بينة من المسلمين وقد باعه الامام فزعم انه كان قد دبره أو كانت جارية فزعم انها كانت أم ولده لم يصدق على فسخ البيع لان البيع نفذ من القاضي بولاية شرعية فكأن المالك باشر بيعه بنفسه ثم ادعى شيئاً من ذلك ولا يصدق على فسخ البيع الا أن يكون لها ولد وقد ولدته في ملكه فيدعى انه ولده منها فحينئذ يصدق ويثبت النسب ويفسخ البيع كما لو كان باشر البيع بنفسه وهذا لان ثبوت نسب ولد حصل العلوق به في ملكه بمنزلة البينة فيما يرجع إلى ابطال حق الغير ألا ترى ان المريض إذا أقر لجاريته أنها أم ولده ومعها ولد يدعى نسبه كان مصدقاً في ابطال حق الغرماء والورثة عنها بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد فهذا مثله وإذا وجد الرجل غلاماً أو جارية أبقا بالغا أو غير بالغ فرده إلى مولاه فان كان أخذه من مسيرة ثلاثة أيام أو أكثر فله الجعل أربعون درهما ولا يزداد على ذلك وان بعدت المسافة لان تقدير الجعل بأربعين إذا رده من مسيرة سفر ثابت بفتوى ابن مسعود رضى الله عنه والزيادة على القدر الثابت شرعاً بالرأي لا تجوز ولان أدنى مدة السفر معلوم ولانهاية لما وراء ذلك والحكم لا يتغير به شرعاً كسائر الاحكام المتعلقة بالسفر وان أخذه في المصير أو خارجاً منه ولكن فيما دون مسيرة سفر في القياس لا شيء له لان التقدير الثابت بالشرع يمنع أن يكون لما دون المقدر حكم المقدر ولان الجعل انما يستحقه راد الأبق وتامم الأباق بمسيرة السفر فبيما دونه هو كالضال ولهذا لا يتعلق شيء من أحكام السفر فيما

[ 22 ]

دون مسيرة السفر. وفي الاستحسان له الجعل على قدر المكان والعناء لان في مدة السفر وجوب الجعل ليس لعين المدة بل لما يلحق من العناء والنعب في رده وقد وجد بعض ذلك فيستوجب من الجعل بقدره ألا ترى ان المالك لو استأجره بمال معلوم ليرده من مسيرة يوم استحق من المسمى بقدره فكذلك فيما هو ثابت شرعاً وان كان أنفق عليه أضعاف مقدار الجعل بغير أمر القاضي فليس له سوى الجعل لانه متبرع فيما أنفق وان مات عنده قبل أن يرده أو أبق منه فان كان أشهد على ذلك حين وجده انه انما أخذه ليرده علي صاحبه فلا ضمان عليه وان أقر انه أخذه لنفسه فهو ضامن وان ادعى انه أخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف وقد بينا هذا في اللفظة فكذلك في الأبق لان المعنى يجمعها وهذا إذا علم انه كان أبقاً فان أنكر المولى أن يكون عبده أبقاً فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الاخذ وهو أخذه مال الغير بغير إذنه فهو يدعى ما يسقطه وهو الاذن شرعاً لكون العبد أبقاً ولو ادعى الاذن من المالك له في أخذه وأنكر المالك كان القول قوله فكذلك هنا وعلى هذا لورده فانكر المولى أن يكون عبده أبقاً فلا جعل له إلا أن يشهد الشهود بانه أبق من مولاه أو ان مولاه أقر باباقه فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيجب له الجعل وإذا أعتقه المولى في إباقه جاز ذلك لان نفوذ هذا التصرف يعتمد الملك دون القدرة على التسليم حتى ينفذ في المرهون والمؤاجر والجنين في البطن والمبيع قبل القبض فكذلك ينفذ في الأبق لان الأباق لا يزيل ملكه وانما يعجزه عن التسليم ولهذا لو باعه لم يجز لان البيع لا يصح إلا فيما هو مقدور التسليم للعاقده وقدرته على التسليم تنعدم بالأباق ولان في بيعه معنى الغرر لانه لا يعلم بقاءه في الحال حقيقة ولاعوده ليقدر على التسليم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر فالغرر لا يمنع نفوذ العتق والتدبير فلهذا صح منه إذا ظهر انه كان

قائما وقت العتق ولو وهبه لرجل لم يجز لان الهبة لا تتم إلا بالتسليم وهو غير قادر على تسليمه فان وهبه لابن له صغير في عياله فالهبة جائزة واعلامه بمنزلة القبض لانه باق في يد مولاه حكما فيصير قابضا للصغير باليد الحكمى الذى بقى له وحق القبض فيما يوهب للصغير إليه وسواء كان الصغير في عياله أو لم يكن لان الولاية ثابتة له بالابوة فلا تنعدم بكونه في عيال غيره وانما ذكر قوله في عياله علي سبيل العادة لا للشرط وانما قلنا انه في يده حكما لان اليد الحكمى كان له باعتبار ملكه فلا ينعدم

[ 23 ]

الا باعتراض يد أخرى علي يده وبالأباق لا يوجد ذلك وعلى هذا الطريق لا فرق بين أن يكون مترددا في دار الاسلام أو في دار الحرب ووجه آخر فيه وهو ان اليد الحكمى باعتبار تمكنه من الاخذ لانه لو قدر عليه وذلك ما باق ما دام في دار الاسلام بقوة الامام والمسلمين وعلى هذا الطريق لو أبق إلى دار الحرب ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز كما رواه قاضى الحرمين عن أبى حنيفة رحمه الله لان اليد الحكمى ليس بثابت له في دار الحرب وإذا أبق العبد المأذون ثم اشترى وباع لم يجز وقد صار محجورا عليه استحسانا وفي القياس لا يصير محجور عليه وهو قول زفر رحمه الله لان ما به صح اذن المولى وهو قيام ملكه في رقبته لا ينعدم بالأباق لان الأباق لا ينافى ابتداء الاذن فلا ينافى البقاء بطريق الاولى. وجه الاستحسان ان المولى انما يرضى بتصرفه مادام تحت طاعته ولا يرضى به بعد تمرده وإبقه فإما أن ينقيد الاذن المطلق بما قبل الأباق لدلالة العرف أو يصير محجورا بعد الأباق لدلالة الحجر فان المولى لو ظفر به أدبه وحجر عليه ودلالة الحجر كال تصريح بالحجر كما ان دلالة الاذن كال تصريح بالاذن ولهذا صح اذن الأبق ابتداء لان الدلالة يسقط اعتبارها عند التصريح بخلافها ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدى انسان يكون إذنا له في تناول دلالة فان قال لا يأكل بطل حكم ذلك الاذن للتصريح بخلافه ثم المولى لو ظفر به أدبه وحجسه وحجر عليه فهو وان عجز عن تأديبه فالشرع ينوب عنه في الحجر عليه كالمرتد اللاحق بدار الحرب يموته الامام حكما فيقسم ماله بين ورثته لانه لو قدر عليه قتله فإذا عجز عن ذلك جعله الشرع ميتا حكما فهذا مثله والحكم في جنابة الأبق والجنابة عليه وفي حدوده كالحكم فيها في المصر لان الرق فيه باق بعد الأباق وملك المولى قائم فيه وباعتباره يخاطب بالدفع أو الفداء عند قدرته عليه فإذا قامت البينة عليه بالسرقه لم يقطعه الامام حتى يحضر مولاه فإذا حضر قطعه في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يقطعه ولا ينتظر حضور مولاه وكذلك إذا قامت البينة عليه بسائر الاسباب الموجبة للعقوبة من حد أو قصاص فهو على هذا الخلاف. وجه قول أبى يوسف رحمه الله ان العبد في الاسباب الموجبة للعقوبة كالحجر بدليل انه يصح إقراره بها على نفسه ولا يصح إقرار المولى عليه بذلك وفيما كان هو بمنزلة الحر لا يشترط حضور المولى للقضاء عليه بالبينة كالطلاق وهذا لان التزام العقوبة باعتبار معنى النفسية دون المالية وحق المولى في ملك المالية فبقى هو في النفسية على أصل الحرية

[ 24 ]

لان العقوبة تثبت عليه بالبينة تارة وبالاقرار تارة ثم فيما يثبت باقراره لا يشترط حضور المولى للاستيفاء فكذلك فيما يثبت بالبينة بل أولى لان البينة حجة متعديّة إلى الناس كافة والاقرار حجة قاصرة في حق المقر خاصه. وجة قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان في اقامة الحد عليه تفويت حق المولى فلا يجوز إلا بحضور منه لان العبد ليس بخصم عنه والقضاء على غير خصم حاضر بتفويت حقه لا يجوز وبيان هذا أن للمولى حق الطعن في الشهود حتى لو كان حاضرا كان طعنه مسموعا ففي اقامة القوبة تفويت حق المطلعون عليه والدليل عليه ان العبد لو كان كافرا ومولاه مسلما لم تقبل شهادة الكفار عليه بالاسباب الموجبة للعقوبة ولو لم يكن للمولى حق في هذه البينة لكان لا يعتبر دينه في ذلك والعبد ليس بخصم عن المولى لانه خصم باعتبار معنى النفسية ولا حق للمولى في ذلك فلا ينتصب خصما عنه وبه فارق الاقرار فانه ليس للمولى حق الطعن في اقراره فلا يكون في اقامة القوبة عليه بالاقرار تفويت حق المولى ولان وجوب العقوبة عليه باعتبار معنى النفسية ولكن في الاستيفاء اتلاف مالية المولى والبينة لا توجب شيئا بدون القضاء والاستيفاء في العقوبات من تنمة القضاء ألا ترى ان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء يجعل كالمقترن بأصل القضاء حتى يمتنع الاستيفاء به فإذا كان تمام قضائه متناولا حق المولى يشترط حضور المولى في ذلك بخلاف الاقرار فانه موجب بنفسه قبل قضاء القاضى وولاية الاستيفاء تثبت بتقرر الوجوب فلا يشترط فيه حضور المولى وإذا أخذ العبد الأبق وحبس في بلد فتقدم مولاه إلى قاضى بدله وأقام عليه شاهدين وطلب أن يكتب به إلى قاضى البلد الذى هو فيه لم يجبه الي ذلك في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو فعل لم نقض القاضى المكتوب إليه بذلك الكتاب وعلى قول أبى يوسف يجبه إلى ذلك بطريق يذكره وهو قول ابن أبى ليلى \* والحاصل ان كتاب القاضى الي القاضى في الديون صحيح بالاتفاق وكذلك في العقار لان اعلامها في الدعوى والشهادة تذكر الحدود دون الاشارة إلى العين وفى العروض من الدواب والثياب لا يجوز كتاب القاضى الي القاضى بالاتفاق لانه لا بد من اشارة الشهود إلى العين للقضاء بشهادتهم وذلك لعدم في كتاب القاضى إلى القاضى فأما في العبيد والجواري فلا يجوز كتاب القاضى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أيضا وهو القياس لانه لا بد من اشارة الشهود إلى العين ليثبت الاستحقاق بشهادتهم ولهذا لو كان حاضرا في البلدة لا يسمع الدعوى والشهادة الا بعد

[ 25 ]

احضاره فلا يجوز فيه كتاب القاضى الي القاضى كما في سائر العروض ولكن استحسّن أبو يوسف في العبيد قال العبد قد يأتى من مولاه وقد يرسله مولاه في حاجة من بلد إلى بلد فيمتنع من الرجوع إليه ويتعذر على المولى الجمع بين شهوده وبينه في مجلس القاضى فلو لم يقبل فيه كتاب القاضى إلى القاضى أدى إلى اتلاف أموال الناس فكان قبول البينة بهذه الصنة أرفق بالناس وما كان أرفق بالناس فالاخذ به أولى لان الحرج مدفوع وكان يقول مرة في الجارية أيضا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى ثم رجع فقال لا يقبل في الجارية لان باب الفروج مبنى على الاحتياط ولان هذه البلوى تغل في الجواري فالمولى لا يرسلها من بلد إلى بلد عادة والايق في الجواري ينذر أيضا \* ثم بيان مذهبه أن المدعى يقيم عند القاضى شاهدين على حليته وصفته وانه مملوك له فيكتب له بذلك الي قاضى البلد الذى هو فيه محبوس فإذا ثبت الكتاب عند ذلك القاضى

بشهادة الشهود عليه وعلى الختم ووافق حلية العبد وصفته ما في الكتاب دفع إليه من غير أن يقضى له بالملك ويختم في عنقه بالرصاص للاعلام وبأخذ من المدعى كفيلا ثم يأتي به المدعى إلى البلد الذي فيه شهوده ويكتب معه كتابا إلى ذلك القاضي فإذا أتى به إلى هذا القاضي أعاد شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد انه ملكه وحقه فإذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله. وفي الجوارى على قوله الاول لا يدفعها إليه القاضي المكتوب إليه أولا ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لانه لو دفعها إليه لا يمتنع من وطئها وان كان أمينا في نفسه لانه يزعم أنها مملوكته ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا استحسان فيه بعض القبح فانه إذا دفع إليه العبد يستخدمه قهرا أو يستغله فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بقضاء القاضي وربما يظهر العبد لغيره إذا جاء به إلى القاضي الكاتب فالحلية والصفة تشبهه ألا ترى ان الرجلين المختلفين قد يتفقان في الحلية والصفة أرأيت لو كانت جارية حسناء أكان يبعث بها مع رجل لم يثبت له فيها حق هذا قبح فلهذا أخذنا بالقياس فان كان القاضي باع العبد الأبق حين طال حبسه وأخذ ثمنه وهلك العبد عند المشتري ثم ادعاه الرجل وأقام البينة ان عبدا اسمه كذا وكذا عبده فوافق ذلك صفة العبد الذي باعه القاضي لم يقبل ذلك ولا يدفع إليه الثمن لان شهوده لم يشهدوا على استحقاق ما في يد القاضي من الثمن نما شهدوا على الاسم والحلية والاسم يوافق الاسم والحلية توافق الحلية الا أن يشهدوا ان العبد

## [ 26 ]

الأبق الذي باعه القاضي من هذا الرجل هو عبد هذا فحينئذ يقضى له القاضي بالثمن لانه أثبت الملك في ذلك العبد بعينه والبدل انما يملك بملك الاصل وكذلك ان لم يبعه حتى قتل فاقام المدعى البينة أن المقتول عبده فانه يقضى له بالقيمة لان القيمة والثلث كل واحد منهما بدل عن العبد واستحقاق البدل باستحقاق الاصل \* رجل أخذ عبدا أبقا فباعه بغير اذن القاضي ثم أقام المولى بينة أنه عبده فانه يسترده من المشتري والبيع باطل لان الآخذ باعه بغير ولاية له فان ولاية تنفيذ البيع له في ملك الغير انما تثبت باذن المولى أو باذن القاضي بعد ما تثبت الولاية له فإذا باعه بدون اذن القاضي كان البيع باطلا وان كان العبد هلك عند المشتري فللمستحق أن يضمن قيمته أيهما شاء لان البائع متعد في حقه بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض لنفسه فإذا ضمن المشتري قيمته رجع على البائع بالثمن لان المبيع لم يسلم من جهته واسترداد القيمة منه كاتسرداد العين وان ضمن البائع قيمته نفذ البيع من جهته لانه ملكه بالضمن فيكون الثمن له ولكنه يتصدق بما فضل من القيمة على الثمن لانه ربح حصل لاعلى ملكه بكسب خبيث \* رجل أقام البينة عند قاض من القضاة بان العبد الذي باعه قاضى بلد كذا من فلان فهو عبده وأخذ كتابه إلى ذلك القاضي الذي باع الأبق فهذا جائز ويدفع ذلك القاضي إليه المثل إذا ثبت كتاب القاضي عنده بالبينة لان المدعى بهذه البينة لا يريد أخذ عين العبد فان بيع القاضي قد نفذ ألا ترى انه لو أقام البينة عنده دفع إليه المثل ولم يمكنه من أخذ العبد فعرفنا ان مقصوده اثبات حق أخذ الثمن لنفسه فهذا والبينة التي يقيمها على الدين سواء فلهذا يكتب القاضي له بذلك ويقضى المكتوب إليه بخلاف ما سبق (فان قيل) الثمن عين في يد ذلك القاضي كالعبد (قلنا) نعم ولكنه معلوم بذكر مقداره فلا تقع الحاجة إلى الإشارة من الشهود إلى عينه للاستحقاق بخلاف العبد. وإذا وجد الرجل عبدا أو أمة أبقا

وهو يقدر علي أخذه فانه يسعه تركه وأحب إلى أن يأخذه ليرده على صاحبه ومن العلماء من يقول لا يسعه تركه لان النهى عن المنكر فرض علي كل من يقدر عليه ولان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه ولو رأى إنسانا يغرق لم يسعه الا أن يخلصه إذا قدر عليه فكذلك إذا رأى ماله يتوى. ولكننا نقول هو يحتاج في رده الي معالجة ومؤنة فكان في سعة من أن لا يلتزم ذلك وان كان الاولى أن يلتزمه ولانه في الترك يعتمد ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا يؤى الضالة الاضال وقال ضالة المؤمن حرق النار

[ 27 ]

وبظاهر الحديث يقول جهال أهل التقشف وحمقى أهل التصوف لا يسعه أن يأخذه فلا أقل من أن يسعه الترك لظاهر الحديث (وإذا) أخذ عبدا أبقا فادعاه رجل وأقر له العبد فدفعه إليه بغير أمر القاضى فهلك عنده ثم استحقه آخر بينة أقامها فله أن يضمن أبهما شاء لكون كل واحد منهما خائنا في حقه فان ضمن الدافع رجع به على القابض لانه أخذ العبد منه لنفسه وقد تبين انه كان غاصبا لا مالكا وللغاصب الاول حق الرجوع على الثاني بما يضمن ولانه لم يسبق اقرار من الدافع للقابض بالملك ولو كان أقر له بذلك فسقط اعتبار اقراره لما صار مكذبا شرعا فإذا لم يسبق اقراره أولى. وان كان لم يدفع إلى الاول حتى شهد شاهدان عنده فدفعه إليه بغير حكم ثم أقام آخر البينة عند القاضى فانه يقضى به لهذا لان البينة الاولى أقامها صاحبها في غير مجلس الحكم فلا تكون معارضة للبينة التى قامت في مجلس الحكم لان وجوب الحكم يختنص ببينة تقوم في مجلس القضاء وان أعاد الاول بينته لم ينفعه أيضا لان اليد في العبد له وبينه ذى اليد في الملك المطلق لا تعارض بينة الخارج وما يكتسبه العبد الأبق بالبيع والشراء ولاجارة وغير ذلك لمولاه لانه مالك لرقبته بعد اباقه وإذا لم يكن المكتسب أهلا للملك فمولاه يخفه في ملك الكسب لملكه رقبته وان أجره الذى أخذه وأخذ أجرته فهو للذي أجره قال لانه في ضمانه وكأنه أشار بهذا إلى قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولا به بعقده صير ما ليس بمال مالا فان المنافع لا تأخذ حكم المالية الا بالعقد عندنا كما بينه في الغصب ومن صير ما ليس بمال من ملك الغير مالا بفعله كان ذلك المال له كمن اتخذ كوزا من تراب غيره وباعه ولكن ينبغي له أن يتصدق به لانه حصل بكسب خبيث وان دفعه إلى المولى مع العبد وقال هذا المال غلة عبدك وقد سلمته لك فهو للمولى لانه أخذ بالاحتياط فيما صنع وتحرز عن اختلاف العلماء فان عند الشافعي رضى الله عنه هذا المال للمولى وعندنا هو للاجير ولا يمنعه من تملك مال نفسه منه طوعا ثم يحل للمولى أكله استحسانا وفي القياس لا يحل لان حق الفقير أثبت فيه حين وجب التصديق به فلا يملك الآخذ اسقاط حق الفقراء ولكنه استحسِن وقال وجوب التصديق به كان لخبث دخل فيه لعدم رضى المولى به فانما يظهر ذلك في حق الآخذ لافى حق المولى بل بالتسليم إلى المولى يزول ذلك الخبث فكان له أن يأكله استحسانا لانه كسب عبده وفي القياس لا يجب الاجر لان المستأجر ضامن للعبد باستعماله والاجر مع الضمان لا يجتمعان ولكنه

[ 28 ]

استحسن فقال العبد غير محجور عن الاكتساب وتحصيل المنافع ألا ترى انه يصح منه قبول الهبة والصدقة فإذا سلم من العمل نمحض ذلك العقد منقعة لانه لو لم يسبق العقد لم يجب على المستعمل له شئ فلهذا أنفذنا ذلك العقد بخلاف ما إذا تلف لانه لو نفذ العقد لم يكن للمولى حق تضمين المستأجر فيتضرر به فإذا ثبت نفوذ العقد عند سلامة العبد كان حق قبض الاجر إليه لانه وجب بعقده بأخذها فيدفعها إلى المولى. وابق المكاتب لا يبطل مكاتبته واذنه بخلاف اباق المأذون لان المولى يقدر على أن يحجر على المأذون ولا يستطيع أن يحجر على المكاتب ولان حق المكاتب في نفسه لازم ولهذا لا يملك المولى بيعه بخلاف المأذون \* وحقيقة المعنى ان الابق لا يتحقق من المكاتب فان له أن يخرج في الاكتساب إلى حيث يشاء وليس للمولى أن يمنعه من ذلك بخلاف المأذون فان للمولى أن يمنعه من الخروج فإذا خرج بغير اذنه كان فعله اباقا وبهذا الطريق لا جعل لراد المكاتب لانه ليس بأبق بخلاف المأذون ولان الراد انما يستوجب الجعل باحيئه مالية الرقبة برده وذلك لا يوجد في المكاتب فان حق المولى في بدل الكتابة في ذمته خاصة ولم يصير مشرفا على الهلاك باباقه حتى يكون في الرد احيائه بخلاف العبد لان مالية رقبته حق المولى وقد أشرف على التوى باباقه فيكون الراد محيا له \* ويجوز عتق الأبق عن الظهار إذا كان حيا لانه باق على ملك المولى حقيقة فينفذ عنقه فيه على الوجه الذي ينفذ حال كونه في يده (فان قيل) الأبق في حكم المستهلك واعتاق المستهلك حكما عن الظهار لا يجوز كالأعمى (فقلنا) المستهلك منه حكما ماليته لاذاته والكفارة انما تتأدى بتحرير مبتدئ وذلك يرجع إلى الذات دون المالية فان الله تعالى قال لتحرير رقبة والرقبة اسم للذات حقيقة والذات المرفوق عرفا وليس في النص تعريض لصفة المالية ولهذا كان قليل القيمة وكثير القيمة في جواز التكفير به سواء بخلاف الأعمى فالمستهلك هناك الذوات حكما لفوات منفعة الجنس منه وبخلاف المدير وأم الولد فعنقهما ليس بتحرير مبتدئ بل هذا من وجه تعجيل لما استحفاه مؤجلا ويجوز بيع الأبق ممن أخذه لان امتناع جواز بيعه من غيره لعجزه عن التسليم إليه ولا يوجد ذلك هنا لانه بنفس العقد يصير مسلما إلى المشتري لقيام يده فيه فلهذا جاز بيعه منه وإذا أبق عبد الرهن فرده رجل في حياه الراهن أو بعد موته فهو رهن على حاله لان ماليته قد أشرفت على التوى بالابق ثم قد حيا بالرد فهو كما لو أشرف على الهلاك ثم برئ فيكون

[ 29 ]

رهننا على حاله والمرتهن أحق به من سائر غرماء الراهن بعد موته والجعل على المرتهن ان كان قيمته مثل الدين لان وجوب الجعل للراد باحيائه مالية العبد ومالية حق المرتهن لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن من المالية ألا ترى انه لو لم يرد حتى يتحقق التوى سقط دين المرتهن فعرفنا انه في الرد عمل له فكان الجعل عليه وهو نظير تخليصه من الجناية بالفداء وذلك على المرتهن بقدر المضمون منه فكل ذلك الجعل وهذا بخلاف النفقة فانه لا بقاء الملك لا لاحياء المالية ألا ترى أن المرتهن إذا امتنع من الانفاق تمكن من رده ويبقى جميع دينه فعرفنا أن النفقة لا بقاء الملك والملك للراهن والجعل لا حياء المالية فيكون على المرتهن ألا ترى ان المالية لو انتقصت بقرحة خرجت به كان دواء ذلك ومعالجته على المرتهن بخلاف النفقة فكذلك جعل الأبق وللذي جاء به أن يمسكه حتى يأخذ الجعل لانه انما يستوجب الجعل باحيائه ماليته فكان لما يستوجب تعلقا بماليته فيحتبس به كما يحبس البائع المبيع بثمنه \* وان مات العبد في يده

بعد ما قضى القاضى بامساكه فلا ضمان عليه لانه محق في حبسه ولا جعل له لان وجوب الجعل باعتبار احيائه ماليته ولم يتم ذلك حين لم تصل إليه يد مولاه وهو نظير المبيع يتلف في يده البائع فان حقه في الثمن يسقط سواء حبسه أو لم يحبسه فهنا يسقط حقه في الجعل بموته في يده سواء حبسه أو لم يحبسه (عبد) أبق وذهب معه بمال فجاء به رجل فقال لم أجد معه شيئاً فالقول قوله ولا شئ عليه لان وصول يده إلى العبد لا يكون دليل وصول المال إليه ما لم يعلم كونه في يد العبد حين أخذه والمولى يدعى عليه ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه انه غصبه مالا وأنكره وان اتهمه رب المال فله أن يستحلفه علي ذلك وهو منكر كما لو ادعى لانه يدعى عليه مالو اقر به لزمه فإذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله حتى يقام ذلك مقام اقراره \* ولو ان أمة أبقت من مولاها فالتحقت بأرض الحرب ثم أصابها المسلمون فاشتراها رجل منهم فوطئها فولدت له ثم جاء مولاها فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها في قول أبى حنيفة وكذلك لو كان الواطئ اشتراها من المشركين وعندهما أم ولد لمن استولدها ولا سبيل لمولاها عليها وهذا بناء علي ان الأبق إلى دار الحرب لا يملكه المشركون بالاخذ في قول أبى حنيفة لانهم لم يحرزوه لكونه في يد نفسه وهي يده محترمة فإذا لم يملكها المشتري منهم ولا المسلمون بالاستيلاء أيضا فمن اشتراها فوطئها فهو بمنزلة المغرور لانه في الاستيلاء اعتمد ظاهر الشراء وولد المغرور حر

## [ 30 ]

بالقيمة وللمستحق أن يأخذ الجارية وعقرها وقيمة ولدها وبه قضى عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما وعندهما هم يملكون الأبق إليهم بالاخذ فإذا ملكوها ملكها المشتري أيضا وقد استولدها فكانت أم ولد له ولا حق للمولى في استردادها والجعل واجب في رد المدير وأم الولد لانهما مملوكان للمولى يستكسبهما بمنزلة القن (فان قيل) فأين ذهب قولكم انه يستوجب الجعل باحياء المالية في أم الولد خصوصا عند أبى حنيفة (قلنا) نعم ليس له فيها مالية باعتبار الرقية ولكن له ماليه باعتبار كسبها بخلاف المكاتب فانه أحق بمكاسبه فلا يكون راده محيا للمولى مالية باعتبار الرقية ولا باعتبار الكسب فان مات المولى قبل أن يوصلهما الراد إليه فلا جعل له لانهما عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وكذلك ان كان على المدير سعاية بان لم يكن للمولى مال سواه فرده على الورثة لم يستوجب الجعل لان المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة وعندهما هو حر عليه دين ولا جعل لراد المكاتب أو الحر فأما إذا وصلهما إلى المولى فقد تقرر حقه في الجعل فلا يسقط بموت المولى وعتقهما بعد ذلك \* وان كن الأبق بين رجلين أثلاثا فالجعل بينهما على قدر أنصائبهما وجوبه باعتبار احياء ماليتهما والمالية لصاحب الكثير أكثر منها لصاحب القليل وراد الصغير إذا كان أبقا يستوجب الجعل كراد الكبير غير انه ان جاء به من مسيرة سفر فله أربعون درهما وان جاء به مما دون ذلك يرضخ له على قدر عناؤه وعناؤه في رد الكبير أكثر منه في رد الصغير فالرضخ يكون بحسب ذلك \* وإذا انتهى الرجل بالعبد الأبق إلى مولاه فلما نظر إليه أعتقه فالجعل واجب عليه لانه صار قابضا له باعتاقه ألا ترى ان المشتري إذا أعتق المبيع قبل القبض يصير به قابضا وكذلك ان باعه مولاه من الذي أتاه به لانه صار قابضا له لما نفذ تصرفه فيه بالتملك من غيره ولان سلامة الثمن له باعتبار رد هذا الراد فيكون بمنزلة سلامة العين له. وان سلمه الراد إلى مولاه فأبق منه ثم جاء به رجل آخر من مسيرة ثلاثه أيام فعلي الولي جعل تام لكل

واحد منهما لان السبب وهو احياء المالية بالرد على المولى قد تقرر من كل واحد منهما بكماله وان كان الاول أدخله المصير ثم ابق منه قبل أن ينتهى به إلى مولاه فالجعل للاخر ان جاء به من مسيرة ثلاثة أيام ويرضخ له ان كان دون ذلك ولا شئ للاول لان تمام السبب بايصاله إلى المولى والاول ما أوصله إلى المولى فانتقص السبب في حقه بابق العبد منه قبل تمامه بالايصال إلى المولى فلا جعل له وأما الثاني فقد

[ 31 ]

أتم السبب بايصاله إلى المولى فيستوجب الجعل بحسب عمله وان أخذه الاول مع الثاني ورداه من مسيرة يوم فللاول نصف الجعل تاما ويرضخ للثاني على قدر عنائه لانهما تماما السبب بايصاله إلى المولى إلا أن الاول قد ضم فعله الثاني إلى الفعل الاول وباعتبار هذا الضم يكون رادا له من مسيرة سفر فله نصف الجعل تاما والثاني انما رده من مسيرة يوم فيجعل في حقه كأنهما رداه من مسيرة يوم فلهذا استحق الرضخ على قدر عنائه وان رداه من مسيرة ثلاث فالجعل بينهما سواء لانهما استويا في سبب الاستحقاق للجعل وهو الايصال إلى المولى بعد الرد من مسيرة ثلاث فيستويان في استحقاق الجعل. وان كان أحد الرادين عبدا محجورا أو ماذونا فهو مثل الحر في استحقاق الجعل لان هذا اكتساب للمال والعبد غير محجور عن اكتساب المال بطريق هو محض منفعة في حق المولى وان كان العبد الأبق لمكاتب أو عبد تاجر فعليهما الجعل للراد لان حقهما في كسبهما بمنزلة حق الحر فيما يرجع إلى ملك التصرف والراد أحياء مالية البعد بالرد لهما فيستوجب الجعل عليهما وكذلك ان كان الأبق لصبي فالجعل في ماله يؤدي عنه أبوه أو وصيه لان منفعة احياء المالية حصلت له (عبد) جنى جناية ثم ابق فجاء به رجل فالمولى مخير بين الدفع والفداء إذا كان قبل اباقه فان اختار الفداء فالجعل على مولاه لانه طهره عن الجناية باختياره وتبين ان الراد عمل له في احياء ماليته وان اختار دفعه إلى أصحاب الجناية فالجعل على أصحاب الجناية لانه تبين ان الراد أحياء حقهم فان نفس العبد مستحق لهم بالجناية إلا أن يختار المولى الفداء ولهذا لو هلك العبد قبل أن يختار المولى شيئا بطل حقهم فتبين باختيار الدفع ان الراد أحياء حقهم فيستوجب الجعل عليهم وله أن يحبسهم عنهم حتى يستوفي الجعل كما كان له أن يحبسهم عن المولى (عبد) أبق الي بعض البلدان فأخذه رجل فاشتراه منه رجل وجاء به فلا جعل له لانه انما رده لنفسه فان المشتري قد يكون قاصدا الي تملك المشتري فيكون هو غاصبا في حق المولى لا عاملا له وكذلك ان وهبه أو أوصى له أو ورثه فان أشهد حين اشتراه انه انما يشتره ليرده على صاحبه لانه لا يقدر عليه إلا بالشراء فله الجعل له لانه بهذا الاشهاد أظهر انه يعمل للمولى في الرد ولكنه الطريق الذي يمكنه فيستوجب ولا يرجع على المولى بما أدى من الثمن قل ذلك أو كثر لانه متبرع في ذلك كما كان متبرعا فيما ينفق عليه بغير أمر القاضى وكذلك ان كان أبق الي دار الحرب ففي حق الراد هو والمأخوذ في دار الاسلام سواء وان (3 مبسوط الحادى عشر)

[ 32 ]

أخذ الابن رجل فجاء به ليرده على مولاه فوجده قد مات قال له الجعل في تركته لأن وارثه أو وصيه يخلفه بعد موته فالرد عليه كالرد على المولى في حياته وإذا استوجب الجعل عليه كان ذلك دينا في تركته كسائر الديون فان كان عليه دين يحيط بماله فالراد أحق بامساك العبد حتى يعطى الجعل فان لم يكن له مال غيره بيع العبد ويبدأ بالجعل له من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لأن حق الغرماء في ماليته انما ثبت من جهة الميت وقد كان الراد أحق به من الميت ما لم يستوف الجس فكذا يكون هو أحق به من غرماء الميت أيضا فان كان الذي جاء به وارث الميت وقد أخذه وسار به ثلاثة أيام في حياته وأوصله إلى المصرف فمات المولى قبل أن يرده عليه وليس الوارث الراد في عياله فله الجعل في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا جعل له لأن استحقاق الجعل انما يكون بالايصال إلى المالك وكذا لو أبق قبل أن يوصله إلى المالك فلا جعل له والايصال هنا لم يوجد قبل الموت وبعد الموت لم يصلح سببا لوجوب الجعل له لانه شريك فيه ومن عمل في شئ هو فيه شريك لا يستوجب الاجر بالعقد وان شرط ذلك في العقد فهنا أولى أن لا يستوجب \* وجه قولهما ان الراد انما يستحق الجعل بعمله في الرد وقد تم ذلك في حياة المورث قبل ان تثبت له الشركة فيه إلا ان ايصاله إلى المولى شرط وعند وجوده يستحق الاجر بعمله لا بما هو شرط والشرط يتحقق مع الشركة في المحل وانما الذي لا يتحقق تسليم العمل الي غيره فيما هو شريك فيه وقد صار العمل هنا مسلما إلى المولى باتصاله بملكه وقد وجد الشرط بالرد على ورثته فيستوجب الجعل. يوضحه أنه باحياء المالية يستوجب الجعل وقد تحقق هذا حتى لو كان على الميت دين أو أوصى بوصية ينفذ من ذلك فيكون هذا بمنزلة ما لورده عليه في حياته ولم يأخذ الجعل منه حتى مات وإذا جاء بالأبق من مسيرة ثلاثة أيام وهو لا يساوي اربعين درهما ففي قول أبي يوسف الاول له الجعل أقل من قيمته بدرهم وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر رحمهما الله له الجعل تاما \* وجه قوله الأول ان وجوب الجعل باعتبار احياء المالية للمولى فلا بد من اعتبار مقدار المالية التي حبيت له ثم الراد ما دون من جهة المولى في ايصال المنفعة إليه لا في إلحاق الضرر به وايجاب المال لنفسه عليه فإذا كان قيمة العبد درهما كان في ايجاب الاربعين على المولى ضرر بين فينبغي أن يوجب له من الجعل بقدر ما يظهر فيه منفعة عمله للمولى وذلك أن ينقص من قيمته درهم لان ما دون الدرهم

[ 33 ]

من الكسور لا يجوز اعتباره شرعا. وجه قوله الآخر أن وجوب الجعل للراد عرف شرعا باتفاق الصحابة وقد قدره بأربعين درهما من غير أن يعرضوا لقيمة العبد وما ثبت من التقدير شرعا يجب اعتباره وكان عمل الراد هنا في ايجاب جعل مقدر له بمنزلة عقد باشره مع المولى فكما يستحق هناك جميع المسمى ولا ينظر إلى قيمة العبد فكذلك هنا يوضحه ان ماليه رقبته وان كانت دون الاربعين فمالية كسبة الذي يحصل للمولى قد تزيد عليه وقد بينا ان ذلك يعتبر لا يجاب الجعل ابتداء فلان يعتبر لتكميل الجعل كان أولى وإذا كان على العبد دين فجعله على مولاه إذا أراد ذلك بأن يقضى ما على العبد من الدين وان أبى بيع العبد واستوفى صاحب الجعل جعله وكان ما بقى من الثمن لاصحاب الديون وهذا وما تقدم مما إذا كان على العبد دين جناية سواء لان المستحق هناك الدفع بالجناية وهنا البيع في الدين وإذا أخذ الرجل عبد أخيه أو أخته أو عبد أبيه أو ابنه أو عبد امرأته أو امرأة

أخذت عبد زوجها فالقياس في جميع ذلك واحد أن يكون له الجعل إذا لم يكن في عياله لأن ملك أحدهما منفصل عن ملك الآخر فيتحقق منه أحياء المالية على المالك بالرد فيستوجب الجعل كسائر الأجنبي ولكنه استحس فقال إذا وجد عبد أبيه وهو في عياله فلا جعل له لأن رد الأب على أبيه من جملة خدمته وخدمة الأب مستحق على الابن دينا وإن لم تكن مستحقا عليه دينا ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لم يستوجب الأجر سواء كان في عياله أو لم يكن فكذلك لا يستوجب الجعل ترد أبه وكذلك المرأة مع الزوج لأن كل واحد منهما له بسوطة اليد في مال صاحبه وبعد خيره خير نفسه ولأن خدمة الزوج مستحق على المرأة دينا حتى لا يستأجرها على ذلك والزوج هو الذي يطلب أبق امرأته عادة. فأما إذا وجد عبد ابنه فإن كان في عياله فلا جعل له لأن أبق الرجل إنما يطلبه من في عياله عادة ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلاً آخر وإن لم يكن الأب في عياله فلا جعل له لان خدمة الابن غير مستحق على الابن ولا هو سائغ له شرعا ولهذا لو استأجر أباه لخدمته فخدمه استوجب الأجر عليه فكذلك يستوجب الجعل وكذلك الأخ له الجعل إذا لم يكن في عياله أخيه وإن كان في عياله فلا جعل له لانه إنما يعوله وينفق عليه لهذا ونحوه وإذا أبق عبد اليتيم فجاء به الوصي فلا جعل له لانه هو الذي يطلب أبق اليتيم عادة وهو الذي يمسك عبده فلا يكون له الرد على نفسه وكذلك إن كان اليتيم في حجر رجل

## [ 34 ]

يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذي يطلبه عادة وإذا صالح الذي جاء بالأبى مولاه من الجعل على عشرين درهماً جاز لانه يجوز بدون حقه وأحسن إليه بحط بعض ما استوجبه عليه وإن صالحه على خمسين درهماً وهو لا يعلم أن الجعل أربعون درهماً جاز منه أربعون ويطرح الفضل لأن حقه مقدر بالأربعين شرعاً فالزيادة على ذلك تكون ربا وهو نظير مالو صالح الشريك المعتق شريكه على أكثر من قيمة نصيبه كان الفضل باطلاً لما بيناه. وإذا أبقت الأمة ولها صبي رضيع فردهما رجل فله جعل واحد لأن الأباق من الرضيع لا يتحقق وإنما رد أبقا واحداً وهي الأمة وإن كان ابنها غلاماً قد قارب الحلم فله جعلان ثمانون درهماً لأن الأباق تحقق منهما فأنما أحياء مالية مملوكين بالرد فيستوجب جعلاً كاملاً باعتبار كل واحد منهما. وإذا رجع الواهب في الهبة بعد ما رد العبد من أباقه وسلمه إلى الموهوب له فله الجعل على الموهوب له لانه أحياء المالية له بالرد والايصال إليه فزوال ملكه بعد ذلك يرجوع الواهب كزوال ملكه بموت العبد ولو مات لم يبطل حق الراد في الجعل فكذلك إذا رجع فيه الواهب والله سبحانه وتعالى أعلم كتاب المفقود (قال) الشيخ الإمام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى إماماً. المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار ماله وأهله في طلبه يجدون ولخفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد \* والاسم في اللغة من لاضداد يقول الرجل فقدت الشيء أي أضلته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه \* وحكمه في الشرع انه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث هو إذا مات أحد من أقربائه لأن ثبوت حياته باستصحاب الحال فانه علم حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال معتبر في ابقاء ما كان على ما كان غير معتبر في اثبات ما لم يكن ثابتاً وفي الامتناع من قسمة ماله بين ورثته

ابقاء ماكان على ماكان وفى توريته من الغير اثبات أمر لم يكن ثابتا له  
ولان حياته باعتبار الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق وليس بحجة

[ 35 ]

للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويندفع به استحقاق ورثته لماله  
بهذا الظاهر ولهذا لاتزوج امرأته عندنا وهو مذهب على رضى الله تعالى  
عنه كما بدأ به الكتاب من قوله فى امرأة المفقود انها امرأة ابتليت  
فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق وبه كان يأخذ ابراهيم كما قال (قد  
سمعنا ان امرأته تتربص اربع سنين وليس ذلك بشئ هي امرأة ابتليت  
فلتصبر) وتربص اربع سنين كان يقول به عمر رضى الله تعالى عنه فى  
الابتداء ثم رجع إلى قول على رضى الله عنه ومالك كان يأخذ بقول عمر  
رضى الله عنه فيقول الظاهر انه يوقف على خبره بعد هذه المدة أن لو  
كان حيا والبناء على الظاهر واجب فيما لا يوقف على حقيقته خصوصا إذا  
وقعت الحاجة إلى دفع الضرر عنها وقد مست الحاجة إلى دفع الضرر عنها  
لكيلا تبقى معلقة ألا ترى أنه يفرق بين العنين وامرأته بعد مضي سنة لدفع  
الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد اربعة أشهر لدفع الضرر عنها ولكن  
عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فيعتبر في حقه المدنان في  
التربص وذلك بأن تجعل الشهور سنين فلهذا تتربص. ولا تأخذ بهذا لان  
نكاحه حقه وهى حى فى ابقاء ملكه وحقه عليه ولو مكنا زوجته من ان  
تتزوج كان فيه حكم بالموت ضرورة إذ المرأة لا تحل لزوجين فى حالة  
واحدة فيجب قسمة ماله أيضا وذلك ممتنع ما لم يقم على موته دليل  
موجب له. والتقدير بالمدة فى حق المولى والعنين لدفع ظلم التعليق ولا  
يتحقق معنى الظلم من المفقود فقلنا انها امرأة ابتليت فلتصبر ولو شاء  
الله تعالى لا بتلاها بأشد من هذا. فإذا لم يظهر خبره فظاهر المذهب انه إذا  
لم يبق أحد من أقرانه حيا فانه يحكم بموته لان ما تقع الحاجة إلى معرفته  
فطريقه فى الشرع الرجوع إلى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء  
وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون  
النادر \* وكان الحسن بن زياد رحمه الله يقول إذا تم مائة وعشرون سنة  
من مولده يحكم بموته وهذا يرجع إلى قول أهل الطبائع والنجوم فانهم  
يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة لان اجتماع التحسين  
يحصل للطبائع الاربع فى هذه المدة ولا بد من أن يضاد واحد من ذلك طبعة  
فى هذه المدة فيموت ولكن خطأهم فى هذا قد تبين للمسلمين بالنصوص  
الواردة فى طول عمر بعض من كان قبلنا كنوح صلوات الله وسلامه عليه  
وغيره فلا يعتمد على هذا القول. وعن أبى يوسف رحمه الله قال إذا مضى  
مائة سنة من مولده يحكم بموته لان الظاهر ان أحدا فى زماننا

[ 36 ]

لا يعيش أكثر من مائة سنة \* وحكى انه لما سئل عن معنى هذا قال أبينه  
لكم بطريق محسوس فان المولود إذا كان ابن عشر سنين يدور حول أبويه  
هكذا وعقد عشرا فان كان ابن عشرين سنة فهو بين الصبا والشباب هكذا  
وعقد عشرين فان كان ابن ثلاثين سنة يستوى هكذا وعقد ثلاثين فإذا كان  
ابن أربعين تحمل عليه الاثقال هكذا وعقد أربعين فإذا كان ابن خمسين

ينحنى من كثر الاثقال والاشغال هكذا وعقد خمسين فإذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين فإذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فإذا كان ابن ثمانين يستلقى هكذا وعقد ثمانين فإذا كان ابن تسعين تنضم امعاؤه هكذا وعقد تسعين فإذا كان ابن مائة سنة يتحول من الدنيا إلى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى إلى اليسرى \* وهذا يحمل من أبى يوسف على طريق المطايبه إلا أن يكون يعرف الحكم بمثل هذا وهو كما نقل عن أبى يوسف رحمه الله انه سئل عن بنات العشر من النساء فقال لهو اللاهين فسئل عن بنات العشرين فقال لذة المعانقين فسئل عن بنات الثلاثين فقال تنموا وتلين وسئل عن بنات الاربعين فقال ذات مال وبنين فسئل عن بنات الخمسين فقال عجوز في الغابرين وسئل عن بنات الستين فقال لعنة اللاعنين. وكان محمد ابن سلمة يفتى في المفقود بقول أبى يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فانه عاش مائة سنة وسبع سنين. فالاليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشئ لان نصب المقادير بالرأى لا يكوز ولا نص فيه ولكن نقول إذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظائره (وذكر) عن عبد الرحمن بن أبى ليلى رحمهما الله قال لقيت المفقود نفسه فحدثني حديثه قال أكلت حريرا في أهلى ثم خرجت فأخذني نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدالهم في عتقي فأعتقوني ثم أتوا بى قريبا من المدينة فقالوا أتعرف النخل فقلت نعم فخلوا عنى فجئت فإذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد أبان امرأتى بعد أربع سنين وحاضت وأنقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر رضى الله عنه بين أن يردها علي وبين المهر. وأهل الحديث رحمهم الله يرون في هذا الحديث انه هم بتأديبه حين رآه وجعل يقول يغيب أحدكم عن زوجته هذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره فقال لا تعجل يا أمير المؤمنين وذكر له قصته \* وفى هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة والجماعة رحمهم الله في ان الجن قد يتسلطون على بنى آدم وأهل الزرع ينكرون ذلك على اختلاف بينهم. فمنهم من يقول المستنكر دخولهم

[ 37 ]

في الآدمى لان اجتماع الروحين في شخص لا يتحقق وقد يتصور تسلطهم على الآدمى من غير أن يدخلوا فيه. ومنهم من قال هم أجسام لطيفة فلا يتصور أن يحملوا جسما كثيفا من موضع إلى موضع ولكننا نقول نأخذ بما وردت به الآثار قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الشيطان يجرى من ابن آدم مجرى الدم وقال صلى الله عليه وسلم انه يدخل في راس الانسان فيكون على قافية رأسه حديث فيه طول وهذا الحديث دليل لنا أيضا فنتبع الآثار ولا نشغل بكيفية ذلك. وكان عمر رضى الله عنه انما رجع عن قوله في امرأة المفقود لما تبين من حال هذا الرجل. وأما تخييره إياه بين أن يردها عليه وبين المهر فهو بناء على مذهب عمر رضى الله عنه في المرأة إذا نعى إليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج الاول حيا انه يخير بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه عنه إلى قول علي رضى الله عنه فانه كان يقول ترد إلى زوجها الاول ويفرق بينها وبين الآخر ولها المهر بما استحل من فرجها ولا يقربها الاول حتى تنفضي عدتها من الآخر وبهذا كان يأخذ ابراهيم رحمه الله فيقول قول علي رضى الله عنه أحب إلى من قول عمر رضى الله عنه وبه نأخذ أيضا لانه تبين انها تزوجت وهى منكوحه ومنكوحه الغير ليست من المحللات بل هي من المحرمات في حق سائر الناس كما قال الله تعالى والمحصنات من النساء فكيف يستقيم تركها مع الثاني. وإذا اختار الاول المهر ولكن يكون النكاح منعقدا بينهما فكيف

يستقيم دفع المهر إلى الاول وهو بدل بضعها فيكون مملوكا لها دون زوجها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة فعرفنا ان الصحيح انها زوجة الاول ولكن لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة. وذكر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى رحمه الله ان عمر رضى الله عنه رجع عن ثلاث قضايا إلى قول علي رضى الله عنه عن امرأة أبي كنف والمفقود زوجها والمرأة التي تزوجت في عدتها. أما حكم المفقود والمعتدة فقد بينا. وأما حديث أبي كنف فهو ما رواه ابراهيم ان أبا كنف طلق امرأته فأعلمها وراجعها قبل انقضاء العدة ولم يعلمها فجاء وقد تزوجت فأتي عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان وجدتها لم يدخل بها فأنت أحق بها وان كان قد دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم ان لى إليها حاجة فخلوا بينى وبينها فوقع عليها ويات عندها ثم عدا إلى الامير بكتاب عمر رضى الله عنه فعرفوا انه جاء بأمر بين وهذا كان مذهب عمر رضى الله عنه

## [ 38 ]

في الابتداء انه إذا راجعها ولم يعلمها لا يثبت حكم الرجعة في حقها ما لم تعلم حتى إذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع إلى قول علي رضى الله عنه أن مراجعته إياها صحيح بغير علمها وهي منكوحة سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل لان الزوج يستبد بالرجعة كما يستبد بالطلاق فكما يصح إيقاع الطلاق عليها وان لم تعلم به فكذلك رجعتها لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وانما يكون أحق إذا كان يستبد به. والرجعة إمساك بالنص كما قال الله تعالى فإمساك بمعروف والمالك ينفرد بامساك ملكه من غير أن يحتاج إلى علم غيره قال (وإذا فقد الرجل فارتفع ورثته إلى القاضى وأقروا انه فقدوا سألوا قسمة ماله فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على موته) لما بينا انه حتى في حق نفسه ومال الحى لا يقسم بين ورثته فما لم يثبت موته بالبينة عند القاضى لا يشتغل بقسمة ماله (فان قيل) كيف تقبل البينة للقضاء بها على الغائب (قلنا) بأن يجعل من في يده المال خصما عنه أو ينصب عنه قيدا في هذه الولاية وإذا قامت البينة على من ينصبه القاضى فيما قضى بموته (فان قيل) كان ينبغي أن يجعله ميتا حكما لا نقطاع خبره فيقسم ماله وان لم تقم البينة على موته كالمترد اللاحق بدار الحرب (قلنا) هناك ظهر دليل الحكم بموته وهو انه صار حربيا وأهل الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت ولم يظهر هنا دليل موجب لموته حقيقة ولا حكما ولان هناك لو ظهر به الامام موته حقيقة بان يقتله فإذا عجز عن ذلك بدخوله دار الحرب موته حكما فقسم ماله ولا يتحقق ذلك المعنى هنا قال (وتفسير المفقود الرجل يخرج في سفر ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه ولا بأسره العدو ولا يستبين موته ولا قتله) فهذا مفقود لا يقضى القاضى في شئ من أمره حتى تقوم البينة انه مات أو قتل ومن كان من ورثة المفقود غنيا فلا نفقة له في ماله ما خلا الزوجة لان حياته معلوم ولا يستحق أحد من الاغنياء النفقة في مال الحى سوى الزوجة لان استحقاق الزوجة بالعقد فلا يختلف باليسار والعسرة أو بكونها محبوسة بحقه وذلك موجود في حمق المفقود فأما استحقاق من سواها فباعتبار الحاجة وذلك ينعدم بغنى المستحق فان كانت له غلة جعل القاضى فيها من يحفظها لانه ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عن النظر لنفسه فينصب القاضى في غلاته من يجمعها ويحفظها عليه وما كان يخاف عليه الفساد من متاعه فان القاضى يبيعه لان حفظ عينه عليه متعذر فيصير إلى حفظ

ماليته عليه وذلك يكون بالبيع وينفق على زوجته وأولاده الصغار أو الكبار من الاناث أو الزمنى من الذكور من ماله بالمعروف وهذا إذا كان السبب معلوما عنده لانه لو كان حاضرا قضى بالنفقة لهم عليه بعلمه فان كان غائبا يقضى بذلك لهم في ماله أيضا وقيل هذا لا يكون منه قضاء علي الغائب على الحقيقة بل يكون تمكينا للمستحق من أخذ حقه ولو تمكنوا من ذلك كان لهم أن يأخذوه فيعينهم القاضى على ذلك. والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان رضى الله عنه خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف. وقيل بل هو قضاء منه وللقاضي ولاية القضاء على الغائب بعلمه كما إذا أقر بين يديه ثم غاب. ثم هذا نظر منه للغائب لان ملك النكاح حقه في زوجه ولا يبقى بدون النفقة فكان له أن ينفق عليها من ماله حفظا لملكه عليه وكذلك ولده جزء منه فينفق عليه من ماله حفظا لنسله. وللقاضي ولاية في ماله فيما يرجع إلى الحفظ والنظر وان استوثق منهم بكفيل فحسن وان لم يأخذ منهم كفيلاً فهو مستقيم أيضا إلا أن الاحوط أن يأخذ الكفيل لجواز أن يكون فارقها قبل أن يفقد أو كان عجل لها النفقة لمدة فكان تمام النظر في الاستيثاق بالكفيل وهذا قولهم جميعا لان هذه كفالة للمفقود وهو معلوم ولكن لا يجب على القاضي أخذ الكفيل من غير خصم يطلب ذلك وليس هنا خصم طالب فلهذا يسعه أن لا يأخذ كفيلاً ولم ينفق من ماله على غير من سميها من ذى الرحم المحرم لان وجوب النفقة عليه لهم لا يكون إلا بعد قضاء القاضي والقاضى لا يقضى علي الغائب ولان ولايته فيما يرجع إلى النظر للمفقود وذلك لا يوجد في حق ذى الرحم المحرم ولا يبيع شيئاً مما لا يخاف عليه الفساد من ماله في نفقة ولا غيرها لان ولاية البيع للنظر له وحفظ العين فيما يتأتى حفظه نظر له فلا يبيع شيئاً من ذلك وهو في الانفاق على من سميها هم معين لهم على أخذ حقه وانما يثبت لهم حق الاخذ إذا طغروا بجنس حقه ولا يكون لهم أن يبعوا عروضاً ولا غيرها فكذلك القاضي لا يبيع شيئاً من ذلك فان لم يكن له مال إلا دار واحتاج زوجته وولده إلى النفقة لم يبيع لهم الدار وكذلك لو كان له خادم لان هذا مما لا يخاف عليه لفساد من ملكه فلا يكون بيعه محض الحفظ عليه فلهذا لا يبيعه بخلاف ما يخاف فساداً \* وهذا بخلاف الوصي في حق الوارث الكبير الغائب فان له أن يبيع العروض لان ولايته ثابتة فيما يرجع إلى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حقه

وربما يكون حفظ الثمن للاتصال إلى ورثته أيسر من حفظ العين وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود إلا في الحفظ فقط وحفظ عين ملكه عند الامكان أنفع له فلهذا لا يبيع شيئاً من العروض وقال أبو حنيفة رحمه الله ان كان له أب محتاج فلاينه أن يبيع شيئاً من ماله من العروض وينفق على نفسه وليس له أن يبيع العقار وهو استحسان وفي القياس له أن يبيع العروض وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهم الله وذكر الكرخي أن محمداً ذكر قول أبى حنيفة رحمه الله في الامالى وقال هو حسن \* وجه القياس أنه لا ولاية للاب في مال ولده الكبير ونفوذ البيع يعتمد الولاية ألا ترى انه لا

يبع عقاره لهذا ولا يبيع عروضه إذا كان حاضرا والحاضر والغائب في حكم الولاية للاب عليه سواء ألا ترى انه لما ثبت له ولاية التملك بالاستيلاء لم يفرق الحال بين حضور الولد وغيبته. ووجه الاستحسان أن ولاية الاب وان زالت بالبلوغ فقد بقي أثرها حتى يصح منه استيلاء جارية الابن لحاجته إلى ذلك وحاجته إلى النفقة لبقاء نفسه حاجته إلى الاستيلاء لبقاء نسله ولهذا يملك هناك بضمان القيمة وينفق على نفسه من ماله بغير ضمان وإذا ثبت بقاء أثر ولايته كان حاله كحال الوصي في حق لوارث الكبير الغائب وهناك ثبت له حق بيع العروض دون بيع العقار لان بيع العروض من الحفظ وبيع العقار ليس من الحفظ فان العقارات محصنه بنفسها ولهذا لا يبيع حال حضوره لان بيعه في هذه الحالة ليس من الحفظ فان الابن حافظ لما له كما لا يبيع الوصي عروض الولد الكبير الحاضر ولا يبعد زوال ولاية الاب بالبلوغ مع بقاء أثره كما لو مات وأوصى إلى رجل زالت ولايته بالموت وبقي أثره ببقاء الوصي فان كان للمفقود دنائير أو دراهم أو ذهب أو فضة تبرا أنفق عليهم من ذلك وكذلك كل ما كان يخاف عليه الفساد من غلته ومناعه فان القاضى يبيع ذلك وينفق عليهم منه وان باعته زوجته أو الولد فبيعهما باطل لان البيع من الحفظ وليس من استيفاء النفقة في شئ واليهما حق استيفاء النفقة دون الحفظ وأما القاضى فله حق الحفظ في مال المفقود وبيع ما يخاف عليه الفساد من الحفظ وبعد البيع الثمن من جنس حقه فينفق عليهم منه وكذلك الوديعة تكون له عند الرجل فانه ينفق منها عليهم إذا كان الرجل مقرا بالوديعة والزوجية أو يكون ذلك معلوما للقاضى عندنا. وقال زفر رحمه الله لا ينفق منها عليهم لان اقرار المودع ليس بحجة على الغيب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكننا نقول المودع

## [ 41 ]

مقر بأن في يده ملك الغائب وان للزوجة و للولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار يده فيتعدى القضاء منه إلى المفقود. وكذلك الدين يكون للمفقود على رجل وهو مقر به فهو والوديعة سواء والكلام في الدين أظهر لان اقرار المديون يلقى ملك نفسه فان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها. والجواب في الفصلين جميعا استحسان إذا كان مقرا بالنسب والمال فان كان جاحدا لاحدهما لم تسمع البينة عليه من طالب النفقة لانه إذا كان جاحدا للمال فطالب النفقة لا يثبت الملك في المال لنفسه انما يثبت للمفقود حتى إذا ثبت ذلك ترتب عليه وهو ليس بخصم عن المفقود وان كان منكرا للزوجية فانما يثبت النكاح على المفقود المودع والمديون ليس بخصم عنه في اثبات النكاح عليه. وان كانت الزوجية والمالية معلومين للقاضي فعلم القاضي بذلك أقوى من اقرار المودع والمديون وان أعطاهما المديون بغير أمر القاضي لم يبرأ عن الضمان وكذلك ان أعطاهما المودع من الوديعة فهو ضامن لانه دفع مال الغير إلى الغير بغير اذنه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي فان أمر القاضي في حق المفقود معتبر فيما يرجع إلى حفظ ملكه وقد بينا أن الانفاق على الزوجة والولد من حفظ ملكه وحقه عليه فيكون أمر القاضي فيه كأمر المفقود وان طلبت زوجته وولده من القاضي ان ينصب وكيفا يتقاضى دينه ويجمع غلاته ويؤاجر رقيقة فعل القاضي ذلك نظرا منه للحاضر والغائب جميعا. للغائب بحفظ ماله وجمعه وللحاضر بوصوله إلى حقه وهى النفقة وكان للوكيل أن يتقاضى ويقبض ويخاصم من يحدد حقا من عقد يجرى بينه وبين الوكيل لان ما وجب بعقده فهو أحق بقبضه ألا

ترى انه لو ظهر المفقود كان حق القبض في هذا المال للوكيل الذي باشر سببه فأما كل دين كان المفقود تولاه أو نصيب من عقار أو عرض في يدى رجل أو حق من الحقوق فان الوكيل لا يخاصم فيه من جده لانه ليس بخصم عن المفقود انما هو حافظ لماله فقط وحفظه يتحقق فيما وصلت يده إليه فأما الخصومة واقامة البينة فيما لم يكن في يده قط ليس من الحفظ فيكون الوكيل كأجنبي آخر الا ان يكون القاضي قد ولاه ذلك ورأه وانفذ الخصومة بينهم فيه فيجوز حينئذ لانه مما اختلف فيه القضاة يعنى بهذا القضاء على الغائب بالبينة فانه مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله فينفذ قضاء القاضي فيه وكذلك ان مات غريم من غرمائه وقد أقر له بدينه في وصيته عزلت حق المفقود من ذلك وجعلته على يدى وكيله

## [ 42 ]

لان ذلك من الحفظ. وان لم يكن أوصى به وعليه ديون لغيره لم يكن لورثة المفقود ووكيله في ذلك خصومة الا أن يراه القاضي فيقضى به فحينئذ ينفذ قضاؤه لكونه مجتهدا فيه (فان قيل) المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف (قلنا) لا كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف \* وان ادعى إنسان على المفقود حقا من دين أو وديعة أو شركة في عقار أو رقيق أو طلاق أو عتاق أو نكاح أو نكاح أو نكاح أو مطالب باستحقاق لم يلتفت إلى دعواه ولم تقبل منه البينة ولم يكن هذا الوكيل ولا أحد من ورثته خصما له. أما الوكيل فلانه نصب للحفظ فقط وأما الورثة فلانهم يخلفونه بعد موته ولم يظهر موته فان رأى القاضي سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لما بينا أنه امضى فصلا مختلفا فيه باجتهاده \* وإذا رجع المفقود حيا لم يرجع في شئ مما انفق القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وولده من ماله وعلته ودينه لان القاضي لما ثبت له ولاية الانفاق كان فعله كفعل المفقود بنفسه وكذلك ما أنفقوا هم على أنفسهم من دنائير أو دراهم في وقت حاجتهم إلى النفقة لما بينا أنهم إذا ظفروا بجنس حقهم وسعهم أخذه بالمعروف فلا يضمنون شيئا من ذلك وكذلك ان كان في ماله طعام فأكلوه لان ذلك من جنس حقهم وكذلك ان كان في ماله ثياب فلبسوها للكسوة لان ذلك من جنس حقهم فأما ما سوى ذلك من العروض ان باعوا شيئا منه كانوا ضامنين له ألا ترى ان القاضي لا يبيع شيئا من ذلك للانفاق فكذلك لا يملكون بيعه وانما لا يبيع القاضي ما لا يخاف عليه الفساد في النفقة لان في بيع ذلك في النفقة حجرا على الغائب وأبو حنيفة لا يرى الحجر عليه وهما وان كانا يريان الحجر علي من لزمه حق فذلك عنه ظهور تعنته وامتناعه وبهذا الطريق يقول لا يقضى القاضي دين المفقود من ماله وكذلك مهر امرأته والنفقات المجتمعة عليه قبل أن يفقد لان ذلك لا يرجع إلى حفظ ملكه بل فيه نوع حجر عليه ولم يذكر في الكتاب انه إذا لم يكن للمفقود مال وطلبت زوجته من القاضي أن يقضى لها بالنفقة على زوجها هل يجيبها إلى ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يجيبها إلى ذلك وهو قول ابراهيم النخعي رحمه الله ثم رجع الي قول شريح وقال لا يجيبها الي ذلك. فالحجة لقوله الاول حديث هند كما روينا. ووجه قوله الآخر ان نفقة

الزوجة لا تصير ديناً إلا بضاء القاضي وليس للقاضي أن يوجه القضاء على الغائب فيلزمه بقضائه شيئاً من غير خصم عنه وهذا إذا كان النكاح معلوماً له وإن أرادت إثبات النكاح بالبينة لم يسمع القاضي بينتها عندنا لأن البينة لا تكون حجة الأعلى خصم جاحد فما لم يحضر هو أو خصم عنه لا يسمع القاضي بينها عليه بالنكاح وعلى قول زفر تسمع البينة ويأمرها بأن تستدين وتنفق على نفسها فإذا حضر الزوج كلفها إعادة البينة عليه فإن أعادت قضي على الزوج بما انقضت في المدة الماضية وإن لم تعد البينة على الزوج لم يقض عليه بشئ وهذا منه نوع احتياط في حق الحاضر والغائب جميعاً (وإذا) أجز المفقود شيئاً قبل أن يفقد لم تنتقض الأجرة بعدما يصير مفقوداً لأنه حي في إبقاء ما كان علي ما كان ولا يبرأ المستأجر بدفع الأجرة إلى زوجته وولده إلا أن يأمره القاضي بذلك كما في سائر الديون (وإذا) فقد الرجل بصغير أو بالجمل ثم اختصم ورثته في ماله اليوم فإن هذا قد مات ألا ترى أنه لم يبق أحد أدرك ذلك الزمان فإذا بلغ المفقود هذه المدة فهو ميت يقسم ماله بين ورثته (والجمل) حرب كان بين على وعائشة وطلحة والزبير بالبصرة رضوان الله عليهم أجمعين (وصغيرين) كان بين على معاوية رضي الله عنهما وبين أهل الشام ومن ذلك الوقت إلى وقت تصنيف هذا الكتاب كان أكثر من مائة وعشرين سنة والرجل الذي فقد في ذلك الوقت كان ابن عشرين سنة أو أكثر لأنه خرج محارباً ولا شك أنه لا يبقى في مثل هذا المدة الطويلة ظاهراً. فإن كان له ابن مات زمان خالد بن عبد الله وترك أخاً لأمه وللمفقود عصبة فأنظر إلى سن المفقود يوم مات الابن فإن كان مثله يعيش إلى ذلك الوقت لم أورث الابن منه شيئاً لبقائه حياً بطريق الظاهر واستصحاب الحال ولم أورثه من أبيه أيضاً لأن بقاء الوارث بعد موت المورث شرط لوأرثته عنه فإن الوارثة خلافة والحي يخلف الميت فأما الميت فلا يخلف الميت وما كان شرطاً فما لم يثبت بدليل موجب له لا يثبت الحكم واستصحاب الحال دليل يبقى لا موجب فلهذا لا يرث المفقود من أبيه ثم يكون ميراث المفقود لعصبته الحى بعدما يمضي من المدة مالا يعيش مثله إليه وإن كان مثله لا يعيش إلى مثل تلك المدة حين مات ابنه جعلت الميراث لابنه لأن حياته بعد موت أبيه معلوم هنا بدليل شرعى فإذا صار مال المفقود ميراثاً له كان ذلك موروثاً عن ابنه بعد موته كسائر أمواله لآخيه لأمه منه السدس والباقي لعصبته وإن كان مات بعض من يرثه المفقود قبل هذا فنصيبه من الميراث يوقف الي أن

يتبين حاله لأنه غير محكوم بموته ولكنه يشتهبه الحال بمنزلة الجنين في البطن فيوقف نصيبه فإن ظهر حياً كان ذلك مستحقاً له وإن لم يظهر حاله فذلك مردود إلى ورثة صاحب المال على سهامهم بمنزلة الموقوف للجنين إذا انفصل الجنين ميتاً وهذا لأنه لم يظهر شرط الاستحقاق له فيكون موروثاً عن الميت كسائر ورثته يوم مات \* وإذا فقد المكاتب وله مال وولد ولدوا في المكاتبه وقف ماله حتى يظهر حاله لأن ولاية أداء الكتابة من ماله إنما تكون بعد موته ليحكم بحريته مستنداً إلى حال حياته ولم يظهر موته وكذلك استنساء أولاده في بدل الكتابة بطريق الخلافة عنه بعد موته ولم يظهر لأنه لا يستسعى الولد إذا كان له مال بعد موته حقيقة فكيف

يستسعى ولده بعدما يصير مفقودا وله مال. وينفق على ولده الصغار  
وبناته الذين ولدوا في المكاتب وعلى امرأته من ماله لان هؤلاء كانوا  
يستحقون عليه النفقة في كسبه ان لو كان حاضر فكذلك ينفق عليهم من  
ماله بعد ما يصير مفقودا كولد الحر وزوجته وهذا لان استحقاق النفقة  
للزوجة بعقد النكاح والحر والمكاتب فيه سواء وأولاده الذين ولدوا في  
المكاتب هو أحق بكسبهم فتلزمه نفقتهم لان الغرم مقابل بالغنم فان مات  
ابن له ولد في مكاتبته وترك مالا كان ماله موقوفا لانه ان كان المفقود حيا  
حين اكتسب هذا الولد فكسبه للمفقود وإن كان ميتا فكسبه لورثته لانه  
يحكم بحرينه إذا أدت كتابة أبيه من ماله مستندا الي حياة أبيه فلجهالة  
المستحق بقى موقوفا وان كان ماله في يد أخيه لم أخرجه من يده ولم  
أعرض له لانه لا يدري لمن هذا المال و ما لم يظهر مستحق للمال فليس  
للقاضي أن يتعرض لذي اليد بازالة \* يده ولو أقر ولد المكاتب الذين ولدوا  
في المكاتب وهم كباران أباهم قد مات وماله في ايديهم وأقر المولى  
بذلك فأدوا الكتابة وقسموا المال ثم اختلفوا ووجد بعضهم بعضا وارتفعوا  
إلى القاضي نفذ القاضي ذلك عليهم لتقدم الاقرار منهم بذلك وقسمتهم  
عن تراض منهم ولان الذي يحدد بعد ذلك مناقض لكلامه والقاضي لا يتلفت  
إلى قول المناقض وكذلك لو لم يقتسموا حتى ارتفعوا إليه وأقروا به عنده  
جاز اقرارهم عليه وقسم المال بينهم بعد أداء الكتابة لان الحق لا يعدوهم  
فالثابت باقرارهم في حقه كالثابت بالبينة. وكذلك لو أقروا بدين عليه  
بدأت به قبل المكاتبه كما لو ثبت موته بالبينة وهذا لان الدين أقوى من  
المكاتبه حتى إذا عجز نفسه سقطت المكاتبه عنه دون الدين وعند اجتماع  
الحقوق في المال يبدأ بالأقوى فالأقوى عرفت ذلك بقضية العقول

[ 45 ]

وشواهد الاصول. وكذلك الحر إذا أقر ورثته انه قد مات فانه يقضي دينه  
ويقسم الميراث بينهم إذا كان في ايديهم لان اقرار الانسان فيما في يده  
معتبر ما لم يظهر له خصم ينازعه فيه وكذلك إذا كان المال في يد غيرهم  
فصدقهم بذلك. وان جحد موته لم انزعه من يده الا ببينة تقوم على موته  
لانهم يدعون استحقاق اليد في هذا المال على ذى اليد وقولهم ليس بحجة  
عليه في استحقاق يده فما لم تقم البينة على موته لا يخرج القاضي المال  
من يد ذى اليد. ولو أن المولى اعتق المكاتب المفقود ثم مات ابن المكاتب  
وهو حر وله اخوة احرار لم يقض لهم بشئ من ذلك حتى يعلم موت  
المكاتب قبله لان المفقود ان كان حيا فقد عتق باعتاق المولى إياه  
والميراث له دون الاخوة فشرط تورث الاخوة عدم أب هو وارث وبالظاهر  
لا يثبت هذا الشرط فلهذا لا يقضى لهم بشئ حتى يعلم موت الاب قبله.  
وكذلك ان كان مكاتب المكاتب عبدا لان اعتاق المولى عبده المفقود  
كاعتاقه المكاتب المفقود ولا ينفق على ولده الصغار من هذا المال شيئا  
لانه لا يدري لمن هذا المال فانه كما لم يثبت الاستحقاق فيه للاخوة لم  
يثبت للاب المفقود لانه لا يرث من غيره ما لم يعلم حياته حقيقة وقت  
موت مورثه. ولو ادعى مملوك المفقود العتق لو أقام بينته على ذلك لم  
يقبل منه لانعدام خصم حاضر (قال) ولو ادع أولاده يبيعونه لانه قبل هذه  
البينة ما كان لهم أن يبيعوه فبعدها أولى ومراده بعد ما كانوا يقرون بموته  
لان اقرارهم ليس بحجة على هذا العبد ولانه ان كان ميتا فالولد خصم في  
البينة التي أقامها المملوك على العتق. وكذلك لو ادعت امرأته الطلاق أو  
ادعت امرأة انه تزوجها لم أقبل بينتها على ذلك لانعدام الخصم ولو. أوصى  
رجل للمفقود بوصية لم أقض بها له ولم أبطلها ولم أنفق على ولده منها

لان الوصية اخت الميراث وشرط لاستحقاق الموصى له بقاؤه حيا بعد موت الموصى كالميراث وقد بينا أنه يوقف نصيبه من الميراث حتى يتبين حاله ولا ينفق على ولده منه شيء فكذلك الوصية (رجل) مات وترك ابنتين وابن ابن وبنت ابن وترك ابنا مفقودا وترك مالا في يد الابنتين فارتفعوا إلى القاضي وأقروا أن الابن مفقود فالقاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يوقف شيئا منه للمفقود ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج شيئا من أيديهما لان القاضي لا يتعرض لاجراج المال من يد ذي اليد الا بمحضر من الخصم ولا خصم هنا فان اولاد الفقود لا يدعون لانفسهم شيئا ولا يكونون خصما عن المفقود لانه لا يدري ان المفقود حتى فيرث أو ميت فلا يرث

## [ 46 ]

فلهذا لا يخرج المال من أيديهما بخلاف مال المفقود الذي يعلم أنه له لان حق اولاده ثابت في ذلك المال باعتبار ملكه فانهم يستحقون النفقة في ملكه واستصحاب الحال معتبر في ابقاء ما كان علي ما كان وكذلك ان قالت الابنتان قد مات اخونا وقال ولد الابن هو مفقود لان من في يده المال قد أقر لولد الابن ببعض ذلك المال وهم قدردوا اقرارهم بقولهم ابونا مفقود فيسقط اعتبار ذلك الاقرار. ولو كان مال الميت في يدى ولد الابن المفقود وطلبت الابنتان ميراثهما وأتفقوا أن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف لانا تيقنا باستحقاق النصف لهما فان المفقود ان كاحيا فالميراث بينهما وبين اخيهما للذكر مثل حظ الانثيين فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان والباقي لولد الابن فيدفع اليهما الاقل وهو النصف ويترك الباقي. في يد ولد الابن من غير ان يقضي به لهما ولا لابيها لانه لا يدري من المستحق لهذا الباقي. ولو كان المال في يد اجنبي فقالت الابنتان مات اخونا قبل ابينا وقال ولد الابن هو مفقود فان أقر الذي في يده المال بالمال للميت وبأن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف أقل النصيبين لهما والباقي موقوف على يده حتى يظهر خصمه و مستحقه بطور حال المفقود. وان قال الذي في يده المال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين إلى الابنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد أقر بان ثلثي ما في يده للابنتين فيجبر علي تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره بقول اولاد الابن ابونا مفقود لانهم لانفسهم بهذا القول لا يدعون شيئا ثم يوقف الثلث الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر خصمه ومستحقه. ولو جحد الذي في يده المال أن يكون المال للميت فاقامت الابنتان البينة أن اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيها المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما ولا يعلم له غير هؤلاء فانه يدفع إلى الابنتين النصف وهذا لانهما بهذه البينة يثبتان الملك لابيها في المال والاب ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة ثم يدفع اليهما القدر المتيقن بانه مستحق لهما وهو النصف والباقي يخرج من يد ذي اليد فيوضع في يد عدل حتى يظهر مستحقه لان ذا اليد قد جحده وظهرت جنايته بجحوده فلا يؤتمن بعد ذلك وان كان معروفا بالعدالة لان العدالة لا تتحرز زمن تناول ما يزعم انه ملك بخلاف ما سبق فذو اليد كان هناك مقرا بأن المال للميت وقد انتفت الجناية منه بهذا الاقرار فكان ترك الباقي في يده أولى لظهور أمانته بالتجربة. فان ادعى ولد المفقود انه مات بعد شهادة الشهود لم ادفع

إليهم شيئاً حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه لانهم يريدون استحقاق اليد على ذي اليد ومجرد قولهم لا يكفي لذلك ولان سبب الاستحقاق لهم غير معلوم فان أباهم ان مات قبل موت الجد فهم يستحقون الثلث ميراثاً من الجد وان مات بعد موت الجد فهم يستحقون النصف ميراثاً من ابهم ولا يجوز القضاء لهم بشئ قبل ظهور سبب الاستحقاق فلا بد ان يقيموا البينة على موته قبل أبيه أو بعده ولا ينفق عليهم من ذلك المال شئ وان كانوا محتاجين لانه لا يدري لمن هذا المال ونفقتهم عند الحاجة في مال ابهم والملك لابيهم في هذا المال لا يثبت ما لم تعلم حياته بعد موت الجد. فان كان المال ارضاً في ايدي الابنتين وولد الابن فاقروا جميعاً ان الابن قد مات قبل أبيه واقتسموا الارض بينهم على ذلك ثم ادعوا انه مفقود فان القاضي يمضي القسمة عليهم لانها تمت بتراضيتهم وقولهم فيما في أيديهم مقبول فكانت القسمة ماضية ولا يقبل قولهم انه مفقود لانهم مناقضون في ذلك والقاضي لا يلتفت إلى قول المناقض. وكذلك لو كان في ولد الابن رجل غائب لم يشهد القسمة ولم يكن في يده شئ من هذه الارض ثم قدم فقال والدي مفقود وأراد نقض القسمة لم يكن له ذلك لانه لا يدعى لنفسه بمقابلته وانما يدعى الملك للمفقود وهو مقرر انه ليس بوكيل له ولا وارث لانه حى ونقض القسمة بقول من لا يدعى لنفسه شيئاً لا يجوز بخلاف مالهو كان بعض الارض في يده لانه مدع لنفسه حقا وهو ابقاء يده فيما في يده وقسمتهم قبل حضوره غير صحيح لما فيه من استحقاق يده عليه وكذلك لو كان مكان الغائب صغير فأدرك. وان ادعى أن أباه مات قبل جده كان له أن ينقض القسمة فيقسمها القاضي بينهم قسمة مستقبلية باقرارهم على انفسهم لانه يدعى لنفسه بعض الملك هنا ويدعى بطلان قسمتهم لان تراضيتهم على القسمة بعد موت الجد لا يعمل به في حق الغائب والصغير وهم مصدقون له فيما يدعى فلهذا ينقض القسمة بخلاف مالهو كان القاضي هو الذي قسمه بين الحضور وعزل نصيب الغائب والصغيرة فانه ينفذ قسمته في حقهما إذا لم يكن في يد الغائب والصغير من هذا المال شئ لان للقاضي نوع ولاية في حق الغائب والصغير وليس للورثة تلك الولاية في حق الغائب والصغير ولو مات ابنة هذا الابن المفقود فان كان ميراثها في يد أخيها لم أتعرض له ولم أقف منه شيئاً للمفقود لانه لا يدري أحي هو فيكون وارثاً أو ميت فلا يكون وارثاً وقد بينا انه لا يتعرض ليد ذي اليد الا بمحض من الخصم. وان كان ميراثها في يد (4) الميسوط حادي عشر)

أجنبي لم أرفع إلى أخيها منه شيئاً لان شرط توريث الاخ ان يكون الاب ميتاً فما لم يصر هذا الشرط معلوماً بالحجة لا يدفع إلى الاخ من الميراث شئ وان كان ميراثها في يد أخيها وأختها وأرادوا القسمة وهم مقرون بأن الاب مفقود لم اقسام بينهم لان القسمة تبنى على ثبوت استحقاقهم بالميراث ولا يثبت ذلك ما لم تقم البينة على موت الاب المفقود قبل موت الابنة ولو كان للمفقود امرأة فماتت وميراثها في يد ولدها لم اقسام للمفقود من ذلك نصيباً لان حياته بعد موته خير معلوم ولم أقف له شيئاً

لان التعرض ليد ذى اليد لا يجوز الا بمحضر من الخصم وان اراد ولدها  
قسمة ميراثها وهو في ايديهم لم أقسمه بينهم حتى تقوم البينة على  
موت المفقود ثم يعزل من ذلك مثل نصيب المفقود فيوقف حتى يعلم انه  
مات قبلها أو بعدها ويقسم ما بقى بينهم. أما قبل ان تقوم البينة على  
موته فالقاضي لا يشتغل بالقسمة لان فيها قضاء على المفقود وهو حتى  
في حق نفسه فلا يوجه القاضي القاضي القضاء عليه بغير محضر من  
الخصم وأما بعد موته فقد ثبت للقاضي ولاية توجه القضاء عليه لما ظهر  
موته فيعزل نصيبه من القسمة ويجعله موقوفا حتى يتبين مستحقه  
بظهور موته قبلها أو بعدها ولو كان في يد غيرهم قضيت لهم بثلاثة ارباعه  
لانا نيقنا باستحقاقهم لهذا المقدار فيسلم إليهم ويوقف الربع على يد ذى  
اليد حتى يظهر حال المفقود بخلاف ما سبق فان المال هناك في ايديهم  
ففى القسمة تمييز نصيب المفقود عن نصيبهم وذلك قضاء على المفقود  
وهنا المال ليس في ايديهم فقضاؤه لهم بثلاثة ارباعه لا يمس المفقود  
وهو متيقن استحقاقه لهم \* وإذا فقد المرتد ولم يعلم ألحق بدار الحرب ام  
لا فانه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم لان اللحاق بدار الحرب  
بمنزلة الموت في حق المسلم فكما يوقف ميراث المفقود المسلم حتى  
يتبين موته فكذلك يوقف ميراث المفقود المرتد حتى يتبين لحوقه بدار  
الحرب. وان مات أحد من ولده قسم ميراثه بين ورثته ولم يحبس للمفقود  
شئ لانه محروم عن الميراث بكونه مرتدا فان المرتد لا يرث أحدا و اسلامه  
بعد الردة موهوم والموهوم لا يقال المعلوم ألا ترى ان الاب المفقود لو  
كان عبدا لم يحبس له شئ من ميراث وولده لان الرق الذى يحرمه معلوم  
والعتق بعد ذلك موهوم وكذلك ان كان ميراثه في يد اجنبي وكذلك المرأة  
المرتدة فانها لا ترث أحدا وكذلك الذمي يفقد وله بنون مسلمون فمات  
أحدهم لم يوقف للاب شئ لان سبب حرمانه معلوم فان الكافر لا يرث  
المسلم. وكذلك رجل مسلم فقد وله بنون كفار فمات أحدهم قسمت  
ميراثه بين

## [ 49 ]

اخوته ولم أوقف على أبيه شيئا لان المسلم لا يرث الكافر فسبب حرمانه  
متيقن والله اعلم كتاب الغصب (قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس  
الائمة السرخسي املاء) (اعلم) بان الاغتصاب أخذ مال الغير بما هو عدوان  
من الاسباب واللفظ مستعمل لغة في كل باب مالا كان المأخوذ أو غير  
مال. يقال غصبت زوجة فلان وولده ولكن في الشرع تمام حكم الغصب  
يختص بكون المأخوذ مالا متقوما. ثم هو فعل محرم لانه عدوان وظلم وقد  
تأكدت حرمة في الشرع بالكتاب والسنة. أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها  
الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض  
منكم) وقال تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون في  
بطونهم نارا) وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل ما امرئ مسلم الا بطيبة  
نفس منه وقال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر  
وحرمة ماله كحرمة نفسه وقال صلى الله عليه وسلم في خطبته ألا ان  
دماءكم واعراضكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومى هذا في شهري هذا  
في مقامي هذا (فثبت) أن الفعل عدوان محرم في المال كهو في النفس  
ولهذا يتعلق به المأثم في الآخرة كما قال صلى الله عليه وسلم من غصب  
شبرا من ارض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين الا ان المأثم  
عند قصد الفاعل مع العلم به. فأما إذا كان مخطئا بان ظن المأخوذ ماله أو  
كان جاهلا بأن اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لم يكن أثما لقوله صلى الله

عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان والمراد المأثم فأما حكمه في الدنيا فنابت سواء كان أثمًا فيه أو غير أثم لان ثبوت ذلك لحق صاحبه وحقه مرعى وانى الآخذ معذور شرعا لجهله وعدم قصده والحكم الاصلى الثابت بالغضب وجوب رد العين على المالك بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد. وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لا عبا ولا جادا فان أخذه فليرده عليه وقال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به. ومن ضرورة كونه أحق بالعين وجوب الرد على الآخذ والمعنى فيه أنه مفوت عليه يده بالاخذ واليد لصاحب المال في ماله مقصود به يتوصل إلى التصرف والانتفاع ويحصل ثمرات لملك فعلى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه. وأثم

## [ 50 ]

وجوه رد العين إليه ففيه إعادة العين إلى يده كما كان فهو الواجب الاصلى لا يصار إلى غيره الا عند العجز عنه فان عجز عن ذلك بهلاكه في يده بفعله أو بغير فعله فعليه ضمان المثل جبرا؟ لما فوت على صاحبه لان تفويت اليد المقصودة كتفويت الملك عليه بالاستهلاك (ثم) الملك نوعان كامل وقاصر. فالكامل هو المثل صورة ومعنى. والقاصر هو المثل معنى أي في صفة المالية فيكون الواجب عليه هو المثل التام الا إذا عجز عن ذلك فحينئذ يكون المثل القاصر خلفا عن المثل التام في كونه واجبا عليه \* وبيان هذا ان المعصوب إذا كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون فعليه المثل عندنا. وقال نفاة القياس عليه رد القيمة لان حق المعصوب منه في العين والمالية وقد تعذر ايصال العين إليه فيجب ايصال المال إليه ووجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية ومالية الشئ عبارة عن قيمته ولكننا نقول الواجب هو المثل قال الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وتسمية الفعل الثاني اعداء بطريق المقابلة مجازا كما قال الله تعالى (وجزاء سيئة سيئة مثلها) والمجازاة لا تكون سيئة وقد ثبت بالنص أن هذه الاموال أمثال متساوية قال صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثل بمثل ولان المقصود هو الجبران وذلك في المثل أثم لان فيه مراعاة الجنس والمالية وفي القيمة مراعاة المالية فقط فكان ايجاد المثل أعدل الا إذا تعذر ذلك بالانقطاع من ايدي الناس فحينئذ يصار إلى المثل القاصر وهو القيمة للضرورة ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعتبر القيمة وقت القضاء لان التحول إليه الآن يكون فان المثل واجب في الذمة وهو مطلوب له حتى لو صبر إلى مجئ أوانه كان له ان يطالبه بالمثل فانما يتحول إلى القيمة عند تحقق العجز عن المثل وذلك وقت الخصومة والقضاء بخلاف ما إذا كان المعصوب أو المستهلك مما لا مثل له لان الواجب هناك وان كان هو المثل عند أبي حنيفة ولكنه غير مطالب بأداء المثل بل هو مطالب بأداء القيمة بأصل السبب فيعتبر قيمته عند ذلك وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انقطع المثل فقد التحق بما لا مثل له في وجوب اعتبار القيمة والخلف انما يجب بالسبب الذي يجب به الاصل وذلك الغضب فيعتبر قيمته يوم الغضب ومحمد يقول أصل الغضب أوجب المثل خلفا عن رد العين وصار ذلك دينا في ذمته فلا يوجب القيمة ايضا لان السبب الواحد لا يوجب ضمانين ولكن المصير إلى القيمة للعجز عن أداء المثل وذلك بالانقطاع عن ايدي الناس فيعتبر قيمته بأخر يوم كان موجودا فيه فانقطع وان كان المعصوب

من العدييات المتقاربة كالجواز والبيض والفلوس فعليه ضمان المثل عندنا وعلى قول زفر عليه ضمان القيمة وهو بناء على الاختلاف بيننا وبينه في جواز السلم فيها عددا ثم زفر رحمه الله يقول المثل فيما يؤدي به الضمان منصوص على اعتباره والمماثلة في العدييات المتقاربة غير ثابتة بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجرى فيها الربا لأنها ليست بأمثال متساوية قطعاً وما كان ثابتاً بالنص فهو مقطوع به فلا يؤدي بما هو مجتهد فيه ولكن لا يصار إلى القيمة لتعذر أداء المثل كما في العدييات المتقاربة ولكننا نقول المماثلة في أحاد هذه الأشياء ثابتة بالعرف فهو كالثابت بالنص فيما هو المقصود وهو جبران حق المغصوب منه في مراعاة الجنس والمالية عليه وهذا لأن أحاد هذه الأشياء لا تتفاوت في المالية إنما تتفاوت أنواعها كالمكيل والموزون وإن كان المغصوب من العدييات المتفارقة كالثياب والدواب والواجب على الغاصب ضمان القيمة عند تعذر رد العين عندنا \* وقال أهل المدينة رحمهم الله الواجب هو المثل لحديث أنس رضي الله تعالى عنه قال كنت في حجرة عائشة رضي الله تعالى عنها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يضرب الحجاب فأتى بقصعة من ثريد من عند بعض أزواجه فضربت عائشة رضي الله عنها القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل من الأرض ويقول غارت أمكم غارت أمكم ثم جاءت عائشة رضي الله تعالى عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغيرة وقال علي رضي الله عنه في المغرور يفك الغلام بالغلام، الجارية بالجارية ولكننا نحتج بحديث معروف عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في عبد بين شريكين يعتقه أحدهما فإن كان موسراً ضمن قيمة نصيب شريكه وإن كان معسراً سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه فهذا تنصيص علي اعتبار القيمة فيما لا مثل له \* وتأويل حديث أنس رضي الله عنه أن الرد كان على طريق المروءة ومكارم الأخلاق لا على طريق الضمان وقد كانت القصعتان لرسول الله صلى الله عليه وسلم \* ومعنى قول علي رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام يعني بقيمة الغلام فقد صح عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قضيا في ولد المغرور أنه حر بالقيمة \* ثم بدأ محمد الكتاب بحديث ابن سيرين عن شريح رحمهما الله قال من كسر عصى فهي له وعليه مثله وذكر بعده عن الحكم عن شريح قال من كسر عصى فهي له وعليه قيمتها فإما أن يقول مراده بالمثل المذكور في الحديث الأول المماثلة في المالية خاصة وذلك في القيمة أو يحمل

الحديث الأول على العصى الصغيرة فإنها من العدييات المتقاربة لا تتفارت أحادها في المالية كالسهم وما ذكر في الحديث الثاني محمول على العصى الكبيرة فإنها كالعدييات المتفاوتة لأن أحادها تتفاوت في المالية. ثم المراد بالكسر ما يكون فاحشاً حتى لا يمكن التقضي به بعد ذلك فأما إذا كان الكسر يسيراً فليس علي الكاسر الاضمان النقصان لأنه غير مفوت للمنفعة المطلوبة من العين وإنما يمكن نقصاناً في ماليته فعليه ضمان النقصان وفي الكسر الفاحش هو مستهلك من وجه لفوات المنفعة

المطلوبة من العين فكان لصاحبها حق تضمين القيمة ان شاء وهذا الحكم في كل عين الا في الاموال الربوية فان التعيب هناك فاحشا كان أو يسيرا ثبت لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين أن يسلم العين إليه ويضمنه مثله عندنا لان تضمين النقصان متعذر فانه يتعدى إلى الربا لانه يسلم له قدر ملكه وزيادة وعلى قول الشافعي رحمه الله له أن يضمنه النقصان وهو بناء على أن من مذهبه أن للجودة في هذه الاموال قيمة كما في سائر الاموال الأتري أن لها قيمة إذا قوبلت بخلاف جنسها ولها قيمة في اثبات الخيار لصاحبها عند تفويت الغاصب الجودة وما لا يتقوم شرعا فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالخمر والصنعة من الملاهي والمعازف. ثم وجوب ضمان النقصان لا يؤدي إلى الربا فان حكم الربا يجري بالمقابلة على طريق المعادلة وذلك لا يوجد هنا خصوصا علي أصله فان ضمان الغصب عنده لا يوجب الملك في المضمون ولكننا نقول لا قيمة للجودة في هذه الاموال منفردة عن الاصل قال صلى الله عليه وسلم جيدا وردئها سواء يعنى في المالية التي ينبنى عليها العقد لانه لا يجوز الاعتياض عن هذه الجودة حتى لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة ودرهم لا يجوز وما يكون متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز وبهذا فارق حال اختلاف الجنس موثبات الخيار عندنا ليس لغوات الجودة بل للتغير المتمكن بفعله في العين وإذا ثبت انه لا قيمة للجودة منفردة عن الاصل قلنا لو ضمنه النقصان كان فيه اقرار بجودته عن الاصل فأما إذا سلم العين إليه فلا يكون فيه اقرار بجودته عن الاصل وهي متقومة مع الاصل تبعا فلهذا كان له أن يضمنه المثل وقول شريح هو دليل له على ان المغصوب يصير ملكا للغاصب عند أداء الضمان كما هو مذهبنا (وذكر) عن أبي البحتري ان اعرابيا أتى عثمان بن عفان رضى الله عنه فقال ان بنى عمك عدوا علي ابلى فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها فقال له عثمان رضى الله تعالى عنه إذا نعطيك ابلا مثل ابلك وفصلانا مثل

[ 53 ]

فصلانك قال إذا تنقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادي فغمزه بعض القوم بعبد الله بن مسعود رضى الله عنه فقال بينى وبينك عبد الله فقال عثمان رضى الله عنه نعم فقال عبد الله رضى الله عنه أرى أن يأتي هذا واديه فيعطى ثمة ابلا مثل ابله وفصلانا مثل فصلانه فرضى عثمان رضى الله عنه بذلك وأعطاه \* وبظاهر الحديث يستدل أهل المدينة في أن الحيوان مضمون بالمثل عند الغصب والاتلاف فقد اتفق عليه عثمان وابن مسعود رضى الله عنهما الا أنا نقول لم يكن هذا على طريق القضاء بالضمان وانما كان ذلك على سبيل الصلح بالتراضى لان المتلف لم يكن عثمان رضى الله عنه ووجوب الضمان على المتلف والانسان غير مؤاخذ بجناية بنى عمه الا أن عثمان رضى الله عنه كان يتبرع بأداء مثل ذلك عن بنى عمه ويقول ان قوتهم ونصرتهم بى وهذا لانه كان به فرط الميل إلى أقاربه واليه أشار عمر رضى الله عنه حين ذكر عثمان رضى الله عنه في الشورى فقال انه كلف بأقاربه وكان ذلك ظاهرا منه ولهذا جاء الاعرابي يطالبه وانما غمزه بعض القوم بعبد الله رضى الله عنه لما كان بين عثمان رضى الله عنه وبينه من النفرة وسبب ذلك معلوم \* ثم فيه دليل جواز التحكيم وان الامام إذا كان يخاصمه غيره فله أن يحكم برضى الخصم من ينظر بينهما كما فعله عثمان رضى الله عنه \* وفيه دليل على أن رد مثل المغصوب أو المستهلك يجب في موضع الغصب والاستهلاك لان ابن مسعود رضى الله عنه حكم بذلك وانقاد له عثمان رضى الله عنه وهذا لان

المقصود هو الجبران ورفع الخسران عن صاحب المال وذلك برد العين عليه في ذلك الموضع وأداء الضمان في ذلك الموضع ولهذا قلنا ان مؤنة الرد تكون على الغاصب (وذكر) عن شريح رحمه الله أن مسلما كسر دنا من خمر لرجل من أهل الذمة فضمنه شريح قيمة الخمر وبه نأخذ فان الخمر مال متقوم عندنا في حقهم لتمازجها منهم بحماية الامام فانهم يعتقدون فيها المالية وانما يكون المال متقوما بالاحراز والامام مأمور بأن يكف عنهم الايدي المتعرضة لهم في ذلك لمكان عقد الذمة فيتم احرازها منهم بذلك وسنقرر ذلك في موضعه (ثم) فيه دليل أن المسلم يضمن قيمة الخمر للذمي عند الاتلاف دون المثل لان المسلم عاجز عن تملك الخمر من غيره وعند العجز عن رد المثل يكون الواجب هو القيمة ولم يذكر تضمين قيمة الدن لان ذلك غير مشكل وانما ذكر الرواي ما هو المشكل وهو تضمينه قيمة الخمر (وإذا) غصب الرجل جارية تساوي ألف درهم فازدادت عنده فالزيادة نوعان منفصلة متولدة

## [ 54 ]

منها كالولد والعقر ومتصلة كالسمن وانجلاء البياض عن العين \* وفي الكتاب بدأ بيان الزيادة المتصلة ولكن الاولى أن يبدأ ببيان الزيادة المنفصلة فيقول. هذه الزيادة تحدث امانة في يده عندنا حتى لو هلك من غير صنعه لم يضمن قيمتها عندنا (وقال) الشافعي رحمه الله تعالى تحدث مضمونة لانها لما تولدت من أصل مضمون بيد متعدية فتحدث مضمونة كزوائد الصيد المخرج من الحرم وهذا لان المتولد من الاصل يكون بصفة الاصل والاصل مضمون عليه فكذلك ما تولد منه ألا ترى ان الزيادة مملوكة للمغصوب منه كالاصل (ثم) له في بيان المذهب طريقان (أحدهما) ان الزيادة مغصوبة بمباشرة من الغاصب لان حد الغصب الاستيلاء على مال الغير باثبات اليد لنفسه بغير حق وقد كانوا في الجاهلية يملكون بهذه اليد ويسمونه غصبا فالشرع ابطل حكم الملك بها في كل محترم وأثبت الضمان وبقي حكم الملك بها في كل مباح كالصيد. ثم انما يملك الصيد باثبات اليد عليه فكذلك يجب الضمان باثبات اليد عليه وهو مثبت يده على الولد حتى لو نازعه فيه إنسان كان القول قوله (والثاني) هو انه غاصب للولد تسببا فان غصب الام وامساكها إلى وقت الولادة سبب لحصول الولد في يده وهو معتاد لان أصحاب السوائم يمسكون الامهات لتحصيل الاولاد وهذا تسبب هو فيه متعدد فينزل منزلة المباشرة لان المال يضمن بالاتلاف تارة وبالعصب أخرى وفي الاتلاف المسبب إذا كان متعديا يجعل كالمباشر في حكم الضمان كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق فكذلك في الغصب \* وحجتنا في ذلك أن وجوب ضمان الغصب لا يكون إلا باعتبار تحقق الغصب لانه سببه ولهذا يضاف إليه الحكم ولا يثبت بدون السبب ولم يوجد الغصب في الزيادة تسببا ولا مباشرة لان حد الغصب الموجب للضمان الاستيلاء على مال الغير باثبات اليد لنفسه على وجه تكون يده مفوتا ليد المالك لان الضمان واجب بطريق الجبران فلا يجب الا بتقويت شئ عليه وليس في الغصب تقويت العين فعرفنا أن وجوب الضمان باعتبار تقويت اليد عليه وذلك غير موجود في الولد لان التقويت بازالة يده عما كان في يده أو بازالة تمكنه من أخذ ما لم يكن في يده وما كان الولد في يد المالك قط ولا زال تمكنه من أخذه لحصوله في دار الغاصب ما لم يمنعه الغاصب منه فلا يكون مضمونا عليه لانعدام سبب الضمان حتى يطالبه بالرد فإذا منعه يتحقق التقويت بقصر يده عنه بالمنع فيكون مضمونا عليه كالثوب إذا هبت

به الريح وألفته في حجره وهذا بخلاف الاستيلاء الموجب للملك لان الملك حكم مقصود على المحل فيتم سببه باثبات اليد على المحل والضمان جبران لحق المالك فلا يتم سببه الا بتفويت شئ عليه وبخلاف ضمان صيد الحرم لان ذلك ضمان اتلاف معنى الصيدية فيه فانه بالحرم أمن الصيد ومعنى الصيدية في تنفيره واستيحاشه وبعده عن الايدي فاثبات اليد على يكون اتلافا لمعنى الصيدية فيه حكما وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه. فأما الاموال فمحفوظة بالايدي فلا يكون اثبات اليد على المال اتلافا لشئ على المالك \* يوضح الفرق أن الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده إلى مأمته فانما وجد المنع منه بعد الطلب وذلك سبب الضمان. وعلي هذا الطريق يقول إذا هلك الولد قبل تمكنه من الرد إلى الحرم لا يضمن وعلي الطريق الاول هو ضامن ولاوجه لاثبات حكم الضمان في الزيادة بتولدها من الاصل المضمون لان الضمان ليس في العين بل هو في ذمة الغاصب وانما توصف العين به مجازا كما يقال فلان مغضوب عليه والغصب صفة للغاصب بخلاف الملك لانه وصف للمحل فانه يوصف بانه مملوكه حقيقة فيتعدى ذلك إلى الولد وان باع الغاصب الولد وسمله أو أتلفه فهو ضامن لقيمته لوجود التعدي منه على الامانة كما لو باع المودع الوديعة (فان قيل) فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد (قلنا) بل فيه تفويت يده لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببيعه وتسليمه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا فأما الزيادة المتصلة فهي أمانة في يد الغاصب عندنا حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولا يضمن الزيادة وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه مضمونة كالزيادة المنفصلة عنده ويزعم أن كلامه هنا أظهر فان الزيادة تصير مغضوبة بالوقوع في يد الغاصب ولان الزيادة لا تنفصل عن الاصل فمن ضرورة كون يده على الاصل يد غصب أن تكون على الزيادة يد غصب أيضا ولكننا نقول سبب وجوب الضمان في الاصل لقيس هو يد الغصب بل اليد الغاصبية لان اليد الغصب حكم الغصب وانما يحال بالضمان على أصل السبب لا على حكمه فأصل السبب اليد الغاصبية المفوتة ليد المالك ولم يوجد ذلك في الزيادة وان منعها بعد الطلب ففي احدى الروايتين الزيادة تصير مضمونة بالمنع لان قصر يد المالك عنها يثبت بالمنع وفي الرواية الاخرى لا تصير مضمونة لان المطالبة بالرد في حق الزيادة لا تتحقق منفردة عن الاصل إذ لا يتصور

ردها بدون الاصل ولا معتبر بهذا المنع في حق الاصل لان الاصل مضمون بدون هذا المنع فلهذا لا يضمن الزيادة المتصلة بالمنع بعد الطلب بخلاف الزيادة المنفصلة وعلى هذا الاختلاف لو اردادت قيمتها من غير زيادة في بدنها ثم هلكت لم يضمن الغاصب الا قيمتها وقت الغصب عندنا وعند الشافعي يضمن قيمتها وقت الهلاك لان من أصله ان سبب الضمان اثبات اليد واليد مستدام والاصل أن ما يستدام فانه يعطى لاستدامته حكم انشائه في هذا الطريق يصير كالمجدد للغصب عند الهلاك وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك وذلك بابتداء الغصب فتعتبر قيمتها عند ذلك فان

باعها وسلمها بعد ما صارت قيمتها ألفين بالزيادة المتصلة فهلكت عند المشتري ثم جاء صاحبها فله الخيار ان شاء ضمن المشتري قيمتها يوم قبض العين وان شاء ضمن الغاصب لان المشتري متعد بقبضها لنفسه علي طريق التملك وفي هذا القبض تفويت يد المالك حكما على ما بينا انه كان متمكنا من استردادها من الغاصب وقد زال ذلك بقبض المشتري على طريق التملك لنفسه فيضمن قيمتها حال قبضه وذلك أيضا درهم بمنزلة مالو غصبها غاصب من الاول بعد الزيادة فان للمالك ان يضمن الغاصب الثاني قيمتها وقت غصبه. وفيه طريقان. أحدهما ما بينا. والثاني أن المولي باختياره تضمين الغاصب الثاني يكون مبرنا للغاصب الاول ولهذا لا يكون له أن يضمنه بعد ذلك وبهذا الإبراء تصير يده يد المالك والغاصب الثاني مفوت لهذه اليد فإذا صارت كيد المالك كان هو ضامنا بتفويته يد المالك حكما فان اختار تضمين البائع فان شاء ضمنه قيمتها وقت الغصب ألف درهم وان شاء ضمنه قيمتها وقت البيع والتسليم ألفي درهم ولم يذكر فيه خلافا في الكتاب (وروى) الحسن عن أبي حنيفة وابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله انه ليس له ان يضمن الغاصب وقت البيع والتسليم قيمتها \* وجه ظاهر الرواية وهو قولهما ان الزيادة حصلت في يد الغاصب أمانة وقد تعدى عليها بالبيع والتسليم فيكون ضامنا لها بزيادتها كما لو كانت الزيادة منفصلة وكما لو قتلها بعد حدوث الزيادة ولانه وجد من الغاصب سببان موجبان للضمان الغصب والتسليم بحكم البيع فللمالك ان يضمنه بأى الشئين شاء كما لو قتلها بعد الغصب \* وتحقيق هذا ان البيع والتسليم استهلاك ألا ترى ان من ادعى عينا في يد انسان فأقام البينة ان فلانا باعه وسلمه منه إليه فان القاضى بالملك له كما لو شهدوا بالملك له فهو بالبيع والتسليم باشر سببا لو أثبتته المشتري بالبينة قضى القاضى بالملك له فيكون ذلك استهلاك كما

[ 57 ]

للملك علي المغصوب منه حكما والاستهلاك بعد الغصب يتحقق ويكون سببا للضمان كالأستهلاك بالقتل \* وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب والغصب لا يتحقق في المغصوب لوجهين (أحدهما) ان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بتفويت يد المالك والتفويت بعد التفويت من واحد لا يتحقق (والثاني) أن الاسباب مطلوبة لا حكامها وتكرار الغصب من واحد في محل غير مفيد شيئا فلا يعتبر تكرار البيع بثمن واحد وانما قلنا ان ضمان البيع والتسليم ضمان غصب لان ملك المغصوب منه باق بعد بيع الغاصب كما بعد غصبه \* والأستهلاك اما أن يكون بتفويت العين حقيقة أو بتفويت الملك فيه حكما وذلك غير موجود. والدليل عليه أن الحر لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب والحر يضمن بالاتلاف وكذلك العقار عند أبي حنيفة وأبى يوسف أخرا رحمهما الله لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب وهو مضمون بالاتلاف (فإذا) ثبتت هذه القاعدة فنقول السبب الثاني لا يمكن اعتباره في الاصل لما قلنا ان الغصب بعد الغصب لا يتحقق مع بقاء حكم الاول ولا وجه لا بطلان حكم الضمان الثابت بالغصب الاول بفعل الغاصب لان المسقط للضمان عنه نسخ فعله باعادته إلى يد المالك لا اكتساب غصب آخر ولا وجه لا اعتبار السبب الثاني في الزيادة لان الزيادة تابعة للاصل فلا يثبت الحكم فيها الا بثبوته في الاصل ولان الزيادة المتصلة لا تفرد بالغصب فلا تفرد بضمنا الغصب ولانه لما ضمن الاصل بالغصب ملك الاصل بزيادته من ذلك الوقت فتبين أنه باع ملك نفسه ولهذا نفذ بيعه هنا وبيع ملك نفسه لا يكون موجبا

للضمان عنه وهذا بخلاف ما إذا قتلها لان ذاك ضمان اتلاف والزيادة تفرد بالاتلاف ولان اعتبار السبب الثاني هناك مفيد في حق الاصل لان الضمان بالقتل يجب مؤجلا على العاقلة وبالغصب يجب على الغاصب فيجب اعتبار السبب الثاني في حق الاصل لكونه مفيدا ثم يعتبر في حق الزيادة تبعا للاصل الا أنه إذا ضمن الاصل بالقتل لا يملكها لان ضمان القتل لا يوجب الملك فلا يتبين به ان الزيادة كانت مملوكة له ولم يذكر هنا ان المغصوبة لو كانت دابة فاستهلكها الغاصب بعد الزيادة المتصلة هل يضمن قيمتها زائدة ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات انه يضمن قيمتها زائدة ؟ بعض اخففين من أصحابنا رحمهم الله ان ذلك الجواب قولهم جميعا وجعل يفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الاستهلاك بعد الغصب يتحقق في الاصل

[ 58 ]

فيكون موجبا للضمان وأما الغصب بعد الغصب فلا يتحقق. قال رضى الله عنه والاصح عندي انه لا فرق في الفصلين عند أبى حنيفة رحمه الله فانه كما لم يذكر الخلاف ثمة لم يذكر هنا قال وقد رأيت في بعض النوادر بيان الخلاف في الشاة إذا ذبحها الغاصب وأكلها بعد الزيادة انه لا يضمن قيمتها زائدة وهذا لما بينا أن السبب انما يعتبر إذ كان مفيدا وحكم الاستهلاك في الدواب وحكم الغاصب سواء لانه يوجب الضمان على المستهلك حالا ويملك المضمون به فالاستهلاك وان تحقق فلا فائدة في اعتباره في حق الاصل بخلاف القتل في الأدمى فان حكم ضمان القتل مخالف لحكم ضمان الغصب فكان اعتبار السبب الثاني مفيدا وهذا بخلاف صيد الحرم إذا باعها وسلمها بعد الزيادة لانا ثبت بهذا الكلام ان البيع والتسليم لا يكون سببا للضمان بعد الغصب وهناك الزيادة كانت مضمونة عليه قبل هذا الا ان تصير مضمونة بالبيع والتسليم \* وان اختار المغصوب منه تضمين المشتري بطل البيع ورجع بالثمن على الغاصب لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين ولان ملك العين لم يسلم للمشتري بالبيع وانما سلم له بضمان القيمة فلا يسلم الثمن للبائع أيضا فلهذا استرد الثمن من البائع (رجل) غصب جارية فولدت عنده ثم مات الولد فعلى الغاصب رد الجارية مع نقصان الولادة لانما دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها ولو فانت كلها ضمن الغاصب قيمتها والجزء معتبر بالكل وان كان الولد حيا فعليه رد هما لان الولد جزء من لاصل فيكون مملوكا لمالك لاصل ومؤنة الرد في الولد على الغاصب وان لم يكن مضمونا عليه كمؤنة الرد في المستعار على المستعير وان لم يكن مضمونا عليه فإذا ردهما وفى قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة لم يضمن الغاصب من نقصان الولادة شيئا عندنا وقال زفر رحمه الله هو ضامن لذلك وان لم يكن فى قيمة الولد وفاء بالنقصان فهو ضامن لما زاد على قيمة الولد من النقصان عندنا وعند زفر هو ضامن لجميع النقصان لان ضمان النقصان واجب عليه بغوات جزء مضمون منها فلا يسقط الا بالاداء أو البراء ممن له الحق وقد انعدم الاسقاط ممن له الحق وهو برد لولد لا يكون مؤد يا للضمان لان الولد ملك المضمون له واداء الضمان يملك غير المضمون له لان الضمان لجبران ما فات عليه ومملكه لا يكون جابرا لمملكه ولا يجوز ان يكون الولد قائما مقام الجزء الفائت بالولادة لان الولد أمانة في يده والفائت مضمون عليه فكيف تكون الامانة خلفا عن المضمون (ألا ترى) انه لو دخلها عيب آخر فى يده وفى

قيمة الولد وفاء بنقصان ذلك العيب لم يكن الولد جابرا لذلك النقصان. وشبه هذا بمن قطع قوائم شجرة انسان فنبت مكانها أخرى لم يسقط الضمان عن القاطع بما نبت لان النبات ملك المضمون له بخلاف مالو قطعت يدها فأخذ الغاصب الارش فردها مع الارش لان الارش ما تولد من ملك المضمون له فيمكن أن يجعل مؤديا للضمان به وبخلاف مالو قلع سنها فنبت مكانها أخرى أو صارت مهزولة ثم سمنت لان هناك انعدم سبب الضمان لان السبب افساد المنبت لا مجرد القلع وقد تبين أنه ما أفسد المنبت ولهذا لو كان نبات السن بعد الرد لم يحب على الغاصب شيء أيضا وهنا السبب وهو النقصان قائم مشاهد والولد لا يصلح أن يكون قائما مقام ذلك النقصان. ألا ترى أن الوفاء بقيمته لو حصل بعد الرد لم يتخير به فكذلك قبله \* وحثنا في ذلك ان سبب الضمان منعدم هنا حكما والثابت حكما كالثابت حسا أو أقوى منه. وبيان ذلك أن الولد خلف عن الجزء الفائت بالولادة بطريق اتحاد السبب وهو ان الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدثت مالية الولد لان الولد وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا بل كان عيبا في الام أو كان وصفا لها وانما صار مالا مقصودا بعد الانفصال والسبب الواحد متى أثر في النقصان والزيادة كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما زال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن في ملكه كان الثمن خلفا عن مالية المبيع له باتحاد السبب حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شيء بمثل قيمته ثم رجعا لم يضمنا شيئا وكذلك الارش خلف عن مالية اليد المقطوعة باتحاد السبب فكما ينعدم النقصان إذا رد ذلك الجزء بعينه بأن غصب بقرة فقطع جزءا منها ثم رد ذلك الجزء مع الاصل فكذلك ينعدم النقصان برد الخلف لان الخلف عن الشيء يقوم مقامه عند فواته والدليل عليه فصل السمن والسن فان الحادث هناك يجعل خلفا عن الفائت باتحاد المحل لانه حادث في محل النقصان وتأثير السبب في الخلافة أكثر من تأثير المحل فإذا جعل باتحاد المحل هناك الحادث خلفا عن الفائت حتى ينعدم به سبب الضمان فهذا أولى. وبهذا ظهر الجواب عن كلامه فانا لا نجعل الغاصب مؤديا للضمان برد الولد ولكن نبرئه بانعدام سبب الضمان فانما ينعدم سبب الضمان برد ملك المغصوب منه فيكون المردود ملكه يقرر هذا المعنى (فان قيل) كيف يستقيم هذا والولد يبقى ملكا للمغصوب منه بعد انعدام النقصان (قلنا) لانه في الملك لم يكن خلفا انما كان مملوكا له بكونه متولدا من ملكه وذلك باق وانما

كان خلفا في حكم الانجبار فلا جرم بعد ارتفاع النقصان لا يكون الولد جابرا للنقصان وهو كالتراب خلف عن الماء في حكم الطهارة لا في الملك فبعد وجود الماء يبقى التراب مملوكا له ولا يكون خلفا في حكم الطهارة (وإذا) ثبت هذا فيما إذا كان في قيمة الولد وفاء بالنقصان عند الولادة فكذلك إذا صار فيه وفاء بعد الولاد قبل الرد لان حكم الخلافة باتحاد السبب لما انعقد فيه فالحدث فيه بعد انعقاد السبب يلتحق بالموجود وقت السبب كالزوائد في البيع بعد البيع قبل القبض تلتحق بالموجود وقت العقد ولكن هذه الخلافة في حكم الانجبار ليكون رد الخلف كرد الاصل وهذا ينتهي بالرد فالزيادة فيه بعد الرد لا تجعل كالموجود عند السبب لهذا كالزيادة في المبيع بعد القبض لا تعتبر في انقسام الثمن فأما في السن يتبين انعدم

سبب الضمان من حيث ان الحادث خلف عن الفأنت باتحاد المحل من حيث الظاهر ومن حيث المعنى عدم افساد المنبت وذلك يتحقق بعد الرد يتحقق قبله \* وبوضحه أن هناك لا يشترط لا يحاب الضمان بالقلع كون الاصل في ضمانه عند القلع فكذلك لا يشترط لانعدام السبب بالنبات بقاء الاصل في ضمانه بخلاف ما نحن فيه وفي قلع قوائم الشجرة الواجب ضمان عين ما ذهب به القاطع وهو الجزء المقطوع وذلك لا ينعدم بنبات مثله. ثم النبات هناك ليس بسبب القلع بل ببقاء الشجرة الخضرة النامية والانجبار بحكم اتحاد السبب على ما قررنا \* فان ماتت الام وبالولد وفاء بقيمتها ففي هذه المسألة ثلاث روايات روى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يبرأ برد الولد لان وجوب الضمان على الغاصب لجبران حق المعصوب منه وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد وروى عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان يكون بسبب الولادة فأما موت الام لا يكون بسبب الولادة ورد القيمة كرد العين ولورد عين الجارية كان النقصان منجبرا بالولد فكذلك إذا رد قيمتها (وفي) طاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لوجهين (أحدهما) انها لما ماتت تبين ان الولادة كانت موتا من أصله كالجرح إذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلا من أصله لا أن يكون جرحا ثم قتلا بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجبا للزيادة وهذا بخلافه بحكم اتحاد السبب فإذا انعدم هناك لم يكن الولد جابرا للنقصان بالولادة ولا قائما مقام الام لانا نجعل اتحاد السبب كاتحاد المحل وهناك يتصور أن يكون الحادث خلفا عن الفأنت إذا كان الغائب بعض الاصل

## [ 61 ]

كالسمن والسن لا ما إذا كان الفأنت جميع الاصل فكذلك بسبب اتحاد السبب يجعل الحادث خلفا عن الفأنت إذا كان الغائب بعض الاصل لا ما إذا كان الفأنت كله لان الحادث تبع والتبع لا يقوم مقام الاصل انما يقوم مقام تبع مثله \* يوضحه أنه لما ضمن الاصل من وقت الغصب ملك الاصل بالضمان من ذلك الوقت وتبين ان النقصان حادث على ملكه فلا حاجة إلى ما يجبره بخلاف ما إذا رد الاصل فالحاجة إلى رد جابر النقصان هنا متقرر وباعتبار هذه الحاجة يجعل الولد خلفا في حكم الانجبار به (قال) وإذا جاء المعصوب منه يدعى جاريته في يد الغاصب وهو منكر فأقام شاهدا انها جاريته غصبها هذا اياه وأقام شاهدا آخر على اقرار الغاصب بذلك لم يجز لانهما اختلفا حين شهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل إذ الفعل غير القول وبشهادة الواحد لا يثبت واحد من الامرين. وكذلك لو شهد أحدهما بالملك له وشهد الآخر على اقرار الغاصب له بالملك لان المشهود به مختلف وليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين وان شهدا له بالملك وزاد أحدهما ذكر الغصب فالشهادة جائزة لانهما اتفقا في الشهادة على الملك للمدعى وتفرد احدهما بالشهادة بالغصب على المدعى عليه فيقضي القاضي بما اتفقا عليه وان شهد أحدهما انها جاريته وشهد الآخر انها كانت جاريته قضيت بها له لانهما اتفقا في المشهود به وهو المالك للمدعى لان ما كان له فهو باق على ملكه ابدا حتى يخرج من ملكه بحق ولم يظهر سبب ذلك فعرفنا ان كل واحد منهما شهد له بالملك في الحال \* وان شهد احدهما انها جاريته اشتراها من فلان وشهد الاخر انها جاريته ورثها عن أبيه لم يجز لان احدهما شهد له بملك هو أصل فيه مستفاد بسبب أحدثه وهو الشراء والآخر شهد له بملك هو خلف عن مورثه فيه وأحد الملكين متباين عن الآخر \* ألا ترى أن الوارث يرد بالعيب على بائع مورثه ويصير مغرورا بشراء

مورثه والمشتري لا يرد على بائع بائعه ولا يصير مغرورا بسبب شراء بائعه (وإذا) اختلف المشهود به حكما لم يتمكن القاضي من القضاء بشئ. وان شهد احدهما بالشراء من رجل والاخر بالشراء من رجل آخر أو بهبة أو صدقة لم تجز الشهادة لا خلافا في المشهود به وهو السبب اما لان الصدقة والهبة غير الشراء أو لان الشراء من زيد غير الشراء من عمرو. وان شهدا أنها جاريته غصبها اياه هذا وقد باعها الغاصب من رجل فسلم رب الجارية البيع بعد ذلك قال يجوز لان البيع انعقد من الغاصب موقوفا على اجازة المالك فان من أصلنا أن ماله مجيز

[ 62 ]

حال وقوعه يتوقف على الاجازة وان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولكن الشرط لتمام العقد بالاجازة بقاء المتعاقدين والمقود عليه والمجيز وذلك كله باق هنا (وقد) ذكر في النوادر أن المدعى إذا طلب من القاضي أن يقضي له بالملك ففعل لم يكن له أن يجيز البيع بعد ذلك لانه طلب من القاضي أن يقرر ملكه وذلك يتضمن دفع السبب المزيل فيجعل ناسخا للبيع بهذا. وجه ظاهر الرواية ان الملك لدى ظهر له بقضاء القاضي لا يكون أقوى من ملك ظاهر له وذلك لا يمنع انعقاد البيع موقوفا فلا يمنع بقاء البيع إذا ظهر بالفضاء بطريق الاولى فان كان الغاصب قد قبض الثمن فهلك عنده هلك من مال رب الجارية لان بنفوذ البيع صار الغاصب كالوكيل من جهته بالبيع بطريق ان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وحق قبض الثمن إلى الوكيل وهو أمين فيما يقبض. الا ترى انه لو هلك عنده بعد الاجازة لم يضمن فكذلك إذا هلك قبل الاجازة ولا يشترط لنفوذ العقد بالاجازة بقاء الثمن لان الثمن معقود به ولا يشترط وجوده في ملك المشتري لصحة البيع بعد ابتداء فكذلك لا يشترط بقاءه لنفوذ البيع بالاجازة وكل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد أو كسب أو ارش جناية وما شابهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ البيع ويثبت الملك للمشتري من وقت البيع فان سبب ملكه هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك به لمانع وهو حق المعصوب منه فإذا ارتفع ذلك بالاجازة ثبت الملك له من وقت السبب لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء \* فتبين ان الزوائد حدثت على ملكه وان لم يسلم المبيع وأخذها أخذ جميع ذلك معها لانه بقى ملكه مقررا فيها وانما يملك الكسب والارش والولد بملك الاصل فان أعتقها المشتري لم ينفذ عتقه قبل أن يجيز المالك البيع عندنا وقال) ابن أبي ليلى عتقه نافذ والغاصب ضامن قيمتها للمعصوب منه لان الاعتاق قبض بطريق الاتلاف فانه يندم به محلية البيع كما بالاتلاف حقيقة فهناك الغاصب يضمن قيمتها وينفذ البيع بينه وبين المشتري إذا ضمن قيمتها فهنا كذلك اعتبار للحكمي بالحقيقي. ولكننا نقول حصول القبض والاتلاف بنفوذ العتق لا بالتكلم به وشرط نفوذ العتق ملك المحل قال صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والبيع الموقوف ضعيف في نفسه فلا يثبت الملك به قبل الاجازة كالهبة قبل القبض فان الموهوب له لو أعتق الموهوب قبل أن يقبض لم يعتق ولا يصير قابضا به فهذا مثله بخلاف الاتلاف فانه حسي يتحقق في الملك

[ 63 ]

وغير الملك ولا نقول المشتري بالاتلاف يصير مالكا متى كان للمغصوب منه أن يضمن المشتري ان شاء فان أجاز المغصوب منه البيع بعد ما أعتق المشتري الجارية جاز البيع ولم ينفذ عتق المشتري في القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وفي الاستحسان ينفذ عتقه وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هكذا يرويه محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة (قال) أبو سليمان وكنا سمعنا من أبي يوسف روايته عن أبي حنيفة انه لا ينفذ عتقه \* وجه القياس ان هذا عتق ترتب على عقد توقف نفوذه لحق المالك فلا ينفذ بنفوذ العقد كالمشتري بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف فانه متفق على جواره ويتم بموت البائع وبسكوته حتى تمضى المدة \* والبيع الموقوف مختلف في جواره وهو يبطل بموت العاقد وبموت المالك ولا يتم بدون الاجازة لان هذا العتق توقف على اجازة مالك ظاهر الملك فان المالك لو أجاز العتق عن نفسه عتق من جهته فلا ينفذ من جهة من يحدث له بالملك كالمشتري من المكروه إذا أعتق قبل القبض ثم رضي المكروه بالبيع لم ينفذ عتق المشتري \* يوضحه أن البيع والعتق توقفا على اجازة المالك ثم لو أجاز العتق بطل البيع فكذلك لو أجاز البيع يبطل العتق لما بينهما من المنافاة في حقه. والدليل عليه ان الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه والملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري هنا حتى ينفذ بيعه لو كان باعه هناك ولا ينفذ بيع المشتري هنا لو كان باعه ثم هناك لم ينفذ عتقه فهنا أولى. وكذلك لو كان المشتري من الغاصب أعتق ثم ان المالك ضمن الغاصب حتى نفذ بيعه لم ينفذ عتق المشتري فكذلك إذا نفذ البيع باجازه المالك \* وجه الاستحسان ان هذا عتق ترتب على سبب ملك تام فينفذ بدون السبب بالاجازة كالوارث إذا أعتق عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين ثم يسقط الدين أو المشتري من الوارث إذا فعل ذلك \* وتقرير هذا الكلام ان العقد الموقوف سبب تام في نفسه وانعقاده بكلام المتعاقدين ولهما ولاية على أنفسهما فإذا أطلقا العقد انعقد بصفة التمام لان الممتنع ما يتضرر به المالك وكما لا ضرر على المالك بانعقاد السبب لا ضرر عليه في تمام السبب لانه ليس من ضرورة اتمام السبب اتصال الحكم به فقد يتراخى عنه لان الاسباب الشرعية لا تنعقد خالية عن الحكم ولكن يجوز أن يتأخر الحكم عن السبب والضرر على المالك في اثبات الملك للمشتري لان من ضرورته زول ملك فيتأخر ذلك إلى وقت الاجازة ويبقى السبب تاما والدليل عليه ان الاشهاد على (5) مبسوط حادي عشر

[ 64 ]

النكاح يعتبر وقت العقد لا عند الاجازة والنكاح ينعقد مع التوقف وما يمنع تمام السبب فالنكاح لا يحتمله كخيار الشرط. والدليل عليه ان الغاصبين إذا تصارفا وتقايبضا وافترقا ثم أجاز المالكان فمحمد يوافقنا انه يجوز وما يمنع تمام السبب لا يكون عفوا في الصرف بعد الافتراق كخيار الشرط والدليل على تمام السبب انه يملك المبيع عند الاجازة بزوائده المنفصلة والمتصلة (وإذا) ثبت ان السبب تام فنقول العتق قبض حتى ان المشتري إذا أعتق المبيع قبل القبض يسير قابضا والقبض بعد تمام السبب يتوقف بتوقف السبب وينفذ بنفوذه كالقبض الحقيقي في المبيع أو المثل والدليل عليه ان رجلا لو قال للغاصب أعتق هذا العبد عنى بالف درهم فأعتقه ثم أجاز المالك نفذ بالاجازة العتق والبيع جميعا فهذا مثله بل أولى لان سبب الملك هناك مضمرة وهنا مفسحة به ولا وجه لمنع هذا فانه لو التمس هذا من المالك فأجابه إليه كان نافذا فكذلك إذا التمس من غير

المالك فأجابه إليه وأجازه المالك وهذا بخلاف البيع بشرط الخيار لان السبب هناك غير تام فان قوله على انى بالخيار مفرون بالعقد نصا وتعليق العقد بالشرط يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط ولهذا لم يجز البيع قياسا لانه أدخل الشرط على السبب وفى الاستحسان يجعل الشرط داخلا على حكم السبب فينعقد أصل العقد ويكون في حق الحكم كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله ألا ترى انه لو قال إذا جاء عبدى فله على ان أتصدق بدرهم فتصدق به اليوم لا يجوز بخلاف ما لو قال لله على ان أتصدق بدرهم غدا فتصدق به اليوم يجوز فعرفنا ان التوقف لا يمنع تمام السبب والتعليق بالشرط يمنع منه يوضح الفرق ان فى العقد الموقوف يثبت ملكا يلبق بالسبب وهو الملك الموقوف لان هذا القدر لا يزيل ملك المالك ولا يتضرر به فانما ترتب على ملك موقوف فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفوزه فأما الشرط فى مسألة الخيار كما يمنع الملك التام يمنع الملك الموقوف فلم يترتب عتق المشتري على ملك فى المحل أصلا ومسألة المكره قد منعها بعض أصحابنا رحمهم الله (والاصح) ان نقول بيع المكره فاسد ولهذا لو أعتقه المشتري بعد القبض ينفذ عتقه والبيع الفاسد قبل القبض ضعيف غير تام فى حكم الملك كالهبة قبل القبض فلا يثبت به ملك تام ولا موقوف فى المحل فلماذا لا ينفذ عتقه وعتق المشتري مخالف لبيعه لان البيع ليس بقبض ألا ترى انه لو باع المبيع قبل القبض لا يصير به قابضا وانما يتوقف بعد تمام السبب ما هو من حقوقه والعتق من حقوقه

[ 65 ]

من حيث انه قبض ومن حيث ان الشراء موجب وهو شراء القريب فانه اعتلق بخلاف البيع. يوضحه ان البيع قاطع للملك والعتق منهى له ألا ترى ان المشتري لو باع المبيع ثم اطلع على عيب به لا يرجع على بائعه بحصة العيب من الثمن بخلاف ما لو أعتقه فلكون العتق منها للملك يتوقف بتوقف الملك حتى إذا تم انتهى به والبيع لكونه قاطعا للملك لا يجوز أن يتوقف بتوقف الملك وهذا بخلاف ما لو أجاز المالك العتق لانه باجازه العتق عن نفسه يبطل محل البيع فلا يمكن تنفيذ البيع به وباجازه البيع يمتد محل العتق للمشتري وهو المالك فينفذ العتق من جهته وهذا بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستند له حكم الملك لاحقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفى لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب فى كسبه وهذا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المنفصلة والمتصلة. فأما إذا أعتقه المشتري ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فالاصح أنه ينفذ العتق أيضا هكذا ذكر هلال رحمه الله فى كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وبعد التسليم يقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وقد بينا أنه لا يستند للغاصب حقيقة الملك فكيف يستند لمن يملك من جهته فلماذا لا ينفذ عتقه وهنا انما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد بالطريق الذى قلنا فلماذا نفذ عتقه \* وان ماتت الجارية فى يد المشتري ثم أجاز المالك البيع لم يتم لان اجازته انما تصح فى حال يصح اذنه بالبيع وبعد الموت لا يصح اذنه بالبيع ولان الملك للمشتري يثبت عند الاجازة مقصودا بسببه وان كان يستند إلى وقت العقد والميت لا يحتمل التملك مقصودا بسببه. وان لم يمت ولم يسلم رب الجارية المبيع ولكن الغاصب اشتراها منه لم يجز البيع الاول لان اقدام المالك على بيعها من الغصب ابطال منه للبيع الاول ولانه لا يمكن تنفيذ البيع الاول من الغاصب

بهذا الشراء لان الملك له حادث والبيع الموقوف إذا تم أوجب الملك للمشتري من وقت العقد ولانه ما توقف على حقه ولم يوجد منه الرضا بتمليك المشتري عليه فلهذا لا يصح البيع الاول بعد شراء الغاصب وكذلك ان أجاز له قد طرأ ملك نافذ على ملك موقوف فكان مبطلاً للموقوف إذ لا يتوضر اجتماعهما في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة وكذلك لو وهبها مولاها للغاصب أو تصدق بها

[ 66 ]

عليه أو ماتت فورثها منه فهذا كله مبطل للملك الموقوف بطريان الملك النافذ في المحل (رجل) غصب من رجل جارية فعيبها فأقام المغصوب منه البينة انه قد غصب جارية له فانه يحبس حتى يجئ بها ويردها على صاحبها (وكان) أبو بكر الاعمش رحمه الله يقول تأويل هذه المسألة ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعينة فأما الشهادة على فعل الغصب لا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعى في المغصوب ولا يتمكن القاضى من القضاء بالمجهول ولا بد من الاشارة إلى ما هو المقصود بالدعوى في الشهادة ولكن الاصح أن هذه الدعوى والشهادة صحيحة لاجل الضرورة فان الغاصب يكون ممتنعاً من احضار المغصوب عادة وحين يغصب فانما يتأتى من الشهود معينة فعل الغاصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالأوصاف لاجل التعداد وثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال منقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجئ به ولان وجوب الرد على الغاصب ثابت بنفس الفعل وهذا معلوم من شهادتهم فيتمكن القاضى من القضاء به فلهذا يحبس حتى يجئ بها ويردها على صاحبها. فان قال الغاصب قد ماتت أو قد بعته ولا أقدر عليها تلوم القاضى في ذلك زماناً ولم يعجل بالقضاء بالقيمة لان بقضائه يتحول الحق من العين إلى القيمة وفيه نوع ضرر على صاحبها فعين الملك مقصود لصاحبها كماليتها وربما يتعلل الغاصب بذلك لتسلم العين عند أداء القيمة فلهذا لا يعجل بالقضاء بها وليس لمدة التلوم مقدار بل يكون ذلك موكولاً إلى رأى القاضى لان نصب المقادير بالرأى لا يكون (2) وهذا انتلوم إذا لم يرض المغصوب منها بالقضاء بالقيمة له فأما إذا رضى بذلك أو تلوم له القاضى فلم يقدر على الجارية فان اتفقا في قيمتها على شئ أو أقام المغصوب منه البينة على ما يدعى من قيمتها قضى له القاضى بذلك وان لم يكن له بينة فالقول قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعى الزيادة وهو منكر لها فان استحلف فنكل كان نكوله بمنزلة اقراره بما يدعيه المالك وان حلف قضى له بما اقر به الغاصب لان ما زاد على ذلك انتفى عنه بيمينه ما لم يقم المالك حجة عليه فان ظهرت الجارية بعد ذلك فان كان القضاء بالقيمة بالبينة أو بالنكون أو بالاقرار من الغاصب بما ادعى المالك فالجارية له لا سبيل للمغصوب منه عليها وان كان القضاء بالقيمة بزعم الغاصب بعد ما يحلف بخير المغصوب منه فان شاء استردها ورد ما قبض على الغاصب وان شاء

[ 67 ]

أمسك تلك القيمة ولا سبيل له عليها. قال الكرخي رحمة الله هذا إذا كانت قيمتها بعد ما ظهرت أكثر مما قال الغاصب فأما إذا كانت قيمتها مثل ما قال الغاصب فلا خيار له في استردادها لأنه يوفر عليه بدل ملكه بكاملة. وفي ظاهر الرواية الجواب مطلق وهو الصحيح لأنه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العين إذا لم يعط ما يدعيه من القيمة وثبوت الخيار له لانعدام تمام الرضا من جهته وذلك لا يختلف باختلاف قيمتها فقد لا يرضى الانسان بزوال العين عن ملكه بقيمته وهذا كله مذهبنا. وأما عند الشافعي رحمه الله تعالى فالجارية باقية على ملك مولاه فيستردّها إذا ظهرت ويرد ما قبض من القيمة (وبعض المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله يقول سبب الملك عندنا يقرر الضمان على الغاصب لكيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وهو معنى قولهم المضمونات تملك بالضمان ولكن هذا غلط لأن الملك عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا نفذ بيع الغاصب وسلم الكسب له (وبعض المتأخرين رحمهم الله يقول الغصب هو السبب الموجب للملك عند أداء الضمان وهذا أيضا وهم فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد. ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان إذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف إذا تم بالأجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشنعة فالغصب هو عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ولا يصح أن يجعل العدوان المحض سبباً له فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع فالاسلم أن يقول الغصب موجب رد العين ورد القيمة عند تعذر رد العين بطريق الجبران مقصوداً بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لا حكماً ثابتاً بالغصب مقصوداً ولهذا لا يملك الولد لأن الملك كان شرطاً للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس يتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الزيادة المتصلة فإنه تبع محض والكسب كذلك بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً وثبوت الحكم في التبع كثبوته في الأصل سواء ثبت في المتبوع مقصوداً بسببه أو شرطاً لغيره. وجه قول الشافعي رحمه الله الاستدلال بقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) قاله تعالى جعل أكل مال الغير قسمين قسم بالباطل وقسم بالتجارة عن تراض وهذا

[ 68 ]

ليس بتجارة عن تراض فيكون أكلاً بالباطل والمعنى فيه ان الغصب عدوان محض لأنه ليس فيه شبهة الإباحة بوجه ما فلا يكون موجباً للملك كالقتل. وتأثيره ما قلنا ان الملك حكم مشروع فيستدعى سبباً مشروعاً والعدوان المحض ضد المشروع فأدنى درجات المشروع أن يكون مرضياً به وأن يكون مباحاً والعدوان المحض ضده ولا يجوز أن يثبت الملك بضمان القيمة لأن هذا ضمان جبران فيكون بمقابلة الفأنت بالغصب والفأنت بالغصب يد المالك لا ملكه \* فعرّفنا ان هذا الضمان بمقابلة النقصان الذي حل بيد الغاصب لا أن يكون بدلاً عن العين ولهذا فلتنم لو هشم قلب فصة لا نسان وقضى القاضى عليه بالقيمة ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلاً عن العين كان صرفاً فيبطل بالافتراق من غير قبض ولما ثبت ان هذا الضمان بطريق الجبران فلا يكون الجبران بتفويت ما هو قائم بل هو باحياء ما هو فائت وملكه في العين كان قائماً فلو جعلنا زائلاً بالقضاء بالقيمة له كان هذا تفويتاً لا جبراً ولو كانت القيمة بدلاً عن العين فهو

حلف يصار إليه عند وقوع اليأس عن رد العين ومثل هذا الحلف يسقط  
اعتباره عند ظهور العين كما لو قلع سن انسان فاستؤنى به حولا كاملا ثم  
قضى له بالارش فقبض ثم نبت سنه يلزمه رد المقبوض من الارش بهذا  
المعنى واعتمادهم علي فصل المدبر. وبهذا يتضح جيمع ما قلنا فان  
العصب يتحقق في المدبر وسبب الملك عندكم لا يتحقق في المدبر  
وبقضاء القاضى بالقيمة لا يزول عن ملكه ولو كان شرط القضاء بالقيمة  
انعدام ملكه في العين أو كانت العين بدلا عن العين لما قضى القاضى بها  
في محل لا يتحقق فيه هذا الشرط وان تم بضاء القاضى ينبغى أن يزول  
ملكه عن المدبر كما لو قضى بجواز بيع المدبر \* وحجتنا في ذلك قول  
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشاة المغصوبة المصلية أطعموها  
الاسارى فقد أمرهم بالتصدق بها ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق بها  
لان التصديق بملك الغير إذا كان مالكة معلوما لا يجوز ولكن يحفظ عليه عين  
ملكه فان تعذر ذلك يباع ويحفظ عليه ثمنه. والمعنى فيه أن العصب  
الموجب للضمان مختص بمحل هو مال متقوم فيثبت الملك به إذا أمكن  
كالبيع والصلح \* وبيان الوصف أن عصب الحر لا يتحقق موجبا للضمان لانه  
ليس بمال وكذلك عصب الخمر من المسلم لانه غير متقوم وتأثيره ان  
اختصاص السبب بمحل لا يكون إلا لا اختصاصه بحكم يختص بذلك المحل  
فالمحل الذى هو مال متقوم يختص بصحة التملك فيه فلما اختص العصب  
الموجب للضمان به عرفنا أنه انما اختص بهذا الحكم فان الفعل الذى

## [ 69 ]

هو عدوان محض وازالة اليد المحترمة لا تختص بمحل هو مال متقوم. ثم  
حقيقة المعنى ان الضمان الواجب علي الغاصب بدل العين. ألا ترى انه  
يقوم العين به وأنه يسمى الواجب قيمة العين ويتقدر بمالية العين ولان  
الضمان بمقابلة ما هو المقصود ومقصود صاحب الدراهم عين الدارهم لا  
امتلاء كيسه بها فعرفنا أن الضمان بدل العين وانما يقضى بها جبرانا  
والجبران يستدعى القوات لا محالة لانه انما يجير الفأنت دون القائم فكان  
من ضرورة القضاء بقيمة العين انعدام ملكه في العين فيكون جبرانا لما  
هو فائت ومالا يمكن اثباته الا بشرط فإذا وقعت الحاجة الي اثباته يقدم  
شرطه عليه لا محالة كما إذا قال لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم  
فاعتقه يقدم التملك منه علي نفوذ العتق منه ضروره كونه شرطا في  
المحل الا أن يكون قوله أعتقه عنى سببا للتمليك مقصودا \* إذا تقرر هذا  
تبين أنه انما يثبت بالعدوان المحض ما هو حسن مشروع به وهو القضاء  
بالقيمة جبرانا لحقه في الفأنت ثم انعدام الملك في العين لما كان من  
شرطه هذا المشروع يثبت به ويكون حسنا بجنسه ولهذا لا يشترط التقابض  
لان شرط التقابض فيما هو سبب للملك مقصودا الا فيما يثبت شرطا  
لغيره كما لا يشترط القبول في قوله أعتق عبدك عنى على ألف درهم لان  
شرط القبول في سبب ملك مقصود لا فيما هو شرط لغيره ولهذا قلنا ان  
المغصوب وان كان هالكا عند القضاء بالقيمة يصير مملوكا للغاصب لان  
الهالك مما لا يقبل التملك مقصودا بسببه لا شرطا لغيره وكذلك يقول إذا  
أخذ القيمة بزعم الغاصب فالعين لا تبقى علي ملكه ولكن يتخير عند  
ظهوره لعدم تمام الرضى به كالمشترى إذا وجد بالمبيع عيبا (فاما) المدبر  
ففي تخريجه طريقان \* أحدهما ان هناك لا يقول ببقاء العين علي ملكه بعد  
تقرر حقه في القيمة بل يجعل رائلا عن ملكه لتحقيق هذا لشرط ولهذا لو  
لم يظهر المدبر بعد ذلك وظهر له كسب فذلك الكسب يكون للغاصب دون  
المغصوب منه الا انه إذا ظهر المدبر يعاد إليه صيانة لحق المدبر فان حق

العتق ثبت له بالتدبير عندنا \* الثاني أن في المدبر القيمة ليست تبدل عن العين لأن ما هو شرطه وهو انعدام الملك في العين متعذر في المدبر فيجعل هذا خلفا عن النقصان الذي حل بيده ولكن هذا عند الضرورة ففي كل محل يمكن اتحاد الشرط لا تتحقق الضرورة فيجعل بدلا عن العين وإذا تعذر اتحاد الشرط يجعل خلفا عن النقصان الذي حل بيده \* ونظيره فصلان. أحدهما ضمان العتق فإنه بمقابلة العين في كل محل يمكن اتحاد الشرط وهو تمليك العين وفيما لا يحتمل

[ 70 ]

اتحاد هذا الشرط كالمدبر وأم الولد عندهم لا يجعل بدلا عن العين وكذلك ضمان الصلح فإنه إذا أخذ القيمة بالتراضى كان المأخوذ بدلا عن العين في كل محل يحتمل تمليك العين وفي كل محل لا يحتمل تمليك العين يجعل المأخوذ بمقابلة الجنابة التي حلت بيده وكذلك إذا أخذ القيمة بقضاء القاضي وفيما تلي من الآية بيان أن الاكل بالتجارة عن تراض جائز لا أن يكون الجواز مقصودا عليه ثم معنى التجارة عن تراض يندرج هنا من وجه فإن المالك هنا متمكن من أن يصبر حتى تظهر العين فيأخذها فحين طالب بالقيمة مع علمه أن من شرطه انعدام ملكه في العين فقد صار راضيا بذلك لأن من طلب شيئا لا يتوصل إليه الا بشرط كان راضيا بالشرط كما يكون راضيا بمطلوبه (رجل) غصب من رجل جارية فوطئها فولدت منه ثم حضر صاحبها فادعاه ولم يكن له بينة فأقر له بهادو اليد لم يصدق عليها ولا على ولدها لأن حق أمية الولد لها وحقيقة الحرية للولد تثبت من حيث الظاهر فإن من في يده شيء فالظاهر أنه ملكه ولهذا لو نازعه غيره فيه كان القول قوله فلا يصدق في ابطال حقهما ولكنه مصدق فيما يقربه على نفسه وقد أقر أنها كانت مغصوبة في يده وأنه ضامن لقيمتها عند تعذر رد عينها وقد تعذر رد العين بفعله فلهذا يلزمه قيمتها للمقر له (قال) ولا يضمن قيمة الولد ولم يتعرض للعقر ذكر المسألة في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله علي ان قول زفر يضمن قيمة الولد والعقر وعلى قول أبي يوسف لا يضمن ذلك. وجه قول زفر انه أقر بوجوب العقر عليه لأنه يزعم أنه وطئها وهي مغصوبة في يده والوطئ في ملك الغير لا ينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد بشبهة فيجب العقر وكذلك إن أقر أن اولد ملك المقر له وقد احتبس عنده بفعله كالام فيضمن قيمته لأن الغاصب يضمن قيمة الولد بالمبيع أو يجعل هذا بمنزلة المغرور وولد المغرور حر بالقيمة وعلى المغرور عقرها للمستحق فهذا مثله. وجه قول أبي يوسف ان ما يلزمه من الضمان انما يلزمه باقراره وهو ما أقر بوجوب العقر عليه انما أقر بوجوب الحد عليه لأن وطئ الجارية المغصوبة يوجب الحد على الغاصب دون العقر وكذلك والد المغصوبة لا يكون مضمونا على الغاصب الا بمنع منه ولم يوجد ذلك منه في الولد وانما امتنع رده لحرته شرعا فهو كما لو امتنع رده بموته فعرفنا انه ما أقر على نفسه بوجوب العقر ولا بوجوب قيمة الولد فلا يلزمه ذلك فان كان المدعى أقام البينة انها جاريته غصبها هذا منه قضي له بها وبولدها لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولم يذكر العقر

[ 71 ]

وينبغي أن يقضى له بالعقر لان ذا اليد لما أنكر فقد صار انكاره شبهة في اسقاط الحد عنه وقد أثبت بالبينة أنه وطئ ملك الغير فيلزمه العقر فان لم يقل الشهود غضبها ولم يقر الذي هي في يديه ولكنه قال اشتريتها من فلان فارتد أن يقضى بالجارية للذي أقام البينة هل يستحلفه بالله ما بعته ولا أدنت له فيه ولم يدع ذو اليد شيئاً من ذلك (قال لا استحلفه علي شئ من ذلك إلا أن يدعى الذي هي في يديه لان القاضي نصب لفصل الخصومات لا لتهيجها ولان الاستحلاف يترتب علي دعوى صحيحة فان لم يدع ذو اليد ذلك فلا معنى للاستحلاف وإذا ادعاه فيحنئذ يتسحلف لانه يدعى عليه مالو اقر به لزمه (وروي) عن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي يستحلفه وان لم يطلاب ذواليد ذلك صيانة لقضاء نفسه. وان أقام الذي هي في يديه البينة علي تسليمه المبيع أخذ رب الجارية الثمن من البائع لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولان اجازة البيع في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء فان تصادق الاول والجارية علي انه كان أعتقها قبل هذا البيع لم يصدق علي ذلك لانها صارت مملوكة للمشتري بما أثبت من البيع واجازة المالك بالبينة فلا يصدقان علي ابطال ملكه ولكن ان أقامت الجارية البينة ان الاول كان أعتقها قبل أن يشتريها هذا فانها تعتق لانها أثبتت حريتها باعتاق من كان يملكها بالحجة ثم يتبين بطلان البيع فيرجع المشتري علي البائع بالثمن وعلي المشتري العقر للجارية لانه وطئها بشبهة الملك وهي حرة والولد ولده بغير قيمة لان الولد يتبع الام في الحرية وقد ثبتت حريتها بالبينة فينقل الولد عنها حراً بذلك السبب لا بالغرور فلهدا لا يغرم قيمة الولد \* ولو اشترى جارية فولدت له ثم جاء أخوه فأقام البينة ان الجارية له قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر لان حربة الولد هنا بسبب الغرور لا بسبب ملك الاخ لانه انما يعتق ابن الاخ علي عمه بعد تملكه وهنا الولد كان حر الأصل فلم يدخل في ملك المدعى حتى يجعل عتقه بسبب القرابة \* وإذا ثبت أن حرية الولد بسبب الغرور فولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما ويرجع المشتري علي البائع بالثمن وقيمة الولد لاجل الغرور ولا يرجع بالعقر لانه انما لزمه بما نال من لذة الوطئ فلا يرجع به علي غيره (رجل) غضب جارية أو شاة أو بقرة فولدت ولداً ثم ذبح الولد أو باعه أو استخدمه حتى إذا مات من ذلك فعليه ضمان قيمته يوم مات لان الولد كان أمانة عنده وقد أنلفه بالذبح أو الاستخدام حتى مات منه وصار متعدداً عليه بالبائع

[ 72 ]

والتسليم فيضمن قيمته كالمودع إذا فعل ذلك بالوديعة وان لم يصنع شيئاً من ذلك ولكن الام ماتت فله أن يضمه قيمة الام يوم غضبها ويأخذ الاولاد لان الملك في الام يثبت للغاصب شرعاً لتقرر الضمان عليه وذلك غير متعد إلى الولد فان الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة لان أصل السبب للضمان هو الغصب ووجوبه حقيقة بعد موت الام فأما قبل موتها الواجب رد العين فالمالك يثبت به كذلك وتبين ان وقت الغصب انما يثبت له حكم الملك لا حقيقة الملك وذلك يكفي لسلامة الكسب دون الولد كحكم الملك الثابت للمكاتب بالكتابة حتى ان كسبه لا يكون مملوكاً للمولى وولده يكون مملوكاً له ينفذ عتقه فيه (رجل) غضب جارية قيمتها ألف درهم فصارت قيمتها ألفين ثم قتلها رجل خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ألف درهم في ماله حالوا ان شاء اتبع عاقلة القاتل بألفي درهم في ثلاث سنين لان كل واحد منهما جان في حقه فله الخيار في التضمنين فان ضمن الغاصب فانما يضمه باعتبار الغصب فينظر إلى قيمتها عند ذلك

وضمن الغصب يجب حالا على الغاصب لان وجوبه باعتبار المالية ثم الغاصب يرجع على عاقلة القاتل بألفى درهم مؤجلا في ثلاث سنين لان الغاصب يملك بالضمان فيظهر ان القاتل جان على ملكه فلهذا يرجع على عاقلة القاتل بألفى درهم في ثلاث سنين أو لان المالك لما ضمنه فقد أقامه مقام نفسه في الرجوع على عاقلة القاتل وهو لو اختار الرجوع عليهم أخذ منهم ألفى درهم قيمتها وقت القتل في ثلاث سنين لان الواجب باعتبار القتل بدل النفس فيكون على العاقلة مؤجلا فكذلك الغاصب يرجع عليهم بهذه الصفة ثم يسلم له مما يقبض ألفا قدر ما ضمن ويتصدق بالالف الاخرى لانه حصل له بكسب خبيث وهو الغصب المتقدم ولانه ربح حصل لا على ملكه فيلزمه التصديق به كالربح الحاصل لا على ضمانه فان كانت قيمة الجارية يو غصبها عشرة آلاف درهم ويوم قتلها القاتل كذلك فمولاهها بالخيار ان شاء ضمن الغاصب عشرة آلاف درهم في ماله حالة بسبب الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل خمسة آلاف درهم في عشرة دراهم في ثلاث سنين بسبب القتل لان الواجب بهذا السبب بدل النفس وبدل نفس الامة لا يزيد على خمسة آلاف كبديل نفس الحرة وينقص للرق من ذلك عشرة دراهم وفي رواية خمسة فان ضمن الغاصب يرجع الغاصب على عاقلة القاتل بخمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم اما لانه قائم مقام المعصوب منه أو لانه ظهر ان جناية القاتل كانت على ملكه فان كانت الجارية هي التي قتلت رجلا خطأ أخذها مولاه

[ 73 ]

ودفعها أو فداها لانها بعد الغصب باقية على ملك مولاهها وموجب جناية المملوك أن يخير مولاهها بين الدفع والغداء وأي ذلك فعل رجع على الغاصب بالاقبل من قيمتها ومن الغداء لان ذلك انما لزمه بسبب كان منها في يد الغاصب وجنابتها في ضمان الغاصب كجناية الغاصب عليها ولان الرد لم يسلم حين استحققت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب فكأنه لم يردّها فيرجع عليه بقيمتها الا ان يكون الغداء أقل من القيمة فحينئذ يرجع بالاقبل لانه في التزام الزيادة على الاقل مختار فانه كان يتخلص باختيار الاقل فان كانت ماتت عند الغاصب بعد الجناية اخذ المولى قيمتها من الغاصب بسبب الغصب فيدفعها إلى أولياء الجناية لانها كانت مستحقة لهم بالجناية وقد فاتت واختلفت بدلا فيستحقون بدلها باستحقاقها وإذا دفع القيمة إليهم رجع بها على الغاصب مرة أخرى لان المقبوض استحق من يده بسبب كان عند الغاصب ولا استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استردها ودفعها بالجناية رجع على الغاصب بقيمتها فكذلك إذا استرد قيمتها ودفعها بالجناية (رجل) غصب دار رجل وسكنها فان انهدمت من سكنها أو من عمله فهو ضامن لذلك لانه متلف لما انهدم بفعله والاتلاف يتحقق في العقار كما في المنقول وان انهدمت من غير عمله فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق عندهما في العقار والحكم ينبنى على السبب وأصل المسألة لان العقار لا يضمن بالغصب في القياس وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهم الله وفي الاستحسان يضمن وهو قول أبي يوسف الاول ومحمد والشافعي رحمهم الله. حجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين فقد أطلق النبي صلى الله عليه وسلم لفظ الغصب على العقار وكذلك من حيث العرف يقال غصب دار فلان ومن حيث الحكم دعوى الغصب في العقار تسمع حتى لا يندفع بأقامة ذي اليد البينة

على أن يده يد أمانه وإذا ثبت أن الغصب يتحقق فيها يترتب عليه حكمه والمعنى فيه. أما الشافعي رضي الله تعالى عنه يقول العقار يملك بالاستيلاء إذا فوض بالغصب بدا كالمنقول \* وبيان الوصف أن الغزاة إذا فتحوا بلدة يملكون عقارهم وتأثيره ما بينا على أصله أن حد الغصب التعدي بانبات اليد لنفسه على مال الغير بغير حق وذلك يتحقق في العقار والمنقول جميعا ومحمد يقول العقار يضمن بالعقد الجائر والفاقد فيضمن بالغصب كالمنقول وتحقيقه هو أن

[ 74 ]

وجوب ضمان الغصب يعتمد تفويت يد المالك بالنقل ولكن فيما يتأتى ذلك فيه فأما فيما لا يتأتى يقام غيره مقامه لاثبات الحكم وهو الاستيلاء بأقصى ما يمكنه بالسكنى واخراج المالك عنه كما ان شرط صحة الدعوى والشهادة الاشارة إلى العين في المنقول الذي يمكن احضاره ثم في العقار لم تعذر ذلك يقام ذكر الحدود مقامه وشرط تمام الهبة القبض بعد القسمة فيما يتأتى فيه القسمة ثم فيما لا يحتمل القسمة تقام التولية مقامه ولهذا سماه استحسانا ولا معنى لقولكم ان فعله في المالك هنا يمنع من أن يدخل ملكه فيسكن لان ما هو المقصود بتفويت اليد وهو فوت منفعة الملك وثمراته عليه يحصل بهذا ويجوز اقامه فعله في غير المضمون مقام فعله في المضمون في ايجاب الضمان كحافر البئر في الطريق فعله في الارض دون المار ثم يجعل ذلك قائما مقام فعله في المار الواقع في البئر في ايجاب الضمان عليه فهذا مثله أو أقوى منه \* وحدثنا في ذلك الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم بين جزاء غاصب العقار الوعيد في الآخرة ولم يذكر الضمان في الدنيا فذلك دليل على أن المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان الاولى أن يبين الضمان لان الحاجة إليه أمس واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق الغصب فيه موجبا للضمان لان في لسان الشرع حقيقة ومجازا. ألا ترى أنه أطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حرا وهذا لا يدل على أن البيع الموجب لحكمه حقيقة يتصور في الحر. وكذلك في عرف اللسان حقيقة ومجاز ألا ترى أنهم يطلقون لفظ السرقة على العقار كما يطلقون لفظ الغصب وقد ورد الشرع بذلك أيضا ثم لا يتحقق في العقار السرقة الموجبة لحكمها على أنا نقول يتحقق أصل الغصب في العقار ولكن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق لانه مما لا ينقل ولا يحول. وبيان هذا أن الضمان انما يجب جيرانا للفائت من يد المالك ولا يتحقق تفويت اليد عليه بفعل في المال بدون النقل والتحويل لان يد المالك متى كانت ثابتة على ماله في مكان تبقى ما يبقى المال في ذلك المكان حكما الا أن ينقله إلى غيره بمباشرة سببه ومن حيث الحقيقة الغاصب وان سكن الدار فالمالك متمكن من أن يدخل فيسكن فان منعه فذلك فعل في المالك لافي الملك وفعله في المالك لا يفوت يده عن المال فلا يكون سببا للضمان كما لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه ولهذا لا يضمن المنقول بالتخلي به قبل النقل فكذلك العقار واقامة الشئ الآخر مقام السبب الموجب للحكم طريق فيما يأذن الشرع فيه أن يوجه

[ 75 ]

الحكم فأما العصب لا يأذن الشرع فيه والحكم يمنع منه فكيف يثبت باقامة غيره مقامه حكما ولكن ان صادف الفعل محلا يتحقق فيه يثبت حكمه وان صادف محلا لا يتحقق فيه لا يثبت الحكم كمن زنى برتقاء وأتى بما في وسعه من المعالجة لا يلزمه الحد وان قضى شهوته لان ما هو حد فعل الزنا لا يتحقق في هذا المحل فلا يشتغل باقامة غيره مقامه ولا ينظر إلى تحصيل المقصود وبه فارق ضمان العقد لان ذلك يوجب الحكم فيجوز اثابته بطريق حكمي والعقد الفاسد معتبر بالجائز لان الفاسد لا يمكن أن يجعل أصلا في معرفة حكمه فان الشرع لا يرد بالعقد الفاسد وكذلك ذكر الحدود في الدعوى والشهادة يجوز أن تقوم مقام الاشارة في التعريف لان ذلك مما يوجب الحكم ويأذن فيه الشرع وكذلك القبض في باب الهبة فان الشرع يأذن فيه فيصار الي ايجاده بطريق التمكّن ولو كان ما قال محمد رحمه الله تعالى من اقامة الفعل في المالك مقام الفعل في المال صحيحا لكان الاولى أن يصار إليه في المنقول لان الحاجة إلى حفظ المنقول باليد أظهر منه إلى حفظ العقار ولا يوجب الضمان علي الحافر بالطريق الذي قال بل باقامة الشرط مقام السبب لما تعذر تعليق الحكم بالسبب وهو نقله في نفسه ومسببه إذا كان لا يعلم والحافر أوجد شرط الوقوع بازالة السكة. واقامة الشرط مقام السبب عند تعذر تعليق الحكم بالسبب أصل في الشرع والاتلاف بهذا الطريق يتحقق فأما هنا الفعل في المالك ليس بشرط ولا سبب ولا يتحقق به تفويت اليد الثابتة حكما ألا ترى أن هناك مع ان الاتلاف يتحقق من الحافر بالمباشرة بان يلقيه في البئر يقام الحفر مقامه وهنا فيما يتأى الفعل حقيقة لا يقام الفعل في المالك مقام الفعل في المال \* ولا يدخل على هذا ما قاله في الزيادات إذا وهب لرجل دارا بما فيما من الامتعة فهلكت الامتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ثم استحققت فللمستحق أن يضمن الموهوب له لان في جواب تلك المسألة نظرا فقيل هو مذهب محمد وقيل لا يستقيم علي أصل محمد أيضا لانه يوافقنا في المنقول انه لا يضمن قبل النقل وقد نص عليه في السير الكبير (ثم) العذر ان الواهب نقل يده إلى الموهوب له ويد الواهب في الامتعة كانت موقوتة ليد المالك فانقلبت بصفتها إلى الموهوب له (فان قيل) اليس انه لو اشترى منقولا وحلى بينه فهلك قبل النقل ثم جاء مستحق فليس له أن يضمن المشتري وهذا المعنى موجود فيه (قلنا) لا كذلك فالبيع يوجب الملك واليد للمشتري فلا يجعل يده كيد

[ 76 ]

البائع فأما الهبة لا توجب التسليم الي الموهوب له فيستقيم أن يجعل الواهب بالتسليم محولا يده إلى الموهوب له وبهذا الطريق للمالك أن يضمن غاصب الغاصب أيضا لانه حول إلى نفسه يد الغاصب الاول وهى يد مقوتة ليد المالك فتحول إليه بصفته \* وأشار في الكتاب إلى حرف آخر فقال (لو دخل دار رجل بغير اذنه فسقط منها حائط لم يضمن ولو ركب دابة فعطبت أو لبس ثوبا فاحترق كان ضامنا) ومعنى هذا أن العقار لو كان يضمن بالاستيلاء لكان يضمن باول أسبابه وهو الدخول كالمنقول ولكن عذر محمد عن هذا واضح لان الضمان انما يجب باثبات اليد بطريق الاستيلاء وذلك بالدخول لا يحصل انما يحصل بالسكنى ألا ترى ان من ادعى دارا بالميراث فشهد الشهود ان أباه دخل هذه الدار فمات فيها لم يستحق بها شيئا (ولو شهدوا انه مات وهو ساكن هذه الدار استحق القضاء له بها لانهم يشهدون باليد للاب عند الموت) بخلاف الثوب والدابة فبمجرد الركوب واللبس تثبت يده حتى لو شهدوا ان أباه مات وهو لا بس هذا الثوب أو

راكب هذه الدابة استحق القضاء له بها وهذا لان الملبوس تبع للابس  
والمركوب تبع للراكب فظهر ان الاعتماد على الفصل الاول فان كان  
الغاصب للدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقراره في  
حق المشتري باطل لان المشتري صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا  
يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطال ملكه ثم لا ضمان على الغاصب للمالك  
في قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله لانه مقر على نفسه  
بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لا  
يتحقق في العقار. وقد ذكر في كتاب الرجوع من الشهادات انهم إذا  
شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه  
فقبل ذلك قول محمد رحمه الله لان تسليطهما الغير على الدار بالشهادة  
كتسليط الغاصب على الدار بالبيع والتسليم إليه وقيل بل هو قولهم جميعا  
والفرق بين الفصلين لهما أن هناك اتلاف الملك على المشهود عليه قد  
حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته  
والعقار بضمن بالاتلاف وهنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل  
يعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة. ألا ترى أنه لو أقام البينة على انها ملكه  
قضى له بها فلهذا لا يكون الغاصب ضامنا ولكن يدخل على هذا جحود  
الوديعة فان العقار بضمن بالجحود في الوديعة وليس فيه اتلاف الملك  
حتى لو أقام المالك البينة قضى له بها والاصح أن يقول جحود الوديعة  
بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان

[ 77 ]

في العقار في قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله (رجل)  
غصب عبدا أو دابة فأجره وأصاب من غلته فالغلة للغاصب لان وجوبها  
بعقده وقد بيناه في كتاب اللقطة ولان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد  
هو الغاصب فإذا هو الذي جعل منافع العبد بعقده مالا فكان بدله له. وفي  
الاصل قال قلت ولم لا يكون لصاحب العبد قال لانه كان في ضمان غيره  
وكانه أشار بهذا التعليل الي قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان  
فحين كان في ضمان الغاصب فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك  
فكان الاجر له دون المالك ويؤمر أن يتصدق بها لانها حصلت له بكسب  
خبيث فان مات العبد فالغاصب ضامن بقيمته وله أن يستعين بتلك الغلة  
في ضمان القيمة لانها ملكه وما فضل بعد ذلك تصدق به اعتبار للجزء  
بالكل (فان قيل) القيمة دين في ذمته ومن قضى بمال الصدقة دينه فعليه  
أن يتصدق بمثله (قلنا) نعم ولكن التصدق بهذا لم يكن حتما عليه. ألا ترى أنه  
لو سلم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك وليس على  
الغاصب شئ آخر فهو بما صنع يصير مسلما إلى المالك ثم يصير المالك  
مبرئا له عن ذلك القدر من القيمة بما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق  
فلا يلزمه التصدق بعوضه. وان كان الغاصب باع الدابة وأخذ ثمنها فاستهلكه  
وماتت الدابة عند المشتري فضمن رب الدابة المشتري قيمتها رجع  
المشتري على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه ثم لا  
يستعين الغاصب بالغلة في أداء الثمن لان الخبث في الغلة ما كان بحق  
المشتري فلا يزول بالوصول الي يده بخلاف الاول فان الخبث لحق المالك  
فيزول بوصول الغلة إلى يده (قال) الا ان يكون عند الغاصب ما يؤدي به  
الثمن فلا بأس حينئذ أن يؤدي من الغلة لانه محتاج إلى تفريغ ذمته وتخليص  
نفسه عن الحبس وحاجته تقدم على حق الفقراء فإذا أصاب بعد ذلك مالا  
تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غنى عنه وان كان  
محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشئ من ذلك لان وجوب

الضمان عليه باعتبار استهلاك الثمن ولو استهلك الغلة مكان الثمن فان كان محتاجا فليس عليه أن يتصدق بشئ منه وان كان غنيا فعليه ان يتصدق بمثله فكذلك في استهلاك الثمن وانما قنا ذلك لان حق الفقراء في هذا المال بمنزلة حقهم في اللقطة على معنى أن له أن يتصدق وله ان يردها على المالك ان شاء (ثم) الملتقط إذا كان محتاجا فله ان يصرف اللقطة إلى حاجة نفسه بخلاف ما اذا كان غنيا فكذلك حكم هذا الغلة وليس على

[ 78 ]

الغاصب في سكنى الدار وركوب الدابة أجر \* وعلل فقال (لانه كان ضامنا) ومعنى هذا ان ضمان العين باعتبار صفة المالية والتقويم والمالية والتقويم في العين باعتبار منافعه ولهذا تختلف قيمة العين باختلاف منفعتها فإذا اعتبرت المنفعة لا يجب ضمان العين لا يمكن اعتبارها لايجاب ضمانها مقصودا والمنفعة كالكسب وقد بينا في الكسب ان الخراج بالضمان فكذلك في المنفعة ولكن هذا التعليل يتقاعد في الدار فان الساكن غير ضامن للدار عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله. والاصح بناء هذه المسألة على الاصل المتقدم فان المنافع زوائد تحدث في العين شيئا فشيئا وقد بينا أن زوائد المعصوب لا يكون مضمونا على الغاصب عندنا ويكون مضمونا له عند الشافعي رضى الله عنه فكذلك المنفعة ولان الغصب الموجب للضمان عنده يحصل باثبات اليد واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين وعندنا لا يتحقق الا بيد مفعوتة ليد المالك وذلك لا يتحقق في المنافع لانها لا تبقى وقتين فلا يتصور كونها في يد المالك ثم انتقالها إلى يد الغاصب حتى تكون يده مفعوتة ليد المالك فهذا لا يضمن المنافع بالغصب عندنا \* فأما الاتلاف فيقول عندنا المنافع لا تضمن بالاتلاف بغير عقد ولا شبهة عقد وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه تضمن ومنفعة الحر في ذلك سواء حتى لو استسخر حرا واستعمله عنده يضمن اجر مثله وعندنا يأثم ويؤدب على ما صنع ولكنه لا يضمن شيئا \* وجه قول الشافعي رضى الله تعالى عنه أن المنفعة مال متقوم فيضمن بالاتلاف كالعين وبيان الوصف ان المال اسم لما هو مخلوق لا قامة مصالحنا به مما هو عندنا والمنافع منا أو من غيرنا بهذه الصفة وانما تعرف مالية الشئ بالتمول والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها فان اعظم الناس تجارة الباعة ورأس مالهم المنفعة وقد يستاجر المرء جملة ويؤجر متفرقا لابتغاء الربح كما يشتري جملة ويبيع متفرقا وولى الصبى يستاجر له بماله فيصح منه وبهذا تبين ان المنافع في المالية مثل الاعيان والمنفعة تصلح ان تكون صداقا وشرط صحة التسمية ان يكون المسمى مالا وهكذا يقوله في منافع الحرانه مال يضمن بالاتلاف الا أنه إذ حبس حرا لا يضمن منافعه لانه لم يوجد من الحابس اتلاف منافعه ولا اثبات يده عليه بل منافع المحبوس في يده كثياب بدنه وكما لا يضمن ثياب بدنه بالحبس فكذلك منافعه ولئن لم تكن المنفعة مالا فهي متقومة لانها تقوم الاعيان فيستحيل أن لا تكون متقومة بنفسها ولانها تملك بالعقد ويضمن به صحيحا كان العقد أو فاسدا وانما يملك بالعقد

[ 79 ]

ما هو متقوم فيضمن بالاتلاف وان لم يكن مالا كالنفوس والابضاع وبفضل العقد الفاسد يتبين المماثلة بين العين والمنفعة في المالية لان الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعا كما بالاتلاف وهذا بخلاف رائحة المسك فان من اشتم مسك غيره لا يضمن شيئا لان الرائحة ليست بمنفعة ولكنها بخار يفوح من العين كدخان الحطب ولهذا لا يملك بعقد الاجارة حتى لو استأجر مسكا ليشمه لا يجوز ولا يضمن بالعقد أيضا صحيحا كان أو فاسدا. وحدثنا في ذلك حديث عمر وعلى رضي الله عنهما فانهما حكما في ولد المغرور أنه حر بالقيمة وأوجبا على المغرور رد الجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها ومع طلب المدعى بجميع حقه فلو كان ذلك واجبا له لما حل لهما السكوت عن بيانه وبين العقر منهما لا يكون بيانا لقيمة الخدمة لان المستوفى بالوطئ في حكم جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة بخلاف المنفعة والمعنى فيه أن المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالاتلاف كالخمر والميتة. وبيانه أن صفة المالية للشئ انما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشئ وادخاره لوقت الحاجة والمنافع لا تبقى قوين ولكنها اعراض كما تخرج من حيز عدم إلى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول ولهذا لا يتقوم في حق الغرماء والورثة حتى ان المريض إذا اعان انسانا بيديه أو أعاره شيئا فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث وهذا لان المتقوم لا يسبق الوجود فان المعدوم لا يوصف بأنه متقوم إذ المعدوم ليس بشئ وبعد الوجود التقوم لا يسبق الاحراز والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فكيف يكون متقوما وعلي هذا نقول الاتلاف لا يتصور في المنفعة أيضا لان فعل الاتلاف لا يحل المعدوم وبعد الوجود لا يبقى لحله فعل الاتلاف واثبات الحكم بدون تحقق السبب لا يجوز فأما بالعقد يثبت للمنفعة حكم الاحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس وكان ذلك باعتبار اقامة العين المنتفع به مقام المنفعة لاجل الضرورة والحاجة ولا تتحقق مثل هذه الحاجة في العدوان فتبقى الحقيقة معتبرة وباعتبارها ينعدم التقوم والاتلاف وفي الصداق واستتجار الولي انما يظهر حكم الاحراز والتقوم بالعقد للحاجة والمال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والاحراز وكما تتفاوت قيمة العين بتفاوت المنفعة تتفاوت قيمة الطيب بتفاوت الرائحة ولم يدل ذلك على كونه مالا متقوما ولئن سلمنا أن المنفعة مال متقوم فهو دون الاعيان في المالية وضمن العدوان مقدر بالمثل بالنص ألا ترى أن المال لا يضمن بالنسبة والدين لا يضمن (6 مبسوط حادى عشر)

[ 80 ]

بالعين لانه فوفه فكذلك المنفعة لا تضمن بالعين \* وبيان هذا الكلام ان المنفعة عرض يقوم بالعين والعين جوهر يقوم به العرض ولا يخفى على احد التفاوت بينهما والمنافع لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم والعين لا تضمن بالمنفعة قط ومن ضرورة كون الشئ مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير مثلا له أيضا والمنفعة لا تضمن بالمنفعة عند الاتلاف حتى ان الحجر في خان واحد علي تقطيع واحد لا تكون منفعة احدهما مثلا للمنفعة الاخرى عند الاتلاف. والمماثلة بين المنفعة والمنفعة أظهر من المماثلة بين العين والمنفعة وبهذا فارق ضمان العقد فانه غير مبنى على المماثلة باعتبار الاصل بل على المراضاة وكيف ينبنى على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح (ثم) ضمان العقد مشروع وفي المشروع يعتبر الوسع والامكان ولهذا يجب الضمان باعتبار

التراضي فاسداً كان العقد أو جائزاً فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان العقد. فأما الائلاف فمحظور غير مشروع وضمانيه مقدر بالمثل بالنص فلا يجوز إيجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الائلاف (فان قيل) يسقط اعتبار هذا التفاوت لدفع الظلم والزجر عن ائلاف منافع أموال الناس ولأن المتلف عليه مظلوم يسقط حقه إذا اعتبر هذا التفاوت ومراعاة جانب المظلوم أولى من مراعاة جانب الظالم من أن هذا التفاوت بزيادة وصف لو لم نعتبره سقط به حق المتلف عن الصفة ولو اعتبرناه أسقطنا حق المتلف عليه عن أصل المالية وإذا لم يكن بد من إهدار أحدهما فإهدار الصفة أولى من إهدار الأصل (قلنا) قد أوجبتنا للزجر التعزير والحبس فأما وجوب الضمان للجبران فيتقدر بالمثل على وجه لا يجوز الزيادة عليه والظالم لا يظلم بل ينتصف منه مع قيام حرمة ماله ولو أوجبتنا عليه زيادة على ما أتلف كان ذلك ظلماً مضافاً إلى الشرع لأن الموجب هو الشرع وذلك لا يجوز وإذا لم يوجب الضمان لتعذر إيجاب المثل كان ذلك لضرورة ثابتة في حقنا وهو أننا لا نقدر على القضاء بالمثل وذلك مستقيم مع أن حق المظلوم لا يهدر بل يتأخر إلى الآخرة. ولو أوجبتنا الزيادة صارت تلك الزيادة هدراً في حق المتلف فيبطل حقه عنه أصلاً فكان ما قلناه من اعتبار المماثلة والكف عن القضاء بالضمان بدون اعتبار المماثلة عدل من هذا الوجه \* قال (أقام رب الدابة البيعة أنها نفقت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البيعة أنه قد ردها إليه وماتت في يده فعلى الغاصب القيمة) لأن رب الدابة يثبت على الغاصب سبب وجوب القيمة والغاصب ينفي ذلك لأن

## [ 81 ]

موت الدابة في يد مالكها لا يوجب الضمان على أحد والبيعات للاثبات دون النفي (فان قيل) سبب وجوب الضمان على الغاصب ظاهر فهو يثبت بينته ما يبرئه عن الضمان وهو لرد فكانت بينته أولى بالقبول (قلنا) نعم ولكن ثبوت الرد لا يمنع قبول بيعة المالك على هلاكها من ركوب الغاصب لجواز أن يكون ركوبها بعد الرد فماتت من ركوبه فهذا جعلنا بينته أولى بالقبول وكذلك لو شهد شهود صاحبها أن الغاصب قتلها أو أنه هدم الدار وشهود الغاصب أنه ردها إليه على حالها لأن القتل بعد الرد يتحقق من الغاصب وكذلك لو هدم الدار بعد الرد يتحقق منه فيجب قبول بيعة صاحبها في اثبات سبب متجدد للضمان على الغاصب لأن الغاصب بينته تنفي ذلك السبب. فأما إذا أقام صاحبها البيعة أنها ماتت في يد الغاصب وأقام الغاصب البيعة أنه ردها فماتت في يد صاحبها فعلى قول أبي حنيفة تقبل بيعة صاحبها كما في الفصول المتقدمة لأن الغصب بعد الرد يتحقق فصاحبها بينته يثبت سبب ضمان متجدد وهو غصبه إياها عند الموت فيقضي له بالضمان لهذا وعند محمد رحمه الله البيعة بينة الغاصب هنا لما فيها من اثبات الرد وسقوط الضمان عنه به ثم ليس في بيعة صاحبها هنا اثبات سبب متجدد والظاهر أنهم إنما شهدوا بذلك لأنه خفي عليهم الرد وقد علموا الغصب فاستصحبوا ذلك وشهدوا أنها ماتت في يد الغاصب وشهود الغاصب علموا الرد وقد علموا الغصب فشهدوا به بخلاف ما سبق فإن القتل والهدم والائلاف من الركوب سبب متجدد لا يشهدون عليه ما لم يعاينوه باعتبار علمهم بالغصب السابق (وإذا وهب الغاصب الثوب المغصوب لرجل فليسه حتى تحرق أو كان طعاماً فأكله ثم جاء المغصوب منه وضمن الموهوب له فليس له أن يرجع بالضمان على الواهب عندنا) وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لأنه صار مغروراً من جهته حين أوجب الملك له بالعقد وأخبره أنه

يهب ملك نفسه وانه لا يلحقه فيه ضمان من جهة أحد والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه من الضمان دفعا للضرر عنه ولكننا نقول الموهوب له في القبض والاكل عامل لنفسه ومن عمل لنفسه فلحقه ضمان بسببه لا يرجع به علي أحد. فأما المغرور فإنا مجرد الغرور بالخبر لا يثبت له حق الرجوع كمن أخبر انسانا أن هذا الطريق آمن فسلكه فأخذ اللصوص ماله أو أخبره أن هذا الطعام طيب وكان مسموما فتناوله فتلف \* وانما الغرور في عقد الضمان هو الميثب للرجوع لمعنيين (أحدهما) أن بعقد الضمان يستحق صفة السلامة عن العيب ولا عيب فوق

## [ 82 ]

الاستحقاق فبغوات ما هو مستحق له ثبت له حق الرجوع فأما بعقد التبرع لا يستحق الموهوب له صفة السلامة ولهذا لو وجد الموهوب معيبا لا يرد به بالعيب فلا يرجع بسبب الغرور أيضا (والثاني) وهو ان القابض بحكم عقد الضمان عامل للمالك من وجه فانه يتقرر به حقه في العوض وهو الثمن فإذا لحقه ضمان بسببه رجع به عليه فأما الموهوب له في القبض عامل لنفسه من كل وجه لان الواهب لم يشترط لنفسه شيئا ليتأكد ذلك بقبضه وعلي هذا لو وهب له جارية فاستولدها ثم جاء مستحق واستحقها وأخذها وعقرها وقيمة ولدها لم يرجع الموهوب له علي الواهب بشئ بخلاف ما لو كان اشتراها فان هناك يرجع بقيمة الولد لانه ضمن له سلامة الولد بعقد الضمان فإذا لم يسلم له رجع عليه بما لحقه ولا يرجع بالعقر عندنا. وعلى قول الشافعي رحمه الله يرجع بالعقر أيضا لان البائع قد ضمن له سلامة الوطئ أيضا ولكننا نقول وجب العقر بما استوفى منها وهو الذي نال تلك اللذة فلا يرجع بما لحقه بسببه علي أحد \* وعلى هذا لو أن غاصب الدابة أجرها فعطبت عند المستأجر ثم ضمنه المعصوب منه قيمتها رجع بها علي الآخر ليتحقق الغرور بمباشرة عقد الضمان ولان المستأجر في قبضها عامل للآخر من وجه فانه يتقرر به حقه في الاجر فأما المستعير إذا ضمن قيمة الدابة لصاحبها لم يرجع علي أحد بالاتفاق عندنا لانعدام عقد الضمان كما بينا في الهبة وعند الشافعي رحمه الله لان المستعير ضامن للعين في حق المعير فلهذا لا يرجع عليه بما يلحقه من الضمان \* وإذا اختلف رب الثوب والغاصب في قيمته وقد استهلكه الغاصب فالبينة بينه رب الثوب لما فيها من اثبات الزيادة والقول قول الغاصب مع يمينه إذا لم يكن لرب الثوب بينة لا نكاره الزيادة وان أقام الغاصب بينة ان قيمة ثوبه كان كذا لم يلتفت الي بينته ولا يسقط اليمين بها عنه لان هذا القدر من القيمة ثابت باتفاقهما وانما يدعى رب الثوب الزيادة على ذلك والشهود لم يتعرضوا لتلك الشهادة أو نفوا تلك الزيادة والشهادة على النفي لا تكون مقبولة فلهذا كان لرب الثوب ان يحلف الغاصب على دعوان \* وفي الاصل يقول رب الثوب هو المدعى والغاصب هو المدعى عليه والشرع جعل البينة في جانب المدعى فقال ابينة علي المدعى وبالالف واللام يظهر ان جنس البينة في جانب المدعى وجعل اليمين في جانب المدعى عليه والبينة لا تصلح بدلا عن اليمين فلا يسقط عنه اليمين بما أقام من البينة فان شهد رب الثوب شاهد أن قيمة ثوبه كذا وشهد آخر علي اقرار الغاصب بذلك لم تجز شهادتهما

بذلك لانهما اختلفا فشهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل ولا يثبت واحد منهما الا بشهادة شاهدين وان لم يكن لواحد منهما البينة فأردت أن تلحف الغاصب علي ذلك فقال أنا أرد اليمين على رب الثوب وأعطيه ما حلف عليه فليس له ذلك لان الشرع جعل اليمين على المدعى عليه وما كان مستحقا على المرء شرعا فليس له ان يحوله إلى غيره (قال) ولا أدر اليمين ولا أحولها عن موضعها الذي وضعها فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى هذا ان اليمين شرعا في جانب المدعى عليه اما للنفي أو لبقاء ما كان على ما كان وهو براءة ذمته فإذا حولت إلى جانب المدعى لم يعمل الا بهذا المقدار لان عمل الشئ في محله أقوى منه في غير محله وبهذا القدر لا يستحق المدعى شيئا بل حاجته إلى اثبات ما ليس بثابت له واليمين لا تصلح لهذا. وكذلك ان رضى رب الثوب بذلك وقال أنا أحلف فتراضيهما علي ما يخالف حكم الشرع يكون لغوا فإذا جاء الغاصب بثوب زطى فقال هذا الذى غصبتك وقال رب الثوب كذبت بل هو ثوب هروى أو مروى كان القول قول الغاصب مع يمينه لان الاختلاف منهما في تعيين المقبوض والقول فيه قول القابض أمينا كان أو ضامنا لانه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله. ثم ذكر صفة يمينه وقال (يحلف بالله ان هذا ثوبه الذى غصبه اياه وما غصبه هرويا ولا مرويا) لان في تعيين المقبوض القول قوله ومن جعل القول قوله شرعا فانه يحلف على ما يقول كالمودع في رد الوديعة أو هلاكها والمدعى يدعى عليه أنه غصبه هرويا أو مرويا وهو منكر لذلك فالقول قوله مع اليمين فلهذا جمع في اليمين بين الامرين فإذا حلف قضيت لصاحب الثوب بالثوب وابرات الغاصب من دعوى رب الثوب وان نكل عن اليمين يقضى عليه بما ادعاه المدعى لان نكوله كإقراره وعند النكول لا يقضى له بهذا الثوب لانه لا يدعى ثوبين انما يدعى ثوبا هرويا وقد استحقه فأما إذا حلف فهو ما استحق ثوبا سوى هذا وقد كان يدعى أصل الثوب بصفته ولم يثبت له تلك الصفة بنفى دعواه أصل الثوب فيقضى له بهذا الثوب باعتبار دعواه فان شاء أخذه وان شاء تركه. فان جاء بثوب هروى خلق وقال هذا الذى غصبتك وهو على حاله وقال رب الثوب بل كان ثوبي جديدا حين غصبته فالقول قول الغاصب مع يمينه لا نكاره قبض الثوب حين كان جديدا ولان الطاهر شاهد له فان صفة الثوب في الحال معلوم وعند الغصب مختلف فيه فيرد المختلف فيه إلى ما هو المعلوم في نفسه ولان الغصب حادث فيحال بحدوثه

إلى أقرب الاوقات. فان اقاما البينة فالبينة بينة رب الثوب انه غصبه جديدا لاثباته سبق التاريخ في غصبه وضممان النقصان عليه باعتبار فوات الصفة عنده وان لم يقم لواحد منهما بينة وحلف الغاصب وأخذ رب الثوب ثم أقام البينة أنه غصبه اياه جديدا ضمن الغاصب فضل ما بينهما لان الثابت بينة كالثابت باقرار الخصم ويمين الغاصب لا يمنع قبول بينة رب الثوب بعد ذلك هكذا نقل عن عمر رضى الله تعالى عنه قال اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ولان القاضى ما قضى بان المغصوب كان خلقا وقت الغصب ولكنه امتنع عن القضاء بأنه كان جديدا عند ذلك لعدم الحجة فإذا قامت الحجة فعليه أن يقضى بها. فان كان غصبه ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب أبيض وكان

الثوب لغاصب وان شاء أخذ الثوب وضمن للغاصب ما زاد الصبغ فيه لان الصبغ مال متقوم وهو قائم في الثوب وقد بينا ان بغصبه لا يسقط حرمة ماله فاصل الثوب لصاحب الثوب والصبغ للغاصب وقد تعذر تمييز احدهما عن الآخر وتعذر اتصال منفعة ملك كل واحد منهما علي الانفراد إليه الا ان صاحب الثوب صاحب الاصل والغاصب صاحب الوصف فانبات الخيار لصاحب الاصل أولى لان الاصل قائم بنفسه وقيام الوصف بالاصل فان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض لانه تعذر عليه الوصول إلى عين ملكه بدون غرم يلزمه وله أن لا يلتزم الغرم فيضمنه قيمة الثوب أبيض كما غصبه وبصير الثوب للغاصب بالضمان وان شاء ضمن له ما زاد الصبغ فيه فيتوصل الغاصب إلى مالية حقه ويتملك صاحب الثوب عليه هذا الصبغ بما يؤدي من الضمان والغاصب راض بذلك حين جعل ملكه وصفا لملك الغير وان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب في ثمنه بقيمته أبيض ويضرب الغاصب بما زاد الصبغ فيه لان لصاحب الثوب أن لا يملك ثوبه منه بقيمته وأن لا يغرم له قيمة الصبغ وعند امتناعه منهما لا طريق لتمييز حق احدهما عن الآخر الا بالبيع وهو نظير مالو هبت الريح بثوب انسان فالقته في صبغ غيره فالصبغ الا ان هناك لا ضمان على صاحب الصبغ لانعداء الصبغ منه وفيما وراء ذلك هما سواء ولم يذكر في الكتاب انه إذا كان هذا الصبغ نقصانا في هذا الثوب وقد يكون لون الحمرة والصفرة نقصانا في بعض الثياب \* وذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال لو غصب ثوبا يساوي ثلاثين درهما فصبغه بعصفر وتراجع قيمته إلى عشرين درهما فانه ينظر إلى قيمة الصبغ في ثوب يزيد به فان كان خمسة دراهم

## [ 85 ]

فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم من الغاصب أيضا لانه استوجب عليه عشرة دراهم نقصان قيمة وثوبه واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة والخمسة دراهم بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقى من النقصان وهو خمسة \* فان كان الغصب جارية صغيرة فرباها حتى أدركت وكبرت ثم أخذها رب الجارية لم يضمن للغاصب ما زاد في الجارية لان الزيادة من عينها وهي مملوكة للمغصوب منه بخلاف ما بينا من الصبغ في الثوب فهو زيادة من مال الغاصب لامن العين المغصوبة ولا يرجع بما أنفق علي المغصوب منه لانه متبرع في الانفاق بغير أمره ولانه استخدمها بما أنفق ولانه انتفع بهذا الانفاق لانه تمكن بها من الرد واسقاط الضمان عن نفسه \* وإذا غصب سويقا فلتنه بضمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة سويقه وان شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب ما زاد السمن فيه لان السمن في السويق زيادة وصف من مال الغاصب كالصبغ في الثوب \* وكذلك الدهن إذا خلط به مسكه وهذا إذا كان دهننا يطيب بالمسك فان كان دهننا منتنا كدهن البرز ونحوه أخذه صاحبه ولم يضمن للغاصب شيئا لان المسك صار مستهلكا فيه \* وإذا غصب ثوبا فصبغه اسود فلصاحب الثوب أن يأخذه ولا يعطيه شيئا في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد كالحمرة والصفرة ولا اختلاف في الحقيقة ولكن أبو حنيفة أجاب على ما شاهد في عصره من عادة بنى أمية وقد كانوا ممتنعين من لبس السواد وهما أجابا علي ما شاهدا في عصرهما من عادة بنى العباس رضي الله عنه بلبس السواد وقد كان أبو يوسف يقول أولا بقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وأمر بلبس السواد واحتاج إلى التزام مؤنة في ذلك رجع وقال السواد زيادة. وقيل السواد يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص من قيمة بعض الثياب كالغصب ونحوه \* فان كان المغصوب

ثوبا ينقص بالسواد من قيمته فالجواب ما قاله أبو حنيفة وان كان ثوبا يزيد السواد في قيمة فالجواب ما قال انه بمنزلة الحمرة والصفرة وان غصبه ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فهو بالخيار ان شاء ضمن قيمته وان شاء أخذ الثوب وضمنه ما نقصه القطع لان القطع نقصان فاحش في الثوب فانه قبل القطع كان يصلح لاتخاذ القباء والقميص وبعد ما قطع قميصا لا يصلح لاتخاذ القباء منه على الوجه الذي كان يصلح قبل القطع فكان مستهلكا من وجه قائما من وجه فان شاء مال صاحبه إلى جانب الاستهلاك وضمنه قيمته وان شاء مال إلى جانب البقاء وأخذ عين الثوب وضمنه نقصان القطع لان

[ 86 ]

الثوب ليس بمال الربا وتضمن النقصان في مثله مع أخذ العين جائز شرعا وكذلك إذا نقصه الصبغ الاسود فله ان يأخذه ويضمنه ما نقصه لان الصبغ الاسود في مثله نقصان فاحش وهو كالأستهلاك من وجه لان قبله كان متمكنا من احداث أي لون شاء فيه وقد خرج من أن يكون صالحا لذلك والصبغ الاسود من الثوب لا يمكن قلعه عادة وبه يفرق أبو حنيفة بينه وبين سائر الالوان \* ولو اعتصب ثوبا فخرقه فان كان خرقا صغيرا ضمن الغاصب النقصان فقط وأخذ صاحب الثوب ثوبه لان العين قائم من كل وجه فهذا القدر من الخرق لا يخرج من أن يكون صالحا لما كان صالحا قبله وانما يتمكن في قيمته نقصان فيضمن ذلك النقصان وان كان الخرق كبيرا وقد أفسد الثوب فصاحبه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه لانه مستهلك من كل وجه فانه لا يصلح بعد هذا الخرق لجميع ما كان صالحا قبله له وان شاء أخذ الثوب لكونه قائما حقيقة وضمنه ما نقصه فعل الغاصب (وأما الدابة إذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلصاحبها أن يضمن الغاصب قيمتها بخلاف مالو كان المغصوب عبدا أو جارية فيقطع منه يدا أو رجلا فهناك يأخذه مع ارش المقطوع لان الأدمى يقطع طرف منه لا يصير مستهلكا لبقائه صالحه لعامة ما كان صالحا له من قبل والدابة تصير مستهلكة بقطع طرف منها فانه لا ينتفع بها بما هو المقصود من الحمل والركوب بعد هذا القطع فلهذا كان لصاحبها أن يتركها للغاصب ويضمنه قيمتها. وكذلك لو كانت بقرة أو جزورا فقطع يدها أو رجلها أو كانت شاة فذبحها لان الذبح استهلاك من وجه فانه يفوت به بعض ما كان مقصودا من النسل واللبن فلصاحبها أن يضمنه قيمتها ان شاء وان شاء أخذ المذبح مسلوخا كان أو غير مسلوخ وضمن الغاصب النقصان في ظاهر الرواية. وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله لا يضمنه شيئا لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة ولهذا يلتزم بمقابلته العوض ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح لانه زيادة من حيث التقرب الي الانتفاع باللحم ولكنه نقصان بتفويت سائر الاغراض من الحيوان ولاجله يثبت الخيار فكان هذا والقطع في الثوب سواء يضمنه النقصان ان شاء (وإذا) طحن الغاصب الحنطة فعليه مثلها والدقيق له عندنا. وسوى هذا عن أبي يوسف روايتان (احدهما) ان حق المغصوب منه لا ينقطع عن الدقيق لا على معنى انه يتمكن من أخذه ولكن يباع فيشتري له به حنطة مثل حنطته وان مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء لانه زال ملكه

ويده بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالبيع لا ينقطع حقه وإذا أزيلت يده بغير رضاه بان قبض المشتري المبيع بغير اذن البائع فهنا أولى أن لا ينقطع حقه (والرواية الاخرى) ان ملكه لا يزول بل له الخيار وان شاء ترك الدقيق وضمنه حنطة مثل حنطته وان شاء أخذ الدقيق ولم يضمنه شيئاً \* قال أستحسن ذلك وأخالف فيه أبا حنيفة لانه استفتح أن يأتي مفلس إلى كره حنطة انسان فيطحنه ثم يهب الدقيق لابنه الصغير فلا يتوصل صاحب الحنطة إلى شئ فهذا قول الشافعي رحمه الله أيضا الا ان عند الشافعي رحمه الله يأخذ القيق ويضمنه النقصان ان كان لما بينا ان علي أصله تضمين النقصان مع أخذه العين في أموال الربا جائز وعند أبي يوسف لا يجوز ذلك كما هو مذهبنا \* ووجه هذا أن الدقيق عين شبه فيكون له أن يأخذه كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا لا حدث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتأريب في الشاة. والدليل عليه ان الدقيق جنس الحنطة ولهذا جرى الربا بينهما ولا يجرى الربا الا باعتبار المجانسة \* واستدل محمد رحمه الله في املاء الكيسانيات لابي حنيفة رحمه الله بالحديث الذي رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي مرة عن أبي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم إليه شاة مصلية فأخذه منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيعها فقال صلى الله عليه وسلم انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة أختي ولو كانت أعز منها لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها اذارجع قال صلى الله عليه وسلم أطعموها الاسارى قال محمد يعنى المحبسين فأمره بالتصدق بها بيان منه أن الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه إذا أمكن وثمنه بعد البيع إذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتصدق بها دل انه ملكها والخلاف في الفصلين سواء قال محمد وهذا الحديث جعله أبو حنيفة رحمه الله أصلا في أكثر مسائل الغصب والمعنى فيه ان هذا الدقيق غير الحنطة وهو انما غصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق كمن أتلف حنطة لا يلزمه رد الدقيق. وبيان المغايرة انهما غير ان اسما وهيئة وحكما ومقصودا. وكذلك يتعذر اعادة الدقيق الي صفة الحنطة. و تحقيقه ان الموجودات من المخلوقات تعرف بصورتها ومعناها فتبدل الهيئة والاسم دليل علي ان المغايرة صورة وتبدل الحكم والمقصود دليل علي المغايرة معنى وإذا ثبتت المغايرة فمن ضرورة ثبوت الثاني انعدام

الاول لا استحاله ان يكون الشئ الواحد شيئين وإذا انعدم الاول بفعله صار ضامنا مثله وقد ملكه بالضمان فيجعل هذا الدقيق حادثا من ملكه فيكون مملوكا له أو يجعل حادثا بفعله وفعله سبب صالح لحكم الملك فيصير مضافا إليه ولكن بين الدقيق والحنطة شبهة المجانسة من حيث الصورة وهو ان عمل الطحن صورة تفريق الاجزاء وباب الربا مبنى على الاحتياط لمبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا بخلاف القطع في الثوب والذبح في الشاة ؟ ن بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية فيقت مملوكة لصاحبها ثم بالسلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون دليل تبدل العين

فلهذا كان لصاحبها أن يأخذها ثم على قول فر للغاصب أن يأكل هذا الدقيق وينتفع به قبل أن يؤدي الضمان وهو القياس لان ملكه حادث بكسبه. وفي الاستحسان وهو قولنا ليس له أن ينتفع بما لم يؤد الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضى أو يقضى عليه بالضمان لما بينا ان من حيث الصورة هذه أجزاء ملك المعصوب منه وهذه الصورة معتبر فيما بنى على الاحتياط والاكل مبنى على ذلك فانما يتم تحول حق المعصوب منه إلى الضمان بالاستيفاء أو بالقضاء فلهذا لا ينتفع به الا بعده (وإذا) استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله ان للجودة والصفة في الاموال الربوية قيمة وعندنا لاقيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى الي الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المعصوب منه عن الجودة والصفة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا. وان وجده صاحبه مكسورا فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد إليه عين ماله فبقيت الصفة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية ولانه لو أخذ للصفة عوضا كان هذا في معنى مبادلة العشرة بأحد عشر وذلك لا يجوز في الاموال الربوية وله أن يضمن الغاصب قيمته مصوغا من الذهب ويسلمه إليه سواء كان النقصان بالكسر يسيرا أو فاحشا لانه لا يتوصل إلى دفع الضرر عن نفسه وابقاء حقه في الصفة الا بذلك. وكذلك كل اناء مصوغ كسره رجل فان كان من فضة فعليه قيمته مصوغا من الذهب وان كان من ذهب فعليه قيمته مصوغا من الفضة للتحرز عن الربا مع مراعاة حق المعصوب منه في الصفة فان كسر درهما أو ديناراً فعليه مثله لانه غيره بصنعه ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه

## [ 89 ]

الا بايجاب المثل والمكسور للكاسر إذا ضمن مثله وان شاء صاحبه أخذه ولم يرجع عليه بشئ وستوى ان كانت مالية انتقصت بالكسر أو لم تنتقص لان صفة العين بغير فعله وذلك كاف لاثبات الخيار له الا فيما يكون زيادة فيه على ما تبين (وإذا) ادعى دارا أو ثوبا أو عبدا في يد رجل وأقام البينة انه له وقال الذى هو في يديه هو عندي وديعة فهو خصم لظهور العين في يده ولم يثبت بقوله ان يده يد غيره (وان) أقام البينة ان فلانا استودعها اياه أو أعارها أو أجرها أو رهنها منه لم يكن بينهما خصومة لانه أثبت بينته أن يده يد حفظ وهذه مسألة مخمسة وقد بيناها في كتاب الدعوى \* وان أقام المدعى البينة ان ذا اليد غصبه منه لم تندفع الخصومة عنه لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ألا ترى أن دعواه الخصم صحيح على غير ذى اليد بخلاف دعوى الملك المطلق \* وان أقام المدعى البينة على أنه ثوبه غصب منه فقد اندفعت الخصومة عن ذى اليد بما أقام من البينة لان الفعل غير مدعى عليه فان هذا فعل ما لم يسم فاعله فانما كان ذو اليد خصما باعتبار يده وقد أثبت أن يده يد حفظ \* وان قال المدعى هذا ثوبي سرق منى فالجواب كذلك في القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله (قوله) سرق منى ذكر فعل ما لم يسم فاعله فلا يصير الفعل به مدعى على ذى اليد انما كان هو خصما باعتبار يده كما في الغصب ولكن استحسنت أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله وقالوا لا تندفع الخصومة عن ذى اليد. وللاستحسان وجهان (أحدهما) أن قوله سرق منى معناه سرقه منى الا أنه اختار هذا اللفظ انتدابا إلى مانذب إليه في الشرع من التحرز عن اظهاره الفاحشة والاحتياط لدرء الحد فإذا آل الامر إلى أن يبطل حقه يعود فيدعى عليه فعل

السرقه وهذا المعنى لا يوجد في الغصب لان الغاصب تجاهر بما صنع ولا يندب إلى السر على من تجاهر بفعله (والثانى) ان السارق في العادة يكون بالبعد من المسروق منه فيشتبه عليه في ظلمة الليل انه فلان أو غيره فهو بقوله سرق منى يتحرز عن توهم الكذب وله ذلك شرعا فكان هذا في معنى قوله سرقة منى بخلاف الغصب. ولان السارق قلما يوقف على أثرهم لخوفهم من اقامة الحد عليهم فلو اندفعت الخصومة عن ذى اليد بهذا كان ابطالا لحق المدعى لا تحويلا فهو بمنزلة مالو أقام البينة على أنه أودعه رجل لا يعرفه بخلاف الغاصب فانه يكون ظاهرا فيكون هذا من ذى اليد تحويلا للخصومة إليه لا ابطالا لحق المدعى (رجل) غصب ثوب رجل فاستهلكه فضمن انسان عن الغاصب قيمته وليس لرب الثوب بينة على

[ 90 ]

قيمه فقال الكفيل قيمته عشرة وقال الغاصب عشرون وقال صاحب الثوب ثلاثون لم يلزم الكفيل الا عشرة دراهم مع يمينه بالله ما قيمته إلا ذلك لانه التزام بالكفالة قيمة المعصوب فالقول في بيان مقداره قوله كالغاصب وهذا لانه منكر للزيادة على العشرة والقول قول المنكر مع يمينه وقد أقر الغاصب بعشرة أخرى فهو مصدق على نفسه غير مصدق على الكفيل وليس من ضرورة وجوب العشرة الاخرى عليه وجوبها على الكفيل فلهذا يرجع على الغاصب بعشرة أخرى مع يمينه بالله ما قيمته الا عشرون لان صاحب الثوب يدعى عليه عشرة أخرى وهو منكر لذلك (رجل) غصب جارية شابة فكانت عنده حتى صارت عجوزا فان صاحبها يأخذها وما نقصها لانها صارت مضمونة على الغاصب بجميع أجزائها وقد فات وصف مقصود منها وهو الشباب فعلى الغاصب ضمان ذلك اعتبارا للجزء بالكل \* وكذلك لو غصبه غلاما شابا فكان عنده حتى هرم لانه فات بعض ما هو مقصود منه وهو قوة الشباب والهرم نقصان في العين وهذا بخلاف مالو غصبه صبيا فشب عنده لانه ازداد عند الغاصب بما حدث له من قوة الشباب \* وكذلك لو نبت شعره عند الغاصب لانه ازداد جمالا عنده فان اللحية جمال ولهذا يجب بحلقها من الحر عند اقتبال المنبت كمال الدية والغاصب بالزيادة عنده لا يصير ضامنا شيئا \* ولو كان محترما فابحرفة فنسى ذلك عند الغاصب كان ضامنا للنقصان لانه فات ما كان مقصودا منه عند الغاصب وما يزيد في ماليته (فان قيل) عدم العلم بالحرفة ليس بنقصان في العين ولهذا لا يثبت به حق الرد بالعيب (قلنا) نعم ولكن إذا وجد فهو زيادة في العين ولهذا يستحق في البيع بالشرط ويثبت حق الرد عند فواته فيضمن الغاصب باعتباره النقصان أيضا \* وكذلك ان غصب ثوبا من رجل فعفن عنده واصفر فقد انتقصت ماليته بما حدث في العين عند الغاصب فكان ضامنا للنقصان. ولو غصب طعاما حدثا فامسكه حتى عفن عنده فعليه طعام مثله وهذا الفاسد للغاصب لان دفع الضرر عن المالك يتضمن النقصان والنقصان هنا متعذر فيصار إلى دفع الضرر عنه بتضمين المثل إلا أن يرضى المالك بأخذ الطعام العفن فيأخذه ولا شئ له سواه (رجل) غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا فصيغه به ثم حضرا جميعا فقال أما صاحب العصفر فيأخذه حتى يعطيه عصفرا مثله أو قيمته لان ما غصبه منه صار مستهلكا بفعله فانه كان عين مال قائم بنفسه وقد صار وصفا قائما بملك غيره فعرفنا انه صار مستهلكا فعلى الغاصب

ضمان مثله أو قيمته ان كان لا يوجد مثله والسواد في هذا كغيره عندهم جميعا لان السواد في نفسه مال متقوم وانما هو نقصان في الثوب عند ابي حنيفة وإذا ضمن لصاحب العصفور عصفوره ملك المضمون وصار في الحكم كأنه صبغه بعصفور نفسه وقد بينا حكم الخيار فيه ولو كان غصب الثوب والصبغ من رجل واحد فصبغه به ففي القياس كذلك لانه مستهلك للصبغ بما صنع فينقرر عليه ضمانه ويصير ذلك مملوكا له ولكن في الاستحسان لصاحب الثوب هنا أن يأخذ ثوبه ولا يعطى الصباغ شيئا ولا يضمنه قيمة صبغته لان ملكه صار وصفا لملكه فلا يكون مستهلكا به من هذا الوجه. ولانه إذا اختار أصل الثوب كان مجيزا لفعله في الانتهاء فيجعل ذلك كالآذن منه في الابتداء فلهذا كان له أن يأخذ الثوب ان شاء وان شاء ضمنه الصبغ لانه مستهلك من الوجه الذي قلنا وإذا ضمنه كان بمنزلة مالو صبغ الثوب بصبغ نفسه على ما بينا. ولو كان الثوب مغصوبا من إنسان والصبغ من آخر وصبغه للغاصب ثم لم يقدر عليه ففي القياس أن يأخذ صاحب الثوب ثوبه ولا يبقى لصاحب الصبغ عليه شئ لان صبغه مستهلك بفعل الغاصب وضمنانه دين عليه وللغاصب على صاحب الثوب قيمة الصبغ إذا أخذ الثوب فهذا الرجل وجد مديون مديونه فلا سبيل له عليه حتى يحضر خصمه \* وفي الاستحسان إذا أخذ الثوب ضمن له ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قد احتبس عنده وان لم يوجد من جهته صبغ فيه فهو كما لو انصبغ ثوب انسان بصبغ انسان. ولهذا نوجب السعاية في العبد المشترك يعتقه احدهما لان نصيب الشريك قد احتبس عند العبد وان لم يوجد منه صبغ في ذلك وان شاء صاحب الثوب باعه فضررب هو في الثمن بقيمة ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ كما لو صبغه الغاصب بصبغ نفسه على ما بينا \* فان غصب من واحد حنطة ومن آخر شعيرا فخلطهما ضمن لكل واحد منهما ما غصب منه لانه تعذر على كل واحد منهما الوصول إلى عين ملكه فان تميز الحنطة من الشعير متعسر والمتعسر كالمتعذر والمتعذر كالممتنع ولم يبين في الكتاب حكم المخلوط فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى المخلوط يصير ملكا للخالط سواء خلط الحنطة بالحنطة أو بالشعير وعلى قول ابي يوسف ومحمد لهما الخيار ان شاء أخذ المخلوط فكان مشتركا بينهما بقدر ملكهما وان شاء تركا المخلوط وضمن كل واحد منهما الخالط مثل ماله لان عين مال كل واحد منهما باق أما في الخلط بالجنس فلان الشئ يتكرر بجنسه وكذلك في الخلط بغير

الجنس إذا كان بحيث يتأى التمييز في الجملة إلا أنه تعيب ملك كل واحد منهما بعيب الشركة فلهذا يثبت لكل واحد منهما حق التضمين ان شاء وان شاء اعتبر بقاء عين الملك حقيقة فيختار الشركة في المخلوط وهو نظير غاصب الثوب إذا صبغه على ما بينا. وأبو حنيفة يقول بالخلط صار ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما لان المخلوط في الحكم كأنه شئ آخر سوى ما كان قبل الخلط ألا ترى انه يبدل اسم العين فقبل ذلك كان يسمى قفيزا والآن يسمى كرا والمكيل والموزون في حكم شئ واحد ولهذا لو وجد ببعضه عيبا لم يرد بالعيب خاصة والبعض من الشئ الواحد غير كله فعرفنا ان هذا المخلوط حادث بفعل الغاصب حكما فيكون مملوكا له ومن ضرورته صيرورة ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما ولهذا ثبت لكل واحد

منهما حق التضمين مع امكان التمييز في الجملة بخلاف الثوب مع الصبغ  
وإذا صار ملك كل منها مستهلكا تقرر الضمان على الغاصب وذلك يوجب  
الملك له في المضمون وهذا بخلاف ما إذا حصل الاختلاط من غير صنع أحد  
فان المخلوط هناك أيضا هالك الا انه لا ضامن له فيكون لا قرب الناس إليه  
وهما المالكان قبل الخلط ولان الحكم يضاف إلى المحل عند تعذر اضافته  
إلى السبب ولان المحل بمعنى الشرط والحكم يضاف إلى الشرط وجودا  
عنده كما يضاف إلى السبب ثبوتا به فإذا كان الخلط بفعل آدمى وهو سبب  
صالح لاضافة الملك إليه في المخلوط يصير مضافا إليه وعند انعدام الفعل  
يكون مضافا إلى المحل فلهذا كان المخلوط لهما \* ولو غصب من آخر كتانا  
فغزله ونسجه فعليه مثله أو قيمته ان كان لا يوجد مثله ولا سبيل له على  
الثوب. وكذلك إن غصب قطنا فغزله ونسجه أو غصب غزلا فنسجه وهذا  
عندنا فأما على قول ابى يوسف الآخر وهو قول الشافعي رضى الله عنه  
فلصاحب الكتان والقطن الخيار على نحو ما بينا في الحنطة إذا طحنها لانه  
لا فرق بين الفصلين في المعنى فان هناك الغاصب فرق الاجزاء المحتممة  
بالطن وهنا جمع الاجزاء المتفرقة بالنسج فكما لا تبدل العين بتفريق  
المجتمع فكذلك لا تبدل بجمع المتفرق وهو كما لو غزل القطن ولم  
ينسجه فانه لا ينقطع حق صاحب القطن ولكن يثبت له الخيار ولكننا نقول  
الثوب غير الغزل والقطن صورة ومعنى. أما الصورة فالغزل خيط ممدود  
والثوب مؤلف مركب له طول وعرض. والدليل على المغايرة تبدل الاسم  
ومن حيث المعنى والحكم الغزل والقطن موزون وهو مال الربا والثوب  
مذروع ليس بمال الربا وبعد

## [ 93 ]

النسج لا يتصور اعادته إلى الحالة الاولى فإذا ثبتت المغايرة بينهما فمن  
ضرورة حدوث الثاني انعدام الاول لاستحالة أن يكون الشئ الواحد شيئين  
ثم هذا حادث بعمل الغاصب فكان مملوكا له والاول صار مستهلكا بعمله  
فصار ضامنا له. فأما القطن إذا غزله فالصحيح من الجواب انه ينقطع حق  
المالك أيضا واليه أشار في كتاب الدعوى حيث سوى بين القطن إذا غزله  
وبين الغزل إذا نسجه ومن أصحابنا رحمهم الله من فرق بينهما فقال  
القطن غزل لانه خيوط رقيقة يبدو ذلك لمن أمعن النظر فيه ويتحقق ذلك  
في الابرسيم فالغزل احداث المجاورة بينهما وليس بتركيب وتأليف  
وباحداث المجاورة لا تبدل العين ولهذا بقى موزونا يجرى فيه الربا كما  
كان قبله بخلاف الغزل إذا نسجه \* ولو غصب ساجة فجعلها بابا أو حديدا  
فجعله سيفا ضمن قيمة الحديد والساجة وجميع ذلك للغاصب عندنا \*  
وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة وأدخلها في بنائه أو اجرا فأدخله في بنائه  
أو حصا فبنى به فعليه في كل ذلك قيمته عندنا وليس للمغصوب منه نقض  
بنائه وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى في هذه الفصول لا  
ينقطع حق صاحبها فزفر مع الشافعي رحمهما الله في هذا النوع لان  
الحادث زيادة وصف من غير ان يكون الاول مستهلكا بخلاف ما تقدم. وبيان  
هذا ما ذكر في الجامع إذا اشترى حنطة فطحنها أو غزلا فنسجه ثم زاد  
البائع في الثمن لم يجز ولو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ثم زاد في الثمن  
يجوز فوجه قولهم في ذلك ان الغاصب قادر على رد عين المغصوب من  
غير ايلام حيوان فيجب رده كالساجة إذا بنى عليها وتأثير هذا الكلام ان  
العين باق والرد جائز شرعا فان بالاتفاق لو رده الغاصب جاز ولو صبر  
المغصوب منه حتى نقض الغاصب البناء والخياطة كان له أن يأخذه فدل ان  
العين باق ورده عين المغصوب مستحق شرعا فما دام الرد جائزا يبقى ذلك

الاستحقاق بحاله بخلاف ما إذا غصب خيطا وخاط به بطن نفسه أو بطن عبده أو لوحا وأصلح به سفينة والسفينة في لجة البحر فان ذلك لا يجوز رده لما فيه من ايلام الحيوان ونقص البنية وذلك محرم شرعا ومن ضرورة عدم الجواز الرد انعدام استحقاق الرد شرعا \* وحتنا في ذلك ان العين ملك المغصوب منه وما اتصل به من الوصف متقوم حقا للغاصب وسبب ظلمه لا يسقط قيمة ما كان متقوما من حقه كما في الثوب إذا صبغه بصيغ نفسه الا ان هناك الصيغ متقوم بنفسه فيمكن ابقاء حق صاحب الثوب في الثوب مع دفع الضرر عن الغاصب بايجاب قيمة

[ 94 ]

الصيغ له وهذا الوصف غير متقوم بنفسه مقصودا ودفع الضرر واجب فيتعين دفع الضرر هنا بايجاب قيمة المغصوب حقا للمغصوب منه ليتوصل هو إلى مالبة ملكه ويبقى حق صاحب الوصف في الوصف مرعيا وهذا لانه لا بد من الحاق الضرر باحدهما الا ان في الاضرار بالغاصب اهدار حقه وفي قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة توفير المالية عليه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان وضرر النقل دون ضرر الابطال وهو نظير مسألة الخيط واللوح ولهذا جوزنا الرد ههنا لان الامتناع لدفع الضرر عن الغاصب فإذا رضي فقد التزم الضرر (فان قيل) صاحب الثوب صاحب أصل والغاصب صاحب وصف ولا شك ان مراعاة حق صاحب الاصل أولى ولم يجز لحق صاحب الوصف وهو جان (قلنا) لان هذا الوصف قائم من كل وجه والاصل قائم من وجه لان الاصل كان ملكا للمغصوب منه مقصودا والان صار تبعا لملك غيره والتبع غير الاصل ولهذا صار بحيث يستحق بالشفعة بعد أن كان منقولا لا يستحق بالشفعة والعدم منه سائر وجوه الانتفاع سوى هذا فعرفنا أنه قائم من وجه دون وجه والقائم من كل وجه يترجح على ما هو قائم من وجه مستهلك من وجه وانما يترجح الاصل إذا كان قائما من كل وجه كما في مسألة الساجة فانها قائمة من كل وجه صالحة لما كانت صالحة له قبل البناء تستحق بالشفعة كما كان من قبل فلهذا رجحنا هناك اعتبار حق صاحب الساجة \* ولا يدخل على بشئ مما ذكرنا إذا غصب ثوبا فقصره لانه ليس للغاصب في الثوب وصف قائم متقوم والقصارة تزيل الدرر والوسخ عن الثوب ثم لون البياض وصف أصلي للقطن \* ولا يقال أليس ان القصار يحبس بالاجر (قلنا) نعم ولكن باعتبار أثر عمله في المعمول لا باعتبار قيام الوصف في العمل للمعول بعمله وذكر الكرخي في مسألة الساجة أن موضع المسألة فيما إذا أدخل الساجة في بنائه بان بنى حولها لا عليها لانه لا يكون متعديا بالبناء في ملكه فأما إذا بنى على الساجة فهو متعد في هذا البناء والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما في مسألة الساجة ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف انه لو غصب بقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها وهو في العمل هنا متعدلان عمله في ملك الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه وان الصحيح ما قلنا \* وان غصب حنطة فزرعها ثم جاء صاحبها وقد أدرك الزرع أو هو بقل فعليه حنطة

[ 95 ]

مثل حنطته ولا سبيل له على الزرع عندنا. وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه الزرع له لانه متولد من ملكه والمتولد يملك بالاصل كولد الجارية وثمره الشجرة وهذا لان فعل الزارع حركاته والاجسام لا تتولد من الحركات. والدليل على ان التولد من الاصل ان بصفة الاصل يختلف الزرع مع اتحاد عمل الزارع والدليل عليه انه لو حصل بغير فعل أحد بأن هبت الريح بحنطة انسان وألقته في أرض الغير فينبت كان الزرع لصاحب الحنطة (وحجتنا) في ذلك ان الزرع غير الحنطة لان الحنطة مطعوم بنى آدم والزرع بقل هو علف الدواب وهذا الزرع حادث لانه ما لم يفسد الحب في الارض لا ينبت الزرع فاما ان يكون حادثا بأصل الحنطة أو بقوة الارض والهواء أو بعمل الزارع والاول باطل لان كونه حنطة ليس بعلة لبقتها كذلك حنطة فكيف تكون علة لحادث شئ آخر وقوة الارض والهواء كذلك لانهما مسخران بتقدير الله تعالى لا اختيار لهما فلا يصلح اضافة الحكم اليهما بنفى عمل الزارع وهو في معنى الشرط لانه يجمع بين البذر وقوة الارض والهواء بعمله وقد بينا انه يضاف الحكم إلى الشرط عند تعذر الاضافة إلى العلة كما أن الواقع في البئر يضاف هلاكه الي الحافر وعمله في الشرط ولكن ما كان علة وهو تعلقه ومشبه بغير علة لا يصلح عمله لاضافة الحكم إليه فيكون مضافا الي الشرط وإذا ثبت انه مضاف إلى عمل الزارع كان هو مكتسبا للزرع والكسب ملك للمكتسب وعليه ضمان ما صار مستهلكا بعمله الا أنه لا يطيب له الفضل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له الفضل لانه كسبه ولكننا نقول دخل في كسبه من حيث انه استعمل في الاكتساب ملك الغير ولانه من حيث الصورة هذا متولد من ذلك الاصل كما قاله الخصم ومن حيث المعنى والحكم غيره فلا اعتبار الصورة قلنا لا يطيب له الفضل احتياطا وعلى هذا لو غصب نواة فانبتها أو تالة (1) فغرسها الا انه روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال في التالة لا يحل له أن ينتفع بها حتى يؤدي الضمان وفي الزرع والنواة له ذلك لان البذر والنواة تفسد في الارض فكان الزرع والشجرة كسب الغاصب من كل وجه فيجوز له الانتفاع به قبل أداء الضمان المستهلك وأما التالة فلا تفسد ولكنها تنمو وانما جعلنا الشجرة غير التالة من حيث الحكم فلا يحل له الانتفاع بها قبل أداء الضمان كما في الحنطة إذا طحنها. وفي ظاهر الرواية الجواب في

(1) التالة بالمشاة الفوقية واحدة التال وهو صغار النخل وفسلانها اه كتبه مصححه

الفصلين سواء وعلى هذا لو غصب بيضة وحصنها تحت دجاجة له حتى أفرخت فهذا ومسألة الزرع سواء والمغايرة بين الفرج والبيضة لا تشكل على أحد لان هذا حيوان وذلك موات ولا يدخل على شئ من هذا إذا غصب شجرة وقلعها وكسرها لان القلع نقصان محض لا يتبدل به اسم العين ثم الكسر تحقيق ما هو المقصود بالشجرة بعد القلع وهو الحطب فهو كمسألة الشاة إذا ذبحها وسلخها (مسلم) غصب خمرا من مسلم فاستهلكها فلا ضمان عليه لان الخمر ليس بمال مقوم فان الشرع أفسد تقومه حين حرم تموله وان جعلها خلا فلرب الخمر أن يأخذها لان بفساد معنى التمول والنقوم لا تخرج من أن تكون مملوكة للمسلم إذا الملك صفة للعين والعين باقية ولهذا جاز له امسك الخمر للتخلل وكان أحق بها من غيرها فان

خللها الغاصب من غير القاء شئ فيها فالعين باقية علي حالها لبقاء الهيئة كما كانت وإن ألقى فيها ملحا فالملح صار مستهلكا أيضا وإن صب فيها خلا فهذا خلط إلا أن الخلط إنما يزيد ملك المعصوب منه بشرط الضمان وإيجاب الضمان هنا متعذر لأن الخمر لا يضمن للمسلم بالاستهلاك فلماذا كان شريكا في المخلوط بقدر ملكه. وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه قالوا هذا على وجهين. أما إذا ألقى الجلد صاحبه فأخذه إنسان ودبغه فهو مملوك له لأن صاحبها ألقاه تاركاً له بمنزلة من يلقى النوى وقشور الرمان فيجمع ذلك إنسان وينتفع به فإنه يكون مباحاً له وأما إذا غصب الجلد من صاحبه ودبغه بشئ لا قيمة له كالتراب والشمس فصاحبه أحق به يأخذه ولا يعطى الغاصب شيئاً لأن ملكه باق بعد الموت ولم يحدث الغاصب فيه زيادة مال متقوم وقد بينا أن صنعته إنما تعتبر إذا أمكان تحويل حق صاحب الاصل إلى الضمان وهذا غير ممكن هنا لأن جلد الميتة لا يضمن بالاستهلاك \* وأما إذا دبغه بشئ له قيمة كالشيب والقرظ والعفص وما أشبه ذلك فلصاحب الجلد أن يأخذ جلده ويضمن ما زاد الدباغ فيه لأنه عين مال قائم للغاصب بمنزلة الصبغ في الثوب ولكن ليس له أن يدع الجلد ويضمنه قيمته هنا بخلاف الثوب لأن الثوب بدون الصبغ كان مالا متقوماً والجلد قبل الدباغ لم يكن مالا متقوماً حتى ذكر في كتاب الاجارات لو غصبه جلدًا ذكياً فدبغه بشئ له قيمة فإن شاء صاحب الجلد ضمنه قيمة الجلد غير مدبوغ وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لأن الجلد الذكي مال متقوم قبل الدباغ فهو ومسألة الثوب سواء \* وإن غصبه عصيراً فصار عنده خمراً فله أن يضمنه قيمة العصير لأن المعصوب كان مالا متقوماً وبالتخمير يصير هذا الوصف منه مستهلكاً \* ومراده

[ 97 ]

من قوله يضمنه قيمة العصير أن الخصومة بعد انقضاء أو ان العصير فأما في أو أنه يضمنه مثله لأن العصير من ذوات الامثال وإن لم يحضر حتى صارت خلافاً فإن شاء أخذ الخل وإن شاء ضمنه قيمة العصير لأن العين باق ببقاء الهيئة ولكنه تغير من صفة الحلاوة إلى صفة الحموضة فإن شاء رضي به متغيراً ولا يضمنه شيئاً آخر لأن العصير مال الربا وقد بينا أنه لا يثبت فيه حق تضمين النقصان مع أخذ العين ولم يذكر هذا الخيار قبل التخلل. فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا خيار له لأنه لو ثبت له الخيار هناك لكان أخذ الخمر عوضاً عما استوجب من قيمة العصير وذلك لا يجوز والأصح أن هناك يثبت الخيار أيضاً بطريق أنه يكون ميرثاً عن الضمان ثم يأخذ خمرة ليخلله كما لو كان العصير وديعة له في يده فتخمر (رجل) له حنطة عند رجل وشعير آخر عند ذلك الرجل أيضاً وديعة فخلطهما من لا يقدر عليه ولا يعرف \* قال يباعان ثم يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير وهذا عندهما وهو الاستحسان عند أبي حنيفة أيضاً. فأما في القياس على قوله المخلوط صار مملوكاً للخالط وحق كل واحد منهما في ذمته ولا ولاية لهما عليه في بيع ملكه لحقهما ووجه الاستحسان أن المخلوط وإن صار مملوكاً للخالط ولكن لم ينقطع حقهما عنه بل يتوقف تمام انقطاع حقهما على وصول البديل اليهما ألا ترى أنه لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط ما لم يود البديل اليهما وإذا بقى حقهما فيه قلنا يباع لإبقاء حقهما عند تعذر استيفاء الضمان من الخالط كالمبيع في يد البائع يباع في الثمن إذا تعذر استيفاءه من المشتري لغيبته ثم يضرب صاحب الحنطة في الثمن بقيمة حنطته مخلوطاً بالشعير وصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط بالحنطة لأن الحنطة تنقص بالاحتلاط بالشعير

وانما دخل في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي دخلت في الشعيير تزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة ولكن هذا الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق الضرب بها معه فلهذا يضرب بقيمة الشعيير غير مخلوط (قال) وكذلك كل ما يكال أو يوزن يعني إذا تحقق الخلط على وجه يتعسر معه التمييز أو يتعذر فان اختلفا في مبلغ كيل الحنطة والشعيير وقد باعهما مجازفة واستهلكهما المشتري فالقول في الحنطة قول صاحب الشعيير وفي الشعيير قول صاحب الحنطة لان كل واحد منهما يدعى زيادة في مقدار ملكه وكل واحد منهما غير مصدق فيما يدعى لنفسه على صاحبه وكل واحد منهما منكر للزيادة التي يدعيها صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانكاره وبعد ما حلف يقسم

[ 98 ]

الثلث بينهما على مقدار ما يزعم صاحبه المنكر من ملك كل واحد منهما (ثوب) في يدى رجل أقام رجل البينة انه ثوبه غصبه اياه هذا وأقام الذى في يديه البينة انه وهبه له (فقال) أقضى للذى هو في يديه لانه يثبت سبب الملك الحادث لنفسه وصاحبه ينفى ذلك. ولانا نجعل كان الامرين كانا والهبة بعد الغصب تتحقق موجبا للملك وكذلك لو أقام البينة على البيع منه بثمن مسمى أو على اقراره انه ثوبه لان البيع والاقرار بالملك بعد الغصب يتحقق فتقبل البيتان جميعا (وان) كان في أيديهما جميعا فاقام كل واحد منهما البينة انه ثوبه غصبه الاخر اياه قضيت به بينهما نصفين لان كل واحد منهما يثبت على صاحبه انه غصب ما في يده منه وفي يد كل واحد منهما نصفه فكان بينة كل واحد منهما فيما في يد صاحبه أولى بالقبول فلهذا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذى في يد صاحبه \* فان أقام رجل البينة انه ثوبه استودعه الميت الذى هذا وارثه وأقام آخر البينة انه ثوبه غصبه اياه الميت قضيت به بينهما لان كل واحد منهما أثبت الملك لنفسه في جميع الثوب ان وصوله إلى يد الميت كان من جهته فاستويا ولا ترجح لمدعى الغصب في معنى الضمان لان الضمان للآخر ثابت أيضا فان المودع إذا مات مجهلا للوديعة يكون ضامنا ولان المقصود اثبات الملك في العين ولا معتبر بضمان القيمة مع بقاء العين \* وان جاء بالبينة على دراهم بعينها أنها ماله غصبها اياه الميت فهو أحق بها من غرماء الميت لانه أثبت بالبينة ملك العين لنفسه فان الدارهم تتعين في الغصب ولهذا لا يملك الغاصب إمساك العين ورد المثل وحق الغريم انما كان في ذمة الميت فيتعلق بعد موته بماله دون مال المصوب منه \* وان أقام رجل البينة ان هذا ثوبه غصبه ذو اليد وأقام آخر البينة ان ذا اليد أقر به له أقضى به للذى أقام البينة انه ثوبه غصبه اياه لانه أثبت الملك لنفسه بالبينة وأثبت ان ذا اليد كان غاصبا والآخر انما أثبت بيئته اقرار الغاصب له بالملك واقرار الغاصب ليس بحجة في الاستحقاق على المالك (رجل) غصب ثوب رجل فاودعه عند آخر فهلك عنده فلصاحبه ان يضمه أيهما شاء لان كل واحد منهما متعد في حقه فان المالك غير راض بقبض المودع فهو كالغاصب في حقه فان ضمن المستودع رجوع على الغاصب بما ضمن لانه في حفظ العين كان عاملا له وكان مغرورا من جهته حين أخبره انه ملكه وانه لا يغرم شيئا ان هلك في يده \* ولم يذكر ان المودع إذا رد الثوب على الغاصب أو كان غصب منه فرده عليه هل يبقى للمالك عليه سبيل (والجواب) انه لا سبيل للمالك عليه الا في رواية عن

أبى يوسف رحمه الله فانه يقول صار ضامنا للمالك بقبضه فلا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد الغاصب لا تقوم مقام يد المالك فلا يبرأ بالرد عليه. ولكننا نقول وجوب الضمان عليه باعتبار يده وقد انفسخ ذلك حين أعاده الي يد من وصلت إليه من جهته فالعدم به حكم يده وكان هذا في حقه بمنزلة رد الغاصب العين على مالكة (وإذا) قال الرجل لآخر غصبتني هذه الجبة المحشوة وقال الغاصب ما غصبتكها ولكن غاصبتك الظهارة فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره ما ادعاه فانه ادعى غصب الجبة والظهارة ليست بجبة ولانه منكر الغصب في البطانة والحشو ولو أنكر الغصب في الكل كان القول قوله مع يمينه ثم إذا حلف يضمن قيمة الظهارة لاقاراره بغصب الظهارة واقاراره حجة في حقه فكان غايتاه غصب الظهارة وجعلها جبة. وان قال غصبتك الجبة ثم قال بعد ذلك البطانة والحشولى لم يصدق لانه رجع عما أقر به فاسم الجبة يتناول الكل \* وكذلك لو قال غصبتك هذا الخاتم ثم قال فسه لى أو هذه الدار ثم قال بناؤها لى أو هذه الارض ثم قال شجرها لى أو أنا غرستها لم يصدق على شئ من ذلك لكونه راجعا فان البناء والشجر تبع للاصل فيصير المذكورا بذكر الاصل وينبت حكم الغصب فيه بثبوته في الاصل والغص في الخاتم كذلك فيكون راجعا بدعواه المالك لنفسه فما أقر به لغيره \* وان قال غصبتك هذا البقرة ثم قال عجولها لى أو قال هذه الجارية ثم قال ولدها لى فالقول قوله لان الولد منفصل فلا يكون تبعا للام فاقاراره بالاصل لا يتعدى إليه بخلاف الاستحقاق باليد عندنا. وقد بينا هذا الفرق في الدعوي فلا يكون هو في دعوى الولد لنفسه مناقضا بل يكون متمسكا بما هو الاصل وهو ان ما في يده فالظاهر أنه ملكه إلا ما يقربه لغيره (رجل) غصب من رجل ثوبا ثم ان الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تخرق ولم يعرفه فلا شئ له على الغاصب. وكذلك المكيل والموزون إذا غصب منه ثم أطعمه إياه بعينه أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب برئ عن الضمان عندنا وفي أحد قولى الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يبرأ لانه ما أتى بالرد المأمور به فانه غرور منه والشرع لا يأمر بالغرور والغاصب لا يستفيد البراءة الا بالرد فإذا لم يكن يوجد صار ضامنا ولانه ما أعاد إلى ملكه كما كان لان المباح له الطعام لا يصير مطلق التصرف فيما أبيح له فكان فعله قاصرا في حكم الر فلو جعلنا هذا رد اتضرر به المعصوب منه لانه اقدام على الاكل بناء

علي خبره انه أكرم ضيفه ولم علم أنه ملكه ربما لم يأكله وحمله إلى عياله فأكله معهم فلدفع الضرر عنه بقى الضمان علي الغاصب. وحجتنا في ذلك أن الواجب على الغاصب نسخ فعله وقد تحقق ذلك. أما من حيث الصورة فلانه وصل إلى يد المالك وبه ينعدم ما كان فائنا. ومن حيث الحكم فلانه صار به متمكنا من التصرف حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه غير انه جهل بحاله وجهله لا يكون مبقيا للضمان في ذمة الغاصب مع تحقق العلة المسقطه كما ان جهل المتلف لا يكون مانعا من وجوب الضمان عليه مع تحقق الاتلاف إذا كان يظن انه ملكه \* وقد بينا ان الغرور بمجرد الخبر لا يوجب حكما انما المعتبر ما يكون في ضمن عقد ضمان ولم يوجد ذلك فان الغاصب المضيف ما شرط لنفسه عوضا ولان أكثر ما في الباب أن لا يكون فعل الغاصب هو الرد المأمور به ولكن تناول المعصوب منه عين المعصوب

كاف في اسقاط الضمان عن الغاصب. ألا ترى أنه لو جاء إلى بيت الغاصب وأكل ذلك الطعام بعينه وهو بظن انه ملك الغاصب برئ الغاصب من الضمان فكذلك إذا أطعمه الغاصب إياه. وان كان الغاصب قد نبذ التمر ثم سقاه فهو ضامن للتمر لانه بدل العين بما صنع وتقرر ضمان التمر في ذمته فسقى النبيذ إياه لا يكون ردا للعين المغمصوب منه ولا أداء الضمان. وكذلك كل ما يشبهه كالدقيق إذا خبزه ثم أطعمه أو اللحم إذا شواه ثم أطعمه (قال) وكذلك إذا غصب حديدا فجعله درعا فهو ضامن لحديد مثله وان لم يقدر على ذلك ضمن قيمته. وكذلك إذا غصب صفرا فجعله كوزا لانه غيره عن حاله وصار الغاصب مستهلكا وهذا الحادث حادث بفعل الغاصب لتبدل العين صورة ومعنى واسما وحكما ومقصودا فلهذا لاسبيل له على المصنوع وكان الكرخي يقول هذا إذا كان بعد الصنعة لا يباع وزنا أما إذا كان يباع وزنا ينبغي أن يكون للمغمصوب منه حق أخذ المصنوع إن شاء عند أبي حنيفة رحمه الله كما في البقرة لبقاء حكم الربا والاصح أن الجواب مطلق لان اسم العين قد تبدل بصنع الغاصب بخلاف القلب علي ما نبينه فان كسر صاحب الصفر الكوز بعد ما ضمن له الغاصب قيمة صفره فعليه قيمة الكوز صحيحة لان الكوز مملوك للغاصب وهو ملك محترم فيكون المغمصوب منه الصفر في كسره كغيره وكذلك ان كسره قبل أن يقضى له بالقيمة لان الكوز مملوك لانه كان حادثا بعمله فيكون الحال قبل القضاء بالقيمة وبعد سواء في حقه الا انه يحاسبه بما عليه لان المغمصوب منه استوجب عليه قيمة الصفر والغاصب استوجب عليه قيمة الكوز فينقاصان

## [ 101 ]

ويترادان الفضل \* فان غصب فضة فضر بها دراهم أو صاعها إناء فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا والحديد والصفر سواء لان الاسم تبدل بصنعة الغاصب وكذلك الحكم فان البقرة لا تصلح رأس مال الشركة والمضاربة والدراهم تصلح لذلك ولا معتبر بالتمكن من الاعادة فان هذا موجود في الحديد والصفر ثم جعل هناك الثاني غير الاول وجعل الاناء حادثا بعمل الغاصب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول هنا للمغمصوب منه أن يأخذها ولا أجر للغاصب وعلل فقال لانه فضة بعينها لا تخرج من الوزن بخلاف الحديد والصفر. وبهذا الحرف يستدل الكرخي في تقسيم الجواب هناك. ثم معنى هذا التعليل ان اسم العين لا يتبدل لان اسم العين هو الذهب والفضة وهو يبقى بعد الصنعة انما يتبدل اسم الصنعة فان الدراهم والدنانير اسم الصنعة وكذلك حكم العين باق فان حكم العين انه موزون ويجرى فيه الربا بعله الوزن وتجب الزكاة فيه باعتبار العين فأما صلاحية رأس مال الشركة والمضاربة فهو حكم الصنعة لاحكم العين ولهذا يقول ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالذهب والفضة فإذا بقي اسم العين وحكم العين كان ذلك دليل بقاء العين المغمصوب وان تعذر على المغمصوب منه أخذه انما يتعذر للصنعة ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة من الاصل وبه فارق الحديد والصفر فان الصنعة هناك تخرجها من الوزن ومن أن تكون مال الربا وللصنعة في غير مال الربا قيمة مع ان اسم العين وحكمه قد تبدل هناك كما قررنا \* وان غصب حنطة فاستهلكها ثم باعها بشعير أو غيره مما يكال أو يوزن أو من العروض قبل القبض فلا بأس به يدا بيد لان الواجب مثل الحنطة في ذمته وبيع الحنطة بالشعير حائر كيفما كان ولو كانت الحنطة عيناً فكذلك إذا كان ذلك ديناً إلا ان الدين بالدين حرام فيشترط قبض ما يقابلها في المجلس فلا تنعدم الدبئية من الجانبين \* وكذلك ان أقرضه طعاما فله أن يأخذ ما بداله

بخلاف البيع والسلم يريد به ان الاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز  
والمسلم فيه في حكم المبيع فأما بدل القرض والغصب ليس في حكم  
المبيع حتى يجوز اسقاط القبض فيه أصلا في البراء فكذلك في الاستبدال  
به كالثمن في البيع \* وإذا غصب رجل دابة من رجل فأقام صاحبها البينة  
أنها نفقت عند الغاصب وأقام الغاصب البينة انه قد ردها إليه وأنها نفقت  
عنده فلا ضمان عليه وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسألة وإن بينة  
المغصوب منه بطريق استصحاب الحال وبينة الغاصب وافقت علي أمر هو  
حادث وهو الرد

## [ 102 ]

فكانت أولى بالقبول (مسلم) غصب من نصراني خمرا فاستهلكها فعليه  
ضمان قيمتها عندنا وقال الشافعي لا ضمان عليه وكذلك الخنزير. وجه  
قوله أن الخمر والخنزير محرم العين ولا يضمن بالاتلاف حقا للمسلم  
فكذلك للذمي لان حقوقهم دون حقوقنا وهذا لانا بعقد الذمة انما ضمنا  
ترك التعرض لهم في الخمر والخنزير وايجاب ضمان القيمة على المتلف  
أمر وراء ذلك تحقق هذا أن ترك التعرض لاعتقادهم أن الخمر والخنزير مال  
متقوم ولكن اعتقادهم لا يكون حجة على المسلم المتلف في ايجاب  
الضمان وانما يكون معتبرا في حقهم ولذا لانحدهم على شربها ولا ندع  
أحدا يتعرض لهم في ذلك ولا يتعرض لهم في الانكحة أيضا \* والدليل على  
ان اعتقادهم لا يكون حجة على الغير أن المجوسي إذا مات عن ابنتين  
احدهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا ولم يجعل اعتقادهم معتبرا  
في استحقاق التفضيل بشئ من الميراث علي الاخرى \* وكذلك العبد  
المرتد لا يضمن للذمي بالاتلاف وان كان هو يعتقد انه مال متقوم وانه  
محق في اعتقاده ثم لم يصر اعتقاده حجة في ايجاب الضمان على المتلف  
الا أن هناك يتعرض له في ذلك لانا بعقد الذمة ما ضمنا ترك التعرض لهم  
في ذلك. وحجتنا في ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حين  
سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر فقالوا نعشرها  
فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا  
متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من الثمن (وذكر أبو  
عبدة في كتاب الاموال أن عمر رضي الله تعالى عنه كتب الي عماله أن  
اقتلوا خنازير أهل الذمة واحتسبوا لاصحابها بقيمتها من الجزية فهذا  
تنصيص منه علي انه مال متقوم في حقهم يضمن بالاتلاف عليهم والمعنى  
فيه ان الخمر كان مالا متقوما في شريعة من كان قبلنا وكذلك في  
شريعتنا في الابتداء ثم ان الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص في حق  
المسلمين حيث قال (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب  
والالزام رجس من عمل الشيطان) إلى قوله تعالى فهل أنتم منتهون)  
فبقى في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب علي ما كان من قبل. هذا من  
حيث الصورة ومن حيث المعنى ان حرمة العين وفساد التقوم ثبت بخطاب  
الشرع وقد أمرنا ان نتركهم وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب  
عنهم حين لم يعتقدوا الرسالة في المبلغ وانقطعت ولاية الالزام بالسيف  
والمحاجة لمكان عقد الذمة ويصير في حقهم كأن الخطاب غير نازل  
فيبقى الحكم على ماكان. ألا ترى ان من

شرب الخمر من المسلمين بعد ما نزل خطاب التحريم قبل علمه به لم يكن معاتباً بذلك كما قال الله تعالى (ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية \* وكذلك أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس بعد ما نزلت فريضة التوجه إلى الكعبة و جاز ذلك منهم كأن الخطاب غير نازل حين لم يبلغهم فهذا مثله أيضاً. وأمر الانكحة على هذا وليس في هذا توسعة الأمر عليهم بل فيه استدراج وترك لهم على الجهل وتمهيد بعقوبة الآخرة والخلود في النار وتحقيق لقول النبي صلى الله عليه وسلم الدنيا سجن المؤمن و جنة الكافر. وبهذا تبين فساد ما قال ان اعتقاده لا يكون حجة على المتلف لانا لا نوجب الضمان باعتبار اعتقاده ولكن يبقى ما كان على ما كان وهو المالية والتقوم \* ثم وجوب الضمان بالاتلاف لا يكون به المحل مالا متقوماً ولكن شرط سقوط الضمان بالاتلاف انعدام المالية والتقوم في المحل وهذا الشرط لم يثبت في حقهم مع أنا لما ضمنا بعقد الذمة ترك التعرض لهم فقد التزمنا حفظها و حمايتها لهم والعصمة والاحراز تتم بهذا الحفظ ووجوب الضمان بالاتلاف يبنى على ذلك فكان هذا من ضرورة ما ضمناه بعقد الذمة بخلاف قتل المرتد فانا ما ضمنا لهم ترك التعرض في ذلك لما فيه من الاستخفاف بالدين وكان نظير ذلك من العقود الربا فانه يتعرض لهم في ابطال عقود الربا بينهم لانا لم نضمن لهم ترك التعرض لهم في ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد. وهذا لان ذلك فسق منهم في الاعتقاد ولا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا في اعتقادهم قال الله تعالى (وأخذهم الربوا وقد نهوا عنه) وكذلك الجواب في موقوذة المجوسى الصحيح ان المسلم يضمنها له باعصاب والاتلاف وهو قول أبى يوسف رحمه الله وقد روى عن محمد رحمه الله بانه لا يضمنها كالميتة والدم لانها ليست بمال في اعتقاد أهل الذمة وقد أمرنا ان نبنى أحكام المجوس على أحكام أهل الكتاب كما قال النبي صلى الله عليه وسلم سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب الحديث الا أن هذا ضعيف فانا في حكم الانكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير ان نبنى ذلك على اعتقاد أهل الكتاب والعدر عن فصل الميراث بالزوجية بيناه في النكاح انه ليس من ضرورة الحكم بصحة النكاح استحقاق الميراث وهذا كله بخلاف مالو أتلف متروك التسمية عامداً على شفعوى المذهب لان ولاية الالزم بالمحاجة والدليل هنا ثابت وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية حرام ليس بمال فلهذا لا يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان (ولو) غصب نصراني من نصراني خمر فاستهلكها فعليه مثلها

لان الخمر من ذوات الامثال والمصير إلى القيمة في ذوات الامثال عند العجز عن أداء المثل وذلك في حق المسلم دون النصراني لانه قادر على تملك الخمر من غيره بعوض ولهذا جازت المبايعه بالخمر فيما بينهم وان أسلم الطالب بعد ما قضي له بمثلها فلا شئ له على المستهلك لان الخمر في حق المسلم ليس بمال متقوم \* ولو احتبس عينها عند النصراني له بالغصب والاستهلاك لم يضمنه شيئاً فكذلك إذا احتبس ما صار ديناً منها ولكنه باسلامه يكون مبرئاً له عما كان له في ذمته من الخمر لانه يخرج بفعله من أن يكون مالا متقوماً في حقه ومن أن يكون متمكناً من قبضه

وكذلك لو أسلما معا لان في اسلامهما إسلام الطالب ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم الطالب فعلي قول أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة رحمهما الله الجواب كذلك وفي قول محمد رحمه الله تعالى وهو رواية عافية وزفر عن أبي حنيفة رحمهما الله على المطلوب قيمة الخمر. وجه قول محمد رحمه الله أن الاسلام الطارئ بعد تقرر سبب الضمان يجعل كالمقترن بالسبب كما ان الاسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل كالمقترن بالعقد ثم اقتران اسلام المطلوب بغصب الخمر واستهلاكها لا يمنع وجوب ضمان القيمة بخلاف اسلام الطالب فكذلك الطارئ وهذا لان خمر الذمي يجوز أن يكون مضمونا في يد المسلم فكذلك يجوز أن يكون مضمونا في ذمة المسلم. وبهذا تبين انه ليس في اسلام المطلوب معنى البراءة وأما خمر المسلم يجوز أن يكون مضمونا في يد الذمي فكذلك في ذمته فكان إسلامه مبرئا بهذا الطريق وهو انه يمنع بقاءها في ذمته بعده ولا يمكن جعل أصل السبب موجبا للقيمة في الاسلام المقارن لانه وجب به ضمان المثل فلا تجب به القيمة أيضا بخلاف النكاح فان على قول محمد يجب قيمة الخمر بعد الاسلام أحدهما كانت بعينها أو بغير عينها لان اسلام الطالب مبرئ من حيث تعذر ابقائها في الذمة أو مضمونا في يد الزوج بعد اسلامهما ولكن هذا لا يمنع وجوب ضمان القيمة بأصل السبب لان هذه القيمة عوض عن البضع وشرط وجوبها صحة التسمية لابقاء استحقاق المسمى وقد كانت التسمية صحيحة حين كان المسمى مالا متقوما يومئذ وأبو يوسف رحمه الله يقول تعذر قبض الخمر المستحق في الذمة بسبب الاسلام فلا تجب القيمة كما لو أسلم الطالب. وتحقيقه أنه لما وجب الخمر بالسبب دينا في ذمته فلا يمكن ايجاب القيمة باعتبار أصل السبب ولا يمكن ايجاب القيمة عوضا عما كان في الذمة لان شرطها تملك ما في الذمة بها والذمي لا يقدر على تملك الخمر من المسلم بعوض كما ان المسلم

## [ 105 ]

لا يملك الخمر بعوض فلانعدام الشرط يتعذر استيفاء القيمة كما لو هشم قلب فضة إنسان ثم تلف المكسور في يد صاحب القلب ليس له ان يضمن الكاسر شيئا لان شرط تضمين القيمة تملك المكسور منه وذلك فائت وبه فارق الاسلام المقارن لان وجوب القيمة هناك باعتبار أصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجناية من غير ان يكون موجبا الملك في المحل عند التعذر كما في غصب المدير \* وان غصب خنزيرا فاستهلكه ثم أسلم أحدهما أو أسلما فعليه قيمته لان بنفس الاستهلاك وجبت القيمة هنا فان الحيوان ليس من ذوات الامثال والقيمة دراهم أو دنانير فلا يمتنع بقاءها في الذمة واستيفاؤها بعد اسلامهما أو اسلام أحدهما \* ولو غصب مسلم من مسلم خمرا فجعلها خلا ثم استهلكها فعليه خل مثلها لانه بعد ما جعلها خلا بقيت على ملك صاحبها حتى كان له أن يأخذها منه فإذا استهلكها فقد استهلك مالا متقوما لغيره وذلك موجب للضمان عليه امانة كانت عنده أو مضمونة \* وكذلك لو غصب جلد ميتة فدينه بشئ لا قيمة له ثم استهلكه فعليه ضمان قيمته لانه باق على ملك صاحبه ولهذا يتمكن من أخذه من غير أن يعطيه عوضا. ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يضمه قيمته طاهرا غير مدبوع لان صفة الدباغ حصل بفعله فلا يوجب الضمان عليه ولكن من ضروته زوال صفة النجاسة وذلك غير حاصل بفعله بل بتميز الجلد من الدسومات النجسة. وأكثرهم على أنه يضمه قيمته مدبوغا لان صفة الدباغ هنا تبع للجلد وهو غير معتبر منفردا عن

الجلد ولهذا لا يغرم باعتباره شيئاً وإذا صار أصل الجلد مضموناً عليه بالاستهلاك فكذلك ما يتبعه كالخمر إذا خلله فأما إذا دبغه بشئ له قيمة ثم استهلكه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يضمن قيمة الجلد مدبوغاً ويعطيه ما زاد الدباغ فيه \* وجه قولهما ان الجلد باق على ملك صاحبه بعد الدباغ وهو مضمون الرد على الغاصب ولكن يشترط ان يعطيه ما زاد الدباغ فيه فإذا استهلكه كان ضامناً كالثوب المغصوب إذا صبغته ثم استهلكه وهذا لمعنيين (أحدهما) ان الاستهلاك جنابة موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقى الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوماً كما في الثوب الا أن هناك السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان أيضا فله أن يضمنه بأى السببين شاء وهنا الاول وهو الغصب موجب للضمان فيتعين التضمن بالسبب الثاني وكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلكه

## [ 106 ]

غيره كان للمغصوب منه ان يضمن المستهلك ويعطى الغاصب وما زاد الدباغ فيه (والثاني) وهو انه لما بقى الجلد مضمون الرد عليه وإذا تعذر رد عينها باستهلاكه بحب عليه رد قيمته لانه بالاستهلاك فوت ما كان مستحقاً عليه والتفويت موجب للضمان وبه فارق ما لو هلك في يده فان التفويت منه لم يوجد وهو نظير المستعار إذا فوت المستعير رده بالاستهلاك ضمن قيمته بخلاف ما إذا فات بغير صنعه \* وكذلك لو دبغه بشئ لا قيمة له أو جعل الخمر خلا فلا يضمن إذا فوت الرد بالاستهلاك ولا يضمن إذا هلك في يده \* ووجه أبي حنيفة رحمه الله في ذلك ان المغصوب منه استفاد المالية والتقوم في هذا الجلد من الغاصب ببدل استوجبه الغاصب عليه فلا يكون له ان يضمنه شيئاً بعد استهلاكه كما لو استهلك البائع المبيع قبل التسليم \* وتقريره من وجهين (أحدهما) أن الاستهلاك غير موجب للضمان عليه باعتبار ما زاد الدباغ فهي لان ذلك كان مملوكاً له قبل الاتصال بالجلد وبعد الاتصال بقى حقا له حتى كان له أن يحبسه ليستوفى بدله والجلد بدون هذا الوصف لا يكون مضموناً عليه بالاستهلاك كما لو استهلكه قبل الدباغ وبه فارق الثوب فان الاستهلاك فيه بدون صفة الصبغ موجب للضمان وبه فارق ما إذا دبغه بشئ لا قيمة له لان الصنعة ما بقيت حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يحبسه ولا يرجع بدله وكذلك الخمر إذا خلله (والثاني) أن ما اتصل بالجلد من الصفة هنا مال متقوم للغاصب حقيقة وحكما وهو قائم من كل وجه وقد كان مالا قبل الاتصال بالجلد وبقي بعده كذلك وأما أصل الجلد لم يكن مالا متقوماً قبل الدباغ وما كان مالا بنفسه ومتصلاً بغيره يترجح على ما لم يكن مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال فتكون العبرة للراجح واستهلاكه فيه غير موجب للضمان بخلاف الثوب لان الاصل هناك كان مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال ولما استويا في صفة المالية رجحنا ما هو الاصل. وإذا دبغه بشئ لاقيمة له فالوصف هنا ليس بمال قبل الاتصال ولا بعده والاصل مال بعد الاتصال فرجحنا جانب الاصل لهذا ولا يقال في حال بقاء الجلد رجحنا حق صاحب الاصل حتى مكناه من أخذه. ويملك الوصف على الغاصب بعوض وهذا لان أخذ العين كان باعتبار الملك دون المالية والتقوم ولهذا كان متمكناً من استرداده قبل الدباغ وفي حكم الملك الاصل مرجح لانه كان مملوكاً قائماً بنفسه قبل الاتصال وبه فارق وجوب الضمان عند الاستهلاك باعتبار صفة المالية والتقوم وصفة الدباغ في معنى المالية والتقوم يترجح على

أصل الجلد فيعتبر ذلك في ايجاب الضمان \* يحقق ما قلنا أن فائدة وجوب الضمان الاستيفاء ولا يستوفى منه قدر مالية الدباجة بالاتفاق وكيف يستوفى منه ما هو واجب له علي غيره \* ولو ظفر صاحب الحق بجنس حقه فاستهلكه لم يغرّم شيئاً فإذا ظفر بعين حقه فاستهلكه أولى أن لا يضمن شيئاً فإذا تعذر ايجاب هذا القدر عليه انفصل أصل الجلد عن صفة الدباجة حكماً فيعتبر بما لو كان منفصلاً حقيقة فلا يجب عليه ضمان قيمة الجلد وهما قد اعتبرا هذا حتى قال لا يكون له أن يضمنه قيمة الجلد غير مدبوع (ولو) غصب من رجل عينا فقال المغصوب منه للغاصب ابرأتك عن الغصب ثم هلك في يده الغاصب لم يضمن شيئاً في قول علمائنا رحمهم الله. وقال زفر هو ضامن للقيمة لان الابراء عن العين لغو فان الابراء اسقاط والعين ليست بمحل له إذ لا تسقط حقيقة ولا يسقط ملك المالك عنها أيضا وازدافة التصرف إلى غير محله لغو. ولكننا نقول قوله ابرأتك عن الغصب أي عما وجب لي عليك بسبب الغصب بمنزلة ابراء المحبى عليه الجاني عن الجناية وبراء المشتري البائع عن العيب والواجب له بسبب الغصب رد العين عند قيامه ورد القيمة عند هلاكه وذلك قابل للاسقاط فيسقط عنه وإذا سقط عنه ذلك بقى العين امانة في يده كالوديعة ولانه لو أبراه بعد تقرر الضمان عليه بالهلاك صح الابراء فكذلك إذا أبراه بعد تقرر السبب (ولو) غصب جارية فحبلت عند الغاصب ثم ردها فولدت ثم هلكت بالولادة يجب عند أبي حنيفة رحمه الله على الغاصب ضمان قيمتها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقوم حاملا وغير حامل فيكون على الغاصب ضمان النقصان لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بعيب الحبل وذلك موجب ضمان النقصان عليه فاما هلاكها بسبب الآلام الحادثة بعد الرد وهو الطلق فلا يبطل به حكم الرد كما لو حمت الجارية عند الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت عند الغاصب ثم ردها فجلدت وماتت من ذلك لم يضمن الغاصب الا نقصان عيب الزنا \* وكذلك المبيعة إذا سلمها إلى المشتري وهى حبلى فماتت في الولادة لم يرجع المشتري على البائع بجميع الثمن بالاتفاق وأبو حنيفة رحمه الله يقول الواجب على الغاصب نسخ فعله بالرد ولم يوجد ذلك حين ردها لا على الوجه الذى قبضها ولما هلكت بالسبب الذى كان عند الغاصب يجعل في الحكم كأنها هلكت عند الغاصب كما لو جنت عند الغاصب ثم ردها فدفعت في الجناية فانه يضمن قيمتها ويجعل كانه لم يردها أصلا بخلاف الحمى لان الهلاك لم يكن بالسبب الذى كان

عند الغاصب انما كان لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذلك لا يحصل بأوله الحمى عند الغاصب وان ذلك غير موجب لما كان بعده. وهنا أصل السبب ما كان عند الغاصب لان الحبل يوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب آلام الولادة فما يحدث به يكون محالا على السبب الاول. بخلاف الجلد لان الزنا يوجب جلدا مؤلما غير جرح ولا متلف ولهذا يختار سوطا لا ثمرة له فلم يكن الهلاك محالا به على السبب الذى كان عند الغاصب وهذا بخلاف الشراء لان الشراء يوجب تسليم المبيع إلى المشتري على الوجه

الذي يتناوله العقد وهو انه مال متقوم وقد وجد ذلك باعتبار ظاهر الحال وهو ان الغالب في الولادة السلامة فانما علي الغاصب نسخ فعله وذلك في ان يردده كما قبضه ولم يوجد ذلك \* ألا ترى أن البائع لو قطع يده ثم باعه وسلمه إلى المشتري فمات من ذلك في يده لم يرجع بجميع الثمن بخلاف الغاصب إذا قطع يدها ثم ردها فماتت من ذلك \* ثم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هي قد تعبت في يد الغاصب بعيب الزنا والحبل جميعا \* ففي القياس يضمن الغاصب نقصان العيب وهو قول محمد رحمه الله. وفي الاستحسان وهو قول أبي يوسف يضمن أكثرهما ويدخل الاقل في الاكثر. وكذلك عند أبي حنيفة إذا سلمت من الولادة ينظر إلى نقصان الزنا ونقصان الحبل فعليه ضمان أكثرهما ولكن ان كان عيب الحبل أكثر فقد زال ذلك بالولادة فلا يلزمه الاقدر نقصان عيب الزنا وان كان عيب الزنا أكثر فعليه ضمان ذلك لان عيب الزنا لا ينعدم بالولادة فمحمد رحمه الله اعتبر الحقيقة وهو ان الحبل عيب آخر سوى عيب الزنا لتحقق انفصال كل واحد منهما عن الآخر وأبو يوسف رحمه الله اعتبر اتحاد السبب وقال الحبل هنا حصل بذلك السبب فيحكم اتحاد السبب يدخل الاقل في الاكثر كما في نقصان الكبارة مع العقر الواجب بالوطئ فانه يدخل الاقل في الاكثر لاتحاد السبب فكذلك هنا والله سبحانه وتعالى أعلم كتاب الوديعه (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى رحمه الله تعالى املاء. الايداع عقد جائز عقد جائز لانه تصرف من المالك في ملكه وقد يحتاج إليه عند ارادة السفر والحاج يحتاج إلى ايداع بعض ماله في كل موضع لينتفع به إذا رجع والمودع مندوب

## [ 109 ]

إلى القبول شرعا لما فيه من الاعانة على البر قال الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه. وبعد القبول عليه أداء ما التزم وهو الحفظ حتى يؤديها إلى صاحبها لقوله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) وقد قيل في سبب النزول ان المراد رد مفتاح الكعبة على عثمان بن أبي طلحة لانه حين أتاه به قال خذه بأمانة الله تعالى ولكن ظاهر الآية يتناول كل أمانة قال صلى الله عليه وسلم من ائتمن أمانة فليؤدها وقال صلى الله عليه وسلم أمانة من أتمنك ولا تخن من خانك وقال صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان. على الموحد أن يحترز عما هو من علامة المنافق وذلك بان يحفظ الوديعه على الوجه الذي يحفظ به مال نفسه فيضعها في بيته أو صندوقه لانه وعد لصاحبها ذلك وخلف الوعد مذموم وإذا ترك الحفظ بعد غيبة صاحبها ففيه ترك الوفاء بما التزم والغرور في حق صاحبها وذلك حرام. فان وضعها في بيته أن صندوقه فهلك لم يضمنه لحديث عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أودع وديعه فهلك فلا ضمان عليه ولحديث ابن الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودع غير المغل ضمان. فالمراد بالمغل الخائن قال صلى الله عليه وسلم لا اغلال ولا اسلال في الاسلام والاعلال الخيانة والاسلال السرقة وقد قيل المغل المنتفع من قولهم أرض مغل أي كثير الريع والغلة فعلى هذا المراد المنتفع بغير اذن صاحبه. وقال عمر رضى الله تعالى عنه العارية كالوديعه لا يضمنها صاحبها الا بالتعدي. وقال على رضى الله تعالى عنه لا ضمان على راع ولا على

مؤتمن. والمعنى فيه أن المودع متبرع في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع عليه فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها وهو معنى قول الفقهاء رحمهم الله تعالى يد المودع كيد المودع ويستوي ان هلك بما يمكن التحرز عنه أو بما لا يمكن لان الهلاك بما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ. ولكن صفة السلامة عن العيب انما تصير مستحقا في المعاوضة دون التبرع والمودع متبرع \* فان دفعها إلى بعض من في عياله من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيده فلا ضمان عليه إذا هلك استحسانا. وفي القياس هو ضامن لانه استحفظ من استحفظ منه. ويؤيد وجه القياس قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)

[ 110 ]

والمراد النساء فان كان هو منها عن دفع مال نفسه إلى امرأته فما ظنك في مال غيره \* وجه الاستحسان أن المطلوب منه حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ مال نفسه بيد من في عياله على ما قيل قوام العالم بشيئين كاسب يجمع وساكنة تحفظ ولانه لا يجد بدا من هذا فانه إذا خرج من داره في حاجته لا يمكنه أن يجعل الوديعة مع نفسه وإذا خلفها في داره صارت في يد امرأته حكما وما لا يمكن الامتناع عنه عفو \* وذكر في جملة من في عياله الاجير والمراد التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مسانحة فأما الاجير بعمل من الاعمال كسائر الاجانب يضمن الوديعة بالدفع إليه. فإذا انشق الكيس في صندوقه فاختلف بdraهمه فلا ضمان عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان عليه ولو يمكن تقصير فذلك من المودع بأن جعل دراهم الوديعة في كيس بال ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكهما فان هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما لانه ليس أحدهما بأن يجعل الهالك من نصيبه بأولى من الآخر والاصل في المال المشترك إذا هلك شئ منه ان ما هلك على الشركة وما بقى على الشركة باعتبار أن الهالك يجعل كأن لم يكن (وان) فعل ذلك إنسان ممن هو في عيال المودع من صغير أو كبير أو مملوك أو أجنبي فلا ضمان فيه على المستودع لانعدام الخلط منه حقيقة وحكما فان فعل من في عياله كفعله فيما هو مأمور به من جهته صريحا أو دلالة وذلك لا يوجد في الخلط ولكن الضمان على الذي خلطها بمباشرة الفعل الموجب للضمان والصغير والكبير في ذلك سواء لان الصغير مؤاخذ بضمان الفعل فان تحقق الفعل بوجوده لا يندم بالحجر بسبب الصغير \* ثم الخلط أنواع ثلاثة (خلط) يتعذر التمييز بعده كخلط الشئ بجنسه فهذا موجب للضمان لانه يتعذر به على المالك الوصول إلى عين ملكه \* وخلط يتيسر معه التمييز كخلط السود بالبيض والدراهم بالدنانير فهذا لا يكون موجبا للضمان لتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه فهذه مجاورة ليس بخلط \* وخلط يتعسر معه التمييز كخلط الحنطة بالشعير فهو موجب للضمان لانه يتعذر على المالك الوصول الي عين ملكه الابحرج والمتعسر كالمتعذر كما بيناه في الغصب (فان قيل) تمييز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب من ماء فترسب الحنطة ويطفو الشعير (قلنا) في هذا إفساد للمخلوط في الحال. اثم الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير كما لا يخلو الشعير عن حبات الحنطة فما كان من حبات الحنطة لصاحب الشعير يرسب وما كان من حبات الشعير لصاحب

الحنطة يطفو فعرفنا أن التمييز متعذر بهذا الطريق أيضا \* وكذلك خلط الجباد بالزبوف ان كان بحيث يتعذر التمييز أو يتعسر فهو موجب للضمان على الخالط وان كان بحيث يتيسر التمييز لا يكون موجبا للضمان عليه \* يقول فان لم يظهر بالخلط فقال احدهما أنا أخذ المخلوط وأغرم لصاحبي مثل ما كان له فرضى به صاحبه جاز لان الحق لهما فإذا تراضيا على شئ صح ذلك في حقهما وان أبى ذلك احدهما فانه يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على التفسير الذى بيناه في العصب قبل هذا الجواب. إنما يستقيم علي قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ورواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله في ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فأما علي ما هو الظاهر من مذهب أبى حنيفة المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والاصح انه قولهم جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل الي كل واحد منهما بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط أن ينتفع بالمخلوط قبل أداء الضمان فليقضاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضى أو بيعا وقسمة الثمن إذا لم يتراضيا علي شئ \* وإذا كان عند الرجل وديعة دراهم أو دينار أو شئ من المكبل أو الموزون فانفق طائفة منهما في حاجته كان ضامنا لما أنفق منها اعتبارا للبعث بالكل ولو لم يصر ضامنا لما بقى منها لانه في الباقي حافظ للمالك وبما أنفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعض فهو كما لو أودعه وديعتين فانفق احدهما لا يكون ضامنا للاخرى. فان جاء بمثل ما أنفق فخلطه بالباقي صار ضامنا لجميعها لان ما أنفق صار دينا في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون فعله هذا خلطا لما بقى بملك نفسه وذلك موجب للضمان عليه \* فان كان حين أنفق بعضها وجاء بمثله فخلط بالباقي أفتى بانه صار ضامنا لها كلها فباعها ثم جاء رب الوديعة فضمنها اياه وفي الثمن فضل قال يطيب له حصة ما خلطه بها من ماله من انفضل لانه ربح حصل على ملكه وضمانه ويتصدق بحصة الثاني من الوديعة في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبى يوسف رحمه الله لا يتصدق به لانه بالضمان قد ملكه مستندا إلى وقت وجوب الضمان ولهذا نفذ بيعه فكان هذا ربحا حاصل على ملكه وضمانه فيطلب له كما في حصة ملكه وهما يقولان هذا ربح حصل له بكسب خبيث فانه ممنوع من بيع الوديعة (8 مبسوط حادى عشر)

اما لبقاء ملك المودع كما في الباقي بعد الخلط في احدى الروايتين أو لبقاء حقه على ما قلنا والربح الحاصل بكسب خبيث سبيله التصديق به ولان المودع عند البيع يخبر المشتري انه يبيع ملكه وحقه وهو كاذب في ذلك والكذب في التجارة يوجب الصدقة بدليل حديث قيس بن عروة الكنانى قال كنا نتبايع في الاسواق بالاوساق ونسمى أنفسنا المساسرة فدخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمانا بأحسن الاسماء وقال يا معشر التجار ان تجارتكم هذه يحضرها اللغو والكذب فشوبوها بالصدقة فعملنا بالحديث في ايجاب التصديق بالفضل وهذا إذا كانت الوديعة شيئا يباع فان كانت دراهم فالدراهم يشتري بها ثم ينظر ان اشترى بها بعينها

ونقدها لا يطيب له الفصل أيضا وان اشترى بها ونقد غيرها أو اشترى بدارهم مطلقا ثم نقدها يطيب له الربح هنا لأن الدراهم لا تتعين بنفس العقد ما لم ينضم إليه التسليم ولهذا لو أراد أن يسلم غيرها كان له ذلك فأما بالقبض يتعين نوع تعين ولهذا لا يملك استرداد المقبوض من البائع ليعطيه مثلها فلماذا قلنا إذا استعان في العقد والنقد جميعا بالدراهم الودیعة أو المغصوبة لا يطيب له الفصل وكذلك إن اشترى بها مأكولا ونقدها لم يحل له أن يأكل ذلك قبل أداء الضمان ولو اشترى بدارهم مطلقا ثم نقد تلك الدراهم حل له أن ينتفع بها \* وفي النوادر لو اشترى دينارا بعشرة دراهم ونقد الدراهم المغصوبة لم يحل له أن ينتفع بالدينار ما لم يؤد الضمان لأن صاحب الدراهم إذا استحق دراهمه فسد العقد ووجب عليه رد الدينار فكانت كالمقبوض بحكم عقد فاسد بخلاف ما لو نقدها في ثمن الطعام لأنه بالاستحقاق هناك لا يبطل الشراء بل يبقى الثمن دينا في ذمته كما كان \* وعلى هذا قالوا لو غصب ثوبا واشترى به جارية لم يحل له أن يطأها لأنه لو استحق الثوب لزمه رد الجارية \* ولو تزوج بالثوب المغصوب امرأة حل له أن يطأها لأن المغصوب منه إذا استحق الثوب لا يبطل النكاح ولا التسمية (فان) كان أخذ بعض الودیعة لينفقه في حاجته ثم بداله فرده إلى موضعه ثم ضاعت الودیعة فلا ضمان عليه لأن رفعه حفظ فلا يكون موجبا للضمان عليه \* بقى مجرد نية الانفاق في حاجته وبمجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى أن يغصب مال انسان وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتي عما حدثت به أنفسهم ما لم يعملوا أو يتكلموا والعراقيون يقولون كادو لما أي كاد يعصى فعصم والمعصوم لا يعاقب بعقوبة من عصى. ولئن صار ضامنا بارفع فقد عاد الي الوفاق برد العين الي مكانه وذلك يبرئه عن الضمان عندنا علي ما نبينه بخلاف

## [ 113 ]

ما سبق لان هناك انما جاء بملك نفسه فوضعه مكان ما أنفق ولهذا لا يكون عودة الي الوفاق فيما خالف فيه وهنا انما جاء بالودیعة بعينها فتحقق عوده إلى الوفاق وهذا أولى الوجهين عندي فانه لو باعها ثم ضمن قيمتها نفذ البيع من جهته وانما يستند ملكه بالضمان إلى وقت وجوب الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجبا للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه إلى تلك الحالة فينبغي ان لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة في هذا الكتاب وفي المضاربة ان البيع نافذ فعرفنا ان الاوجه هو الطريق الثاني (وإذا) طلب المودع الودیعة فقال المستودع قد رددتها عليك فالقول قوله مع يمينه لانه أمين والقول قول الامين مع اليمين لانكاره السبب الموجب للضمان واخباره بما هو مسلط عليه وهو رد الودیعة على صاحبها والمودع هو الذي سلطه على ذلك فيجعل قوله كقول المسلط الا انه يستحلف لنفى التهمة عنه \* وكذلك لو سرقت أو ضاعت أو ذهبت وقال لا أدري كيف ذهبت لانه أمين أخبر بما هو محتمل ولانه ينكر وجوب الضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو المنع بعد الطلب فلا يصدق إلا بحجة (واختلف) المتأخرون رحمهم الله فيما إذا قال ابتداء لا أدري كيف ذهبت فمنهم من يقول هو ضامن لها لانه جهلها بما قال والمودع بالتجهيل يصير ضامنا بخلاف ما إذا قال ذهبت ولا أدري كيف ذهبت لانه بقوله ذهبت يخبر بهلاكها وبكفيه هذا المقدار فلا معتبر بعد ذلك بقوله لا أدري كيف ذهبت والاصح انه لا يصير ضامنا لانه مخبر بهلاكها محترز عن الكذب والمجازفة في القول بقوله لا أدري كيف ذهبت وهذا لان أصل الذهاب معلوم من هذا اللفظ لا محالة وانما التجهيل في كيفية الذهاب والاخبار بأصل الذهاب

يكفى في براءته عن الضمان \* وان قال بعثت بها اليك مع رسولي وسمى بعض من في عياله فهو كقوله رددتها عليك لان يد من في عياله لما جعل كيده في الحفظ فكذلك في الرد يد من في عياله كيده فلا يصير بهذا مقرا بالسبب الموجب للضمان عليه (وإذا) قال بعثت بها اليك مع أجنبي فهو ضامن حتى يقر المودع بوصولها إليه عندنا (قال) ابن أبي ليلى رحمه الله لا ضمان عليه وهذا بناء على أن عنده للمودع أن يودع غيره لانه يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله وقد يودع الانسان مال نفسه من أجنبي فكذلك له أن يودع الوديعة من غيره فلا يصير ضامنا بالدفع إلى غيره ليحفظ أو يرد كما في حق من في عياله \* وعندنا ليس للمودع أن يودع غيره لان الحفظ يتفاوت فيه الناس والمودع انما رضي بحفظه وأمانته دون غيره فإذا

## [ 114 ]

دفع إلى أجنبي فقد صار تاركا للحفظ الذي التزمه مستحفظا عليه من استحفظ منه فيكون ضامنا. بخلاف من في عياله فان المودع هو الحافظ له بيد من في عياله لان من في عياله في يده فما في يد من في عياله كذلك فأما إذا دفع إلى أجنبي لا يكون هو حافظا له بل الأجنبي هو الحافظ له والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنا حتى يقر المودع بوصولها إليه فإذا أقر بذلك برئ عن الضمان بوصول المال إلى يد صاحبه كما يبرأ الغاصب بوصول المغصوب الي يد صاحبه \* وكذلك العارية في جميع ذلك لانها أمانة كالوديعة. وفي هذا بيان أن المستعير ليس له أن يودع أجنبيا كالمودع وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله له ذلك لان للمستعير ان يعير فيما لا تفاوت الناس في الانتفاع به وفي الاعارة ابداع وزيادة ولكن الاول أصح لان المستعير عندنا مالك للمنفعة فاعاراته من الغير تصرف فيما هو مملوك له وهو المنفعة ثم يتعدى تسليمه إلى العين حكما لتصرفه في ملك نفسه فلا يكون موجبا للضمان عليه فأما ابداعه من الغير فهو تصرف في العين ولا حق له في العين فيكون موجبا للضمان عليه كالايداع من المودع \* فان قال بعثت بها اليك مع هذا الاجنبي أو استودعتها اياه ثم ردها علي فصاعت عندي لم يصدق وهو ضامن لها لانه أقر بوجود السبب الموجب للضمان عليه ثم ادعى ما يسقط عنه فلا يصدق كالغاصب إذا ادعى رد المغصوب فان أقام البينة علي ذلك برئ من الضمان لانه أثبت البراءة بالحجة والثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وهو مذهبنا فان المودع اذا خالف ثم عاد الي الوفاق يبرأ عن الضمان وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يبرأ وبيانه في هذه المسألة وفيما إذا لبس ثوب الوديعة ثم نزع فهلك ووجه الشافعي قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد. وهو حين أخذها للاستعمال صارت مضمونة عليه حتى لو هلكت في تلك الحالة ضمنها فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولم يوجد ولان الوديعة تضمن بالخلاف من طريق القول وهو الجحود تارة وبالخلاف من طريق الفعل أخرى ثم إذا ضمنها بالجحود لم يبرأ بذلك الخلاف ما لم يردها إلى المالك فكذلك بالاستعمال بل أولى لان الاستعمال يتصل بالعين والجحود لا يتصل به \* وقاس بالمستاجر للدابة إلى مكان إذا جاوزه ثم عاد إليه لم يبرأ \* وكذلك المستعير يعلم انه أمين ضمن الامانة بالخيانة ولان المودع معير يده من المودع في الحفظ فإذا خالف فقد استرد يد عاريتة وهو ينفرد به ثم إذا عاد إلى الوفاق فقد أراد إعادة يده ثانيا منه وهو لا ينفرد به ولان موجب العقد هو الحفظ للمالك وبالخلاف

يفوت موجب العقد اما لتركه الحفظ أصلاً أو لتركه الحفظ للمالك حين حفظها لنفسه فلا يبقى العقد بعد فوات موجه. ولان الاسنان انما يأتين الامين على ماله دون الخائن ومطلق العقد يتقيد بدلالة العرف كالشراء بمطلق الدراهم يتقيد بنقد البلد وإذا تقيد العقد بما قبل الخلاف لا يبقى بعده \* وحينئذ في ذلك أن الابداع مطلق فكان باقيا بعد الخلاف \* وبيان الوصف انه قال احفظ مالي أو قال احفظه أبداً ولا يشك على أحد أن هذا اللفظ يتناول الحفظ قبل الخلاف وبعده ثم لم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بما هو موضع لا بطلاله أو بما ينافيه والاستعمال ليس بموضع لابطال الابداع وهو لا ينافيه \* ألا ترى أن الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداءً بأن يقول للغاصب أو دعتك وهو مستعمل له والخلاف ليس برد لان الامر قول ورد القول بقول مثله ولان الخلاف يكون في حال غيبة المودع ولو قال رددت الامر في هذه الحالة لم يرتد. ولانه تصرف في حفظ الواجب بالامر على خلاف ما يوجهه وليس بتصرف في الامر وصحة الامر كأن يكون الأمر أهلاله وكون الحفظ مقصوداً من المأمور ولم ينعدم شيء من ذلك بخلاف الجحود فانه رد للامر بعينه لان الجاحد يكون متملكاً للعين والمالك في ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه أوامر الشرع فالجحود فيها رد والخلاف لا يكون رداً حتى لو ترك صوماً أو صلاة لم يكفر (وكذلك) في أوامر العباد إذا وكله ببيع عين بألف فباعه بخمسمائة وسلم لم تبطل الوكالة مع تحقق الخلاف ومع أن الوكالة جائزة غير لازمة كالإيداع. وعذره ان البيع لا يستغرق المدة فالامر به لا يبطل بالخلاف والحفظ يستغرق المدة فيبطل الامر به إذا خالف في بعض المدة هنا وهناك حتى يصير ضامناً \* وبشكل بالاستئجار للحفظ فانه يستغرق المدة ثم لا يبطل بالخلاف من طريق الفعل وعذره عن الاجارة انها لازمة حتى لا يبطل بالجحود ضعيف لان بطلان العقد عنده بفوات المعقود عليه واللازم وغير اللازم فيه سواء انما يفترق اللازم وغير اللازم فيما هو رد. ثم في الاستئجار العقد ورد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئاً فشيئاً فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقياً فيما وراءه كبقاء المعقود عليه فكذلك في الحفظ بغير بدل \* فأما استئجار الدابة إلى مكان فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله ان استأجرها ذاهباً وجائياً يبرأ عن الضمان بالعود إلى ذلك المكان فيصير ضامناً بالمجازة لوجود سبب الضمان ثم بالعود إلى ذلك المكان لا يعود العقد بينهما \* ولو سلمنا

فنقول العقد هناك يرد على منافع الدابة في ذلك المكان فباخراج الدابة من ذلك المكان يفوت المعقود عليه أصلاً وهنا العقد يرد على منفعة الحافظ وبالخلاف من طريق الفعل لم يفت جميع المعقود عليه انما وقع التغير في التسليم في بعضه لان كان مأموراً بتسليم العين في المصر فإذا أخرجه يتغير التسليم من غير أن يفوت المعقود عليه حتى أن في الاجارة لو حمل عليها حملاً آخر في ذلك المكان ثم نزع برئ عن الضمان لبقاء المعقود عليه وتمكن التغير كان في الاستيفاء ولان المستأجر ضامن

بالامسك لا في المكان المأمور به وهو في الامسك عامل لنفسه \* ألا ترى انه لو أمسكها أياما في بيته كان ضامنا فلا يتحقق الرد منه بعد الخلاف إذا كان ممسكا لمنفعة نفسه فأما المودع لا يضمن بالامسك بل بالاستعمال وقد زال ذلك كله حتى ان في الاجارة إذا لم يضمن بالامسك برئ بترك الخلاف على ما قال في الاجارات إذا استأجرت المرأة ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبست بالليل كانت ضامنة فإذا جاء النهار برئت لان الضمان عليها بالاستعمال ليلا دون الامسك (إذا) ثبت بقاء عقد الوديعة فنقول يد المودع كيد المودع فاما ان يجعل في حالة الخلاف كان العين في يد المالك والمستعمل متشبهت به فان هلك من عمله ضمن والا فلا كما لو تشبت بثوب في يد صاحبه وهذا اختيار الهنوداني رحمه الله. والاصح انه ضامن إذا هلك في حالة الخلاف سواء كان من استعماله أو من غير استعماله \* وفي الكتاب ما يدل عليه فان قال برئ عن الضمان وذلك لا يكون الا بعد صيرورة العين مضمونا عليه \* ولو تنازعا في الهلاك انه كان في حالة الخلاف أو بعد ترك الخلاف كان القول قول المالك فعرفنا انه صار ضامنا وطريق صيرورته ضامنا تفويت المعقود عليه ونزع يده ضمنا للخلاف ولكن ما ثبت ضمنا للشيء يتقدر بقدره ففيما وراء زمان الخلاف يد المودع كيد المودع لبقاء العقد والاستدامة فيما يستدام له حكم الانشاء \* ولو أودعه ابتداء برئ عن الضمان باعتبار ان يد المودع كيد المودع فكذلك هنا \* وتبين بهذا ان استرداده يد عاريتة كان مقصودا علي حالة الخلاف لانه ثبت ضمنا له ودعوى تقييد الامر بما قبل الخلاف كلام باطل فان أحدا لا يظن بصاحب المال أن يقول احفظ مالي ما لم تخن فإذا خنت فلا تحفظ ولكنه يقول احفظ ولا تخن فإذا خنت فاترك الخيانة واحفظه لى لان مقصوده من الامر بالحفظ أن يكون ماله مصونا عنده والحاجة إلى ذلك في حالة الخلاف أظهر \* وإذا طلب المودع الوديعة فجددها المستودع

## [ 117 ]

كان ضامنا لها لوجهين (أحدهما) أنه بالجحود صار ممتلكا فان الشرع جعل القول قوله فيما في يده ولا يملك أحد مال الغير بغير رضاه الا بالضمان ولان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالجحود صار مانعا المالك عن ملكه مغموتا عليه يده الثابتة حكما فيكون كالغاصب ضامنا بهذا الطريق. ولم يذكر في الكتاب إذا جدها لافي وجه المودع \* فان قال له إنسان ما حال وديعة فلان عندك فجددها أو جدها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بان قال له ما حال وديعتي عندك ليشكره على حفظها فجددها. وذكر الفصلين في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله أنه على قول زفر يكون ضامنا لما ذكرنا انه بالجحود ممتلك لها ومغموت يد المالك حكما (وقال) أبو يوسف لا يكون ضامنا لان المالك ما عزله عن الحفظ فيكون العقد باقيا وباعتبار بقائه يده كيد المالك في العين ولان الجحود في حال غيبة المالك من الحفظ لانه طريق لدفع طمع الطامعين عنها فلا يكون موجبا للضمان عليه \* فان أقام رب الوديعة البينة بعد جحود المودع انه استودعه كذا ثم أقام المستودع البينة انها ضاعت فهو ضامن لها لانه بالجحود صار ضامنا وهلاك المضمون في يد الضامن يقرر عليه الضمان \* وكذلك ان أقام البينة انها كانت ضاعت قبل جحوده لان البينة لا تقبل الا بعد تقدم الدعوى \* وهو مناقض في كلامه فجحوده أصل الايداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله فلماذا لا تقبل بينته الا أن يقر المودع بذلك فحينئذ لا ضمان على المودع لان الاقرار موجب بنفسه في حق المقر ولان المناقض إذا صدقه خصمه كان مقبول القول \* وان قال لم تودعني شيئا ثم قال قد

أو دعيتي ولكنها هلكت فهو ضامن لها لما بينا ان جوده أصل الابداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله والهلاك بعد الجحود يؤكد الضمان عليه \* وان قال قد أعطيتكها ثم قال بعد أيام لم أعطكها ولكنها ضاعت لم يصدق وهو ضامن لها \* وطعن عيسى في هذا وقال لا ضمان عليه لانه تكلم بكلامين لو تكلم بكل واحد منهما على الانفراد لم يكن ضامنا فبمجموعهما كيف يصير ضامنا \* وتقرير هذا من وجهين (أحدهما) أن الضمان يستدعى سببا لا محالة ولم يوجد لان قبضه باذن المالك ولم يوجد منه جحود ليكون ضامنا (والثاني) ان قول المودع رددتها أو هلكت معتبر في نفي الضمان عنه لا في ثبوت الرد به ولهذا لو ادعى الرد على الرصي لم يضمن الوصي شيئا \* وإذا كان المقصود نفي الضمان عنه ولا تناقض بين كلاميه فيما هو المقصود لا يكون ضامنا شيئا \* ووجه ظاهر الرواية انه مناقض في كلامه لان اخباره بالرد

## [ 118 ]

يمنعه من دعوى الهلاك في يده واخباره بالهلاك في يده يمنعه من دعوى الرد فسقط اعتبار كلامه للتناقض فيبقى ساكتا ممتنعا من رد الوديعة بعد ما طولب بها وذلك سبب موجب للضمان عليه فكان ضامنا لهذا \* فان قال استودعني ألف درهم فضاعت وقال الطالب كذبت بل غصبتها منى فالقول قول المستودع لان المقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب والمستودع منكر لذلك ولم يسبق منه اقرار بسبب موجب للضامن انما ذكر ان صاحب المال وضع ماله في موضع فضاع وفعل الانسان في مال نفسه لا يكون موجبا للضمان على غيره \* وان قال المستودع أخذتها منك وديعة وقال الآخر بل غصبتني فهو ضامن لها لاقراره بوجود الفعل الموجب للضمان منه في ملك الغير وأهو الاخذ. قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك اياه في الاخذ فلا يصدق على ذلك ويكون ضامنا الا ان يقيم البينة أو يأتي المالك اليمين فيقوم نكوله مقام إقراره \* وان قال رب المال بل أقرضتكها قرضا وقال المستودع بل وضعتها عندي وديعة أو أخذتها منك وديعة وقد ضاعت فلا ضمان عليه لانهما تصادفا علي ان الاخذ حصل باذن المالك فلا يكون موجبا للضمان الا باعتبار عقد الضمان والمالك يدعى ذلك بقوله أقرضتكها والمودع منكر فكان القول قوله لانكاره. ثم بين في خلط الحنطة بالشعير انه ان كان بحيث يستطاع ان يخلص فلا ضمان على المودع وقد يكون ذلك بأن يدق حبات الحنطة فتغربل فتتميز من الشعير فإذا كان بهذه الصفة كان هذا كخلط البيض بالسود فلا يكون موجبا للضمان (رجل) استودع رجلا ألف درهم وله على المستودع ألف قرض فأعطاه ألف درهم ثم اختلفا بعد أيام فقال الطالب أخذت الوديعة وقال المستودع أعطيت القرض وقد ضاعت الوديعة فالقول قول المستودع لانه هو الدافع للالف فالقول قوله انه من أي جهة دفعه وقد زعم انه دفعه عن جهة قضاء الدين فبرئ من الدين به وبقيت الوديعة في يده وقد أخبر بهلاكها فالقول قوله في ذلك يوضحه انه لو لم يدفع إليه شيئا حتى أخبر بهلاك الوديعة كان القول قوله ولا يجب على الا أداء الالف بدل القرض فكذلك إذا أخبر بهلاك الوديعة بعد أداء الالف (رجل) استودع صبيا محجورا عليه مالا فاستهلكه لم يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ضامن في قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله \* وجه قولهما ان ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء

لما بينا أن تحقق الفعل بوجوده. ألا ترى أن الوديعة لو كانت عبداً أو أمة فقتلها الصبي كان ضامناً بهذا الطريق فكذلك في سائر الاموال ولأن الإيداع من الصبي باطل لأنه استحفاظ من لا يحفظ فكأنه لم يودعه ولكنه جاء فأنلف ماله واستحفاظ من لا يحفظ تضييع للمال فكأنه ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فأنلفه صبي كان ضامناً فكذا هذا \* وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما قال في الكتاب لأنه صبي وقد سلطه رب المال على ماله حين دفعه إليه (وفى) تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام (أحدهما) أنه تسليط باعتبار العادة لأن عادة الصبيان إتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الأمور فهو لما مكنته من ذلك مع علمه بحاله بصير كالإذن له في الإتلاف ويقول أحفظ لا يخرج من أن يكون إذنا لأنه إنما يخاطب بهذا من لا يحفظ فهو كمقدم الشعير بين يدي الحمار وقال لا تأكل. بخلاف العبد والأمة لأنه ليس من عادة الصبيان القتل لأنهم يهابون القتل ويفرون منه فلا يكون إيداعه تسليطاً على القتل باعتبار عادتهم وهذا بخلاف الدابة فإن من عادتهم إتلاف الدواب ركوباً فيثبت التسليط في الدابة بطريق العادة \* والأصح أن نقول معنى التسليط تحويل يده في المال إليه فإن المالك باعتبار يده كان متمكناً من استهلاكه فإذا حول يده إليه صار متمكناً له من استهلاكه بالغا كان المودع أو صبياً إلا أنه بقوله أحفظ قصد أن يكون هذا التحويل مقصورياً على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي لأنه لما التزم بالعقد والصبي ليس من أهله فيبقى التسليط على الاستهلاك بتحويل اليد إليه مطلقاً بخلاف العبد والأمة فإن المالك باعتبار يده ما كان متمكناً من قتل الأدمى فتحويل اليد إليه لا يكون تسليطاً على قتله ولأن الإيداع من المالك تصرف في ملكه والمملوك في حكم الدام مبقى على أصل الحرية فلا يتناوله الإيداع والتسليط يثبت باعتباره. بخلاف ما لو قال اقتل عبدي لأن ذاك استعمال والاستعمال وراء التسليط فإن بعد الاستعمال إذا لحقه ضمان يرجع على المستعمل وبعد التسليط يسقط حق المسلط في التضمن لرضاه به ولا يثبت لاحد حق الرجوع عليه ولهذا قلنا في هذا الموضوع أن الصبي المستهلك إذا ضمن للمستحق لا يرجع على المودع بخلاف ما لو قال له أنلفه فذلك استعمال للصبي وهذا تسليط له بمنزلة قوله أبحث لك أن تأكل هذا الطعام إن شئت ولو قال ذلك فأكله الصبي لم يضمن ولو جاء مستحق وضمنه لم يرجع على الذي قال له ذلك فهذا مثله إلا أن أبا يوسف يقول قوله أحفظه بمنزلة الاستثناء مما تناوله مطلق التسليم

والاستثناء تصرف من المستثنى على نفسه في حقه فلا يعتبر لصحته حال المخاطب به أو ثبوت ولاية له عليه بل باستثناءه يخرج ما وراء الحفظ من هذا التسليط فإذا استهلكه الصبي كان مستهلكاً بغير إذنه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان التسليط بالفعل وهو نقل اليد إليه مطلقاً وقوله أحفظ كلام فلا يتحقق استثناءه من الفعل المطلق بل يكون معارضا لذلك الفعل الذي هو تسليط ولا يكون معارضا إلا بعد صحته حكماً لكون المخاطب من أهل الالتزام بالعقد وذلك في حق البالغ دون الصبي فيبقى

التسليم مطلقا في حق الصبي \* والدليل عليه ان الصبي لو ضيع الوديعة لم يضمن بأن رأى إنسانا يأخذها أو دله علي أخذها والبائع يضمن بمثله فعرفنا ان العارض صحيح في حق البالغ دون الصبي \* وعلى هذا لو أودع عبدا محجورا عليه مالا فاستهلكه لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يعتق لان العارض صحيح في حقه دون المولى فانه التزام بالعقد وعلى قول أبي يوسف يباع فيه في الحال لان المودع يتصرف على نفسه في الاستثناء فيبقى الاستهلاك بغير اذنه \* فان كان العبد صبيا لم يضمن عندهما في الحال ولا بعد البلوغ والعنتق لان العارض لم يصح في حقه ولا في حق المولى وان كان الصبي أو العبد مادنونا كان ضامنا في الحال لان العارض قد صح في حقهما وفي حق المولى فالمأذون من أهل الالتزام بالعقد ولهذا يؤخذ ان بضمان التصبيع \* وعلى هذا الخلاف لو أقرض صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه مالا فاستهلكه لان التسليم إليه تسليط وقوله أقرضتك معارض لقوله احفظ في الوديعة على ما بينا \* وكذلك لو باع من صبي محجور عليه أو عبد محجور عليه شيئا فاستهلكه فهو علي هذا الخلاف لان التسليم اليهما تسليط وقوله بعث معارض فلا يعمل هذا المعارض في حق الصبي أصلا ولا في حق العبد حتى يعتق فهذا هو الحرف الذي يخرج عليه هذه المسائل (وان) هكلت الوديعة عند الصبي والعبد فلا ضمان عليهما لانعدام صنيع موجب للضمان منهما \* وفي قتل العبد والامة يجب عليهما مان يجب قبل الابداع فعلى عاقلة الصبي قيمة المقتول في ثلاث سنين عمدا قتله أو خطأ لان عمد الصبي وخطأ سواء وعلى المملوك القصاص ان قتله عمدا وان قتله خطأ يخاطب المولى بالدفع أو الفداء في العبد وعليه القيمة في المدبر وأم الولد يعنى الاقل من قيمة المقتول وقيمة القاتل وعلى المكاتب ان يسعى في الاقل من قيمته ومن قيمة المقتول \* ولو أودع رجلا شيئا فاستهلكه ابن له صغير أو عبد فعلى المستهلك ضمانه في الحال

[ 121 ]

لان قبوله الوديعة يكون إذنا لمن في عياله بان يحفظها والصبي والعبد إذا كان ماذونا في حفظ الوديعة يؤخذ بضمان الاستهلاك (رجل) استودع رجلا ألف درهم فدفعها المستودع إلى آخر ادعى ان رب الوديعة أمره بذلك لم يصدق عليه الا ببينة (وقال) ابن أبي ليلى هو مصدق في ذلك مع يمينه لان عنده للمودع أن يودع وهو منكر لوجوب الضمان عليه فاما عندنا ليس للمودع أن يودع فدفعه إلى الثاني سبب لوجوب الضمان عليه ثم يدعى ما يسقط الضمان عنه وهو الاذن فلا يصدق الا ببينة كما لو أخذ مال انسان فادعى أنه أخذه باذنه. وله ان يستحلف صاحبها انه لم يأمره بالدفع لانه لو أقر بالامر برئ المودع فإذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله \* فان كان رب الوديعة أمره أن يدفعها إلى رجل فقال قد دفعتها وقال الرجل لم أقبضها منك وقال رب الوديعة لم تدفعها فالحقول قول المودع مع يمينه لان دعواه الدفع إلى من أمر المالك بالدفع إليه بمنزلة دعواه الدفع إلى مالكها فيكون مصدقا في براءته عن الضمان دون وصول المال إلى ذلك الرجل حتى لا يضمن ذلك الرجل ما لم تقم البينة على قبضه \* وإذا قال صاحب الوديعة للمودع اخبأها في بيتك هذا فخبأها في بيت آخر في داره تلك فصاعت فلا ضمان عليه استحسانا وفي القياس هو ضامن لانه خالف أمره نصا فهو كما لو قال اخبأها في دارك هذه فخبأها في دار أخرى فهلكت \* وفي الاستحسان يقول نما يعتبر من كلامه ما يكون مفيدا دون ما لا يكون مفيدا. ألا ترى انه لو قال احفظها بيمينك دون يسارك أو انظر إليها بعينك

اليمنى دون اليسرى لم يعتبر لانه غير مفيد \* إذا ثبت هذا فنقول البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان في معنى الحرزية لان الكل حرز واحد ألا ترى أن السارق إذا أخرج المتاع من أحد البيتين إلى البيت الآخر لم يقطع إذا أخذ قبل أن يخرج من الحرز فأما الداران يتفاوتان في الحرز فكان تقييده في الدار مفيدا لان كل دار حرز علي حدة \* ألا ترى أنه لو قال له لا تخرج بها من الكوفة فخرج بها إلى البصرة كان ضامنا لها لان التقييد في المصرين مفيد فان انتقل من الكوفة إلى البصرة أو إلى غيرها لشيء لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه لان المودع انما يلتزم بشرط المودع بحسب امكانه \* ألا ترى أنه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها ليلا ولا نهارا فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها لان ما شرط عليه ليس في وسعه باعتبار العادة فكذلك يسقط اعتبار شرطه إذا لم يجد بدا من الانتقال من بلد إلى بلد فلا ضمان عليه

## [ 122 ]

إذا هلك وهذا بناء على أصلنا فان للمودع أن يسافر بالوديعة عند اطلاق العقد. وعند الشافعي ليس له ذلك لان فيه تعريض المال للهلاك قال صلى الله عليه وسلم المسافر ومثاعه وماله على قلت الا ما وقى الله تعالى وليس للمودع تعريض الوديعة للتلف وهذا بخلاف الاب والوصى والمضارب فانهم يسافرون للتجارة وطلب الربح. ألا ترى أن هم أن يسافروا بالمال من طريق البحر وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة ولهذا لا يسافر من طريق البحر. يوضحه ان مقصود المودع أن يكون ماله في المصر محفوظا يتمكن منه متى شاء ويفوت عليه هذا المقصود إذا سافر المودع به. وحجتنا في ذلك أن الامر مطلق فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان وهذا لان من يراعى أمره في شيء يراعى اطلاق أمره كأوامر الشرع والامكنة كلها في صفة الامر سواء إنما الخوف من الناس دون المكان فإذا كان الطريق أمنا كان الحفظ فيه كالحفظ في جوف المصر ومراد رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان الحالة في ذلك الوقت فان المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة لغلبة الكفار ألا ترى أنه فيما أخبر من الامر بعده قال يوشك أن تخرج الطعينة من القادسية إلى مكة لا تخاف الا الله تعالى والذئب على غنمها ولا يجوز أن يتقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود لان النص مقدم على ذلك والمقصود مشترك فقد يكون قصده أن يحمل المال إليه خصوصا إذا سافر إلى البلد الذي فيه صاحب المال ولان المودع لا يتعذر عليه الخروج وللسفر في حاجته بسبب قبول الوديعة وإذا خرج فاما أن يدفع الوديعة إلى غيره فيكون تاركا للنص لانه أمره أن يحفظ بنفسه واما أن يحمل مع نفسه فيكون مخالفا لمقصوده ولا شك ان مراعاة النص أولى من مراعاة المقصود ولهذا قال أبو حنيفة ماله حمل ومؤنة ومالا حمل له ولا مؤنة في ذلك سواء بعدت المسافة أو قربت لمراعاة النص وهو القياس. واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال إذا كان حمل ومؤنة فليس له أن يسافر به لانه يلزم صاحبها مؤنة الرد ولا ولاية له عليه في الزام المؤنة اياه. واستحسن محمد رحمه الله فقال إذا قربت المسافة فله أن يسافر بها وإذا بعدت المسافة فليس له ذلك لانه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة إذا أراد ردها \* ولو أودعه وديعة فقال لا تدفعها إلى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فاني اتهمهم عليها فدفعها إلى الذي نهاه عنه فهلكت فان كان يجد بدا من الدفع إليه بأن كان سواه أهل وخدم فهو ضامن وان كان لا يجد بدا من ذلك لم يضمن لان شرطه هذا مفيد وقد

يأتمن الانسان الرجل على ماله ولا يأتمن زوجته الا أنه انما يلزمه مراعاة شرطه بحسب الامكان فإذا كان يجد بدا من الدفع إلى من نهاه عنه فهو متمكن من حفظها على الوجه المأمور به فيصير ضامنا بحفظها على الوجه المنهى عنه وإذا كان لا يجد بدا من ذلك فهو حافظ لها بحسب الامكان وليس عليه أكثر من ذلك فلا يضمنها \* وإذا استعمل المودع الوديعه وأقر بذلك ثم قال رددتها إلى مكانها فهلكت لم يصدق الا بينة لان السبب الموجب للضمان عليه وهو الاستعمال معلوم ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو ترك الخلاف قبل الهلاك فلا يصدق إلا بحجة فان أقام البينة أنه رده إلى موضعه صحيحا ثم هلك كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فلا يضمن شيئا عندنا \* وان كانت الوديعه أمة فوطنها المودع فولدت فالولد مملوك لصاحب الاصل وعلي المودع الحد ولا يثبت نسب الولد منه لان فعله زنا محض وكونها وديعه عنده لا يمكن في شبهة المحل الا أن يدعى شبهة نكاح أو شراء فحينئذ يسقط الحد عنه ويغرم العقر للشبهة (وإذا) استودع رجلان رجلا وديعه من دراهم أو دنانير أو ثياب أو دواب أو عبيد ثم حضر أحدهما وطلب حقه منه لم يكن له ذلك حتى يجتمعا ولو خاصمه إلى القاضى لم يأمره بدفع نصيبه إليه في قوله أبى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يأمره بأن يقسم ذلك ويدفع نصيبه إليه ولا تكون قسمته جائزة على الغائب. وعن محمد في الامالي قال قول أبى حنيفة أقبس وقول أبى يوسف رحمه الله أوسع. وجه قولهما ان كل واحد من المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه في غيبة الآخر كالشريكين في الدين إذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون بنصيبه وهذا لانه يجب دفع الضرر عن الحاضر كما يجب دفع الضرر عن الغائب وانما يندفع الضرر عنهما فيما قلنا بأن يقسم فيدفع إلى الحاضر نصيبه ليندفع الضرر عنه ثم لا تنفذ قسمته على الغائب حتى إذا هلك الباقي في يده ثم حضر الغائب كان له أن يشارك الحاضر فيما قبض دفعا للضرر عنه هذا في المكيل والموزون واضح فان الحاضر له أن ينفرد بأخذ نصيبه منهما مع غيبة الآخر فكذلك للمودع أن يدفع نصيبه إليه وقد بينا نظيره في مال المفقود ومذهب أبى حنيفة مروى عن على رضى الله تعالى عنه والمعنى فيه انه لو دفع شيئا إلى الحاضر فاما أن يكون المدفوع من نصيبهما جميعا أو نصيب الحاضر خاصة ولا يمكن أن يجعل ذلك من نصيب الحاضر خاصة لان ذلك لا يكون الا بعد قسمة معتبرة وليس للمودع ولاية على الغائب في القسمة فلم يبق الا أن يكون المدفوع من النصيبين

ودفع مال الغير إلى الغير يكون جنابة فلا يكون للمودع أن يباشر ذلك ولا يأمره القاضى به والحاضر وان كان يتضرر بهذا فقد رضى بالتزام هذا الضرر حين ساعد شريكه على الابداع قبل القسمة وان كان يتمكن هو من أخذه فكذلك لا يدل على أنه يكون للمودع أن يدفع إليه. ألا ترى أن صاحب الدين إذا طالب المودع بقضاء دينه من الوديعه لم يؤمر المودع بذلك ولو طفر به وهو من جنس حقه كان له أن يأخذه وهذا بخلاف الدين لان المديون انما يقضى بالدين من ملك نفسه فدفعه نصيب الآخر إليه تصرف

في ملكه وليس فيه قسمة على الغائب فلهذا يؤمر بخلاف ما نحن فيه (رجل) أودع رجل دراهم فجاء رجل فقال أرسلني اليك صاحب الوديعة لتدفعها إلى فصدقه ودفعها إليه فهلكت عنده ثم حضر صاحبها وأنكر الرسالة فانه يضمنها له لانه دفع ماله إلى غيره ويتصادقهما لا يثبت الامر في حق المالك إذا أنكر فكان ضامنا ولا يرجع بها على الرسول إذا كانت الوديعة هلكت في يده أو زعم أنه أو صلها إلى صاحبها لانه قد صدقه فانه رسول أمين وان المالك ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره الا أن يكون المقبوض قائما بعينه في يده فيأخذه لانه قد تملكه بأداء بدله وان كان كذبه في دعوى الرسالة أولم يصدقه ولم يكذبه ودفع المال إليه ثم جاء المالك فضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه لم يقر بأنه كان أميناً ولكن دفع المال إليه بناء على قوله انه رسول المالك وانه لا يلحقه غرم بسبب الدفع إليه فإذا لحقه غرم كان له أن يرجع عليه به ولو صدقه في دعوى الرسالة ودفعه إليه وضمنه يعنى ان الرسول قال له ان لحقك فيه غرم فأنا ضامن لك ثم حضر المالك وضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه قد ضمن له ذلك وهذه كفالة مضافة إلى سبب وجوب المال فانهما يتصادقان أن المالك ظالم وأن ما يقبضه دين عليه للمودع والرسول ضمن له ذلك مضافاً إلى سبب الوجوب فلهذا طالبه به (وإذا) كان عند رجل وديعة أو عارية أو بضاعة فغصبها منه رجل فهو خصمه فيها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا خصومة بينهما حتى يحضر المالك ولان المال ملك صاحبه فانما يخاصم في الاسترداد هو أو وكيله والمودع ليس بوكيل عنه في الخصومة فلا يخاصم في الاسترداد كاجنبي آخر. ولكننا نقول للمودع يد معتبرة في الوديعة وقد أزالها الغاصب فكان له أن يخاصم عن نفسه لاعادة اليد التي أزالها بالغصب ولانه مأمور بالحفظ من جهة المودع ولا يتأتى له الحفظ الا باسترداد عينه من الغاصب أو استرداد

[ 125 ]

قيمته بعد هلاك العين ليحفظ ماليته عليه فكان كالمأمور به دلالة وفي اثبات حق الخصومة له تحقيق معنى الحفظ لان الغاصب إذا علم أن المودع لا يخاصمه في حال غيبة المودع تجاسر على أخذه فلهذا كان المودع فيه خصماً \* وان كانت الوديعة عند رجلين من ثياب أو غيرها فاقسماها وجعل كل واحد منهما نصفها في بيته فهلك أحد النصفين أو كلاهما فلا ضمان عليهما. وهكذا أمر الناس لانهما لا يستطيعان أن يجتمعا على حفظها في مكان واحد لما بينا أن المودع انما يلتزم الحفظ بحسب امكانه ومعلوم أنهما لا يقدران على أن يتركا جميع أشغالهما ويجتمعا في مكان واحد لحفظ الوديعة والمالك لما أودعهما مع علمه بذلك فقد صار راضياً بقسمتها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص. وان ايبا القسمة وأو دعاه عند رجل فهلك ضمناه لتركهما ما التزمناه من الحفظ. والمستبضعان والوصيان والعدلان في الرهن قياس المودعين في ذلك. فان تركها احدهما عند صاحبه وان كان ذلك شيئاً لا يحتمل القسمة فلا ضمان على واحد منهما إذا هلك لان المالك لما أودعهما مع علمه أنهما لا يجتمعان على حفظه أثناء الليل والنهار فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما لجميعه \* ألا ترى انهما يتهايان في الحفظ وفي مدة المهياة يتركة كل واحد منهما عند صاحبه في نوبته \* فان كان شيئاً يحتمل القسمة فتركة احدهما عند صاحبه فلا ضمان على الذي هلك في يده لانه مقبل على حفظه وهو في نصيب صاحبه مودع المودع ومودع المودع عند أبي حنيفة لا يضمن فأما الدافع عند أبي حنيفة رحمه الله فانه ضامن

للنصف لانه ترك الحفظ الذي التزمه مع الامكان فانهما يتمكنان من  
القسمة ليحفظ كل واحد منهما نصفه. وعندهما لا يضمن شيئاً لانه لما  
اثنتمهما فقد صار راضيا بحفظ كل واحد منهما له كما لا يحتمل القسمة  
وقول أبى حنيفة أقيس لان رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد  
فإذا كان الحفظ منهما يتأتى عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما للكل وحده  
(وإذا) احترق بيت المودع وأخرج الوديعة مع متاعه وضعه في بيت جاره  
فهلك فهو ضامن في القياس لانه ترك الحفظ الذي التزمه بالتسليم إلى  
غيره وعذره يسقط المأثم عنه ولكن لا يبطل حق المالك في الضمان. وفي  
الاستحسان لا ضمان عليه لانه لا يجد بدا من هذا في مثل هذه الحالة ولان  
وضعه في بيت جاره في مثل هذه الحالة من الحفظ لانه يقصد به دفع  
الحرق عن الوديعة ألا ترى أنه انما يحفظ الوديعة علي الوجه الذي يحفظ  
مال نفسه وانما يحفظ مال نفسه في هذه

[ 126 ]

الحالة بهذا الطريق. أرايت لو كان في سفينة فغرفت فناول الوديعة انسانا  
علي الجلد يمسكها أكان صامنا (وإذا) كانت الوديعة إبلا أو بقرا أو غنما  
وصاحبها غائب فان أنفق عليها المستودع من ماله بغير أمر القاضي فهو  
متطوع لانه متبرع بالانفاق على ملك الغير بغير أمره وان دفعها إلى  
القاضي يسأله البينة لانه يدعى ثبوت ولاية الامر بالانفاق للقاضي فيه فلا  
يصدقه الا ببينة فان أقام البينة انها وديعة عنده لفلان أمره ان ينفق عليها  
من ماله على قدر ما يرى القاضي لانه مأمور بالنظر والحيوان لا يبقى  
بدون النفقة والمودع لا ينفق بغير أمره لانه لا يرضى بالتبرع به فيأمره  
بذلك نظرا منه للغائب ويكون ذلك دينا على رب الوديعة لان أمر القاضي  
في حال قيام ولايته كأمره بنفسه ولو أمره بأن ينفق كان ما ينفقه دينا له  
على المالك فكذا إذا أمره القاضي به فإذا جاء أجبره على رد نفقته عليه.  
وان رأى القاضي أن يأمره ببيعها فعل ذلك وإذا باعها جاز بيعه لان في  
الامر بالانفاق تلف بعض المالبية على المالك وفي البيع يتوفر عليه حفظ  
جميع المالبية فلهذا نفذ بيعه بأمر القاضي \* وان لم يكن رفعها إلى  
القاضي واجتمع عنده من البانها شئ كثير يخاف فساده أو كان ذلك ثمرة  
أرض فباع بغير أمر القاضي فهو ضامن لها ان كان في مصر يتمكن من  
استطلاع رأي القاضي وان باعها بأمر القاضي لم يضمن لان القاضي نائب  
الغائب فيما يرجع إلى النظر له. ولو تمكن من استطلاع رأي المالك فباعه  
بغير أمره لم ينفذ بيعه وكان ضامنا فكذلك إذا تمكن من استطلاع رأي  
القاضي فلم يفعل فأما إذا كان في موضع لا يتوصل إلى القاضي قبل ان  
يفسد ذلك الشئ لم يضمن استحسانا لان بيعه الآن من الحفظ وليس في  
وسعه الا ما أتى به (وحكى) ان أصحاب محمد رحمهم الله مات رفيق لهم  
في طريق الحج فباعوا متاعه وجهزوه به ثم رجعوا إلى محمد رحمه الله  
فسألوا عن ذلك فقال لو لم تفعلوا لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من  
المصلح \* وان حمل عليها المستودع فنتجت ولم يكن صاحبها أمر بذلك  
فأولادها لصاحبها لان الولد خير متولد من الاصل يملك بملك الاصل وان  
هلكت الامهات بذلك فالمستودع ضامن لها لانه مخالف حين أتى بغير ما  
أمر به فيضمن ما هلك بسببه (ولو) أكرى الابل إلى مكة وأخذ الكراء كان  
الكراء له لانه وجب بعقده وليست الغلة كالولد ولا كالصوف واللبن فان ذاك  
يتولد من الاصل فيملك بملك الاصل وهذا غير متولد من الاصل بل هو  
واجب بالعقد فيكون للعاقد. وقد بينا نظيره

في العصب (وان) ادعى المستودع أنه أنفق الوديعة على عيال المودع بأمر وصدق عياله في ذلك وقال رب الوديعة لم أمرك بذلك فالقول قول رب الوديعة مع يمينه لان المودع باشر سبب الضمان في الوديعة وهو الانفاق وادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك فلا يصدق على ذلك الا بينة وإذا لم تكن له بينة فالقول قول رب الوديعة مع يمينه لا نكاره وكذلك لو ادعى انه أمره بأن يتصدق بها على المساكين أو يهبها لفلان. فان كانت الوديعة جارية فزوجها المستودع من رجل وأخذ عقرها فولدت ونقصتها الولادة ثم جاء سيدها له أن يأخذها وولدها وله أن يفسد النكاح لان المودع باشره بغير رضاه فكان موقوفا علي اجازته وإذا فسد النكاح أخذ عقرها لان المستوفى بالوطئ في حكم جزء من العين والعقر كالارث فيكون بمنزلة المتولد من العين بخلاف الاجر \* ويضمن المستودع نقصان الولادة ان كانت الولادة نقصتها ولم يكن في الولد وفاء بها وان كان في الولد وفاء بها انجبر النقصان بالولد لان المودع صار كالغاصب فيما صنع وقد بينا هذا الحكم في حق الغاصب وان كان نقصانها من غير الولادة من شئ أحدثه الزوج من جماعها فالمستودع ضامن لذلك لانه سلط الزوج على ذلك وصار غاصبا بما صنع وانما ينجر بالولد نقصان الولادة لاتحاد سبب النقصان والزيادة وذلك لا يوجد في نقصان حدث بسبب آخر \* وان كان المستودع استهلك الولد ضمن قيمة الولد لان الولد كان أمانة عنده كولد الغصب عند الغاصب فيضمن قيمته بالاستهلاك (ثم) رد قيمة الولد كرد عينه في انجبار نقصان الولادة به (رجل) استودع رجلين جارية فباع احدهما نصفها الذي في يده فوقع عليها المشتري فولدت له ثم جاء سيدها (قال) يأخذها وعقرها وقيمة الولد لان المستولد مغرور فان قيام الملك له في نصفها كقيام الملك له في جميعها في صحة الاستيلاء ولو كان الملك له في جميعها ظاهرا كان يتحقق الغرور فكذلك في نصفها وولد المغرور حر بالقيمة. ثم رد قيمة الولد كرد عين الولد في جبر نقصان الولادة به فان لم يكن في قيمة الولد وفاء بالنقصان أخذ تمام ذلك من المشتري لان المشتري كان غاصبا لها في حق مالكةا فيكون ضامنا لما حدث من النقصان في يده ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن وينصف قيمة الولد لان البائع انما ملكه نصفها ولو ملكه كلها رجع عليه بجميع قيمة الولد إذا ظهر الاستحقاق فالجزء معتبر بالكل وأما الرجوع بالثمن فلانفساخ البيع بسبب الاستحقاق وان شاء رب الجارية ضمن (9 مبسوط حادى عشر)

البائع نصف النقصان لانه كان أمينا في نصفها وقد تعدى بالبيع والتسليم ألا ترى انها لو هلكت كان له أن يضمن البائع نصف قيمتها فكذلك إذا فات جزء منها بالولادة فان لم يعلم ان الجارية لهذا الذى حضر الا بقول المستودعين لم تقبل شهادتهما في ذلك لان البائع منهما مناقض في كلامه والآخر قد تملك عليه المستولد نصيبه أيضا بالضمان فلا تقبل شهادتهما على ابطال ملك ثابت للمستولد عليهما ولكن الجارية أم ولد للمشتري باعتبار الظاهر ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها فيدفعه إلى شريكه فيها كما هو الحكم في جارية مشتركة بين شريكين

يستولدها أحدهما (فان قيل) كيف يغرّم للشريك هنا وهو يأبى ذلك ويزعم أنها مملوكة لغيره (قلنا) نعم ولكنه صار مكذبا في زعمه شرعا حين كانت الجارية أم ولد للمشتري فلهذا سقط اعتبار زعمه (وإذا) جحد المستودع ما عنده من الوديعة ثم أودع من ماله عند المودع مثل ذلك وسعه امساكه قصاصا بما ذهب به من وديعته لان المال صار ديننا له على المستودع بجحوده وصاحب الحق متى ظفر بجنس حقه من مال المديون يكون له أن يأخذه والاصل فيه قول رسول الله صلى الله صلى الله عليه وسلم لهند خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف (وقيل) في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق اليد واللسان ان المراد أخذ جنس حقه إذا ظفر به \* وكذلك ان كان المال ديننا عليه وأنكره ثم أودعه مثله. فأما إذا أودعه شيئا من غير جنس حقه لم يسعه امساكه عنه لان هذا بيع عند اختلاف الجنس فلا ينفرد هوبه والاول استيفاء وصاحب الحق ينفرد بالاستيفاء وحكى عن ابن أبى ليلي رحمه الله التسوية بينهما للمجانسة من حيث المالية ولكنه بعيد فالوديعة عين لا يكون له أن يحبسها باعتبار صفة المالية إذا لم يثبت له حق تملك العين ولا يدخل عليه المرهون لان هناك المرتهن يحبس المرهون بايجاب الراهن ملك اليد له في العين وان كان عند الهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار المالية. ثم عند المجانسة إذا طلب الثاني يمين المودع الاول كان له أن يحلف بالله لا يلزمني تسليم شئ اليك. فان قال للقاضي حلفه بالله ما استودعته كذا فله ذلك الا أن يؤدي المدعى عليه فيقول قد يودع الرجل غيره شيئا ثم لا يلزمه تسليم شئ إليه فان أدى بهذه الصفة فقد طلب من القاضي أن ينظر له فيجيبه الي ذلك فأما إذا لم يذكر هذا فان القاضي يحلفه كما طلب الخصم بالله ما أودعه ما يدعى ثم لا ينبغي له ان يحلف على ذلك لانه يكون كاذبا في يمينه ولا رخصة في اليمين الكاذبة فطريق التخلص له أن

## [ 129 ]

يعرض للقاضي بما ذكرنا أو يحلف ما استودعني شيئا الا كذا وكذا يستثنى ذلك بكلامه يخفيه من خصمه ومن القاضي ويسعه ذلك لانه مظلوم دافع الضرر عن نفسه غير قاصد إلى الاضرار بغيره إلا ان مجرد نيته لا تكفى لذلك لانه يحتاج إلى اخراجه من جملة ما يتناوله كلامه لولا الاستثناء وذلك يحصل بالنية لان الاستثناء بيان أن كلامه عبارة عما وراء المستثنى فلا يحصل ذلك الا بما يصلح ان يكون ناسخا أو معارضا ومصدر النية لا تصلح لذلك فلهذا شرط التكلم بالاستثناء. وجه ذلك ما لو قرب انسان اذنه من فمه سمع ذلك وفهمه \* وأما إذا غاب رب الوديعة ولا يدري أحي هو أو ميت فعليه ان يمسكها حتى يعلم بموته لانه التزم حفظها له فعليه الوفاء بما التزم كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في العهود وفاء لا غدر فيه بخلاف اللقطة فان مالکها غير معلوم عنده فبعد التعريف التصدق بها طريق لا يصلح اليه وهنا مالکها معلوم فطريق ايصالها الحفظ إلى ان يحضر المالك أو يتبين موته فيطلب وارثه ويدفعها إليه \* وان مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة. فان عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء لان حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس وكما كانوا أحق بها في حياة المديون فكذلك بعد موته. وان لم تعرف بأعيانها قسم المال بينهم بالحصص وأصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا \* وعلى قول ابن أبى ليلي الغرماء أحق بجمع التركة وأصل المسألة أن الامين إذا مات بجهلا للامانة فالامانة تصير ديننا في تركته عندنا لانه بالتجهيل صار متملكا لها فان اليد

المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا لو شهد الشهود بها كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك حتى يقضى القاضى للوارث والمودع بالتملك فيصير ضامنا ولانه بالتجهيل يصير مسلطا غرماءه وورثته على أخذها والمودع بمثل هذا التسليط يصير ضامنا كما لو دل سارقا على سرقتها ولانه التزم أداء الامانة ومن أداء الامانة بيانها عند موته وردها على المالك إذا طلب فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب يضمن أيضا بترك البيان عند الموت. وابن أبى ليلى يقول هذا كله إذا علم قيامها عند الموت ولا يعرف ذلك ولكننا نقول قد علمنا بقاءها والتمسك بها هو المعلوم واجب ما لم يتبين خلافه \* وربما يقول حق الغرماء كان في ذمته ويتحول بالموت إلى ماله وحق أصحاب الامانة لم يكن في ذمته في حياته فكيف يزاحمون الغرماء في ماله بعد موته. ولكننا نقول صار حقهم أيضا دينا قبل

[ 130 ]

موته حين وقع اليأس عن بيانه. ثم حق أصحاب الامانة من وجه أقوى لعلمنا انه كان في عين المال الذى في يده ومن له حق العين فهو مقدم على سائر الغرماء كالمرتهن في الرهن فان كان لا يستحق صاحب الامانة الترحيح فلا أقل من ان يزاحم الغرماء (وإذا) رد المستودع الوديعة إلى المودع ثم أقام رجل البينة أنها له وحضروا عند القاضى فلا ضمان على المستودع لان فعله في القبض قد انتسخ بالرد إلى من أخذ منه فلا يبقى له حكم بعد ذلك وبيان الانتساح من حيث الحسن ظاهر ومن حيث الحكم فلانه مأمور بالرد شرعا على من أخذها منه قبل حضور المالك. ألا ترى أن الاول لو كان غاصبا معروفا فطالب المودع بالرد عليه قبل ان يحضر المالك ألزمه القاضى ذلك \* وكذلك لو كانت سرقة أو غصبا فالمودع بالرد على من أخذه منه يكون ناسخا حكم فعله فيبقى للمالك قبله حق وهذا لان وجوب الضمان عليه باعتبار التقويت فان بأخذه فات على المالك التمكن من الاخذ من الاول وقد زال ذلك بالاعادة إلى يده \* وكذلك ان كان المودع صبيا أو عبدا محجورا عليه. وكذلك ان كان رب الوديعة صبيا أو عبدا لان المسقط للضمان في حق المودع رده الي من أخذه منه وذلك متحقق منه (وان) كان المودع دفعها إلى انسان بأمر المودع أو باع أو وهب وسلم بأمره ثم ظهر الاستحقاق كان للمستحق ان يضمن المستودع لانه ما نسخ فعله بالرد إلى من أخذه منه انما سلمه إلى غيره وذلك سبب موجب للضمان عليه بدون أمر المودع وقد ظهر بالاستحقاق ان أمره لم يكن معتبرا فكان المستودع ضامنا بخلاف الاول فقد رد هناك إلى المودع الذى أخذه منه وذلك ناسخ لفعله (عبد) استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة تاجرا كان العبد أو محجورا لان المودع ما قبض منه شيئا. ولان تمكنه من أخذ هذا المال بشرطين (احدهما) قيام ملكه في رقبة الدافع في الحال (والثانى) فراغ ذمة الدافع عن دين العبد لان دين العبد في كسبه مقدم على حق المولى والمودع ليس بخصم في اثبات هذين الشرطين عليه ولانه انما يتمكن من أخذه إذا علم ان الوديعة كسب العبد وذلك غير معلوم فلعلها كانت وديعة في يده لغيره وانما أورد هذا لايضاح ما سبق أن المودع رد الوديعة إلى من أخذها منه وليس عليه طلب المالك ليردها عليه فان في هذا الموضوع يلزمه ردها إلى العبد إذا حضر ولا يلزمه ردها على مالكها (وإذا) مات رب الوديعة فالوارث خصم في طلب الوديعة لانه خليفة

المورث قائم مقامه بعد موته \* فان كان على الميت دين وله وصى فينبغي للمستودع أن يدفع الوديعة إلى الوصي لانه قائم مقام الوصي بعد موته فأما الوارث فانما يخلف المورث بشرط فراغ التركة عن حق الغرماء لان حق الغرماء مقدم على حق الوارث فلهذا كان له أن يدفعها إلى الوصي لبيعها فيقضى الدين ثم يدفع ما بقى إلى الوارث (وان) كانت الوديعة عبدا أو دابة أو ثوبا واحدا عند رجلين فانهما يتهايان على حفظة فيمسكه كل واحد منهما شهر الا ان اجتماعهما على الحفظ أثناء الليل والنهار لا يتصور ولانهما يحفظان ما لا يحتمل القسمة من ملكهما بهذه الصفة فكذلك من الوديعة لانهما يحفظان الوديعة على الوجه الذي يحفظان مالهما (وان) وضعه أحدهما عند صاحبه فهلك لم يضمن شيئا اعتبارا بما لو هلك في يد أحدهما في زمان المهابة وقد بينا هذا (وإذا) قال رب الوديعة أودعتك عبدا وأمة وقال المستودع ما أودعتني إلا الأمة وقد هلكت فأقام رب الوديعة البينة على ما ادعى ضمن المستودع قيمة العبد لانه جحد الوديعة في العبد فصار ضامنا قيمته ولا ضمان عليه في الأمة لانه مقر بالوديعة فيها وقد زعم انها هلكت فالقول قوله مع يمينه (رجلان) ادعى كل واحد منهما أمة في يد رجل أنه أودعها إياه وقال المستودع ما أدري لا يكما هي غير أنى أعلم أنها لأحد كما (قال) يحلف لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يدعى عليه أنه أودعه الأمة بعيها وهو منكر لذلك انما أقر بايداع أحدهما بغير عينه من والمنكر غير المعين فلهذا يحلف لكل واحد منهما وتمام بيان المسألة في كتاب الاقرار وانما أورد المسألة هنا لبيان خلاف ابن أبي ليلى في فصل وهو انه إذا أبى أن يحلف لهما فانه يدفع الأمة اليهما ويغرم قيمتها بينهما نصفين. وعند ابن أبي ليلى يردها عليهما ولا شئ عليه سوى ذلك وهو بناء على ما بينا ان التجهيل غير موجب للضمان على المودع وعندنا التجهيل موجب للضمان عليه وقد صار مجهلا في حق كل واحد منهما فيصير ضامنا ثم بنكوله صار مقرا لكل واحد منهما انه أخذ جميعها منه وانما رد على كل واحد منهما نصفها فيصير ضامنا لكل واحد منهما ما بقى من حقه وذلك بأن يغرم قيمته بينهما ألا ترى انه لو قال هذا استودعنيها ثم قال أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفعها الي الاول لان اقراره له بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للأخر قيمتها لا قراره انها للثاني وانه صار مستهلكا على الثاني باقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا إذا دفعها إلى الاول بغير قضاء

القاضى وكذلك ان كان دفعها بقضاء القاضى في قول محمد. وفي قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يكون ضامنا لان بمجرد اقراره لم يفت على الثاني شئ وانما القوات بالدفع إلى الاول وقد كان بقضاء القاضى ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذى سلب القاضى على القضاء بها للاول باقراره قد أقر أنه مودع فيها من الثاني والمودع إذا سلب الغير على اخذ الوديعة يصير ضامنا للمودع (رجل) استودع رجلا وديعة فأودعها المستودع غيره من غير عياله فهلكت فالاول ضامن لها لانه متعد بالتسليم إلى غير من أمر بحفظها منه ولا ضمان على مودع المودع في قول أبى حنيفة رحمه الله وفي قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو ضامن لها أيضا ولصاحب المال الخيار بضمن أيهما شاء. وعند ابن أبي ليلى لا ضمان

على واحد منهما بناء على أصله ان للمودع أن يودع غيره وقد بينا هذا. فأما هما فيقولان الاول متعد في التسليم بغير اذن المالك والثاني متعد في القبض بغير اذن المالك فكان للمالك أن يضمن أيهما شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه بالضمان ملك فتبين أنه أودع ملك نفسه وقد هلك في يد المودع وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه مغرور من جهته فانه أودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه الضمان فهلك في يده فإذا لحقه الضمان رجع عليه ولانه في القبض والحفظ كان عاملا له فيرجع عليه بما يضمن بسببه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاول يصير ضامنا بالتسليم إلى الثاني بدليل أنه لو سلمها إليه ليحفظها بحضرته فهلكت لم يضمن واحد منهما وإنما يصير الاول ضامنا بترك الحفظ حين غاب بعد ما سلمها إلى الثاني فاما الثاني لم يترك الحفظ بل هو مقبل على الحفظ حين هلكت فلا يضمن شيئا. يوضحه ان اصل قبض الثاني لم يكن موجبا للضمان عليه حتى لو هلك قبل غيبة الاول لم يضمن ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك فيصير به ضامنا والضمان لا يجب بدون الصنع انما وجد الصنع من الاول وهو الذهاب وترك الحفظ ولما لم يصير الثاني ضامنا بالقبض كان هذا في حقه كثوب هبت به الريح وألقته في حجره فإذا هلكت من غير صنعه لم يضمن. يقرره أن الاول لما لم يضمن بمجرد التسليم وإنما يضمن بتركها في يد الثاني بعد غيبته فقد صارت يده يدا معتبرة في ايجاب الضمان على الاول ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في ايجاب الضمان على الثاني كاجير القصار إذا دق الثوب وتخرق لما وجب الضمان على الاستاذ بسبب فعل الاجير ولم يجب على الاجير شيء من

## [ 133 ]

الضمان لانه لو ضمن انما يضمن بذلك الفعل الواحد لا يكون موجبا للضمان على الشخصين فهذا مثله. بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما انما يصير ضامنا بفعله وهو غصبه وغصب أحدهما غير غصب الثاني ولهذا يعتبر في كل حق واحد منهما قيمته حين غصبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب. (كتاب العارية) (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى إملاء \* العارية تمليك المنفعة بغير عوض سميت عارية لتعريفها عن العوض فانها مع العرية اشتقت من شيء واحد والعرية العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض والعارية في المنفعة كذلك ولهذا اختصت بما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها أو ما يجوز تمليك منافعها بالعوض بعقد الاجارة. وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملك على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكبل والموزون قرصا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة إليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة إليه في مثلها وما يملك الانسان الانتفاع به على أن يكون مثله مضمونا عليه يكون قرصا (وكان) الكرخي رحمه الله يقول موجب هذا العقد اباحة الانتفاع بملك العين لا بملك المنفعة بدليل انه لا يشترط إعلام مقدار المنفعة فيه ببيان المدة والجهالة تمنع صحة التمليك أما لا تمنع صحة الاباحة وبدليل أن المستعير ليس له أن يؤاجر ومن تملك شيئا بغير عوض جاز له أن يملكه من غيره بعوض كالموهوب له. والصحيح أن موجب هذا العقد ملك المنفعة للمستعير لان المنفعة تحتل التمليك بعوض فتحتمل التمليك بغير عوض أيضا كالعين والدليل عليه أن للمستعير أن يعير فيما لا

يتفاوت الناس بالانتفاع به والمباح له لا يملك أن يبيع لغيره (والعارية) تنعقد بلفظ التملك بأن يقول ملكتك منفعة دارى هذه شهرا أو جعلت لك سكنى دارى هذه شهرا إلا أنه لا يؤجره لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانه ملكه علي وجه يتمكن من الاسترداد فهو نظير مالو استأجر دابة أو ثوبا ليس له أن يؤجر من غيره وان ملك منفعة اللبس والركوب ولكن لما كان الناس يتفاوتون في ذلك ففي الاجارة من غيره

[ 134 ]

اضرار بالآخر (فان قيل) كان ينبغي أن يملك المستعير الاجارة ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة (قلنا) لو ملك المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك \* وانما لا يشترط إعلام المدة أو المكان في الاعارة لان اشتراط ذلك في المعاوضات لقطع المنازعة وذلك لا يوجد في العارية لانه لا يتمكن بينهما منازعة إذا أراد المعير الاسترداد. ولان المعاوضات يتعلق بها صفة اللزوم وذلك لا يتحقق في غير المعلوم فأما العارية لا يتعلق بها صفة اللزوم فلهذا لا يشترط إعلام المكان ولا إعلام المدة ولا اعلام ما يحمل على الدابة وعند اطلاق العقد للمستعير ان ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب كما ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها ما لم يطالبه المالك بالرد لانه لا يؤجرها فان أجرها صار غاصبا وكان الاجر له يتصدق به وقد بيناه في كتاب العصب. وان هلكت بعد ما أجرها كان ضامنا لها فإذا لم يؤجرها ولكنها هلكت في يده لم يضمن في أقوال علمائنا رحمهم الله سواء هلكت من استعماله أولا وهو قول عمر وعلى وابن مسعود رضوان الله عليهم وقال الشافعي رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لامن الاستعمال ضمن قيمتها للمالك وهو قول ابن عباس وأبى هريرة رضي الله عنهما. واحتج في ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة فقد جعل الضمان صفة للعارية فيقتضي ان يكون صفة لازمة لها كما ان الله تعالى لما جعل القبض صفة للرهن بقوله عز وجل فرهان مقبوضة اقتضى ان يكون ذلك صفة لازمة للرهن. واستعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان دروعا في حرب هوازن فقال له أغصبا يا محمد قال صلى الله عليه وسلم لا بل عارية مضمونة مؤداة. وكتب في عهد بنى نجران وما تعار رسلي فهلكت على أيديهم فضمانها على رسلي. وقال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد والاخذ انما يطلق في موضع يأخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية وهو المعنى الفقهي أنه لما قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق تقدم فكان مضمونا عليه كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمستقرض. وهذا لانه لما لم يثبت بهذا العقد استحقاق تسليم العين عرفنا انه مقصور علي المنفعة لا يتعدى إلى العين فصار في حق العين كأنه قبضه بغير اذنه بخلاف الاجارة فقد تعدى العقد هناك إلى العين حتى تعلق به استحقاق تسليم العين. وبخلاف

[ 135 ]

الوديعة فان المودع لا يقبض الوديعة لمنفعة نفسه انما يقبضها لمنفعة المالك ولهذا لم يكن عليه مؤنة الرد وهو المعتمد لهم فان قبض العارية يوجب ضمان الرد حال قيام العين فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كالقبض بطريق الغصب. يقرره ان ضمان الرد انما يلزمه لانه يسقط بالرد ضمان العين عن نفسه ولما لزمه ضمان الرد فعليه أداء ما لزمه ولا يتحقق أداء ذلك الا برد العين عند قيامه ورد القيمة عند هلاك العين ليصير به مؤديا ما لزمه من ضمان الرد وهذا بخلاف ما لو تلف في الاستعمال لان فعله في الاستعمال منقول إلى المالك فانه يستعمل بتسليط المالك فيحصل به الرد معنى \* ويجوز ان يكون العين مضمونا عليه ثم يبرأ عن ضمانه بفعل يباشره بتسليط المالك كما لو غصب من غيره شاة فقال له المغصوب منه ضح بها فان هلكت قبل ان يضحى بها ضمنها وان ضحى بها لم يضمن شيئا. ولا يقال قبضه بتسليط المالك أيضا لانه يقبض من يد المالك لنفسه فلا يمكن أن يجعل فعله في القبض كفعل المالك. والدليل عليه أنه لو ضمن للمستحق لم يرجع على المعير ولو كان يد المستعير في العين كيد المعير لرجع عليه بالمودع. وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والمغل هو الخائن فقد نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه أنه قبض العين للانتفاع به باذن صحيح فلا يكون مضمونا عليه كالمستأجر. وتأثيره أن وجوب الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شئ على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفوت. ألا ترى ان القبض في كونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض أولى ولا يجوز أن يجب الضمان هناك باعتبار العقد لان العقد عقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبة. والدليل عليه ان ما تناوله العقد وهو المنفعة لا يصير مضمونا بهذا العقد فما لم يتناوله العقد أولى. ولان العقد على المنفعة إذا كان بعوض وهو الاجارة لا يوجب ضمان العين وتأثير العوض في تقدير حكم ضمان العقد فإذا كان العقد على المنفعة مقرونا بالعوض لا يوجب الضمان فالمتعري عن العوض كيف يوجب الضمان. والدليل عليه أنه لو تلف في الاستعمال لم يضمن ولا يجوز ان يجعل فعله كفعل المالك لانه استعمل لمنفعة نفسه ولكن انما لا يضمن لوجود الاذن من المالك في الاستعمال فكذلك للقبض \* وان قال بحكم الاذن من المالك في الاستعمال جعل استعماله

[ 136 ]

كاستعمال المالك فبحكم الاذن في القبض والاعطاء ينبغي أن يجعل قبضه كقبض المالك أيضا ووجوب ضمان الرد على المستعير ليس لما قال بل لان منفعة النقل حصلت له والرد فسخ لذلك النقل فكانت المؤنة على من حصلت له منفعة النقل ولهذا توجب مؤنة الرد على الموصى له بالخدمة أيضا فأما ضمان العين انما يجب علي من فوت شيئا على المالك. يقبضه كالغاصب ولم يوجد ذلك إذا كان القبض باذنه والمقبوض على سوم الشراء انما كان مضمونا ضمان العقد والاذن يقرر ضمان العقد ولان المالك هناك ما رضى بقبضه الا بجهة العقد فقيما وراء العقد كان المقبوض بغير اذنه. والمستقرض كذلك انما كان مضمونا بالعقد والاذن يقرر ضمان العقد وانما لا يرجع المستعير بضمن الاستحقاق لان الرجوع عند الاستحقاق بسبب الغرور أو بسبب العيب وذلك يختص بعقد المعاوضة فانه يقتضى السلامة عن العيب فأما عقد التبرع لا يقتضى ذلك ولهذا لا يرجع الموهوب له بضمن الغرور عندنا (وقوله) بأنه قبض العين لاعن استحقاق تقدم (قلنا)

نعم ولكنه قبض العين بحق والموجب للضمان القبض بغير حق لما فيه من التفويت على المالك وكما أن القبض موجب للضمان فالإتلاف كذلك ثم الإتلاف إنما يوجب الضمان إذا حصل بغير حق لا إذا حصل بغير استحقاق تقدم فالقبض مثله \* والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة ضمان الرد ولأنه جعل الضمان صفة للعين وحقيقة ذلك في ضمان الرد لأنه يبقى ببقاء الرد وحديث صفوان فقد قيل أنه أخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله أعصيا يا محمد إلا أنه إذا كان محتاجا إلى السلاح كان الأخذ له حلالا ثمة شرعا ولكن بشرط الضمان كمن أصابته مخمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان (وقيل) كانت الدروع أمانة لا هل مكة عند صفوان فاستعارها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجته إليها فكان مستعيرا من المودع وهو ضامن عندنا (وقيل) المراد ضمان الرد (وقوله) مؤداة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه يعلم باللفظ الثاني أن المراد بالاول علم الفقه (وقيل) كان هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وإن كان لا يضمن ولكن يضمن بالشروط كالمودع على ما ذكره في المنتقى ولكن صفوان كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين (وقيل) إنما قال ذلك تطيبيا لقلب صفوان على ما روى أنه هلك بعض تلك الدروع فقال صلى الله عليه وسلم إن شئت غرمتها لك فقال لا فاني اليوم

## [ 137 ]

أرغب في الاسلام مما كنت يومئذ ولو كان الضمان واجبا لامره بالاستيفاء أو الإبراء (وقوله صلى الله عليه وسلم) وما يعار رسلي فهلك علي أيديهم أي استهلكوه لأنه يقال هلك في يده إذا كان بغير صنعه وهلك على يده إذا استهلكه (وقوله صلى الله عليه وسلم) على اليد ما أخذت حتى ترد يقتضى وجوب رد العين ولا كلام فيه إنما الكلام في وجوب ضمان القيمة بعد هلاك العين \* قال (وإن استعار الدابة يوما لي الليل ولم يسم ما يحمل عليها لم يضمن إذا هلكت) لأنه قبضها بادن صحيح ولكن إن أمسكها بعد مضي اليوم فهو ضامن لها لأنه لما وقت فقد بين أنه غير راض بقبضه إياها فيما وراء المدة فإذا أمسكها بعد مضي المدة كان ممسكا لها بغير رضا صاحبها فيضمنها كما في المودع إذا طولب بالرد فلم يرد حتى هلكت. وهذا بخلاف المستأجر فإنه بعد مضي المدة إذا أمسكها لا يضمنها ما لم يطالبه صاحبها بالرد لأن مؤنة الرد هناك ليست على المستأجر ولكنها على المالك فإذا لم يحضر المالك ليأخذها لم يوجد من المستأجر منع يصير به ضامنا. وهنا مؤنة الرد على المستعير فإذا أمسكها بعد مضي المدة فقد وجد منه الامتناع من الرد المتسحق عليه وذلك موجب ضمان المستعار عليه (وإذا لم يؤقت المالك ولكنه أعارها ليحمل عليها الحنطة فجعل ينقل عليها الحنطة أيما فلا ضمان عليه) لأن الأذن من المالك مطلق فلا ينعدم حكمه إلا بالنهي والمطالبة بالرد ولم يوجد \* وإن حمل عليها الأجر أو اللبن أو الحجارة فعطبت فهو ضامن لأنه خالف ما أمره به نصا فصار غاصبا متسعملا بغير إذنه \* وهذا المسألة على أربعة أوجه (أحدها) أن يحمل عليها غير ما عينه المالك ولكنه مثل ما عينه في الضرر على الدابة من جنسه بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم (3) من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره فلا ضمان عليه لأن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا وهذا التقييد والتعيين لا يفيد شيئا فإن حنطته وحنطة غيره في الضرر عليها سواء (والثاني) أن يخالف في الجنس بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل

عليها عشرة أقفزة شعير. في القياس يكون ضامنا لانه مخالف فانه عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر. ألا ترى ان الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لانه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة فان مقصوده دفع زيادة

(3) (مخاتيم) جمع مختوم وهذا الصاع كما في القاموس اه مصححه

[ 138 ]

الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير يكون أخف على الدالة وقد بينا انه انما يعتبر من تقييده ما يكون مفيدا دون ما لا يفيده شيئا حتى قيل لو سمي مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ من الحنطة فهو كما لو استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حطبنا أو تبنا فأما مثل ذلك كيلا من الشعير لا يأخذ من ظهرها أكثر مما يأخذ من الحنطة (والثالث) أن يخالف إلى ما هو أضر على الدابة بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا أو أجرا مثل وزن الحنطة فهو ضامن لها لان هذا يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة فكان أضر عليها من حمل الحنطة وتقييد المالك معتبر إذا كان مفيدا له. وكذلك لو حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة فوق ما تأخذ الحنطة فكان أضر عليها من وجه كما لو حمل عليها حطبنا أو تبنا (والرابع) أن يخالف في المقادر بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فهلكت فهو ضامن ثلث قيمتها لانه في مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حامل باذن المالك وفيما زاد على ذلك حامل بغير اذنه فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك وهذا إذا كان مثل تلك الدابة تطبق حمل خمسة عشر مختوما فان كان يعلم انها لا تطبق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها بهذا الحمل والمالك ما أذن له في اتلافها \* وللشافعي ثلاثة أقاويل في هذه المسألة. قول مثل قولنا. وقول آخر انه يضمن جميع قيمتها لانه خالف إلى ما هو أضر على الدابة فهو كما لو خالف في الجنس. وقول آخر انه يضمن نصف قيمتها لانها تلفت من حملين أحدهما باذن صاحبه والآخر بغير اذنه فيضمن نصف قيمتها كما لو أمره أن يضرب عبده عشرة أسواط فضربه أحد عشر سوطا فمات من ذلك يضمن نصف قيمته. ولكن الفرق بينهما ظاهر لان ذاك ضمان قتل وفي باب القتل المعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات فقد نقوي الطبيعة على دفع ألم عشر جراحات في موضع ولا تقوى على دفع ألم جراحة واحدة في موضع فلهذا اعتبرنا عدد الجناة وجعلنا الضمان نصفين. وهنا تلف الدابة باعتبار ثقل المحمول وثقل عشرة مخاتيم فوق ثقل خمسة مخاتيم في الضرر على الدابة فلا بد من أن يتوزع الضمان على قدر ثقل المحمول وهذا بخلاف ما لو استعار ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة

مستعمل لها بغير اذن مالکها فيضمن جميع قيمتها. فأما الحمل يكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان علي ذلك \* وإذا جاوز المكان الذي سمي له وأخذ إلى مكان غير ذلك فعطبت فهو ضامن لها لانه استعملها بغير اذن صاحبها فالتقييد من صاحبها هنا مفيد لان الضرر على الدابة يخلف بقرب الطريق وبعده والسهولة والوعورة \* وان استعارها ليحمل كذا وكذا ثوبا هرويا فحمل عليها مثل ذلك مرويا أو فوهيا أو نرمقا لم يضمن لان التقييد بالهروي غير مفيد فان سائر أجناس الثياب كالهروي في الضرر على الدابة \* وكذلك في الوزنيات من الأدهان وغيرها كل تقييد يكون مفيدا فهو معتبر وإذا خالف ذلك كان ضامنا ومالا يكون مفيدا لا يعتبر (وان) استعارها ليركبها هو فركبها هو وحمل معه عليها رجلا ضمن نصف قيمتها لانه في نصفها موافق وفي النصف مخالف والجزء معتبر بالكل (فان قيل) اليس أنه لو لم يركبها وحمل عليها غيره فهلكت ضمن جميع قيمتها فإذا ركبها معه أولى لان الضرر على الدابة أكثر (قلنا) إذا حمل عليها غيره فهو مخالف في الكل وإذا ركبها فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره. ألا ترى أنه لو كان استأجرها لركوبه لم يجب الاجر إذا حمل عليها غيره ووجب الاجر إذا ركبها وحمل مع نفسه غيره وهذا إذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل رجلين فان كان يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو متلف لها ضامن لجميع قيمتها ثم لم يعتبر هنا الثقل والخفة بان يكون الذي حمله مع نفسه أخف منه أو أثقل منه. بخلاف مسألة الحنطة وهذا لانه استقبح وزن الرجال في مثل هذا (فقال) رأيت لو كان يوزن كل واحد منهما أبوزن قبل الطعام أو بعده قبل الخلاء أو بعده لان الضرر في حق الراكبين على الدابة لا يكون باعتبار الثقل والخفة قرب ثقل يروض الدابة إذا ركبها لهديته في ذلك ورب خفيف يعقرها لخرقه في ذلك فلماذا اعتبرنا المناصفة \* فان قضى حاجته من الدابة ثم ردها مع عبده أو بعض من هو في عياله فلا ضمان عليه ان عطبت لان يد من في عياله في الرد كيدته كما أن يد من في عياله في الحفظ كيدته والعرف الظاهر ان المستعير يرد المستعار بيد من في عياله ولهذا يعولهم فكان مأذونا فيه من جهة صاحبها دلالة \* وكذلك ان ردها إلى عبد صاحب الدابة وهو الذي يقوم عليها فهو بريء استحسانا. والقياس ان لا يبرأ ما لم تصل إلى صاحبها كالمودع إذا رد الوديعة لا يبرأ عن الضمان ما لم تصل إلى يد

صاحبها ووجه الاستحسان ان صاحبها انما يحفظ بيد هذا السائس ولو دفعها إليه لكان يدفعها إلى السائس أيضا فكذلك إذا ردها على السائس والعرف الظاهر ان صاحب الدابة يأمر السائس بدفعها إلى المستعير وباستردادها منه إذا فرغت فيصير مأذونا في دفعها إليه دلالة ولم يوجد مثل هذا العرف في الوديعة فان صاحبها هو الذي يتولى استردادها عادة وانما أودعها لانه لم يرض بكونها في يد عياله حتى قالوا في المستعار لو كان عقد لؤلؤ فرده المستعير على عبد هو سائس دواب المعير لا يبرأ لانه في مثل هذا لا يرضى باسترداد مثله عادة \* وان استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبس فهو ضامن لان الناس يتفاتون في لبس الثوب ولبس القصاب والديباغ لا يكون كلبس البراز والعطار فكان هذا تقييدا مفيدا في

حق صاحب الثوب فإذا ألبسه المستعير غيره صار مخالفاً. وكذلك الدابة إذا استعارها ليركبها هو لأن الناس يتفاوتون في الركوب فرب راكب يروض الدابة وآخر يقتلها. فأما إذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن لأن صاحب الثوب رضى باستيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقاً فسواء لبسه المستعير أو غيره لم يكن مخالفاً لما نص عليه المستعير وكذلك إن كان المستعار مما لا تفاوت الناس في الانتفاع به كسكنى الدار وخدمة العبد لأن تقيده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كعدمه وهو بناء على أصلنا أن للمستعير أن يعير وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس للمستعير أن يعير لأنه منتفع بملك الغير بآذنه فلا يكون له أن يأذن لغيره في ذلك كالمباح له الطعام لا يبيع لغيره وهذا لأنه يسوى غيره بنفسه فيما هو من حق الغير وإنما له هذه الولاية في حق نفسه لا في حق الغير\* ألا ترى أن الوكيل بالتصرف لا يوكل غيره به. وحدثنا في ذلك إن المستعير مالك للانتفاع بهذا العين فيملك أن يعيره من غيره كالمستأجر والموصى له بالخدمة وهذا لما بينا أن المستعير يملك المنفعة بالعارية واليه أشار بعد هذا فقال (من أعارك شيئاً فقد جعل لك منفعة ذلك) والدليل عليه أنه لو قال ملكتك منفعة هذه العين كانت عارية صحيحة فإذا ثبت أنه مالك للمنفعة فهو بالتملك من الغير يتصرف في ملك نفسه ويستوى غيره بنفسه في حق نفسه وذلك صحيح بخلاف المباح له الطعام فإنه لا يملك الطعام وإنما يتناوله على ملك المبيع إلا أن العين تبقى على ملك صاحبه ففيما يتفاوت الناس في الانتفاع به لا يعيره من غيره وإن كان تصرفه في ملك نفسه لدفع الضرر وذلك صحيح كما أن أحد الشريكين في العبد إذا كاتبه كان للآخر

## [ 141 ]

إن يفسخ لدفع الضرر عن نفسه. والمشتري إذا تصرف في الشقص المشفوع فهو متصرف في ملكه ثم ينقض تصرفه لدفع الضرر على الشفيع قال\* (رجل استعار من رجل أرضاً على أن يبني فيها أو على أن يغرّس فيها نخلاً فأذن له صاحبها في ذلك ثم بدّاه أن يخرجها فله ذلك عندنا) وقال مالك رحمه الله تعالى ليس له ذلك لأنه غير متعد في البناء والغرس فلا يهدم عليه ذلك وصاحب الأرض وإن كان يتضرر بذلك فقد رضى بالتزام هذا الضرر. فأما صاحب البناء لم يرض بهدم بنائه وغرسه فلا يكون لصاحب الأرض أن يأخذها ما لم يفرغ ولكنها نقول الأرض بقيت على ملك صاحبها والعارية لا تتعلق بها اللزوم فلا يمتنع بسببه عليه إثبات اليد على ملكه والانتفاع به متى شاء وصاحب البناء والغرس لما بنى على بقعة هي مملوكة لغيره من غير حق لازم له فقد صار راضياً بأن يهدم عليه بناؤه وغرسه لأنه ملكه وقد شغل أرض الغير به فيؤمر بتفريغه ولا ضمان له على صاحب الأرض عندنا (وقال) ابن أبي ليلى البناء للمعير ويضمن قيمتها مبنية لصاحبها لأن دفع الضرر من الجانبين واجب وإنما يندفع الضرر بهذا. وشبه هذا بثوب إنسان إذا انصبغ بصبغ غيره فأراد صاحب الثوب أن يأخذه فإنه يضمن للصباغ قيمة صبغه ولكنها نقول صاحب الأرض غير راض بالتزام قيمة البناء ففي الزام ذلك عليه من غير رضاه أضرار به ولا يجوز المصير إليه بدون تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لأن رفع البناء وتمييز ملك أحدهما من ملك الآخر ممكن بخلاف مسألة الصبغ فإن تمييز ملك أحدهما من ملك الآخر هناك غير ممكن ثم هناك لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه أيضاً حتى يكون له أن يأبى التزام القيمة ليصار إلى بيع الثوب فكذلك هنا ينبغي أن لا يلزم قيمة البناء بغير رضاه\* فإن كان وقت له وقتاً عشرين سنة أو نحو

ذلك ثم أخرج قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة بنائه وغرسه عندنا. وعلى قول زفر رحمه الله لا يضمن ذلك لان التوقيت في العارية غير ملزم اياه شيئاً كاصل العقد فكما لا يكون له أن يضمنه قيمة البناء والغرس باعتبار مطلق الاعارة فكذلك بالتوقيت منها وبيان التوقيت غير ملزم اياه أنه يتمكن من اخراجه قبل مضي ذلك الوقت وحجتنا في ذلك ان المعير بالتوقيت يصير غاراً للمستعير لانه نص على ترك الارض في يده واقرار بنائه فيها في المدة التي سمى فإذا لم يف بذلك صار غاراً له وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار بخلاف ما إذا أطلق فهلك المعير لم يصير غاراً له ولكن المستعير

## [ 142 ]

مغتر بنفسه حتى ظن انه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويله. ولكن قد بينا فيما سبق أن الغرور بمباشرة عقد الضمان يكون سبباً للرجوع وذلك لا يوجد هنا فان المعير لم يباشر عقد ضمان. وان وقت فالوجه أن يقول كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولا حاجة إلى التوقيت في تصحيح العارية فلا بد من أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس إذا أراد اخراجه قبله وصار تقدير كلامه كانه قال ابن لى في هذه الارض لنفسك على أن أتركها في يدك إلى كذا من المدة فان لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق في بنائك ويكون بناؤك لي فإذا بداله في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره الا أن يشاء المستعير أن يرفعها ولا يضمن قيمتها فيكون له ذلك لان البناء والغرس ملكه وانما أوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عن المستعير فإذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو أحق بملكه يرفعه بتفريغ ملك الغير (وقيل) هذا إذا لم يكن في قلع الاشجار ضرر عظيم بالارض فأما إذا كان فيه ضرر عظيم فليس للمستعير أن يرفعها بغير رضا المعير لما فيه من الاضرار به ولكن للمعير أن يملكها عليه بالقيمة \* وان كان اعاره الارض ليزرعها ووقت لذلك وقتاً أولم يوقت وقتاً فلما تقارب حصاده أراد أن يخرج ففى القياس له ذلك كما في البناء والغرس وهذا لان الزارع زرع الارض من غير حق لازم له فيها فلصاحبها أن يأخذها متى شاء كالعاصب للارض إذا زرعتها. ولكن في الاستحسان لا يأخذها صاحبها إلى أن يحصد المستعير زرعتها لانه ما كان متعدياً في الزراعة بجهة العارية ولا دراك الزرع نهاية معلومة فلو تمكن المعير من قلع زرعه كان فيه اضرار بالمستعير في ابطال ملكه ولو تركت في يد المستعير كان فيه اضرار بالمعير من حيث تأخير حقه وضرر الابطال فوق ضرر التأخير فإذا لم يكن بد من الاضرار باحدهما ترجح أهون الضررين. بخلاف البناء والغرس فانه ليس له نهاية معلومة فيكون الضرر من الجانبين ضرر ابطال الحق فترجح جانب صاحب الاصل على جانب صاحب التبعية وبخلاف العصب لان العاصب متعد في الزراعة في الابتداء فلا يستحق بفعل التعدي ابقاء زرعه ولم يبين في الكتاب ان الارض تترك في يد المستعير إلى وقت ادراك الزرع بأجر أو بغير أجر \* قالوا وينبغي أن يترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الاجارة والزرع نقل بعده وهذا لان ابطال حق صاحب الارض عن منفعة ملكه مجاناً لا يجوز بغير رضاه وانما يعتدل النظر من الجانبين إذا

ترك الزرع إلى وقت الإدراك باجر المثل (فان) رد المستعير الدابة مع غلامه فعقرها الغلام فهو ضامن لقيمتها يباع في ذلك أو يؤدي عنه مولاه لانه استهلكها والعبد المحجور عليه يؤخذ بضمان الاستهلاك في الحال (وإذا اختلف رب الدابة والمستعير فميا أعارها له وقد عقرها الركوب أو الحمولة فالقول قول رب الدابة عندنا) وعند ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول المستعير لان رب الدابة يدعى عليه سبب الضمان وهو الخلاف وهو منكر لذلك فالقول قوله ولكننا نقول الاذن يستفاد من جهة صاحب الدابة ولو أنكر اصل الاذن كان القول قوله فكذلك إذا أنكر الاذن على الوجه الذي انتفع به المستعير وهذا لان سبب وجوب الضمان قد ظهر وهو استعمال دابة الغير والمستعمل يدعى ما يسقط الضمان عنه وهو الاذن وصاحبها منكر لذلك فإذا حلف فقد انتفى المسقط ويبقى هو ضامنا بالسبب الظاهر \* وان اعاره الارض على ان يبنى فيها أو يسكن ما بداله فإذا خرج فالبناء لصاحب الارض فهذا الشرط فاسد لان البناء ملك الباني بشرط رب الارض ذلك عليه لنفسه بازاء منفعة الارض فيكون هذا اجارة لا اعارة وهي اجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه حين لم يذكر مدة معلومة ووجهالة الاجر حين لم يكن مقدار ما يبنى معلوما لهما وقت العقد وعلي الساكن أجر مثل الارض فيما سكن لانه استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد (وينقض الساكن بناءه إذا طالبه صاحبها برد الارض) لان البناء ملكه (فان قيل) لماذا لا يتملك البناء صاحب الارض بحكم الاجارة الفاسدة لانه صار قابضاً له باتصاله بالارض (قلنا) كان الشرط بينهما ان يبنى الساكن لنفسه ثم البناء كان معدوما عند العقد والعقد على المعدوم لا ينعقد أصلاً وانما يملك بالقبض ما يتناوله العقد الفاسد وإذا مات المعير والمستعير انقطعت العارية. أما إذا مات المعير فلان العين انتقلت الي وارثه والمنفعة بعد هذا تحدث علي ملكه وانما جعل المعير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره. وأما إذا مات المستعير فلان المنفعة لا تورث لان الوارثة خلافة وذلك فيما كان للميت فيخلفه فيه وارثه وإذا كانت المنافع لا تبقى وقتين لا يتصور فيها هذه الخلافة ولان الدلالة قامت لنا على ان العقد على المنفعة بعوض يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو الاجارة فما كان منها بغير عوض أولى \* وكذلك ان كان قال له هذه الدار لك سكنى لان معناه سكناه لك فان قوله لك يحتمل تملك العين ويحتمل تملك المنفعة وقوله سكنى يكون تفسيراً لذلك المحتمل وكذلك إذا قال عمري سكنى كان قوله سكنى تفسيراً لقوله عمري فانما تثبت العارية (10 مبسوط حادي عشر)

بهذا اللفظ تنقطع بموته (وإذا جاء رجل إلى المستعير وقال انى استعرت من فلان هذا الذى عندك وأمرني ان أقبضه منك فصدقه ودفعه إليه فهلكت عنده ثم أنكر المعير أن يكون أمره بذلك فالمستعير ضامن له) لانه يدعى على المعير الامر بالدفع إليه وهو منكر فالقول قوله مع يمينه وإذا حلف يتبين ان المستعير دفعه إلى غير المالك بغير اذنه وذلك موجب للضمان عليه (فان قيل) لما ذا لم تجعل هذه اعارة من المستعير حيث لا يكون موجبا للضمان عليه (قلنا) المستعير إذا أعاره من غيره فانه يقيمه مقام نفسه في الانتفاع وامسك العين فيكون يد الثاني كيد الاول ولهذا كان له أن يسترده متى شاء وهنا تسليمه الي الثاني لم يكن بهذا الطريق بل بطريق

أنه أحق بالعين منه ولهذا لا يملك الاسترداد منه فلا يمكن أن يجعل كالمعير منه ثم إذا ضمن المستعير لا يرجع به على الذي قبضه منه لأنه صدقه فيما ادعى ففى زعمه أنه مستعير من المالك وأنه لا ضمان على واحد منهما إلا أن المالك ظلمه حين ضمنه ومن ظلم فليس له أن يظلم غير ظالمه \* وإن كان الذي جاء فقبض العارية منه خادم المعير وانكر مولاه أن يكون أمره بذلك فلا ضمان على المستعير لما بينا أن الرد على خادم المعير كالرد على المعير فلا يكون سببا لوجوب الضمان على المستعير \* وإذا رد المستعير الدابة فلم يجد صاحبها ولا خادمه فربطها في دار صاحبها على معلقها فصاعت فهو ضامن لها في القياس لأنه ضيعها حين أخرجها من يده ولم يسلمها إلى أحد يحفظها. ألا ترى أن الغاصب لو فعل ذلك كان مضيعا ضامنا فكذلك المستعير وفي الاستحسان لا ضمان عليه لأنه ربطها في موضعها المعروف ولو ردها على صاحبها لكان يربطها في هذا الموضع فكذلك إذا ربطها بنفسه وهذا للعادة الظاهرة أن المستعير يأخذ الدابة من مربطها ويردها إلى مربطها فيثبت الأذن له من جهة صاحبها في ذلك بهذا الطريق دلالة. وهذا بخلاف الغاصب لأنه ضامن محتاج إلى إسقاط الضمان عن نفسه بنسخ فعله وذلك لا يتم بردها إلى مربطها بعد ما أخذها من صاحبها فأما المستعير فهو أمين فأنما الحاجة إلى دفع سبب الضمان عنه وهو التضييع وقد اندفع باعتبار العادة لأن المربط في يد صاحب الدابة فأعادتها إلى المربط بمنزلة الإعادة إلى يد صاحبها حكما (ولو جحد المستعير العارية ثم زعم أنها هلكت فهو ضامن لها) لأن العين كانت أمانة في يده فيصير ضامنا بالجحود كالمودع وإن لم يجحد ولكن قال قد رددته أو ضاع منى فهو مصدق مع يمينه في كل ما يصدق فيه المودع لأنه أمين ينكر وجوب الضمان عليه (وعارية الدراهم

## [ 145 ]

والدنانير والفلوس قرض) لأن الإعارة اذن في الانتفاع ولا يتأى الانتفاع بالنقود إلا باستهلاك عينها فيصير ماذونا في ذلك \* وفيه طريقان أما الهبة أو القرض فيثبت الأقل لكونه متيقنا به ولأن المستعير يلتزم رد العين بعد الانتفاع ويتعذر هنا رد العين فيقام رد المثل مقام رد العين والقبض الذي يمكنه من استهلاك المقبوض ويوجب عليه ضمان المثل القبض بجهة القرض \* وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد مثل الجوز والبيض. قال في الاصل أرايت لو استعار دراهم يشتري بها طعاما أو جارية أما كان له أن يأكل الطعام أو يطأ الجارية له ذلك والمال قرض عليه \* وإن استعار آنية يتحمل بها في منزله أو سكينها محلى أو سيفها أو منطقة مفضضة أو خاتما لم يكن شئ من هذا قرضا لأن الانتفاع بهذه الاعيان مع بقائها ممكن ولهذا تجوز اجارتها (قالوا) ولو ان صيرفيا استعار دراهم أو دنانير ليتحمل بها في حانوته أو ليعبر بها صنجاته فإنه لا يكون قرضا لا نهما لما صرحا به علمنا أو مقصودهما الانتفاع مع بقاء العين دون الأذن في استهلاك العين \* وإذا استعار دابة ليركبها إلى مكان معلوم فأخذ بها في طريق آخر إلى ذلك المكان فعطبت لم يضمن لأنه ماذون في الوصول عليها إلى ذلك المكان ولم يقيد له طريق فلا يكون مخالفا في أي طريق ذهب بعد أن يكون طريقا يسلكه الناس إلى ذلك المكان فإن كان طريقا لا يسلكه الناس إلى ذلك المكان فهو ضامن لأن مطلق الأذن ينصرف إلى المتعارف \* وإن استعارها إلى حمام أعبر فجاوز بها حمام أعبر ثم جاء بها إلى حمام أعين أو إلى الكوفة فعطبت الدابة فهو ضامن لها حتى يردها إلى صاحبها (قيل) هذا إذا استعارها ذاهبا لا راجعا فاما إذا استعارها ذاهبا وجائيا فلا ضمان عليه

وهكذا ذكر في النوادر لانه في الاول لما وصل إلى حمام أعين انتهى العقد فإذا جاوز كان غاصبا فلا يبرأ الا بالرد على المالك وفى الثاني انما يضمن بالخلاف وهو استعمالها وردء المكان المشروط فإذا رجع إلى حمام أعين فقد ارتفع الخلاف والعقد قائم بينهما فكيون أمينا (وقيل) الجواب في الفصلين سواء لان يد المستعير يد نفسه \* وفى الوديعه إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق إنما أبرأناه عن الضمان لان يده يد المالك فيجعل في الحكم كما لو رده على المالك وهذا لا يوجد هنا فيبقى ضامنا كما كان وان عاد إلى مكان العقد ما لم يوصله إلى المالك والاجارة في هذا كالعارية لان يد المستأجر يد نفسه أيضا فانه يقبض لمنفعة نفسه ورجوعه بضمنا الاستحقاق لاجل الغرور الثابت بعقد ضمان لان يده يد المالك \* يوضح الفرق ان

[ 146 ]

المستعير والمستأجر يضمنان بالامسك فانه لو استعار أو استأجر دابة ليركبها إلى مكان كذا فأمسكها في المصر أياما كان ضامنا فكذلك إذا جاوز المكان المشروط فانما ضمناه بامسكها في غير الموضع الذي تناوله الاذن ولا ينعدم الامسك إلا بالرد. فأما المودع يصير ضامنا بالاستعمال لا بالامسك وقد انعدم الاستعمال حين عاد إلى الوفاق. يقول فان أقام صاحبها البينة أنها نفقت تحته في دير عبد الرحمن من ركوبه وأقام المستعير شاهدين أنه قد ردها الي صاحبها أخذت بينة رب الدابة لانها تثبت سبب تقرر الضمان على الراكب وبينة المستعير تنفى ذلك والبيئات للاثبات \* وإذا نفقت الدابة تحت المستعير ثم أقام رجل البينة انها دابته يقضى القاضى له بالملك لاثباته ذلك بالحجة ولا يسأله البينة أنه لم يبع ولم يهب لان ذلك لا يدعيه أحد والقاضى نصب لفصل لخصومات لا لانشائها فان ادعى ذلك الذى أراد أن يضمنه أو قال أذن لى في عاريتها يحلف على ذلك لانه ادعى عليه ما لو أقربه لزمه فإذا أنكر يستحلفه فان نكل كان نكوله كإقراره فلا يضمن المستحق أحدا وان حلف كان له أن يضمن أيهما شاء لان كل واحد منهما متعد في حقه المعير بالتسليم والمستعير بالقبض والاستعمال فان ضمن المعير لم يرجع على المستعير لانه ملكها من حين وجب عليه الضمان فيتبين انه أعار ملك نفسه وان ضمن المستعير لم يرجع على المعير أيضا لانه ضمن بفعل باشره لنفسه بخلاف المودع ولانه لم يصر مغرورا من جهة المعير حين لم يشترط المعير لنفسه عوضا بخلاف المستأجر فقد صار مغرورا من جهة الاجر بمباشرته عقد الضمان واشتراط العوض لنفسه. ثم على المستأجر الاجر إلى الموضع الذى نفقت فيه الدابة لانه استوفى المعقود عليه وذلك للاجر دون الملك لان تقوم المنفعة كان بعقده وبه وجب الاجر \* ولا بأس بأن يعير العبد التاجر والعبد الذى يؤدي الغلة الدابة. وفى القياس ليس لهما ذلك لانه تبرع والمملوك ليس من أهله فان تبرعه يكون بملك الغير ولانه صار منفك الحجر عنه في التجارة والاعارة ليست من التجارة في شئ \* ووجه الاستحسان ان هذا من توابع التجارة فان التاجر لا يجد منه بدالانه إذا أراد الانسان أن يعامله فلا بد أن يجلسه في حانوته أو يضع وسادة له وهو اعارة لذلك الموضع منه وقد يستعار منه الميزان أو صنجات الميزان فإذا لم يعر لان يعار منه عند حاجته أيضا \* وما يكون من توابع التجارة يملكه المأذون كاتخاذ الضيافة البسيرة والاهداء إلى المجاهدين بشئ. والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب

دعوة المملوك وحديث أبي سعيد مولى أبي أسيد رضى الله تعالى عنه قال عرست وأنا عبد فدعوت رهطاً من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيهم أبو ذر فأجابوني. فدل أن للعبد اتخاذ للدعوة حتى أجابه أبو ذر رضى الله تعالى عنه مع زهده \* والعبد الذى أمره المولى بأداء الغلة مأذون له في التجارة لانه لا يتمكن من الاداء إلا بالاكتساب فأمر المولى إياه بأداء الغلة يكون إذناله في الاكتساب (عبد مأذون له) أجر دابته من رجل فنفتت تحته فاستحقها رجل وضمن الراكب قيمتها يرجع بها على العبد المأذون كما يرجع على الحر لانه صار مغروراً من جهته باشتراطه العوض لنفسه والمأذون يؤخذ بضمن الغرور كالحر ولهذا تبين خطأ بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى أن ضمان الغرور كضمن الكفالة وإن الغار يصير كالفائل للمغرور إن ضمنك أحد بسبب ركوب هذه الدابة أو استيلاء هذه الجارية في البيع فأنا ضامن لك ذلك لانه لو كان هذا بطريق الكفالة لم يؤخذ به المأذون فإن العبد المأذون لا يؤخذ بضمن الكفالة ولكن الطريق أن من باشر عقد المعاوضة فهو ملتزم سلامة المعقود عليه عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق والرجوع عليه لهذا. ولهذا لا رجوع على المعير الواهب لانه لا يلتزم صفة السلامة بعقد التبرع \* ثم العبد في التزام صفة السلامة بعقد المعاوضة وهو التجارة كالحر \* وإذا أعار عبد محجور عليه عبداً مثله دابة فركبها فهلكت تحته ثم استحقها رجل فله ان يضمن أيهما شاء لان أحدهما غاصب لملكه بالتسليم إلى الآخر والآخر مستهلك باستعماله فان ضمن الراكب لم يرجع على المعير لانعدام الغرور منه ولان المعير كان محجوراً عليه فلا يؤخذ بضمن الاقوال وان ضمن المعير رجوع به مولاه في رقة الراكب لان الدابة صارت كسب المعير حين تقرر عليه ضمانها وكسب العبد لمولاه. فتبين ان الراكب أتلف ملكه بغير رضاه. وكذلك ان كانت الدابة لمولى المعير فله ان يضمن الراكب لان اذن العبد المحجور عليه غير معتبر في اسقاط حق المولى فيبقى الراكب مستعملاً دابته بغير رضاه فكان غاصباً ضامناً \* وان استعار الرجل دابة نتوجاً فألقت من غير أن يعنف عليها فلا ضمان عليه لانها لو هلكت من الركوب المعتاد لم يضمن فإذا هلك ما في بطنها أولى وان ضربها ففقا عينها أو كبجها باللحام فهلكت فهو ضامن لها لانه متلف بما صنع وانما أذن له المالك في الركوب دون الضرب \* ولو استعار من رجل سلاحاً ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرمح فانكسر فلا ضمان عليه لانه مأذون في الاستعمال والاستعمال يكون الا هكذا

وان ضرب به حجراً فهو ضامن لان المعير انما أذن له في المقاتلة بالسلاح والمقاتلة مع الخصم لامع الحجر والضرب بالسيف الحجر غير معتاد أيضاً فكان به ضامناً قال (وإذا قال المستعير في صحته أو مرضه قد هلكت منى العارية فالقول قوله مع يمينه) لانه أمين فيه كالمودع ولا يتغير حكم أمانته بمرضه (وإذا) كان على دابة باعارة أو اجارة فنزل عنهما في السكة ودخل المسجد ليصلى فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها وكذلك ان أدخل الحمل في بيته وخلى عنها في السكة لانه ضيعها حين تركها في غير حرز لا

حافظ معها من أصحابنا رحمهم الله من قال هذا إذا لم يربطها بشئ فإن ربطها لم يضمن لانه متعارف لا يجد المستعير من ذلك بدا. والاصح أنه يضمن إذا غيبها عن بصره. ألا ترى أنه قال وان كان في صحراء فنزل ليصلي وأمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه. فهذا تبين ان المعير أن لا يغيبها عن بصره ليكون حافظا لها فأما بعد ما غيبها عن بصره لا يكون هو حافظا لها وان ربطها بشئ بل يكون مضيعا لها بترك الحفظ فيكون ضامنا \* وإذا استعارها ليركبها في حاجته إلى ناحية مسماة من النواحي في الكوفة فأخرجها إلى الغرات ليسقيها والناحية التي استعارها إليها من غير ذلك المكان فهلكت فهو ضامن لها لا مساكه إياها في غير الموضع المأذون فيه أو ركوبه إياها إلى موضع السقى (ولا يقال) انما فعل هذا المنفعة الدابة لانه لا ولاية له على ملك الغير في ذلك إلا أن يأذن صاحبها وهو لم يأذن له في سقيها ولانه يمكنه ان يسقيها في خروجه إلى الناحية التي استعارها إليها لان الماء موجود في كل موضع (وإذا) وجد المعير دابته مع رجل يزعم انها له فهو خصم له فيها لانها في يده وهو يدعى رقيبها وذو اليد في مثل هذا خصم للمستحق \* وان قال الذي هي في يديه أو دعيتها فلان الذي أعرتها اياه فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا على أن الوصول إليه من ذلك الرجل وذلك الرجل ليس بخصم للمدعى لو كان حاضرا لانه مستعير منه فكذلك من قامت يده فيها مقام يده لا يكون خصما ولانهما تصادقا أنه مودع حافظ لها فلا يكون خصما. وان كان ذلك المستعير باعها من رجل أو باعها وصيه بعد موته فأخذها صاحبها وأقام البينة انها له قضى بها له ورجع المشتري بالثمن على بائعه لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع \* وإذا طلب المعير ثوبه فأبى المستعير أن يدفعه فهلك عنده فهو ضامن لقيمته لانه بالمنع بعد الطلب صار غاصبا وان لم يمنعه ولكنه قال دعه عندي إلى غد فرضى به صاحبه فلا ضمان عليه لانه بهذا الرضا صار كالمجدد للاعارة منه فلا

## [ 149 ]

يكون في امساكه إلى الغد متعديا (رجل) أرسل رسولا يستعير له دابة من فلان إلى الحيرة فجاء الرسول إلى صاحبها وقال ان فلانا يقول لك أعرنى دابتك إلى المدينة فدفعها إليه فجاء بها الرسول فدفعها إلى الذي أرسله ثم بدا للذي أرسله أن يركبها إلى المدينة وهو لا يشعر بما كان من قول الرسول فركبها فهلكت تحته فلا ضمان عليه لانه استعملها بأذن مالكها. وان ركبها إلى الحيرة فهلكت تحته فهو ضامن لها لانه جاوز المكان الذي أذن فيه المالك فصار مستعملا لها بغير اذنه وهذا لان ظنه غير معتبر انما المعتبر اذن المالك وقد كان إلى الموضع الذي طلب الرسول. ثم لا يرجع المرسل على الرسول بشئ لانه لم يوجد منه عقد ضمان انما أخبره بخبر أو لم يخبره بشئ ولكنه لم يبلغ رسالته كما أمره به وذلك غير موجب للضمان عليه والكراء في هذا قياس العارية \* وان قال أعرتنى دابتك فنفقت وقال رب الدابة ما أعرتكها ولكن غصبتها فلا ضمان عليه ان لم يركبها لانه أقر بفعل المالك في ملكه وذلك غير موجب للضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فيكون القول قول المنكر. وان كان قد ركبها فهو ضامن لها لان السبب الموجب للضمان عليه قد ظهر وهو استعمال دابة الغير بغير اذنه والاذن المسقط للضمان لا يثبت بدعواه. وان قال رب الدابة أجرتكها فالقول قول الراكب مع يمينه لانهما تصادقا على أن الركوب حصل بالاذن ثم رب الدابة يدعى عليه الاجر والراكب منكر فالقول قوله لانكار ذلك. وهذا بخلاف العين فانه إذا هلك مال الغير في يده فقال

وهبتها لى وقال المالك بل بعثها منك فانه يكون ضامنا لان العين مال متقوم بنفسه فلا يسقط حق المالك عن ماله إلا باسقاطه فأما المنفعة انما تأخذ حكم المالية والتقوم بعقد الاجارة ورب الدابة يدعي ذلك والراكب منكر فلهذا لا يضمن شيئا \* وان أقام رجل البينة على أرض ونخل أنها له وقد أصاب ذو اليد من غلتها وثمرتها فهو ضامن لما أصاب من ذلك (وقال) ابن أبى ليلى لا ضمان عليه لان الثمرة منفعة الاشجار والمنفعة لا تكون مضمونة بغير عقد ضمان كمنفعة الدابة ولكننا نقول الثمرة عين مال متقوم بدليل جواز بيعها وهى مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامنا لماله بالانلاف كولد الجارية والحمل في الشاة إذا أتلفها \* وإذا غصب الرجل الارض وزرعها فالزرع له لانه حصل بعمله من بذره وهذا بخلاف ما إذا غصب جارية فأحبلها فان الولد هناك يكون لصاحبها لان حصول الولد بحضانتها في رحمها لا بفعل الواطئ فان ماء الفحل

[ 150 ]

يصير مستهلكها بالاختلاط بمائها ولان الولد في حكم جزء من عينها وهى بجميع أجزائها مملوكة للمغصوب منه فأما الزرع ليس بجزء من الارض. ألا ترى أنه من جنس البذر وانه حاصل بعمل الزارع كما قررناه في الغصب ثم الزارع ضامن لما نقص الارض عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله لا ضمان عليه لان العقار لا يكون مضمونا بالغصب والنقصان لم يحصل بفعله ولان النقصان في الارض من حيث تقليل المنفعة والريع والمنفعة لا تكون مضمونة على الغاصب. ولكننا نقول قد انتقص ماله العين بفعله وهو الزراعة فكان متلفا بقدر النقصان والعقار يضمن بالانلاف كما لو هدم الابنية أو قلع الاشجار. ثم يرفع من الزرع مقدار بذره وما أنفق فيه وما غرم من نقصان الارض ويتصدق بالفضل في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه يكسب خبيث، وفى قول أبى يوسف وابن أبى ليلى رحمهما الله لا يتصدق بشئ لانه حصل له بزراعته وهو سبب مشروع للاكتساب وقد بينا هذا في الغصب \* وإذا استأجر أرضا سنة فزرعها سنتين فعليه الاجر للسنة الاولى لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد صحيح وعليه نقصان الارض بالزراعة في السنة الثانية لانه غاصب فيما صنع ويتصدق بالفضل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله كما في الفضل الاول. وعند ابن أبى ليلى عليه أجر مثلها في السنة الثانية لا اعتبار فكأنه زرعها في السنة الثانية بناء على العقد في السنة الاولى وانما لم يتعرض له صاحبها لهذا والعقد ينقذ بالدلالة كما ينقذ بالتصريح فيلزمه أجر مثلها (ثم) ختم الكتاب بمسألة ذكرها في كتاب الزكاة أن من وجد كنزا في دار رجل ففيه الخمس وأربعة أخماسه لصاحب الخلطة في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله. وفى قول أبى يوسف وابن أبى ليلى رحمهما الله للواحد وانما ذكر أبو يوسف رحمه الله هذه المسألة المختلفة بين أبى حنيفة وابن أبى ليلى رحمهما الله في آخر هذا الكتاب وآخر الوديعه لان كل واحد منهما كان استأذه فانه كان في الابتداء يختلف إلى ابن أبى ليلى تسع سنين ثم تحول منه إلى أبى حنيفة واختلف عنده أيضا تسع سنين فاجب أن يذكر بعض الفصول عن استأذه جميعا فلهذا ذكر هذه الفصول والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب. واليه المرجع والمآب. وصلى على سيدنا محمد النبي الامي وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا

بسم الله الرحمن الرحيم (كتاب الشركة) (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى رحمه الله تعالى املاء \* الاصل في جواز الشركة ما روى أن السائب بن شريك جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال صلوات الله وسلامه عليه وكيف لا أعرفك وكنت شريكى وكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى أي لا تداجي ولا تخاصم وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه وقد تعامله الناس من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الي يومنا هذا من غير نكير منكر (ثم) الشركة نوعان ؟ شركة الملك. وشركة العقد (فشركة الملك) أن يشترك رجلان في ملك مال وذلك نوعان. ثابت بغير فعلهما كالميراث. وثابت بفعلها وذلك بقبول الشراء أو الصدقة أو الوصية والحكم واحد وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركا بينهما بقدر الملك وكل واحد منهما بمنزلة الاجنبي في التصرف في نصيب صاحبه (وأما شركة العقد) فالجائر منها أربعة أقسام المفاوضة والعنان وشركة الوجوه وشركة التقبل ويسمى هذا شركة الابدان وشركة الصنائع (فأما العنان) فهو مشتق من قول القائل عن لى كذا أي عرض قال امرؤ القيس فعن لنا سرب كان نعاجه \* عذارى دوارفي ملاء مذبل أي عرض. وزعم بعض أهل الكوفة ان هذا شئ أحدثه أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب وليس كذلك فقد قال النابغة الجعدي وشاركنا قريشا في نقاها \* وفي احسابها شرك العنان (وقيل) هو مأخوذ من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل بالآخرى وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال إلى صاحبه دون البعض أو على معنى ان للدابة عنانين أحدهما أطول والآخر أقصر فيجوز في

هذه الشركة أن يتساويا في رأس المال والربح أو يتفاوتا فسميت عنانا (وأما المفاوضة) فقد قيل اشتقاقها من التقويض فان كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه في جميع مال التجارة (وقيل) اشتقاقها من معنى الانتشار يقال فاض الماء إذا انتشر واستفاض الخير يستفيض إذا شاع فلما كان هذه العقد مبنيا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات سمي مفاوضة (وقيل) اشتقاقها من المساواة قال القائل لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم \* ولا سراة إذا جهالهم سادوا يعنى متساوين فلما كان هذا العقد مبنيا على المساواة المال والربح سمي مفاوضة (وأما شركة الوجوه) تسمى شركة المفاليس وهو ان يشترك الرجلان بغير رأس مال على ان يشتربا بالنسيئة ويبيعا سميت بهذا الاسم على معنى ان رأس مالهما وجههما فانه انما يباع في النسيئة ممن له في الناس وجه \* وشركة التقبل أن يشترك صانعان في تقبل الاعمال كالخياطة والقصارة ونحو ذلك وتسمى شركة الابدان لانهما يعملان بابدانها وشركة الصنائع لان رأس مالهما صنعتها (وأما شركة العنان) فهو ان يشترك الرجلان برأس مال يحضره كل واحد منهما ولايد من ذلك اما عند العقد أو عند الشراء حتى ان الشركة لا تجوز برأس مال غائب أو دين. ولا يشترط لجواز هذه الشركة خلط المالين عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يشترط وهي رواية عن زفر. والاصل عنده ان شركة الملك أصل ثم شركة العقد تنبى عليه قال لان الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق في الملك والمعتبر في

كل عقد ما هو قضيته اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة والمصرف. فإذا خلط المالكين على وجه لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر فقد ثبتت الشركة في الملك فينبى عليه شركة العقد فأما قبل الخلط فالشركة في الملك لم تثبت حتى إذا هلك رأس ما أحدهما كان هالكا عليه خاصة فلا تثبت شركة العقد لان معنى الاختلاط فيه لا يتحقق مقصودا. وعندنا موجب شركة العقد الوكالة على معنى ان كل واحد منهما يكون وكيل صاحبه في الشراء بالمال الذى عينه ولهذا شرطنا تعيين المال عند العقد أو عند الشراء لان الوكالة بالشراء بماله لا تصح الا به فان بدون تعيين المال يكون الوكيل مشتريا بما في ذمته وهذا التوكيل صحيح بدون خلط المالكين ومعنى الاختلاط الذى تقتضيه الشركة في المشتري بالمال والربح لا في رأس المال وذلك ثابت بدون خلط وعلى هذا الاصل لو كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما

[ 153 ]

صحيحة عندنا خلافا لزر والشافعي رحمهما الله \* وكذلك ان كان رأس مال أحدهما بيضا الآخر سودا لان الشركة في الملك لا تثبت هنا حين كانا لا يختلطان وعلى الرواية التى شرط زفر الخلط جواب هذه الفصل ظاهر على مذهبه وأما على الرواية التى لا يشترط ذلك نقول في هذين الفصلين ربما يظهر الربح لاحدهما دون الآخر بتغيير سعر أحد النقيدين وذلك تقتضيه الشركة وعندنا موجب هذا العقد الوكالة وذلك صحيح مع اختلاف النقيدين فانهما لو صرحا بالوكالة بأن يشتري أحدهما بهذه الدراهم على ان يكون المشتري بينهما ويشترى الآخر بهذه الدنانير على أن يكون المشتري بينهما كان صحيحا \* فكذلك تصح الشركة بهذه الصفة (فأما شركة المفاوضة) فهي جائزة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى لا أعرف ما المفاوضة وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه ان كان في الدنيا عقد فاسد فهو المفاوضة وربما قال انه نوع من القمار فأما مالك رحمه الله فان كان لا يعرفها لغة فقد بينا اشتقاقها وان كان لا يعرفها شرعا فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تفاوضوا فانه أعظم للبركة وقال عليه الصلاة والسلام إذا فاضتم فأحسنوا المفاوضة \* وأما الشافعي رحمه الله فانه يبنى على مذهبه ان الاصل شركة الملك وما هو موجب المفاوضة قط لا تثبت باعتبار شركة الملك فلماذا أفسدها وقال لانها تتضمن الكفالة بالمجهول للمجهول فان كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فيالمجهول أولى \* والذى يقول انه ضرب من القمار فانما يدخل ذلك على مذهب الثوري لانه يقول إذا ورث أحدهما مالا يكون ذلك مشتركا بينهما ولسنا نقول بذلك فلا يدخل ذلك على مذهبنا \* وحجتنا في ذلك ان هذه الشركة تتضمن الكفالة والوكالة وكل واحد منهما صحيح مقصودا فكذلك في ضمن الشركة فأما الجهالة بعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة سببا وذلك منعدم هنا لان كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم ومثل هذا لا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشراء مجهول الجنس لا يصح مقصودا. ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى في العقد فكذلك المفاوضة. ومن شروط هذه العقد ان يتساويا في رأس المال ولا يختص أحدهما بملك مال يصلح ان يكون رأس ماله في الشركة من النقود وأن يتساويا في الربح فلا يشترط لاحدهما زيادة على صاحبه لما بينا ان قضية اللفظ المساواة ثم في ظاهر هذه الرواية تصح هذه الشركة

من غير خلط المالين والمالان لا يختلطان كالدراهم والدنانير والسود والبيض وزفر رحمه الله لا يجوز هذه الشركة بدون خلط المالين برواية واحدة (قال) لانه لو جاز لكان كل واحد منهما مختصا بملك مال بعد عقد الشركة وذلك لا يجوز في هذه العقد (وقد) روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان هذه الشركة لا تجوز بمالين لا يختلطان لان المساواة شرط في هذا العقد والمساواة بين الدراهم والدنانير في المالية انما تكون بالتقويم وطريق ذلك الحزر والمساواة شرعا لا تثبت بهذا الطريق كالمساواة التي تشترط في مبادلة الاموال الربوية بجنسها وان كان رأس مال أحدهما بيضا ورأس مال الآخر سودا وبينهما تفاوت في الصرف لا يجوز هذا العقد في ظاهر الرواية لعدم المساواة (وذكر) اسماعيل بن حماد عن أبي يوسف رحمهم الله انه يجوز لانه لا قيمة للجودة في الاموال الربوية إذا قوبلت بجنسها وانما تعتبر المساواة في الوزن قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء \* وروى الحسن عن أبي حنيفة ان المفاوضات لا تنعقد الا بلفظ المفاوضات حتى إذا لم يذكر لفظ المفاوضات كان عنانا عاما \* والعنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا. وتأويل هذا أن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكام المفاوضات فلا يتحقق منهما الرضا بحكم المفاوضات قبل علمهما به ويجعل تصريجهما بالمفاوضة قائما مقام ذلك كله فان كان المتعاقدان يعرفان أحكام المفاوضات صح العقد بينهما إذا ذكرا معنى المفاوضات وان لم يصرحا بلفظها لان المعنى دون اللفظ (فأما شركة الوجوه) فهي صحيحة عندنا وباطلة عند الشافعي بناء على أصله أن الاصل شركة الملك وذلك لا يوجد في شركة الوجوه. وعندنا شركة العقد تصح باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو ثلاثا صحيح فكذلك الشركة التي تتضمن ذلك الا أن في هذا العقد لا يصلح التفاضل في اشتراط الربح بعد التساوي في ملك المشتري لان الذى يشترط له الزيادة ليس له في نصيب صاحبه رأس مال ولا عمل ولا ضمان فاشتراط جزء من ذلك الربح له يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان أراد التفاوت في الربح فينبغي أن يشترط التفاوت في ملك المشتري بأن يكون لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان حتى يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه \* وهذه الشركة عندنا تجوز عنانا ومفاوضة الا ان المفاوضات لا تكون الا باعتبار المساواة في المشتري والربح جميعا (فأما شركة التقليل) فهي صحيحة عندنا ولا تصح عند الشافعي رحمه الله بناء على أصله ان شركة الملك أصل ولا يوجد

ذلك في هذه الشركة فان الخلط في العمل لا يتحقق. ولكننا نقول جواز الشركة باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بتقبل العمل صحيح فكذلك الشركة والناس تعاملوا بهذه الشركة وشركة الوجوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبير وهو الاصل في جواز الشركة. ثم استحقاق الربح في طريق الشركة يكون بالمال تارة وبالعمل أخرى بدليل المضاربة فان رب المال يستحق نصيبه من الربح

بماله والمضارب بعمله وذلك العقد شركة الاجارة بدليل انها لا تلزم وانه لا يحتاج فيها إلى بيان المدة فإذا صح عقد الشركة بين اثنين بالمال فكذلك يصح باعتبار العمل لان كل واحد منهما يستحق به الربح وسواء اتفقت الاعمال أو اختلفت عندنا. وقال زفر رحمه الله ان اتفقت الاعمال كالقصارين والصباغين إذا اشتركا يجوز وإذا اختلفت بان يشترك قصار وصباغ لا تجوز الشركة لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة عند اختلاف الاعمال ولكننا نقول جواز هذه الشركة باعتبار الوكالة والتوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا (وهذا) النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائط المفاوضة ومعنى هذا أنه متى كان مفاوضة فان كل واحد منهما مطالب بما يلتزمه صاحبه بحكم الكفالة ومتى كان عنانا فانما يطالب به من باشر السبب دون صاحبه كما هو حكم الوكالة (إذا) عرفنا هذا فنقول. بدأ الكتاب ببيان شركة العنان وانهما كيف يكتبان كتاب هذه الشركة بينهما والشركة عقد يمتد فيستحب الكتاب في مثله ليكون حكما بينهما فيما جرى من المنازعة قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) ثم المقصود بالكتاب التوثق والاحتياط فينبغي أن يكتب على أوثق الوجوه ويتحرز فيه من طعن كل طاعن ثم بدأ فقال (هذا ما اشترك عليه فلان وفلان) وبعض أصحاب الشروط عابوا عليه في هذا اللفظ فقال هذا إشارة إلى الصك فالاحوط أن يكتب هذا كتاب فيه ذكر ما اشترك فلان وفلان ولكن محمدا رحمه الله اتبع الكتاب والسنة فيما اختار قال الله تعالى (هذا ما توعدون) وهو إشارة إلى ما هو المقصود من الوعد للابرار والوعيد للفجار ولما اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أمر أن

[ 156 ]

يكتب هذا ما اشترى محمد رسول الله من الغد بن خالد بن هوذة اليهودي (ولما) أمر صلى الله عليه وسلم بكتاب الصلح يوم الحديبية كتب على رضى الله تعالى عنه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اصطاح محمد بن عبد الله وسهل بن عمر وعلي أهل مكة \* ثم قال (اشتركا على تقوى الله وأداء الامانة) فان هذا العقد عقد امانة والمقصود تحصيل الربح وذلك بالتقوى وأداء الامانة يحصل (ثم يبين مقدار رأس مال كل واحد منهما) لان عند القسمة لا بد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فلا بد من إعلام ذلك في كتاب الشركة ليرجعا إليه عند المنازعة \* ثم قال (وذلك كله في أيديهما) وهذه إشارة إلى أن رأس المال ليس بغائب ولا دين بل هو عين في أيديهما \* ومن الناس من شرط الخلط ومنهم من شرط أن يكون المال في أيديهما جميعا فالتوثق يذكر ذلك ويذكر أنهما يشتريان به ويبعان جميعا في شئ ويعمل كل واحد منهما فيه برأيه ويبع بالنقد والنسيئة \* وعندنا هذا يملكه كل واحد منهما بمطلق عقد الشركة الا أن من العلماء من يقول لا يملك كل واحد منهما ذلك ما لم يصرحا به في عقد الشركة فلتحترز عن قول هذه القائل يكتب هذا (ثم يذكر فما كان فيه من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وصيعة أو تعة فكذلك) ولا خلاف ان اشتراط الوصيعة بخلاف مقدار رأس المال باطل واشتراط الربح صحيح عندنا خلافا للشافعي رضى الله تعالى عنه على ما نبينه وأما مكانة علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه قال الربح على

ما اشترطا والوضيعة على المال وانما يذكر هذا ليكون أبعد عن الاختلاف. ولكن انما يكتب هذا إذا كان الشرط بينهما هكذا ثم قال (اشتركا على ذلك في شهر كذا من سنة كذا) وانما بتبيين التاريخ تنقطع المنازعة حتى لا يدعى احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه قبل هذا التاريخ (وكتب) التاريخ في زمن عمر رضى الله تعالى عنه فانه شاور الصحابة رضوان الله عليهم في التاريخ من أي وقت يعتبرونه فمنهم من قال من مولد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنهم من قال من وقت مبعثه ومنهم من قال من وقت موته ثم اتفقوا على التاريخ من وقت الهجرة وهو المعروف الذي يتعامل عليه الناس إلى يومنا هذا قال (ولا يجوز أن يفضل احدهما صاحبه في الربح لا في المال العين أو العمل بأيديهما أو في الذي ليس فيه شراء شيء بتأخير فأما في المال العين إذا تساويا في رأس المال واشترطا ان يكون الربح بينهما أثلاثا أو تفاوتا في رأس المال فكان لاحدهما الف وللآخر ألفان واشترطا أن يكون الربح بينهما نصفين يجوز عندنا وعلى قول زفر

[ 157 ]

والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز. أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فلان شركة الملك على مذهبه أصل وفي شركة الملك لا يجوز أن يستحق أحدهما شيئا من برح ملك صاحبه فكذلك في شركة العقد \* واعتبر الربح بالوضيعة فهي بينهما على قدر رؤس أموالهما واشتراطهما خلاف ذلك باطل فكذلك الربح ولكننا نقول استحقاق الربح بالشرط فانما يستحق كل واحد منهما بقدر ما شرط له لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم \* ثم جواز هذا العقد لحاجة الناس إليه والحاجة ماسة إلى هذا الشرط فقد يكون أحدهما أحذق من الآخر في وجوه التجارة فلا يرضى بأن يساويه صاحبه في استحقاق الربح مع حذاقته وخرق صاحبه \* ثم الربح يستحق بالعمل بدون المال وهو في المضاربة فيالعمل مع المال أولي (ثم) الوضيعة هلاك جزء من المال. وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الامين باطل ألا ترى ان في المضاربة لا يجوز اشتراط شيء من الوضيعة على المضارب ولهذا يقول زفر رحمه الله ان التساوي في الربح مع التفاصل في رأس المال لا يجوز هنا لانه لو جاز انما يجوز بالقياس على المضاربة على معنى ان صاحب الالفين يشترط جزأ من الربح للآخر بعمله فيه ومثل هذا في المضاربة لا يجوز لان المال في أيديهما هنا والعمل مشروط عليهما وفي المضاربة لو شرط العمل على رب المال أو كون المال في يده لا يجوز ولكننا نقول موجب المضاربة التخلية بين المضارب وبين رأس المال فيكون أمينا عاملا فيه وذلك ينعدم بهذا الشرط فأما موجب الشركة ليس هو التخلية بين احدهما والمال فهذا الشرط لا يؤدي إلى ابطال موجب الشركة ليس (ثم) حكم المضاربة هنا ثبت تعبأ للشركة وقد يثبت الشيء حكما على وجه لا يجوز اثباته قصدا كالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة \* وكذلك في العمل بأيديهما يجوز شرط التفاصل في الربح عندنا للحاجة إلى ذلك فقد يكون أحدهما أحذق في العمل من الآخر \* فأما قوله أو في الذي ليس فيه شراء شيء بتأخير فهو اشارة إلى شركة الوجود فان التفاصل في الربح هناك لا يجوز عند اشتراط التساوي في ملك المشتري لان ذلك ربح ما لم يضمن وقد بينا ذلك \* وقال (والشريكان في العمل إذا غاب أحدهما أو مرض أو لم يعمل وعمل الآخر فالربح بينهما على ما اشترطا) لما روى ان رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنا أعمل في السوق ولي شريك يصلى في المسجد

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك بركتك منه. والمعنى ان استحقاق الاجر بتقبل العمل دون مباشرته والتقبل كان

[ 158 ]

منهما وان باشر العمل أحدهما. ألا ترى ان المضارب إذا استعان برب المال في بعض العمل كان الربح بينهما على الشرط. أولا ترى أن الشريكين في العمل يستويان في الربح وهما لا يستطيعان ان يعملوا على وجه يكونان فيه سواء وربما يشترط لاحدهما زيادة ربح لحذاقته وان كان الآخر أكثر عملا منه فكذلك يكون الربح بينهما على الشرط ما بقى العقد بينهما وان كان المباشر للعمل احدهما ويستوى ان امتنع الآخر من العمل بعذر أو بغير عذر لان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه من العمل واستحقاق الربح بالشرط في العقد \* قال (وان جاء أحدهما بألف درهم والآخر بألفي درهم فاشتركا على أن الربح والوضيعة نصفان فهذه شركة فاسدة) ومراده ان شرط الوضيعة نصفين فاسد لان الوضيعة هلاك جزء من المال فكان صاحب الالفين شرط ضمان شئ مما يهلك من ماله على صاحبه وشرط الضمان على الالفين فاسد ولكن لا يبطل بهذا أصل العقد لان جواز الشركة باعتبار الوكالة والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما تفسد الشروط وتبقى الوكالة فكذا هذا فان عملا على هذا فوضعا فالوضيعة على قدر رؤس أموالهما لان الشرط بخلافه كان باطلا وان ربحا فالربح على ما اشترطا لان أصل العقد كان صحيحا واستحقاق الربح بالشرط في العقد فكان بينهما على ما اشترطا \* وان اشترطا الربح والوضيعة على قدر رأس المال والعمل من احدهما بعينه كان ذلك جائزا لان العامل منهما معين لصاحبه في العمل له في ماله حين لم يشترط لنفسه شيئا من بربح مال صاحبه فهو كالمستبضع في مال صاحبه (وان اشترطا الربح نصفين والوضيعة على رأس المال والعمل عليهما جاز ذلك لان صاحب الالف شرط لنفسه جزءا من ربح مال صاحبه وهو السدس بعمله فيه فيكون في معنى المضارب له الا ان معنى المضاربة تبع لمعنى الشركة والمعتبر موجب الاصل دون التبع فلهذا لا يضرهما اشتراط العمل عليهما \* فان عملاه أو عمل احدهما فالربح على ما اشترطا لان الاستحقاق بعد صحة العقد بالشرط لا بنفس العمل وقد كان العمل مشروطا عليهما فلا يضرهما تفرد أحدهما باقامة العمل \* وكذلك ان اشترطا العمل على صاحب الالف ووجه الجواز هنا أبين لان صاحب الالفين دفع إليه ماله ليعمل فيه بسدس الربح فان المشروط له نصف الربح ثلث الربح حصة رأس ماله وسدسه إلى تمام النصف يستحق من مال صاحبه بعمله فيه واشتراط العمل على المضارب يصح المضاربة ولا يبطلها (فان قيل) إذا كان يعمل هو في شئ شريك فكيف يستوجب عوض

[ 159 ]

عمله على شريكه (قلنا) استحقاق الربح بطريق الشركة لا بطريق الاجارة ولهذا لا يشترط فيه تسمية مقدار العمل ولا بيان المدة والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الاجر لان استحقاق الاجر بنفس العمل فإذا العامل فيما هو شريك فيه يستحق الربح بالشرط في عقد صحيح \* وان اشترطا العمل على صاحب الالفين لم تجز الشركة لان العامل شرط لصاحبه جزأ

من ربح ماله من غير أن يكون له فيه رأس مال أو عمل وذلك باطل فان استحقاق الربح باعتبار العمل والمال أو العمل أو الضمان ولم يوجد شيء من ذلك لصاحب الالف في مال صاحب الالفين فكان اشتراطه جزءاً من الربح له باطلا والربح بينهما على قدر رؤس أموالهما لان العامل لم يطمع في شيء من ربح مال صاحب الالفين حين لم يشترط شيئاً من ذلك لنفسه \* قال (وإذا أقعد الصانع معه رجلا في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف فهو فاسد في القياس) لان رأس مال صاحب الدكان منفعة المنافع لا تصلح أن تجعل رأس مال في الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول والجهالة تفسد عقد الاجارة وان ان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول الا انه استحسنت فاجاز هذا لكونه متعاملا بين الناس من غير نكير منكرو وفي نزع الناس عما تعاملوا به نوع حرج فلدفع هذا الحرج يجوز هذا العقد إذ ليس فيه نص يبطله ولان بالناس حاجة إلى هذا العقد فالعامل قد يدخل بلدة لا يعرفه أهلها ولا يأمنونه على متاعهم وانما يأمنون على متاعهم صاحب الدكان الذي يعرفونه وصاحب الدكان لا يتبرع بمثل هذا على العامل في العادة ففي تصحيح هذا العقد تحصيل مقصود كل واحد منهما لان العامل يصل إلى عوض عمله والناس يصلون إلى منفعة عمله وصاحب الدكان يصل إلى عوض منفعة دكانه فيجوز العقد ويطيب الفضل لرب الدكان لانه أقعده في دكانه واعانه بمتاعه وربما يقيم بعض العمل أيضا كالخياط يتقبل المتاع ويلى قطعه ثم يدفعه الي آخر بالنصف فلهذا يطيّب له الفضل وجواز هذه العقد كجواز عقد السلم فان الشرع رخص فيه لحاجة الناس إليه \* قال (ولا تصح الشركة بالعروض) واعلم بأن الشركة بالنقود من الدراهم والدنانير جائزة ولا تجوز الشركة بالتبر في ظاهر المذهب وقد ذكر في كتاب الصرف أن من اشترى بتبر بعينه شيئاً فهلك قبل القبض لا يبطل العقد فقد جعل التبر كالنقود حتى قال لا يتعين بالتعيين فالحاصل أن هذا يختلف باختلاف العرف في كل (11 مبسوط حادي عشر)

## [ 160 ]

موضع فان كانت المبايعات بين الناس في بلدة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالتعيين ويجوز الشركة به وان لم يكن في ذلك عرف ظاهر فهو كالعروض لا تجوز الشركة به فان كان التعيين مفيدا فيه فهو معتبر وان لم يكن مفيدا لا يعتبر كتعين الصنجان والقيمات (فأما الشركة بالفلوس) ان كانت نافعة لا تجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وتجوز في قول محمد رحمه الله (وذكر) الكرخي في كتابه أن قول أبي يوسف كقول محمد رحمهما الله والاصح ما قلنا وهو بناء على مسألة كتاب البيوع إذا باع قلنا تعيينه بفلسين باعيانها يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وتعين الفلوس بالتعيين بمنزلة الجوز والبيض وعند محمد رحمه الله لا يجوز ولا تتعين الفلوس الرائجة بالتعيين كالنقود. فكذلك في حكم الشركة محمد رحمه الله يقول هي بمنزلة النقود ما دامت رائجة وهما يقولان الرواج في الفلوس عارض في اصطلاح الناس وذلك يتبدل ساعة فساعة فلو جوزنا الشركة بها أدى إلى جهالة رأس المال عند قسمة الربح إذا كسدت الفلوس وأخذ الناس غيرها لان رأس المال عند قسمة الربح يحصل باعتبار المالية لا باعتبار العدد ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد (وروى) الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ان المضاربة بالفلوس الرائجة تصح وقال أبو يوسف رحمه الله لا تصح الشركة بها ولا تصح المضاربة

وفرق بينهما فقال في المضاربة يحصل رأس المال أولا ليظهر الربح والفلوس ربما تكسد فلا تعرف ماليتها بعد الكساد إلا بالحزر والظن ولا وجه لاعتبار العدد لما فيه من الاضرار بصاحب المال فأما في الشركة إذا كسدت الفلوس يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما باعتبار العدد لان حالهما فيه سواء فلا يختص أحدهما بالضرر دون الآخر (فأما) الشركة بالعروض من الدواب والنياب والعييد لا تصح عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى ومالك رحمها الله هي صحيحة للتعامل وحاجة الناس إلى ذلك ولا اعتبار شركة العقد بشركة الملك. وفي الكتاب علل للفساد فقال لان رأس المال مجهول يريد به أن العروض ليست من ذوات الامثال وعند القسمة لا بد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فإذا كان رأس مالهما من العروض فتحصيله عند القسمة يكون باعتبار القيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن ولا يثبت التيقن به. ثم الشركة مختصة برأس مال يكون أول التصرف به بعد العقد شراء لا بيعا وفي العروض أول التصرف يكون بيعا وكل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه ببيع متاعه على أن يكون له بعض

## [ 161 ]

ربحه وذلك لا يجوز وقد بينا ان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة فكذلك الشركة ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أمينا فإذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن والوكيل بالشراء يكون ضامنا للثمن في ذمته فإذا شرط له نصف الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن ولان في الشركة بالعروض ربما يظهر الربح في ملك أحدهما من غير تصرف بتغير السعر فلو جاز استحق الآخر حصة من ذلك الربح من غير ضمان له فيه وربما يخسر أحدهما بتراجع سعر عروضه ويربح الآخر فلهذه المعاني بطلت الشركة بالعروض \* فان باعا العروض بثمن واحد قسما الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم باعه لان كل واحد منهما تابع لملكه والمسمى من الثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العروض فيقسم عليهما باعتبار القيمة ولكل واحد منهما حصة عرضه لان الشركة لما فسدت كأنها لم تكن (وكذلك لا يصح أن يكون رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضاً في مفاوضة ولا عنان لجهالة رأس المال في نصيب صاحب العروض علي ما بينا \* قال (وان اشتركا في مكيل أو موزون أو معدود متفق في المقدار والصفة فان لم يخلطاه فليسا بشريكين ولكل واحد منهما متاعه له ربحه وعليه وضيعته) لان هذه الاشياء بمنزلة العروض وتستحق أعيانها بالعقد وأول التصرف فيها بعد الشركة يكون بيعا لا شراء فكانت كالعروض لا تجوز الشركة بها وان خلطاه فهو بينهما وما ربحا فيه فلهما وما وضعنا فيه فعليهما وهذا ظاهر لان الخلط حصل بفعلهما فالمخلوط يكون مشتركاً بينهما على قدر ملكهما وقد كان ملكهما سواء فالربح والوضعية بعد البيع يكون بينهما على ذلك ولم يذكر في الكتاب ان الشركة بينهما بعل الخلط تكون شركة ملك أو شركة عقد. وذكر في النوادر أن على قول أبي يوسف رحمه الله الشركة بينهما شركة ملك وعند محمد رحمه الله تكون شركة عقد وفائدة هذا الخلاف فيهما أنهما إذا اشترطا من الربح لا أحدهما زيادة على نصيبه عند أبي يوسف رحمه الله لا يستحق ذلك بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما على ما اشترطا \* محمد يقول المكيل والموزون عرض من وجه ثمن من وجه. ألا ترى ان الشراء بهما ديناً في الذمة صحيح فكان ثمناً وان بيع عينهما صحيح فكانت مبيعة وما تردد بين الاصلين يوقر حظه عليهما فليشبههما بالعروض قلنا لا تجوز الشركة بهما قبل الخلط

ولشبههما بالاثمان قلنا تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان باعتبار  
الشبهين تضعف

[ 162 ]

اضافة عقد الشركة اليهما فيتوقف ثبوتها علي ما يقويها وهو الخلط لان  
بالخلط تثبت شركة الملك لا محالة فيتا كد به شركة العقد لا محالة وأبو  
يوسف رحمه الله يقول ما يلصق أن يكون رأس مال في الشركة لا يختلف  
الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط كالنقود فكذلك ما لا يصلح أن يكون رأس  
مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط وهذا لان قبل  
الخلط إنما يجوز شركة العقد بها لانها متعينة فتعين رأس المال لابد منه  
في عقد الشركة واعيانها مبيعة وأول التصرف بها يكون بيعا وهذا المعنى  
موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا بالخلط لان الخلط لا يتقرر الا في معين  
والمخلوط المشترك لا يكون الا معيننا فتقرر المعنى المفسد لا يكون  
مصححا للعقد \* والذي يقال لمحمد ان تحصيل رأس المال عند القسمة هنا  
ممكن لانها من ذوات الامثال يشكل بما قبل الخلط فان هذا المعنى موجود  
فيه ومع ذلك لا يثبت بينهما شركة العقد وكذلك يشكل بما إذا كان رأس  
مال أحدهما حنطة ورأس مال الآخر شعيرا فالشركة لا تصح هنا بينهما  
خلطاه أو لم يخلطاه ورأس مال كل واحد منهما من ذوات الامثال يمكن  
تحصيله عند قسمة الربح ولكن محمد رحمه الله يفرق ويقول عقد الشركة  
انما يثبت بعد الخلط باعتبار المخلوط فعند اختلاف الجنس المخلوط ليس  
من ذوات الامثال ألا ترى ان من أنلف هذا المخلوط كان عليه قيمته وان لم  
يكن من ذوات الامثال كان بمنزلة العروض وأما إذا كان الجنس واحدا  
فالمخلوط من ذوات الامثال حتى أن من أنلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل  
رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل (ثم) عند اختلاف  
الجنس إذا باعا المخلوط فالمتن بينهما على قدر قيمة متاع كل واحد منهما  
يوم خلطاه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل واحد  
منهما وملك كل واحد منهما كان معلوم القيمة وقت الخلط فتعتبر تلك  
القيمة ولكن مخلوطا لانه دخل في البيع بهذه الصفة واستحقاق الثمن  
بالبيع فتعتبر صفة ملك كل واحد منهما حين دخل في البيع فان كان  
أحدهما يزيد الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقسمون غير مخلوط  
ومعنى هذا ان قيمة الشعير تزداد إذا خلطاه بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص  
فصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت  
في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب  
بقيمة حنطته مخلوطة بالشعير لان النقصان حصل بعمل هو راض به وهو  
الخلط وقيمة ملكه عند البيع ناقص فلا يضرب الا بذلك القدر \* وقد طعن  
عيسى في الفصلين

[ 163 ]

جميعا فقال قوله في الفصل الاول انه يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما  
يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقسمون غلط بل الصحيح انه يقسم  
الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم وقع البيع لان استحقاق الثمن  
بالبيع وانما يقسم الثمن على القيمة وقت البيع. ألا ترى انهما لو لم يخلطاه

ولكن باعاً الكل جملة فقسمة الثمن تكون على القيمة وقت البيع فكذلك بعد الخلط الا ان يكون تأويل المسألة أن تكون قيمته وقت الخلط والقسمة والبيع سواء (قال) الشيخ الامام الاجل رحمه الله تعالى وعندي أن ما ذكره صحيح لان معرفة قيمة الشئ بالرجوع إلى قيمة مثله مما يباع في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع في الاسواق حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل واحد منهما وقت البيع فإذا تعذر هذا وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة كل واحد منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لنصيب شريكه معتبراً بوقت الولادة لتعذر امكان معرفة القيمة وقت العتق لكونه مختبئاً في البطن فيصار إلى تقويمه في أول الحال الذي يمكن معرفة القيمة فيه وهو بعد الولادة فكذلك هنا يصار إلى معرفة قيمة ملك كل واحد منهما في أول أوقات الامكان وهو عند الخلط الا أنه إذا علم ان الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان ملك الآخر فتعتبر القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل واحد منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل واحد منهما بعد الخلط كالباقي في المثل إلى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما هو حق كل واحد منهما بخلاف ما إذا لم يخلطه لان تقويم ملك كل واحد منهما وقت البيع (قال) فان كان لاحدهما ألف درهم وللآخر مائة دينار فخلطاً أولم يخلطاً فهما سواء لانهما لا يختلطان وقد بينا أن خلط المالكين في النقود ليس بشرط لصحة عقد الشركة فإيهما هلك هلك من مال صاحبه لانه بقى على ملكه بعد عقد الشركة وكل واحد منهما أمين في رأس مال صاحبه سواء هلك في يده أو في يد صاحبه يكون هلاكه عليه ثم الشركة تبطل بهلاك أحد المالكين لان المقصود بالشركة التصرف بها لا عينها فإذا اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود ما لو اقترن بالعقد كان مانعاً من العقد فكذلك إذا اعترض يكون مبطلاً كالخمر في العصير المشتري قبل القبض والكساد في الفلوس وانعدام رأس المال لاحدهما لو اقترن بالعقد كان مانعاً فكذا إذا اعترض والمشتري بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه خاصة هكذا يقول في

[ 164 ]

بعض المواضع وفي بعض المواضع يقول إذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشتري بينهما نصفين ويرجع المشتري على صاحبه بنصف ما نقد من الثمن. وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال يكون الباقي مشترياً لنفسه خاصة وضع المسألة فيما إذا أطلقاً الشركة فيكون المشتري بمال أحدهما مشتركاً بينهما عند الاطلاق من قضية عقد الشركة وقد بطلت بهلاك مال أحدهما فيكون الآخر مشترياً لنفسه وحيث قال المشتري بمال آخر لا بينهما وضع المسألة فيما إذا صرحا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركاً بينهما وعند هذا التصريح الشركة في المشتري من قضية الوكالة لان كل واحد منهما قد وكل صاحبه بالشراء بماله نصاً على ان يكون نصف المشتري له والشركة وان بطلت بهلاك أحد المالكين فالوكالة باقية فلهذا كان المشتري بينهما نصفين ويرجع المشتري على صاحبه بنصف الثمن لانه اشترى له النصف بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه. وإذا تأملت موضوع المسألة في كل موضع يتبين لك صحة الجواب من غير حاجة إلى الفرق ومن غير تناقض في الجواب قال (فان اشترى متاعاً على المال فنقدا الثمن من الدراهم ثم هلك الدينير فانها تهلك من مال صاحبه خاصة)

لبقائها على ملكه بعد الشراء بالدراهم والمشتري بالدراهم بينهما على قدر رؤس أموالهما لان الشركة كانت قائمة بينهما حين اشترى بالدراهم وصار المشتري مشتركا بينهما فلا يتغير ذلك بهلاك الدينير بعد ذلك ولكن يرجع صاحب الدراهم على صاحب الدينير من ثمن المتاع بقدر حصته من المتاع لانه اشترى ذلك القدر له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وانما رضي بذلك على أن يشتري الآخر بالدينير لهما وينقد الثمن من مال نفسه فإذا فات ذلك رجع بما نقد من ثمن حصته من دراهمه (ثم) لم يذكر ان شركتهما في المتاع المشتري شركة عقد أو شركة ملك وفيه اختلاف بين محمد والحسن رحمهما الله تعالى فعند محمد هي شركة عقد حتى إذا باعه أحدهما نقد بيعه في الكل وعند الحسن رحمه الله هي شركة ملك حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك الدينير كما لو هلك قبل الشراء بالدراهم وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك. وجه قول محمد رحمه الله ان هلاك الدينير كان بعد حصول ما هو المقصود بالدراهم وهو الشراء بها فلا يكون مبطلا شركة العقد بينهما في ذلك كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا. قال (فان اشترى

## [ 165 ]

بالدراهم والدينير جميعا متاعا فالمتاع بينهما على قدر رؤس أموالهما) والحاصل ان في شرط الربح ليعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت عقد الشركة وفي وقوع الملك للمشتري يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت الشراء وفي ظهور الربح في نصيبهما أو في نصيب أحدهما يعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لانه ما لم يحصل رأس المال لا يظهر الربح وقد بينا هذا فيما أمليناه من شرح الجامع. قال (وان اشترى بالالف متاعا ثم اشترى بعد ذلك بالدينير متاعا فوضعا في احد المتاعين وربحا في الآخر فذلك بينهما على قدر رؤس أموالهما) لان الوضعية هلاك جزء من المال والربح كالمال فيكون على قدر رأس المال ما لم يغير ذلك بشرط صحيح (وكذلك) رجلا ان اشترى متاعا بألف درهم وكر حنطة على ان لاحدهما من المتاع بحصة الالف وللآخر بحصة الكر ودفعا الثمن فهذا الشرط معتبر لمقتضى مطلق السبب لان كل واحد منهما في الشراء يكون عاملا لنفسه وانما يملك من المبدل بقدر ما نقده من البديل (وكذلك) لو اشترى متاعا بكر حنطة وكر شعير فكال أحدهما كر حنطة على ان له من المتاع بحصته وكال الآخر الشعير على ان له من المتاع بحصته ثم باعا ذلك بدراهم فانهما يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان \* وكذلك كل ما يكال أو يوزن. قال عيسى رحمه الله هذا غلط والصواب ان يقتسما ذلك على القيمة يوم الشراء لما بينا ان في وقوع الملك في المشتري يعتبر قيمة مال كل واحد منهما يوم الشراء فانما يملك كل واحد منهما من المتاع المشتري بقدر رأس ماله عند الشراء ثم إذا باع ذلك فثمن حصة كل واحد منهما يكون له كما في العروض لو اشترى متاعا بعرضين أحضراهما لكل واحد منهما عرض ثم باعا ذلك المتاع بدراهم اقتسما الثمن على قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء بها الا أن يكون تأويل المسألة انهما باعا المتاع مرابحة فحينئذ الثمن في بيع المرابحة مبنى على الثمن الاول على قدر الملك فيقسم الثمن بينهما على قدر قيمة رأس مالهما وقت القسمة بخلاف العروض فان المشتري بالعروض لا يجوز بيعه مرابحة انما يجوز بيع المرابحة في المشتري بماله مثل من جنسه فكانت القسمة على قدر قيمة العروض وقت الشراء بها. ولكن هذا التأويل بعيد فانه قال ثم

باعا ذلك بدارهم. وقد نص على حكم بيع المرابحة بعد هذا فقال (إذا اشترى بالمكيل والموزون وباعاه مرابحة استوفى كل واحد منهما رأس ماله الذي كاله أو وزنه ثم اقتسما الربح على قيمة رأس مال كل واحد منهما ان باعاه مرابحة بمال مسمى وان باعاه بربح

[ 166 ]

عشرة أحد عشر كان لكل واحد منهما رأس ماله وحصته من الربح على ما باعا لانهما إذا باعا بربح عشرة أحد عشر فالربح من جنس أصل رأس المال بصفته وإذا باعاه مرابحة بمال مسمى فلربح مبنى على الثمن الاول فيقسم على قيمة رأس مال كل واحد منهما بيان هذا فيما قال في كتاب المضاربة لو اشترى شيئا بالف درهم نقد بيت المال ثم باعه مرابحة بربح مائة درهم فالربح الغلة ولو باعه بربح عشرة أحد عشر فالربح من نقد بيت المال كاصل الثمن وبهذا الفصل يتبين ضعف التأويل الذي قلنا في مسألة الطعن فانه قال هناك يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان فاعتبر في جميع ذلك الثمن دون الربح \* قال الشيخ الامام رحمه الله والذي تخيل لي بعد التأمل في تصحيح جواب الكتاب انه بنى على قول محمد رحمه الله ان شركة العقد بالمكيل والموزون ثبتت عند خلط المال وقد بينا هذا الا ان الخلط إذا كان في أصل رأس المال يختلف الجواب باتحاد الجنس وخلاف الجنس لان تمام الاختلاط عند اتحاد الجنس فاما الخلط هنا باعتبار المشتري والمشتري مختلط بينهما سواء اتفق جنس رأس المال أو اختلف فكان المشتري مشتركا بينهما شركة عقد ورأس مال كل واحد منهما ما أداه وهو من ذوات الامثال فيجب تحصيله عند القسمة فلهذا قال يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان بخلاف العروض فان شركة العقد لا تثبت بالعروض بحال ولا يكون حق كل واحد منهما في مثل عرضه لانه لا مثل له فكان المعتبر قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء. قال (ولو أن رجلا أعطى رجلا دنانير مضاربة فعمل بها ثم أراد القسمة كان لرب المال أن يستوفي دنانيره أو يأخذ من المال بقيمتها يوم يقتسمون) لان المضارب شريك في الربح ولا يظهر الربح الا بعد وصول كمال رأس المال إلى رب المال اما باعتبار العين أو باعتبار القيمة وقد بينا في اظهار الربح ان المعتبر قيمة رأس المال في وقت القسمة. وانما أورد فصل المضاربة لا يوضح ما أشار إليه في الشركة قال (وينبغي لمن خالف ذلك أن يقول أخذ قيمتها يوم أعطاه ولم يبين من المخالف قبل المخالف) زفر رحمه الله قال لا يجوز شركة العقد بالدرهم والدنانير لاختلاف جنس رأس المال وانما يكون لكل واحد من ملك المشتري بقدر ما أعطى من ماله فلهذا يعتبر قيمة كل واحد منهما وقت الاعطاء \* وفي النوادر لو دفع إلى رجل ألف درهم على أن يعمل بها على ان له ربحها وعليه الوضعية فهلك قبل الشراء فالقايض ضامن لها لان المعطى مقرض المال منه حين شرط

[ 167 ]

ان الربح كله له والوضعية عليه فهو اشارة الا انه يعمل بها لنفسه وذلك لا يكون الا بعد الاقراض والقبض بحكم القرض قبض ضمان. ولو قال اعمل

بها على ان الربح بيننا والوضيعة بيننا فهلكت قبل أن يعمل بها فلا ضمان عليه في قول أبى يوسف لانه أمره بالعمل بها علي وجه الشركة والمال أمانة في يد الشريك وثبوت حكم القرض في النصف هنا بمقتضى الشراء لانه في النصف يصير مشتريا لنفسه فما ينقد فيه المثلن يكون قرضا عليه فلا يثبت ذلك قبل الشراء وعند محمد رحمه الله هذا والاول سواء فإذا هلكت قبل الشراء بها فعليه ضمان نصفها للمعطي اعتبارا للجزء بالكل وهذا لانه شرط الوضيعة عليه في النصف وذلك لا يكون الا بطريق الاقراض فان المضارب ليس عليه من الوضيعة شئ فجعلناه مقرضا نصف المال منه وضمن القرض يثبت بالقبض. قال (وإذا جاء كل واحد منهما بالف درهم فاشتركا بها وخلطها كان ما هلك منها هالكا منهما وما بقي فهو بينهما) لان المخلوط مشترك بينهما وما يهلك من المال المشترك يهلك علي الشركة إذ ليس صرف الهالك إلى نصيب أحدهما بأولى من صرفه إلى نصيب الآخر الا أن يعرف شئ من الهالك أو الباقي من مال أحدهما بعينه فيكون ذلك له وعليه لان الاختلاط في ذلك القدر لم يتحقق. وانما يعرف ذلك بان يكون مال أحدهما صحاحا والآخر مكسورا فما كان باقيا من الصحاح يعلم انه ملك صاحبها والحال في هذا قبل الاختلاط وبعده سواء فأما إذا لم يعرف فانه يجعل الهالك والقائم بينهما علي قدر ما اختلط من رؤس أموالهما ليتحقق الاختلاط في ذلك. قال (وإذا اشتركا بغير رأس مال علي ان ما اشتريا من الرقيق بينهما فهذا جائز) وهذا يفسد شركة الوجوه في الرقيق خاصة وقد بينا أن شركة الوجوه تكون مفاوضة تارة وعنانا أخرى والعنان منها يكون عاما وخصوصا كالعنان في الشركة بالمال وهذا لان جوارها باعتبار الوكالة والتوكيل بشراء نوع خاص صحيح \* وكذلك لو قالا في هذا الشهر لانه توفيت في التوكيل والوكالة تقبل التخصيص في الوقت والعمل جميعا قال (فان قال أحدهما قد اشتريت متاعا فهلك منى وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق علي شريكه بذلك القدر) لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والتوكيل بالشراء إذا لم يكن الثمن مدفوعا إليه فقال اشتريته وهلك في يدي لا يصدق في الزام الثمن في ذمة الموكل بخلاف ما إذا كان الثمن مدفوعا إليه لان الوكيل أمين فيقبل قوله في براءته عن الضمان ولا يقبل قوله في الزام الدين لنفسه في ذمة الموكل لانه

## [ 168 ]

في ذلك غير أمين ولكن إذا دخل في ملكه ظاهرا مثل ما لزمه صح الزامه اياه وذلك بمباشرة الشراء لا باقراره فكذلك هنا كل واحد منهما في مباشرة الشراء يلزم ذمة صاحبه مثل ما يدخله في ملكه ظاهرا فاما في الاقرار لا يدخل شيئا في ملك شريكه ظاهرا فلا يصدق في الزام شئ في ذمته والقول قول الشريك لانكاره بعد أن يحلف وانما يحلف على العلم لانه استحلاف علي فعل الغير وهو شراء المدعى والحلف على فعل الغير يكون على العلم كما أشار إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث القسامة يحلف لكم اليهود خمسين يمينا بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا. قال (وان أقام البينة على الشراء والقبض ثم ادعى هلاك المتاع فالقول قوله مع يمينه على الهلاك) لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ثم هو أمين في المقبوض من نصيب صاحبه فيكون القول قوله في الهلاك مع يمينه ويتبع شريكه في نصف الثمن لان هلاك المشتري في يد الوكيل إذا لم يمنعه من الموكل كهلاكه في يد الموكل \* وكذلك إذا اشتريا متاعا وقبضاه ثم قبضه أحدهما لبيعه وقال قد هلك فهو مصدق مع يمينه لانه وكيل

بالباع في نصف صاحبه والوكيل بالبيع أمين فيما في يده فالقول في هلاكه قوله مع يمينه. قال (وإذا اشتركا بغير مال على أن ما اشترياه من شئ فهو بينهما نصفين ولا حدهما بعينه ثلثا الربح وللآخر الثلث فالشركة جائزة والشرط باطل) لأن أحدهما شرط لنفسه جزأ من ربح ملك صاحبه وهو غير ضامن لشئ من نصيب صاحبه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ولكن أصل الشركة لا تبطل بالشرط الفاسد فيجوز بيع كل واحد منهما فيما اشترى والربح بينهما نصفين على قدر ملكهما في المشتري. قال (وإذا اشتركا شركة عنان بأموالهما أو بوجههما فاشترى أحدهما متاعا فقال الشريك الذي لم يشتره هو من شركتنا وقال المشتري هو لى خاصة وإنما اشترته بمالى لنفسى قبل الشركة فالقول قول المشتري) لأن الظاهر شاهد له والأصل أن يكون كل أحد عاملا لنفسه ما لم يعم دليل على عمله لغيره ولأن سبب الملك له في المشتري ظاهر والآخر يدعى استحقاق بعض ما في يده عليه فكان القول قول المنكر مع يمينه بالله ما هو من شركتنا (فان قيل) قيام عقد الشركة بينهما في هذا النوع دليل ظاهر على أن المشتري بينهما فهو في قوله اشترته قبل عقد الشركة يدعى لنفسه تاريخا سابقا في الشراء ومثل هذا التاريخ لا يثبت الا بحجة (قلنا) نعم هذا نوع ظاهر يشهد للآخر ولكن الظاهر

[ 169 ]

حجه لدفع الاستحقاق فلا يثبت الاستحقاق بها وحاجة الآخر إلى اثبات الاستحقاق فلا يكفي الظاهر لذلك فأما حاجة المشتري إلى دفع الاستحقاق للآخر عما في يده فالظاهر يكفي لذلك. قال (رجل أمر رجلا أن يشتري عبدا بعينه بينه وبينه فقال المأمور نعم ثم ذهب فاشتراه وأشهد أنه يشتريه لنفسه خاصة فالعبد بينهما على الشركة) لأنه وكيل من جهة الآخر في شراء نصف العبد له والوكيل لا يعزل نفسه بغير محضر من الموكل كما أن الموكل لا يعزل وكيله بغير علم منه لما في فعل كل واحد منهما من الالتزام في حق صاحبه وذلك لا يثبت بدون علمه كخطاب الشرع لا يلزم المخاطب ما لم يعلم به ولأنه قصد عزل نفسه هنا في امتثال أمر الأمر فانما عزله في مخالفته أمره لكيلا ينفذ تصرفه عليه فأما في امتثال أمره لا يمكنه أن يعزل نفسه. وعلى هذا إذا اشتركا على أن ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع أحدهما الخروج عن الشركة الا بمحضر من صاحبه لأن كل واحد منهما وكيل لصاحبه \* ولو أشهد الموكل على إخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى إذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الأمر فكذلك في الشركة. قال (رجل أمر رجلا أن يشتري له عبدا بعينه بينه وبين المأمور فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بينى وبينك فقال المأمور نعم ثم ذهب المأمور فاشترى العبد فالعبد بين الأمرين نصفين ولا شئ للمشتري فيه) لأن الأمر الاول وكله بشراء نصفه له وقد تمت الوكالة بقبوله وصار بحال لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك لا يملك شراؤه لأنسان آخر لأنه إنما يملك الشراء لغيره بانه فيما يملك شراؤه لنفسه ولما أمره الثاني بأن يشتري العبد بينه وبينه فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف هذا النصف إلى النصف الآخر غير النصف الذى قبل الوكالة فيه من الاول وهذا لأنه وان ذكر كل النصف مطلقا ولكن مقصودهما تصحيح هذا التصرف ولا يمكن تصحيحه إلا أن يتعين في الوكالة من الثاني النصف الآخر وهو نظير عبد بين شريكين باع أحدهما نصفه مطلقا ينصرف بيعة الي حصته خاصة فهنا أيضا ينصرف توكيل الثاني إلى النصف الآخر خاصة فلهذا يجعل مشتريا نصفه لكل واحد

منهما بوكالته وخرج من البين. قال (رجل اشترى عبدا وقبضه فطلب إليه رجل آخر الشركة فاشركه فيه فله نصفه) لان الاشراك تملك نصف ما ملك بمثل الثمن الذي ملكه به ولو ملكه منع جميع ما ملك بعد ما قبضه بأن ولاه البيع كان صحيحا فكذلك إذا ملكه نصفه. وبيان

[ 170 ]

هذا ان مطلق عقد الشركة يقتضى التسوية قال الله تعالى في ميراث أولاد الام (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) اقتضى التسوية بين الذكور والاناث فلما قال هنا أشركتك فيه فمعناه سويتك بنفسي وذلك تملك للنصف منه وكذلك لو اشرك رجلين فيه صفقة واحدة كان العبد بينهم أثلاثا. قال (ولو اشترى رجلان عبدا فأشركا فيه رجلا فالقياس أن يكون للرجل نصفه ولكل واحد من المشتريين ربعه) لان الاشراك تملك بطريق التسوية بين المشتري وبين من أشرك على ما روى ان أبا بكر رضي الله تعالى عنه لما اشترى بلالا رضى الله عنه وأخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه أشركني فيه فقال قد أعتقته. فعرفنا بهذا أن الاشراك تملك حتى امتنع منه بالاعتاق ومقتضى لفظ الاشراك التسوية فكل واحد منهما صار مملكا نصف نصيبه منه حين سواه بنفسه في نصيبه فيجمع له نصف العبد ويبقى لكل واحد منهما ربعه. وفي الاستحسان يكون له ثلثه لانهما حين أشركاه فقد سواه بأنفسهما فيقتضى هذا اللفظ أن يسوى بينهما في ملك العبد وانما يتحقق ذلك إذا صار له ثلث العبد من جهة كل واحد منهما السدس ويبقى لكل واحد منهما ثلثه. بوضحه أنهما حين أشركاه فقد جعلاه كالمشتري للعبد معهما ولو اشتراه معهما كان له ثلث العبد. قال (ولو أشركه أحد الرجلين في نصيبه ونصيب صاحبه فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه) لان اشراكه في نصيبه نفذ في الحال وفي نصيب شريكه توقف على اجازة الشريك وعند الاجازة يصير الشريك مشركا له في نصيبه فكأن كل واحد منهما اشركه في نصيبه بعقد على حدة (وروى) ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله أن أحد المشتريين إذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان العبد بينهم اثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو أشركه باذن شريكه كان بينهم اثلاثا هذا لان المجيز صار راضيا بالسبب لا مباشرا له والحكم الثابت عند الاجازة يسند إلى وقت العقد فيصير كأنهما أشركاه معا فيكون بينهم اثلاثا. قال (وكذلك ان أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر أيضا في نصيبه) لان كل واحد منهما سواه بنفسه في نصيبه في عقد على حدة فيصير مملكا نصف نصيبه منه. وذكر ابن سماعة عن ابن يوسف رحمهما الله أن أحد المشتريين لو قال لرجل أشركتك في نصف هذا العبد كان مملكا جميع نصيبه منه

[ 171 ]

بمنزلة قوله قد أشركتك بنصف هذا ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل قد أشركتك في نصفه كان له نصف العبد بمنزلة قوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك في نصيبي فانه لا يمكن أن يجعل بهذا

اللفظ مملكا جميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف الباء فانه لو قال اشركتك بنصيبى كان باطلا فلهذا كان له نصف نصيبه. قال (رجل اشترى عبدا ولم يقبضه حتى اشرك فيه رجلا لم يجز) لانه بيع ما لم يقبض وذلك منهي عنه ألا ترى انه لو ملكه الكل قبل القبض بطريق التولية لم يجز فكذلك إذا ملكه البعض بالاشراك فان اشركه بعد القبض فهلك قبل أن يسلمه إليه لم يكن عليه ثمن ما اشركه فيه بمنزلة ما لو ولاه وهذا لانه في حقه بائع وهلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم مبطل للبيع. ولم يذكر في الكتاب لو قبض نصف العبد ثم اشرك فيه غيره (والجواب) أنه يصح اشراكه في نصف العبد اعتبار للبعض بالكل (فان قيل) كانوا ينبغي أن ينصرف اشراكه إلى النصف الذي قبضه خاصة تصحيحا لتصرفه بمنزلة عبد بين شريكين باع أحدهما نصفه مطلقا ينصرف البيع إلى نصيبه خاصة (قلنا) الاشراك يقتضي النسوية وانما يتحقق إذا انصرف اشراكه إلى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه ولا يصح في غير المقبوض لانعدام شرطه فأما إذا انصرف الي تملك المقبوض خاصة لا يكون تسوية بينهما وتصحيح التصرف يجوز على وجه لا يخالف الملقوط ففي تعيين المقبوض هنا مخالفة الملقوط بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصف المقبوض فليس في تعيين نصيبه هناك لتصحيح العقد مخالفة الملقوط. قال (وإذا اشترك الرجلان في عبد قبل أن يشترياه فقال كل واحد منهما لصاحبه أينا اشترى هذا العبد فقد اشرك فيه صاحبه أو قال فصاحبه فيه شريك له فهو جائز) لان كل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه بوكالته فإذا قبضه فذلك كقبضهما جميعا لان القبض من حقوق العقد وذلك إلى العاقد. ثم يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه منه حتى إذا مات كان من مالهما جميعا (فان اشترياه معا أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الباقي كان بينهما) لانهما ان اشترياه معا فقد صار كل واحد منهما مشتريا نصفه لنفسه وان اشترى أحدهما نصفه فقد صار مشتريا نصف هذا العبد لنفسه

## [ 172 ]

ونصفه لصاحبه وكان العبد بينهما فان نقد أحدهما الثمن بأمر صاحبه أو بغير أمره وقد كانا اشتركا فيه قبل الشراء على ما وصفت لك فانه يرجع بنصف الثمن على شريكه لان بالعقد السابق بينهما صار كل واحد منهما وكيل صاحبه في نقد الثمن من ماله ألا ترى أنه لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن رجع على شريكه بنصفه بحكم تلك الوكالة فكذلك إذا اشترياه وأدى الثمن أحدهما فانما أدى النصف عن نفسه والنصف عن شريكه بوكالته فيرجع به عليه. (قال فان أذن كل واحد منهما لصاحبه في بيعه ثم باعه أحدهما على ان له نصفه كان بائعا لنصف شريكه بنصف الثمن فان باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين) في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله. وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله البيع على نصف المأمور خاصة فيحتاج في تخريج هذه المسألة إلى معرفة فصلين (أحدهما) أن عند أبي حنيفة الوكيل يبيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل يبيع نصف العبد يملك بيع ذلك النصف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يملك وقد بينا هذا في كتاب الوكالة (والثاني) أن العبد إذا كان لواحد فقال لرجل بعته منك الا نصفه بألف درهم كان بائعا للنصف بألف درهم. ولو قال بعته منك بألف درهم على ان لى نصفه كان بائعا للنصف بخمسائة لان الاستثناء والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة

عما وراء المستثنى فكأنه قال بعث منك نصفه بألف درهم فأما قوله على أن لي نصفه ليس باستثناء بل هو عامل على سبيل المعارضة للاول فكان الايجاب الاول متناولا لجميعه وبالمعارضة تبين انه جعل الايجاب في نصفه للمخاطب وفي نصفه لنفسه وذلك صحيح منه إذا كان مقيدا ألا ترى أن رب المال يشتري مال المضاربة من المضارب فيكون صحيحا وان كان ذلك مملوكا له لكونه مقيدا فهنا أيضا ضم نفسه إلى المخاطب في شراء العبد مقيد في حق التقسيم فلهذا كان بائعا نصفه من المخاطب بخمسائة. إذا عرفنا هذا فنقول البائع منهما هنا بائع نصفه بحكم الملك وفي النصف وكيل عن صاحبه فإذا قال بعته منك على ان لي نصفه كان ايجابه متناولا للكل. ثم قوله على ان لي نصفه معارض فيكون ذلك معتبرا في تقسيم الثمن وفي ابقاء نصيبه على ملكه ويبقى موجبا للمشتري نصيب شريكه بنصف الثمن \* وإذا قال بعته الا نصفه فهذا بمنزلة قوله بعث نصفه بكذا فعند أبي حنيفة ينصرف إلى النصف من النصيبين جميعا لان تعيين نصيبه قبل الوكالة لتصحيح تصرفه وبعد الوكالة تصرفه صحيح وان لم يتعين له نصيبه لان من أصله أن الوكيل

[ 173 ]

بيع نصف العبد يملك بيع نصف ذلك النصف فلهذا كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين وعندهما لا يمكن تصحيح تصرفه في النصيبين لان الوكيل يبيع نصف العبد لا يبيع نصف ذلك النصف فينصرف بيعه إلى نصيب نفسه لتصحيح تصرفه. قال (رجل اشترى عبدا وقبضه ثم قال لرجل آخر قد اشركتك في هذا العبد على أن تنقد الثمن عنى ففعل كانت هذه الشركة فاسدة) لانه ملكه نصف العبد بيعا بنصف الثمن وشرط فيه أن ينقد جميع الثمن عنه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيبطل هذا البيع بينهما لمكان الشرط وان نقد عنه الرجل رجع عليه بما نقد عنه لانه قضى دينه بأمره ولا شئ له في العبد لان الاشراك كان فاسدا وبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا. قال (رجل اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى رجل آخر نصف ذلك العبد الباقي بمائتي درهم ثم باعاه مساومة بثلاثمائة درهم أو بمائتي درهم فالثمن بينهما نصفين ولو باعاه مرابحة بربح مائة درهم أو قال بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثا) وكذلك لو ولياه رجلا برأس المال أو باعاه بوضعية كذا فالثمن بينهما أثلاثا لان الثمن في بيع المساومة بمقابلة الملك حتى يعتبر الملك هو في المحل دون الثمن الاول حتى لو كان موهوبا أو كان مشتري بعرض لا مثل له يجوز بيعه مساومة فعرفنا ان الثمن بمقابلة الملك وهما يستويان في ملك العبد فيستويان في ثمنه. وأما بيع المرابحة والتولية والوضعية باعتبار الثمن الاول ألا ترى انه لا تستقيم هذا البيوع في الموهوب والموروث وفي المشتري بعرض لا مثل له والثمن الاول كان أثلاثا بينهما فكذلك الثاني. يوضح الفرق أن في بيع المرابحة لو اعتبرنا الملك في قيمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق أحدهما وضعية في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف بيع المساومة. قال (وإذا اشترك الرجلان شركه عنان في تجارة على أن يشتريا ويبعا بالنقد والنسيئة فاشترى أحدهما شيئا من غير تلك التجارة فهو له خاصة لان كل واحد منهما بحكم الشركة يصير وكيل صاحبه والوكالة تقبل التخصيص فإذا خصا نوعا كان كل واحد منهما في شراء ما سوى ذلك كالأجنبي عن صاحبه فيكون مشتريا لنفسه خاصة فأما في ذلك النوع فبيع كل واحد منهما وشراؤه بالنقد

والنسيئة ينفذ علي صاحبه لانهما صرحا بذلك وهكذا لو لم يصرحا فان بمطلق التوكيل يملك الوكيل البيع والشراء بالنقد والنسيئة على الموكل فكذا بمطلق الشركة الا أنه إذا اشترى أحدهما بالنسيئة

[ 174 ]

بالنقود أو المكيل أو الموزون فان كان في يده من مال الشركة من ذلك الجنس جاز شراؤه على الشركة وان لم يكن كان مشتريا لنفسه لانه لو نفذ شراؤه على الشركة كان مستدينا على المالك وليس للشريك شركة عنان ولا للمضارب ولاية الاستدانة بمطلق العقد لمعين وهو انه لو صح استدانتهما زاد مال الشركة والمضاربة وما رضى كل واحد من الشريكين بتصرف صاحبه الا في مقدار ما جعله رأس المال فلهذا كان شراؤه بالنسيئة في هذه الحالة على نفسه خاصة. قال (وان كان مال الشركة في يده دراهم فاشترى بالنسيئة بالدنانير عندنا يصير مشتريا على الشركة (استحسانا) وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يصير مشتريا لنفسه بناء على أصل معروف وهو ان الدراهم والدنانير في القياس جنسان وفي الاستحسان كجنس واحد في ضم أحدهما إلى الآخر وفي تكميل النصاب وغيره. ثم قد بينا ان عند زفر رحمه الله في حكم الشركة هما جنسان حتى لا تصح الشركة إذا كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر دنانير فكذا في حكم الشراء بالنسيئة وعندنا هما كجنس واحد في صحة الشركة بهما فكذا في الشراء بالنسيئة على شريكه. قال (فان أقر أحدهما بدين في تجارتهما وأنكره الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه) لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكلا كان أو مباشرة لنفسه وان أقر أحدهما ولياه لزمه نصفه لانه في النصف مقر على نفسه وفي النصف على صاحبه ويعقد الشركة لا يثبت له ولاية الزام الدين في ذمة صاحبه باقراره فبطل اقراره. وان أقر أن صاحبه وليه لم يلزمه منه شيء لانه أقر على غيره ولا ولاية له في الزام الدين على غيره باقراره وهذا بخلاف شركة المفاوضة فانها تتضمن الكفالة والوكالة جميعا فيكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه بما يلزمه فإذا أقر أحدهما كان كل واحد منهما مطالبا بجميع ذلك المال بحكم الفالة. فأما شركة العنان تتضمن الوكالة دون الكفالة وبحكم الوكالة لا يصير كل واحد منهما مطالبا بما علي صاحبه. قال (فان كان لشريكي العنان علي رجل دين فأخره أحدهما لم يجز علي صاحبه) بخلاف شريكي المفاوضة لان المتفاوضين فيما هو من صنيع التجار كشخص واحد والتأجيل من صنيع التجار فمباشرة أحد هما فيه كمباشرتهما وبشركة العنان ما صارا كشخص واحد ولان في شركة المفاوضة لكل واحد منهما حق المطالبة بما وجب لصاحبه بمباشرتة فكان له أن يؤجل فيه وليس لشريك العنان حق المطالبة بما وجب بمباشرة صاحبه فلا يكون له أن يؤجل في نصيب صاحبه وفي نصيب نفسه اختلاف بين

[ 175 ]

أبي حنيفة وبين صاحبيه رحمهم الله في صحة التأجيل موضع بيانه في كتاب الصلح. قال (وان اشترى أحدهما شيئا من تجارتهما فوجد به عيبا لم يكن للأخر أن يردده) لان الرد بالعيب من حقوق العقد وذلك يتعلق بالعاقد

ولان الآخر في النصف أجنبي وفي النصف موكل وليس للموكل أن يخاصم في العيب مع البائع فيما اشتراه وكيله وكذلك لو أخذ أحدهما مالا مضاربة فربح فيه كان الربح له خاصة لان مال المضاربة ليس من شركتهما في شئ فعمله فيه يكون لنفسه خاصة دون شريكه واستحقاق المضارب الربح بعمله \* وكل وصيغة لحقت أحدهما من غير شركتهما فهي عليه خاصة لان فيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة الأجنبي. وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بشهادة من غير شركتهما فهو جائز لانه عدل لانه في شهادته بخلاف ما هو من شركتهما فانه متهم في شهادته لماله من النصيب في الشهود به وقال أبو حنيفة لشريك العنان أن يضح وأن يدفع المال مضاربة وأن لم يأذن له شريكه في ذلك ويجوز له أن يعمل في المال الذي ليس من شركتهما كل شئ يجوز للمضارب أن يعمل وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى \* وهذه المسألة تشتمل على فصول (أحدها) ان ل احد الشريكين أن يوكل بالتصرف وهو استحسان وفي القياس ليس له ذلك لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل أن يوكل غيره وان الموكل انما رضى برأيه ولم يرض برأى غيره. وفي الاستحسان التوكيل من عادة التجار وكل واحد منهما لا يجد بدامنه لان الربح لا يحصل الا بالتجارة الحاضرة والغائبة وكل واحد منهما عاجز عن مباشرة النوعين لنفسه ولا يجد بدا من أن يوكل غيره بأحد النوعين ليحصل مقصودهما وهو الربح فيصير كل واحد منهما كالأذن لصاحبه في ذلك دلالة ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة ولهذا صحت من غير بيان جنس المشتري وصفته وفي الوكالة العامة للوكيل أن يوكل غيره فانه لو قال لو كي له عمل برأيك كان له أن يوكل غيره (وكذلك) ل احد الشريكين ان يضع لان ذلك من عادة التجار ولانه لو استأجر من يتصرف في مال الشركة لجاز ذلك منه على شريكه فإذا وجد من يتصرف بغير أجر كان له أن يضعه بطريق الاولى (وكذلك) له أن يودع من مال الشركة لان له أن يستأجر من يحفظ مال الشركة فلان يكون له أن يودع ليحفظ المودع بغير أجر أولى \* وله أن يدفع من مال الشركة مضاربة لان له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة بأجر مضمون في الذمة (12 مبسوط حادى عشر)

[ 176 ]

فلان يكون له أن يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل من عمله من غير أن يكون ذلك مضمونا في الذمة أو لى لان هذا أنفع لهما (وروى) الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ليس له أن يدفع المال مضاربة لانه إيجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس ل احد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة وما ذكره في الكتاب أصح. ووجه الفرق بين الشركة والمضاربة ان ما يستفاد بعقد فهو من توابع ذلك العقد وانما يتبع الشئ ما هو دونه لا ما هو مثله أو فوقه والمضاربة دون الشركة. ألا ترى أنه ليس على المضارب شئ من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شئ من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفاد بعقد الشركة لانه دونه فأما الاشتراك مع الغير مثل الاول فلا يمكن ان يجعل من توابعه مستفادا به فهو نظير ما يقول ان للمضارب ان يوكل لان الوكالة دون المضاربة وليس له أن يدفع المال مضاربة لان الثاني مثل الاول فلا يكون مستفادا به ولهذا لم يكن للوكيل أن يوكل بمطلق التوكيل لان الثاني مثل الاول فلا يكون مستفادا به ولهذا لم يكن للوكيل أن يوكل بمطلق التوكيل لان الثاني مثل الاول ولكن هذا كله في حق الغير فأما في حق نفسه فيجوز أن يوجب لغيره مثل ماله

ولهذا كان للمكاتب أن يكاتب وللمأذون أن يأذن لعبدته لانه متصرف لنفسه بفك الحجر عنه والله سبحانه وتعالى أعلم باب شركة المفاوضة (روى) عن أبى سيرين رحمه الله تعالى قال لا تجوز شركة بعروض ولا بمال غائب وفى هذا دليل على انه لا بد من احضار رأس المال ولكن ان وجد الاحضار عند الشراء بها فهو والاحضار عند العقد سواء حتى إذا دفع إلى رجل ألف درهم على أن يشتري بها ويألف من ماله وعقدا عقد الشركة بينهما بهذه الصفة فأحضر الرجل المال عند الشراء جازت الشركة لان المقصود هو التصرف لانفس الشركة فإذا وجد احضار المال عند المقصود كان ذلك بمنزلة الاحضار عند العقد (وعن) الشعبي رحمه الله قال الربح على ما اصطلاحا عليه والوضيعة على المال فكذلك في الشركة وهو مروى وعن علي رضى الله تعالى عنه وبه نأخذ. وتعتبر الشركة بالمضاربة فكما ان الربح في المضاربة على الشرط والوضيعة على المال فكذلك في الشركة (وعن) علي رضى الله تعالى عنه قال ليس على من قاسم الربح ضمان

[ 177 ]

وتفسير هذا أن الوضيعة على المال في المضاربة والشركة لان الوضيعة هلاك جزء من المال والمضارب والشريك أمين فيما في يده من المال وهلاك المال في يده الامين كهلاكه في يد صاحبه \* قال (وإذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة فكتبتا بينهما كتابا بينا فيه انهما اشتركا فيه في كل قليل أو كثير شركة مفاوضة وان رأس مالهما كذا وكذا بينهما نصفين يعمل كل واحد منهما برأيه فإذا اشتركا على هذا فهما متفاوضان) وهذا لما بينا ان اعتبار المساواة ركن المفاوضة فلا بد من أن تذكر التسوية بينهما في رأس المال والرابح وان الشركة بينهما في كل قليل أو كثير لانه إذا اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يكون العقد بينهما مفاوضة لانعدام المساواة ولكن ان اختص أحدهما بملك عرض أو دين على انسان فالشركة بينهما مفاوضة لان العرض لا يصلح أن يكون رأس مال الشركة والدين كذلك وهو نظير الاختصاص بالزوجة أو الولد وذلك لانعدام المساواة المعتبرة في المفاوضة ونص في الكتاب على لفظة المفاوضة. وقد بينا ان هذا لا بد منه وان كانا لا يعرفان جميع أحكام المفاوضة وبعد ما صارا متفاوضين فما اشترى أحدهما فهو جاز عليه وعلي صاحبه يؤخذ به كله لان المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة فيحكم الوكالة يجعل شراء أحدهما كشرائهما وبحكم الكفالة يجعل كل واحد منهما مطالباً بما يجب على صاحبه بسبب التجارة. قال (وان كان رأس مال كل واحد منهما ألف درهم فاشتركا ولم يخلطوا المال فالشركة جائزة) وفى النوادر قال فى القياس لا تكون الشركة مفاوضة بينهما قبل خلط المالين لان كل واحد منهما مختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وذلك ينفي المفاوضة وفى الاستحسان يجوز لان المساواة موجودة بينهما وان لم يخلطوا المال واختصاص أحدهما بملك مال غير صاف للمفاوضة بعينه بل بانعدام المساواة فإذا كانت المساواة موجودة كان الخلط وعدم الخلط سواء فان هلك أحد المالين يهلك من مال صاحبه على ما بينا في شركة العنان وتبطل الشركة بينهما \* وان اشترى بأحد المالين فى القياس تبطل المفاوضة أيضا لان المشتري صار بينهما نصفين والآخر مختص بملك رأس ماله فتندم المساواة وفى الاستحسان لا يبطل العقد. وللأستحسان وجهان (أحدهما) ان المساواة قائمة معنى لان الآخر وان ملك نصف المشتري فقد صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ماله مستحق به لصاحبه (والثانى) أن مالا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا ولا يمكن

التحرز عن هذا التفاوت عادة فقلما يجدان شيئا واحدا يشتريانه بمالهما. ولا بد من أن يكون الشراء بأحد المالين قبل الآخر فيجعل هذا عفوا لعدم إمكان التحرز عنه \* قال (فان كانت دراهم أحدهما بيضا ودراهم الآخر سودا فهو كذلك) لان السود والبيض كل واحد منهما يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وتتفاوت الوصف ينعدم الاختلاط وقد بينا ان الخلط ليس بشرط الا أن يكون لاحدهما على الآخر فضل في الصرف فلا تجوز شركة المفاوضة لانعدام التساوي بينهما الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقد بينا هذا ثم تكون الشركة بينهما عنانا لان تحصيل مقصود المتعاقدين بقدر الامكان واجب والعنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا وهذا عنان عاما وان لقباه بالمفاوضة فهو لقب فاسد لانعدام شرط المفاوضة ولكن لا يبطل به أصل الشركة فان كان شراء يوم وقعت الشركة ثم صار في أحدهما فضل قبل أن يشتريا شيئا فسدت المفاوضة أيضا لانه اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود به ما يمنع ابتداء العقد وهو التفاوت في ملك المال فيكون مبطلا للعقد كما لو ورث أحدهما مالا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة تفسد به المفاوضة وان كان ذلك بعد الشراء بالمالين جميعا فالشركة جائزة لان المقصود قد حصل حين اشتريا بالمالين فلا معتبر بما يظهر من التفاوت في العرف بعد ذلك (فان قيل) أليس أنه لو ورث أحدهما مالا بعد الشراء بالمالين أو وهب له مالا فسدت المفاوضة (قلنا) لان المساواة في ملك المال منعدم هناك بما اختص به أحدهما وهنا لا ينعدم لان ملكهما تحول من الدراهم إلى المشتري والمشتري بينهما نصفان (فان قيل) لا كذلك بل لكل واحد منهما على صاحبه نصف رأس ماله دينا عليه حتى لو هلك المشتري يرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف رأس ماله فينعدم المساواة أيضا بظهور الفصل في النصف (قلنا) نعم ولكن ما استوجبه كل واحد بينهما على صاحبه دين عليه والدين لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة فالتفاوت بينهما في ذلك لا يمنع بقاء المفاوضة كما لو ورث أحدهما دينا أو عرضا وكذلك لو كان رأس مال أحدهما ألف درهم ورأس مال الآخر مائة دينار فان كانت قيمتها مثل الالف فالشركة بينهما مفاوضة وهذا في التفريع كالسود والبيض وان كانت قيمة الدينائر أكثر من ألف درهم لم تجز المفاوضة لانعدام المساواة وكانت الشركة بينهما عنانا حتى لا يطالب كل واحد منهما بما يجب على صاحبه لان ذلك من حكم من الكفالة الثابتة

بالمفاوضة. قال (وإذا اقتسما ضرب كل واحد منهما برأس ماله أو بقيمته يوم يقتسمون) لما بينا ان المعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لاطهار الربح فانه لما لم يصل إلى كل واحد منهما جميع رأس ماله لا يظهر الربح ليقتسماه بينهما \* قال (ولو قال أحدهما لصاحبه بعتك نصف مالي هذا بنصف مالك هذا فرضي بذلك وتقابضا كانا شريكين فيهما بمنزلة المال المختلط) لان العقد الذي جرى بينهما عقد صرف وقد تم بالتقابض فصار كل واحد من المالين مشتركما بينهما نصفين فان كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضاً فباعه نصف العروض بنصف الدراهم و

تقابضا ثم اشتركا شركة مفاوضة أو شركة عنان جار ذلك لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت في الشركة حكم العروض وهو بينهما نصفان بيعا \* وقد يدخل في العقد بيعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه قصدا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعا إذا وقف قرية بما فيها من الدواب والمماليك وآلات الحراثة وان كان لا يثبت حكم الوقف في المنقولات قصدا فهذا مثله وقد بينا ان الشراء والحل بمنزلة العروض في انه لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة. قال (وان اشتركا شركة مفاوضة بغير مال على أن يشتريا بوجوههما فهو جائز) كما بيناه في شركة العنان الا أن تكون المفاوضة عامة ومثله في الوكالة لا يجوز فان من قال لغيره اشتر بيني وبينك لا يكون ذلك صحيحا ما لم يعين المشتري أو يخص بذكر الوقت أو بتسمية الجنس في العروض والقدر في المكيل والموزون أو بتسميته الثمن وتفويض الامر إلى رايه على العموم وفي شركة الوجوه يجوز ذلك بدون التخصيص لانها تشتمل على البيع والشعراء ومقصودهما الربح لا عين المشتري ومثله في الوكالة يجوز أيضا لو قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشترينا من شئ فهو بيننا نصفان على أن يبيعه ويقسم ربحه نصفين وكان ذلك تفسيراً للشركة فأما في الوكالة الخاصة المقصود عين المشتري فلا بد من اعتبار معنى الخصوص فيه لتصحيح الوكالة. قال (وكذلك ان اشترك خياطان في الخياطة مفاوضة أو خياط وقصار أو شبه ذلك من الاعمال المختلفة أو المتفقة حتى إذا تقبل أحدهما عملاً أخذ الآخر به وان كان عمله غير ذلك العمل) لان بشركة المفاوضة صار كل واحد منهما وكيل صاحبه في تقبل العمل له وكفيلا عن صاحبه فيما يجب عليه فكان كل واحد منهما مأخوذاً بما يقبله الآخر ولا يمتنع صحة التقبل باعتبار أن ذلك ليس من عمله لانه لا يتعين عليه

## [ 180 ]

اقامة ما يقبل ببذنه ولكن له أن يقمه بأعوانه واحزابه وهو يقدر له على ابقاء ما التزمه بهذا الطريق فلهذا كان مطالباً بحكم الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم باب بضاعة المفاوض قال (ولاحد المتفاوضين أن يبيع بضاعة مع رجل وأن يدفع مضاربة وان يودع) وقد بينا ان شريك العنان يملك هذا فالمفاوض أولي لانه أعم تصرفنا منه. قال (وليس له أن يقرض لان الاقتراض تبرع) وكل واحد من المتفاوضين انما قام مقام صاحبه في التجارة في مال الشركة دون التبرع ألا ترى انه لا يملك الهبة ولا الصدقة في نصيب صاحبه فالاقتراض في كونه تبرعاً كالصدقة أو فوجه قال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشرة أمثالها والقرض بثمانية عشر. وقيل انما جعل الثواب في القرض أكثر لان ملتزم القرض لا يأتيك الا محتاجاً والسائل للصدقة قد يكون محتاجاً وقد يكون وغير محتاج (وذكر الحسن ان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاحد المتفاوضين أن يقرض مال المفاوضة من رجل ويأخذ منه ما نتحققه به وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ليس له ذلك وجعل هذا بمنزلة الكفالة من بحث انه متبرع في الاداء ولكن يرجع بمثله كما ان الكفيل متبرع في الالتزام ولكن يرجع بمثل ما يؤدي. ثم من أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان أحد المتفاوضين إذا كفل بمال يلزم شريكه ويجعل معنى المفاوضة في ذلك راجحاً لذلك الاقرار وعندهما كفالة أحد المتفاوضين لا يلزم شريكه وجعل معنى التبرع فيه راجحاً لذلك في الاقرار. قال (فان أقرض أحدهما فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه) لانه متعدد في نصيب شريكه بنصرفه في المال على غير ما

هو مقتضى الشركة ولكن لا يفسد ذلك المفاوضة لان المضمون له انما  
اختص بملك دين وذلك غير مفسد للمفاوضة ما لم يقبضه ولان المقترض  
مستوجب مثل ذلك عن المستقرض فكانت المساواة بينهما قائمة. قال  
(وليس له أن يعير دابة بغير رأيه من شركتهما في القياس) لان الاعارة  
تبرع بالمنفعة بغير بدل فهو كالتبرع بالعين بغير بدل كالهبة وذلك خلاف ما  
تقتضيه المفاوضة قال (فإذا فعل فعطبت الدابة تحت المستعير كان المعير  
ضامنا نصف قيمة الدابة لشريكه في القياس) لانه متعدد في نصيبه  
بالتسليم إلى المستعير ولكن استحسن فقال له أن يعير ولا ضمان عليه  
لان الاعارة من توابع التجارة فان التاجر لا يجد بدامنه

## [ 181 ]

لانه إذا أتاه من يعامله فلا بد أن يعيره ثوبا ليلبس أو وسادة يجلس عليها ولا  
يجد بدا من اعارة الميزان وصنجاته من بعض الجيران فان من لا يعير لا يعار  
عند حاجته وكل واحد منهما مالك للتجارة في هذا المال فيملك ما هو من  
توابع التجارة ألا ترى ان المأذون يعير والمفاوض أعم تصرفا من المأذون  
حتى ان المفاوض يكتب والمأذون لا يكتب. وعلل في بعض النوادر فقال  
التاجر في المال وان لم يكن مالكا لشيء منه فله أن يعير وانما أراد به  
المأذون فالتاجر الذي يملك النصف يكون شريكا في الربح لا تملك الاعارة  
أولى. قال (ولو أبضع أحدهما بضاعة مع رجل لم يفرق المتفاوضان ثم  
اشترى المستبضع بالبضاعة شيئا وهو لا يعلم توفرهما فشرأه جائز على  
الأمر وعلى شريكه) لان الابضاع توكيل ومباشرة أحدهما فيه حال قيام  
المفاوضة كمباشرتهم ثم افتراقهما عزل منهما اياه عن لتصرف قصدا  
وحكم العزل لا يثبت قصدا في حق الوكيل ما لم يعلم به فلهذا نفذ شرأه  
عليهما ولو كان أمره بالشراء ولم يدفع إليه ما لا كان ما اشترى للأمر خاصة  
لان عمل أحدهما فيما هو من شركتهما كعملهما. وإذا دفع إليه مالا من  
شركتهما وأمره أن يشتري بها فانما وجد عمل أحدهما فيما هو من  
شركتهما فإذا لم يكن دفع إليه مالا فانما عمل أحدهما بالتوكيل والابانة  
فيما ليس من شركتهما الا ان المفاوضة إذا بقيت بينهما حتى اشترى  
الوكيل جعل شرأه كشرأه الموكل وكان المشتري بينهما نصفين بهذا  
الطريق وذلك لا يوجد إذا افترقا قبل شراء الوكيل لان عند شراء الوكيل لو  
اشتراه الموكل كان مشتريا لنفسه وكذلك الوكيل يكون مشتريا للأمر  
خاصة. يوضحه ان دفع الضرر عن الوكيل واجب وإذا كان المال مدفوعا إليه  
لو جعلناه مشتريا للأمر خاصة كان ضامنا للآخر نصيبه من المال فلدفع هذا  
الضرر جعلناه مشتريا بينهما إذا لم يعرف افتراقهما وذلك غير موجود فيما  
إذا لم يكن المال مدفوعا إليه لانه لا يضمن للشريك شيئا وان صار مشتريا  
للأمر ولكن يجب الشراء بالثمن في ذمته ويرجع به على الامر وقد رضى  
بذلك حين قبل الوكالة. قال (الا ترى انه لو مات الذي لم يبضع ثم اشترى  
المستبضع المتاع لزم الحى خاصة) الا أن في فضل الموت إذا كان المال  
مدفوعا إلى المستبضع فورثه الميت بالخيار ان شاؤا وضمنوا المستبضع  
وان شاؤا ضمنوا الأمر وهذا لان الموت يوجب عزل الوكيل حكما بطريق انه  
ينقل الملك إلى الورثة ولم يوجد من واحد منهم الرضا بتصرف الوكيل  
والعزل الحكمى يثبت في حق الوكيل وان لم يعلم به بخلاف افتراقهما

فان ذلك من الذي لم يوضع عزل الوكيل في نصيبه قصدا فلا يثبت حكمه في حقه ما لم يعلم به \* وان كان للورثة حق تضمين المستبضع لانه جان في نصيبهم من المال بالدفع إلى البائع من غير رضاهم ثم فلهم أن يضمّنوه ان شاؤا وان شاؤا الأمر لان دفعه كان باذن الأمر فيكون كدفع الأمر بنفسه فان ضمّنوا المستبضع رجع به على الأمر لانه غرم لحقه في عمل باشره له بأمره ولان جميع المتاع صار للأمر فيكون عليه جميع الثمن وقد نقد نصف الثمن من ماله ونصفه من مال غيره وقد استحق يرجع عليه بمثله قال (وإذا وكل أحد المتفاوضين رجلا بشراء جارية بعينها أو بغير عينها بثمن مسمى ثم ان الآخر نهاه عن ذلك فنهيه جائز) لان عزل الوكيل من صنيع التجارة كالتوكيل فكما جعل فعل أحدهما في التوكيل كفعلهما فكذلك يجعل نهى أحدهما إياه كنهيهما وان اشتراه الوكيل فهو مشتري لنفسه فان الوكالة قد بطلت بعزل أحدهما إياه فان لم ينهه حتى اشترها كان مشتريا لهما جميعا فيرجع بالثمن على أيها شاء لان كل واحد يطالب بما وجب على صاحبه بحكم الكفالة وقد كان توكيل أحدهما كتوكيلهما جميعا فيستوجب الوكيل الرجوع عليها بالثمن فله أن يأخذ أيهما شاء بجميعة لانه في النصف أصيل وفي النصف كفيل عن صاحبه \* وكذا ان اشترى أحدهما شيئا وقبضه كان للبائع أن يأخذ شريكه بالثمن لانه كفيل عن المشتري بما يلزمه بطريق التجارة \* وان كان بالمتاع عيب كان للشريك ان يرده على البائع بعينه لان الرد بالعيب من حقوق التجارة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب بالتجارة له وعليه وكذلك ان باع أحدهما متاع فوجد المشتري به عيبا كان له أن يرده على الذي لم يبع لانه قائم مقام صاحبه فيما يلزمه بالتجارة والخصومة في العيب ان لزمته بالتجارة فكان الآخر قائما مقام البائع في ذلك فرد عليه. قال (أرأيت لو كانا قصارين متفاوضين فأسلم رجل إلى أحدهما ثوبا أما كان له أن يأخذ الآخر بعمله ذلك له ذلك) وللآخر أن يأخذه بالاجر إذا فرغ من العمل فحكم الرد بالعيب كذلك قال (وإذا أبضع أحد المتفاوضين بضاعة له ولشريك له شاركه شركة عنان فأبضع ألف درهم بينهما نصفين مع رجل يشتري له بها متاعا فرضى الشريك فمات الدافع ثم اشترى المستبضع بذلك متاعا فالمتاع للمشتري أولا) يقول فيما ذكرنا بيان ان لاحد المتفاوضين ان يشارك مع رجل شركة عنان وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمها الله ليس له ذلك لانه يجاب إلى الشركة للغير في المال المشترك ولهذا لم يكن لشريك العنان ان يشارك

غيره فكذلك في المفاوض. وجه ظاهر الرواية ان العنان دون المفاوضة فيمكن أن يجعل من توابع المفاوضة مستفادا بها كالمضاربة وشركة العنان. قال (وان شارك أحد المتفاوضين رجلا شركة مفاوضة لم يجر ذلك علي شريكه) في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الثاني مثل الاول فلا يكون من توابع الاول مستفادا به كما انه ليس لشريك العنان أن يشارك غيره فكذلك وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يجوز ذلك منه لانه المتفاوضين كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما هو من صنيع التجار فيكون كل واحد منهما كفعلهما إذا عرفنا هذا فنقول المستبضع وكيل للدافع فيعزل بموت الدافع علم به أو لم يعلم لان هذا عزل من طريق

الحكم فإذا اشترى المتاع بعد ذلك كان مشتريا لنفسه فإذا نقد الثمن بالمال المدفوع إليه فقد قضى بمال الغير دينا عليه فيكون ضامنا مثل ذلك لصاحب المال ونصف هذا المال لشريك العنان فيضمن له ذلك والنصف الآخر للمفاوض الحي ولورثة الميت فيضمن لهما ذلك وإنما قلنا انه ينعزل بموت الدافع أما في حقه لا يشكك وفي حق الشريكين الآخرين لان الشركة قد انقطعت من الدافع وبين كل واحد منهما بموته واعتبار أمره في حقهما كان بعقد الشركة فلا يبقى بعد انتقاضها ولو كان الدافع حيا ومات شريك العنان ثم اشترى المستبضع المتاع كان المتاع كله للمتفاوضين لان شركة الدافع مع شريك العنان قد انتقضت بموته وانقطعت الوكالة التي كانت بينهما فلا يثبت له الملك في المتاع بشراء الوكيل لان شراء الوكيل كشراء الموكل بنفسه والدافع لو اشترى المتاع بنفسه كان المتاع كله للمتفاوضين فكذلك وكيله ويرجع ورثة الميت بحصته من المال ان شاؤا على المستبضع لانه دفع ما صار ميراثا لهم إلى البائع بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على أي المتفاوضين شاؤا لان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه ما يلزمه بحكم قيام المفاوضة بينهما وقد صار الدافع ضامنا لذلك لان اداء وكيله بأمره كادائه بنفسه فان لم يمت هذا ولكن المتفاوض الآخر مات ثم اشترى المستبضع المتاع فنصف المتاع لشريك العنان لقيام الشركة بين الدافع وبين شريك العنان ولان شراء وكيله له كشراءه بنفسه ونصف المتاع للأمر لا شئ له منه لورثة الميت لان المفاوضة قد انتقضت بين الدافع وبين الميت \* ولو اشترى بنفسه في هذه الحالة لم يكن شئ من المشتري لورثة الميت فكذلك إذا اشترى وكيله \* ولورثة الميت الخيار ان شاؤا ضمنوا نصيبهم من المال المفاوض الحي لان اداء وكيله كادائه بنفسه وان شاؤا ضمنوه المستبضع لانه دفع مالهم إلى البائع

## [ 184 ]

بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على الأمر لانه عامل له فيما أدى بأمره فيرجع عليه بما يلحق من العهدة ولا يرجع بها على شريكه الآخر لان الشركة بينهما عنان فلا يكون كل واحد منهما مطالبا بما يجب على الآخر. (قال وان أخذ أحد المتفاوضين من رجل مالا على بيع فاسد فاشترى به وباع كان البيع لهما والضمان عليهما) لان ما حصل انما يحصل بطريق التجارة وما وجب بطريق التجارة وهذا لان الفاسد من البيع معتبر بالجائز في الاحكام وفعل كل واحد منهما في التجارة كفعلها فيما يجب به عليهما وفيما يحصل به لهما. (قال وإذا أمر أحد المتفاوضين رجلين بأن يشتريا عبدا لهما وسمى جنسه وثمانه فاشترياه واقتربا عن الشركة فقال الأمر اشترياه بعد التفريق فهولى خاصة وقال الآخر اشترياه قبل الفرقة فهو بيننا فالقول قول الامر مع يمينه) لان الشراء حادث فيحال حدوثه إلى أقرب الاوقات \* ومن ادعى فيه تاريخا سابقا فعليه اثباته بالبينة وان لم يكن له بينة فالقول قول من يجحد التاريخ مع يمينه ولان سبب الملك في المشتري أظهر للأمر فان فعل وكيله كفعله بنفسه والآخر يدعى استحقاق المشتري عليه وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه وعلى الآخر البينة فان أقاما البينة فالبينة بينة الآخر لان فيه اثبات التاريخ فاثبات الاستحقاق له والبيانات للاثبات فتترجح بزيادة الاثبات ولا تقبل فيه شهادة الوكيلين لانها خصمان في ذلك يشهدان على فعل أنفسهما فان قال الشريكان لا ندري متى اشترياه فهو للأمر أيضا لانه انما يحال بالشراء على أقرب الاوقات لما يعلم فيه تاريخ سابق. وإذا قال الأمر اشترياه قبل الفرقة

وقال الآخر اشترياه بعد الفرقه فالقول قول الذي لم يأمر لانكاره التاريخ وانكاره وقوع الملك له ووجوب شئ من الثمن عليه والبينة بينة الأمر وكذلك هذا في شركة العنان بعد الفرقه باب خصومة المفاوضين فيما بينهما قال (وإذا ادعى رجل على رجل انه شاركه شركة مفاوضة ووجد المدعى عليه والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة) لانه يدعى العقد واستحقاق نصف ما في يده وذو اليد منكر فعلى المدعى البينة وعلى المنكر اليمين. وان أقام المدعى البينة فشهد الشهود انه مفاوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفين فانه يقضى للمدعى بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم. ولانهما ان قالوا المال الذي في

## [ 185 ]

يده بينهما نصفان أو هو من شركتهما فقد صرحا بالشهادة للمدعى بملك نصف ما في يد ذي اليد وان قالوا هو مفاوضة فمقتضى المفاوضة هذا وهو أن يكونا مستويين في ملك المال شريكين فيه فإذا قضى القاضى بذلك ثم ادعى ذو اليد عينا مما في يده انه ميراث له وأقام البينة على ذلك لم تقبل بيئته في قول أبي يوسف رحمه الله. وقال محمد رحمه الله ان كان شهود المدعى شهدوا بأنه مفاوضة فيبينة ذي اليد مقبولة وان شهدوا ان المال الذي في يده من شركتهما أو هو بينهما فلا تقبل بينة ذي اليد بعد ذلك \* واحتج في ذلك فقال القاضى يقضى بما شهد به الشهود فإذا شهدوا بمطلق المفاوضة قضى القاضى بذلك أيضا ومطلق المفاوضة لا ينفي احتمال كون بعض ما في يده ميراثا له. ألا ترى ان العقد لو كان ظاهرا بينهما وورث أحدهما ما لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة كان ذلك له خاصة وتبقى المفاوضة بينهما إلا أنا إنما نجعل جميع ما في يده بينهما نصفين لاعتبار مقتضى المفاوضة وهذا ظاهر نعتبره والظاهر يسقط اعتباره إذا قام الدليل بخلافه فإذا أقام البينة على عين انه ميراث له فقد ظهر الدليل المانع من اعتبار الظاهر في هذا العين فيجب العمل بذلك الدليل بخلاف ما إذا شهدوا بالشركة فيما في يده لان القاضى قضى بالشركة بدليل موجب لذلك فاقامة البينة بعد ذلك على عين انه ميراث يتضمن ابطال حكم الحاكم وبينه المقضى عليه على ابطال القضاء لا تكون مقبولة والدليل على الفرق بين حالة الاطلاق والبيان ان شاهدين لو شهدا بدار في يد رجل لانسان وقضى القاضى بذلك ثم زعم المدعى ان البناء كان ملك المقضى عليه فانه لا يبطل قضاء القاضى بالارض له ولو كان الشهود شهدوا له بالبناء والارض مفسرا ثم أقر المدعى ان البناء للمدعى عليه يكون ذلك إكذابا منه لشهوده ويبطل به قضاء القاضى له والفرق ما بينا ان البناء تبع فاستحقاقه في الفصل الاول باعتبار الظاهر إلى استحقاقه الاصل وعند التفسير والبيان استحقاقه البناء بالحجة فإذا أكذب شهوده في ذلك بطلت شهادتهم له. وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده لصاحبه وبينه المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له كما لو كانت الشهادة مفسرة وهذا لان الاسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لاحكامها والمفاوضة سبب وحكمها الشركة في المال. ألا ترى ان دعوى المفاوضة لا تصح بدون دعوى الشركة في المال فكذا في الشهادة عليها انما تقبل باعتبار الحكم ولا فرق بين أن يصرح الشاهد بالحكم

وبين أن يذكر السبب في أن القاضي يقضى بالحكم والسبب جميعا بالشهادة كما لو شهدوا بالشراء أو بالشراء والملك جميعا للمشتري ثم عند التفسير لم تقبل بينة ذى اليد يعتبرون به مقضيا عليه فكذلك عند الإبهام. قال (فإن ادعى ذو اليد عينا في يده أنه له خاصة وهبه شريكه منه حصته فيه وأقام البينة على الهبة والقبض قبل ذلك منه) ومحمد رحمه الله يستدل بهذا على أبى يوسف رحمه الله ولا حجة له فيه على أبى يوسف رحمه الله لأن هنا بينته مقبولة سواء فسر شهود المدعى بشهادتهم أولم يفسروا ثم الفرق أنه ليس في قبول هذه البينة إبطال القضاء الأول في هذا العين بل فيها تقرير القضاء الأول لأن القضاء الأول بالملك للمدعى وإنما تصح الهبة باعتبار ملكه بخلاف الأول مع قبول البينة هناك إبطال القضاء الأول فيما تناوله القضاء قال ألا ترى أنهم لو شهدا أن هذا العبد الذى في يده مشترك بينهما وقضى القاضي بذلك ثم أقام ذو اليد البينة أن المدعى وهبه له أو تصدق به عليه قبلت بينته. ولو أقام البينة أنه ورثه عن أبيه وهو يملكه أو أن رجلا آخر وهبه منه لم تقبل بينته على ذلك والفرق ما بينا فكذلك في المفاوضة وإن ادعى أنه شريكه شركة مفاوضة والمال في يد المدعى عليه فأقر له بالمفاوضة وقضى عليه بإقراره ثم ادعى عبدا مما كان في يده أنه ميراث له أو وهبه من فلان فأقام البينة على ذلك قبل ذلك وقضى له بالعبد وهو دليل لمحمد رحمه الله أيضا من الوجه الذى قلنا أن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم ولكن الفرق بينهما لابي يوسف رحمه الله من وجهين (أحدهما) أن ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع الميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة فوجب قبول بينته ألا ترى أنه لو لم يكن له بينة لم كان يستحلف خصمه وفى الأول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى أنه لو ادعى الميراث ولم يكن له بينة لم يكن له أن يستحلف خصمه فعرفنا بهذا أنه منكر والمنكر لا يكون مدعىا فلماذا لم تقبل بينته (والثانى) أن الإقرار موجب الحق بنفسه بدون القضاء وإنما يقضى القاضي بالإقرار فقط ولهذا قلنا أن استحقاق الملك بالإقرار لا يظهر في حق الزوائد المنفصلة فأما البينة لا توجب إلا بقضاء القاضي وإنما يقضى القاضي بما هو المقصود وهو كون المال مشتركا بينهما فلماذا لا يقبل بينة ذى اليد بعد ذلك \* وكذلك لو كان المال في يديهما جميعا وهما مقران بالمفاوضة فادعى أحدهما شيئا من ذلك أنه له ميراث وأقام البينة قبلت بينته لأنه مدع أثبت دعواه بالحجة وإن لم يكن له بينة استحلف صاحبه

لأنه منكرها لو أقر به يلزمه ولا إشكال في هذا الفصل أنه لو ادعى تملك نصيب صاحبه عليه بالهبة وأقام البينة على ذلك أن بينته تكون مقبولة (وإن ادعى رجل قبل رجل شركا في عيب له خاصة وجد ذو اليد وأقام المدعى البينة أن العبد بينهما نصفان فإنه يقضى له بنصفه) لأنه نور دعواه بالحجة ولا تقبل من ذى اليد البينة أنه ادعى ميراثا فيه لأنه مقضى عليه بالملك في نصفه ولا بينة له إلا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له. قال (وإذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الباقي منهما فادعى ورثة الميت المفاوضة وجد ذلك الحى فأقاموا البينة أن أباهم كان شريكه شركة مفاوضة لم يقض لهم بشئ مما في يد الحى) لأنهم شهدوا بعقد قد علمنا

ارتفاعه بان المفاوضة تنتقض بموت أحدهما ولانه لاحكم لما شهدوا به في المال الذي في يده في الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون ما في يده في الحال من شركتهما الا أن يقيموا البينة انه كان في يده في حياة الميت وانه من شركة ما بينها فحينئذ يقضى لهم بنصفه لانهم أثبتوا الاستحقاق بالحجة أما إذا شهدوا انه كان من شركتهما فقد شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه فيه بعد موته وان شهدوا انه كان في يده في حياة الميت فاليد الثابتة له في حال قيام الشركة كاليد الثابتة بالمعينة أو باقرار الخصم وذلك موجب ملك الميت في نصفه وورثته في ذلك يخلفونه (فان أقام الحى البينة انه ميراث له من قبل أبيه لم تقبل بينته) لان الشهود قد فسروا وقضى القاضي عليه بالنصف للورثة بشهادتهم قالوا وهذا إذا شهدوا انه من شركة ما بينهما فاما إذا شهدوا انه كان في يده في حياة الميت فينبغي أن تكون المسألة على الخلاف كما في حال الحياة ولو كان المال في يد الورثة وجدوا الشركة فأقام الحى البينة على شركة المفاوضة وأقام الورثة البينة ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير شركة بينهما لم أقبل منهم البينة على ذلك) لانهم جاحدون للشركة وانما يقيمون البينة على النفى وقد أثبت المدعى الشركة فيما في أيديهم بالبينة فيقضى له بنصفه وهذا لانهم حين زعموا ان أباهم مات وترك ميراثا فقد أقرروا انه كان في يد أبيهم حال قيام الشركة وهذا الفصل أيضا حمله بعضهم على الخلاف والاصح في الفصلين انه قولهم جميعا لان بعد الموت قبلت البينة للحكم لا للسبب فالسبب قد انتقض بالموت ولهذا يسوي بين ما إذا فسر الشهود انه من شركتهما أو لم يفسروا ذلك بخلاف حال الحياة (ولو قال ورثة الميت مات جدنا وترك ميراثا لا بينا وأقاموا البينة على هذا لم يقبل) في قول أبي يوسف

## [ 188 ]

رحمه الله وقبلت في قول محمد رحمه الله بمنزلة ما لو كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فان كان شهود الحى شهدوا على شئ بعينه انه من شركتهما لم تقبل بينة الورثة في ذلك كما لا تقبل البينة فيه من المورث لو كان حيا. قال (وإذا افترق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما ان صاحبه كان شريكه بالثلث وادعى صاحبه النصف وكلاهما مقر بالمفاوضة فجميع المال من العقار وغيره بينهما نصفان) لان موجب المفاوضة المساواة في ملك المال فاتفاقهما على المفاوضة يكون اتفقا على حكمها وهو ان المال بينهما نصفان ثم مدعى التفاوت يكون راجعا بعد الاقرار ومناقضا في كلامه ولان مطلق الاقرار بالعقد يتناول الصحيح من العقد ولا تصح المفاوضة الا بعد التساوى بينهما في المال الا ما كان من ثياب كسوة أو متاع بيت أو رزق العيال أو خادم يطؤها فاني أجعل ذلك لمن يكون في يده ولا أجعله في الشركة استحسانا. وفي القياس يدخل هذا في الشركة لانه مال في يد أحدهما وهو حاصل بالتصرف وكل واحد منهما في التصرف قائم مقام صاحبه. ووجه الاستحسان ان هذه الأشياء مستثناة من عقد الشركة لعلمنا بوقوع الحاجة لكل واحد من المتفاوضين إليها مدة المفاوضة ولهذا لو عايناه اشترى ذلك جعلناه مشتريا لنفسه فإذا صار مستثنى لم يتناوله مطلق المفاوضة فينبغي ظاهر الدعوى والانكار ويجعل القول قول ذي اليد لانكاره وكذلك الخادم بطؤها لان فعله محمول على ما يحل شرعا ولا يحل له الاقدام على وطنها الا إذا كان مختصا بملكها. أرايت لو كانت مدبرة أو أم ولد أما كان القول فيها قول ذي اليد وكذلك الامة ولذلك لو لم يفترقا

ولكن مات أحدهما ثم اختلفوا في مقدار الشركة فهو على النصف لانا علمنا بوجود المال في يد أحدهما في حال قيام المفاوضة وتأثير موت أحدهما في نقض العقد فهو واقتراهما سواء (ولو كانا حين والمال في يد أحدهما وهو منكر للشركة وأقام الآخر البينة انه شريكه شركة مفاوضة له الثلثان وللدَى في يده الثلث فهذه الشهادة في القياس لا تقبل) لان اقراره بالمفاوضة اقرار بالمناصفة في المال وذلك اكذاب منه لشهوده فيما شهدوا به من الثلث والثلثين والمدعى إذا اكذب شاهده تبطل شهادته له. وفي الاستحسان شهادتهم على أصل المفاوضة مقبولة والمال بينهما نصفان لانه لا حاجة بهم إلى اتمام الشهادة إلى ما ذكروا من الثلث والثلثين فتلغى تلك الشهادة فتبقى شهادتهم على أصل المفاوضة ولان من الناس من يقول مع التفاوت

[ 189 ]

في المال تصح المفاوضة فلعل الشهود ممن يعتمدون ذلك ففسروا بناء على اعتقادهم ولكن القاضى يبنى ما ثبت عنده على اعتقاده لا على اعتقاد الشهود فتبين بهذا الفعل ضعف كلام محمد رحمه الله في الفرق بين ما اذا فسر الشهود أو ابهموا فان تفسيرهم لما لم يعتبر في قبول شهادتهم على المفاوضة فكذلك لا يتغير تفسيرهم في المنع من قبول بينة أحدهما على مناع في يده انه ميراث بل المبهم والمفسر في ذلك سواء وكذلك لو كان المدعى ميتا وأقام وارثه البينة على مثل ذلك لانه خليفة مورثة قائم مقامه. قال (وإذا افترف المتفاوضان فأقام أحدهما البينة أن المال كله كان في يد صاحبه وان قاضى كذا قد قضى بذلك عليه وقسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين وأقام الآخر البينة بمثل ذلك القاضى بعينه أو من غيره فان كان ذلك من قاض واحد وعلمنا التاريخ من القضائين أخذنا بالآخر وهو رجوع عن الاول) لانه عالم بقضاء نفسه فانما يقضى ثانيا بخلاف ما قضى به أولا إذا تبين له الخطأ في القضاء الاول فلهذا جعلنا الثاني نقضا للاول وهو كما لو تباينا بألف ثم تباينا بمائة دينار يجعل الثاني نقضا للاول وان لم يعلم التاريخ بينهما أو كان القضاء من قاضيين لزم كل واحد منهما القضاء الذى لانعه عليه لان كل واحد منهما صحيح ظاهر وانه قضى بالحجة ممن له ولاية القضاء فلا يجوز ابطاله بالشك إذ ليس أحدهما بالابطال أولى من الآخر (وإذا كان من قاضيين وكل واحد منهما لا يملك نقض قضاء الآخر ولا يقصد ذلك انما يقضى كل واحد منهما بما شهد عنده الشهود به ولا منافاة بينهما) لجواز أن يكون في يد كل واحد منهما بعض مال الشركة فظن كل فريق ان ذلك جميع مال الشركة فيحاسب كل واحد منهما صاحبه بما عليه ويترادان الفضل. قال (ولا يلزم المفاوض ما على شريكه من مهر أو أرش جنابة) لان كل واحد منهما ملتزم لما وجب لطريق التجارة والنكاح ليس بتجارة فلمهر الواجب به لا يكون واجبا بسبب التجارة ولانه بدل مما لا يحتمل الشركة وكفالة كل واحد منهما عن صاحبه بدين هو بدل ما يحتمل الشركة حتى يكون منفعة مباشرة بسبب الالتزام لهما وارش الجنابة واجب بطريق العدوان دون التجارة فهو بدل مما لا يحتمل الشركة بينهما والدليل على الفرق ان اقرار المأذون بالمهر وارش الجنابة غير صحيح في حق المولى بخلاف اقراره بدين التجارة. قال (ولا يشارك أحدهما صاحبه فيما يرث من ميراث ولا جائزة بحيزها السلطان له أو هبة أو هدية) الا عند ابن أبى ليلى رحمه الله فانه يقول مقتضى الشركة المساواة وقد بقيت الشركة بينهما فيثبت ما هو مقتضاها وهو بناء على مذهبه

ان في الابتداء لو كان رأس مالهما علي التفاوت يجوز الشركة وبصير رأس المال بينهما نصفين فكذلك في الانتهاء ولكننا نقول لا بد للملك من سبب وسبب الارث القرابة وذلك غير موجود في حق الشريك ولا يمكن جعل الوراث مملكا نصفه من شريكه بعقد الشركة لان تمام سبب الملك له بعد موت المورث والتملك لا يسبق سببه لان كل واحد منهما يجعل كالوكيل عن صاحبه فيما يحتمله ويجوز الميراث يدخل في ملك الوراث بغير صنعه فلا يجوز ان يكون نائبا عن شريكه فيه وكذلك الصدقة فان مع اضافة موجب العقد إليه لا يمكن جعله نائبا عن شريكه. قال (ولا يفسد ذلك المفاوضة الا أن يكون دراهم أو دنانير وقد قبضه) معناه لم يكن ديننا وهذا بناء على ما بينا انه متى اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال الشركة ينعدم به موجب المفاوضة فتبطل المفاوضة. قال (وكل وديعة كانت عند أحدهما فهي عند هما جميعا) لانهما بعقد المفاوضة صار الشخص واحدا فيما يلتزمه كل واحد منهما بسبب هو من صنيع التجارة ويقول الوديعة من جملة ذلك فان مات المستودع قبل أن يبين لزمهما جميعا لان المودع إذا مات مجهلا للوديعة يصير ممتلكا للوديعة فهذا ضمان ما أوجب بتملك أحدهما ما يحتمل الشركة فيكون ملزما صاحبه (فان قيل) وجوب هذا الضمان بعد الموت ولا مفاوضة بينهما بعد الموت (قلنا) كذلك ولكنه لما أشرف على الموت وقد عجز عن البيان قد تحقق التجهيل وصار ذلك دينا عليه قبل موته. فان قال الحي ضاعت في يد الميت قيل موته لم يصدق لانه لا عقد بينهما بعد موت أحدهما وانما يجعل قول أحدهما كقول صاحبه بسبب العقد القائم بينهما ولان المودع بنفسه بعد ما صار ضامنا بالجحود ولو زعم انه ان هلك في يده لم يصدق فكذلك قول شريكه في ذلك لان قول المرء مقبول فيما هو أمين فيه لنفى الضمان عنه فأما في إسقاط الضمان الواجب عليه غير مقبول وان كان الحي هو المستودع صدق لانه ما صار ممتلكا ولا ضامنا للوديعة مادام حيا بعد موت شريكه فانه قادر على ما التزمه فلهذا كان قوله مقبولا (فان قيل) أليس ان كل واحد منهما فيما يلزمهما مقبول الوديعة مثل صاحبه (قلنا) نعم ولكن التملك عند الموت باعتبار اليد لان الايدي المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك والوديعة في يد المودع حقيقة لا في يد شريكه (وان قال اكلتها قبل موت صاحبي لزمه الضمان خاصة ولم يصدق علي صاحبه) لان وجوب الضمان عليه باقراره وعند الاقرار لا مفاوضة بينهما وهو في الانتهاء غير مصدق في حق صاحبه الا ان

يقيم البينة انه أنفقها في حياة الميت والثابت بالبينة كالثابت بالمعينة فيكون عليهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف هو عليه خاصة. وأصل المسألة إذا وجب على أحدهما ضمان بغصب أو استهلاك ما فعند أبي يوسف رحمه الله هذا نظير أرش الجنابة لانه واجب بسبب ليس بتجارة ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة وهما قالا ضمان الغصب الاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به في الحال وهذا لانه وبدل مال محتمل للشركة

وانما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك الموصوب والمستهلك بالضمان. قال (وإذا أودع أحد المتفاوضين من مالهما وديعة عند رجل فادعى المستودع أنه قد ردها إليه أو الي صاحبه فالقول قوله مع يمينه) لانه مسلط على الرد على كل واحد منهما أمين فيه فانه كما يقوم أحدهما مقام صاحبه في الايداع فكذلك في الاسترداد فلهذا كان القول قول المودع مع يمينه فان جحد الذي ادعى عليه ذلك لم يضمن لقوله لشريكه شيئاً لان قول المودع مقبول في براءة نفسه عن الضمان لا في وصول المال إلى من أخبر بدفعه إليه ألا ترى ان المودع لو كان وصياً فادعى المودع الرد عليه لا يغرم الوصي لليتيم شيئاً وكذلك لو أمره أن يقضى بالوديعة دينه فقال قد فعلت وقال صاحب الدين ما قضيت شيئاً فالقول قول المودع في براءته ودين الطالب علي المودع بحاله ولكن يحلف الشريك الذي ادعى المودع الرد إليه بالله ما قبضته لان شريكه يدعى عليه ضمان نصيبه بجحوده القبض ولو أقر بذلك لزمه فإذا أنكر حلفه عليه (وكذلك) لو مات أحدهما ثم ادعى المستودع انه كان دفعه إلى الميت منهما لانه بقى أمينا بعد موته ألا ترى ان قوله في الرد مقبول في حق ورثة المودع فكذلك في حق شريكه ثم يستحلف الورثة على العلم لان المورث لو كان حياً وأنكر القبض استحلف لشريكه فكذلك بعد موته الا أنه إذا كان حياً فانما يستحلف علي فعل نفسه والورثة يستحلفون على فعل المورث بالقبض فقد بينا ان الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فان ادعى انه دفعه إلى ورثة الميت فكذبوه وحلفوا انهم ما قبضوه فهو ضامن لنصف حصة الحي من ذلك لان في نصيب الميت كان له حق الدفع الي ورثته وقد أخبر بأداء الامانة في ذلك فأما نصيب الحي فليس له أن يدفعه إلى ورثة الميت لانهم خلفاء الميت في حقه خاصة ولان المفاوضة قد انقضت بالموت فهو في نصيب الحي مقر بوجوب الضمان له على نفسه بدفعه إلى ورثة الميت ثم يكون ذلك النصف بين الحي وورثة الميت نصفين (13) ميسوط حادي عشر

[ 192 ]

لان المودع لم يصدق في وصول شئ من المال إلى ورثة الميت وانما يصدق في براءته عن الضمان فيجعل ذلك النصف كالناوي والمال المشترك ما ينوي منه ينوي على الشركة وما يبقى يبقى على الشركة (ولو قال دفعت المال إلى الذي أو دعني بعد موت الذي يودعني وحلف على ذلك فهو برئ من الضمان) لانه يدعى أداء الامانة في الكل فان للمودع حق الرد على من قبض منه مالكا كان أو غير مالك فرده عليه بعد انتقاص المفاوضة بينهما كرده في حال قيام المفاوضة ولا يصدق على الزام الحي شيئاً بعد ان يحلف ما قبضه فان كان المودع ميتاً فقال المستودع قد دفعت المال اليكما جميعاً إلى الحي نصفه والى ورثة الميت نصفه ووجدوا ذلك فالقول قول السمتودع مع يمينه وهو برئ لانه يخبر عن أداء الامانة بإيصال نصيب كل واحد منهما له فان أقر أحد الفريقين بقبض النصف شركه الفريق الآخر فيه لان باقراره يثبت وصول النصف إليه ويدعوى المودع لم يثبت وصول النصف الآخر الي صاحبه فيما يثبت القبض فيه يكون مشتركاً وما وراء ذلك يكون ناوياً قال (وان كانا حيين وقال المستودع قد دفعت المال اليهما فأقر أحدهما بذلك وجمده الآخر فالمستودع برئ ولا يمين عليه) لان تصديق أحدهما وإياه في حال قيام المفاوضة كتصديقهما ولو صدقاه لم يكن عليه يمين وان افترقا ثم قال السمتودع دفعته إلى الذي أو دعني فهو برئ لان حق الرد على المودع باعتبار ان الوصول إلى يده كان من جهته لا

بقيام المفاوضة بينهما وان قال دفعته الي الآخر وكذبه ذلك ضمن نصف ذلك المال للذي اودعه لان بعد الفرقة ليس له حق دفع نصيب المودع إلى شريكه وله حق دفع نصيب الشريك إليه فكان هو في نصيب الشريك مخبرا بأداء الامانة وفي نصيب المودع مقرا بالضمان على نفسه يدفعه الي غيره ثم ما يقبضه المودع يكون بينهما نصفين لان المودع غير مصدق في وصول نصيب الشريك إليه لما كذبه فجعل ذلك كالناوي فكان ما بقى بينهما نصفين وان صدقه الشريك بذلك فالمودع بالخيار ان شاء ضمن شريكه نصيبه لانه قبضه ولا حق له فيه وان شاء ضمن المودع لانه دفع نصيبه إلى شريك بعد انتفاض المفاوضة بينهما والدافع بغير حق ضامن كالقابض قال (وعارية المفاوض وأكل طعامه وقبول هديته في المطعم واجابة دعوته بغير أمر شريكه جائز لا بأس به) ولا ضمان على الداعي ولا على الأكل استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه يتصرف في نصيب شريكه بخلاف ما أمره به فانه أمره بالتجارة والعارية والاهداء والتخاذ الدعوة ليس بتجارة

[ 193 ]

ولكنه استحسّن فقال هذا من توابع التجارة وهما لا يجد التاجر منه بدا إلا ترى أن العبد المأذون يدعو المجاهدين إلى طعامه ويهدى إليهم المطعم ليجتمعوا عنده والمأذون غير مالك لشيء من المال إنما هو تاجر والمفاوض تاجر مالك لنصف المال فلان يملك ذلك كان أولى وذكر حديث سلمان الفارسي رضي الله عنه قال اهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا عبد قبل ان أكتب فقبل ذلك منى وحديث الآخر بن حكيم عن أبيه رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاب دعوة عبد وقال أبو سعيد مولي أبي أسيد رضي الله عنه قال عرست وأنا عبد فدعوت رهطاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم فيهم ابو ذر رضي الله عنه وعنهم فأجابوني قال (ولو كسا المفاوض رجلاً ثوباً أو وهب له دابة أو وهب له الفضة والذهب والامتنعة والحبوب كلها لم يجر في حصة شريكه) لانه تبرع وانما استحسّن ذلك في الفاكهة واللحم والخبز واشباه ذلك مما يؤكل لانه اهداء ذلك إلى المجاهدين من صنيع التجار فأما في سائر الاموال الهبة ليس من صنيع التجار والمرجع في معرفة الفرق بينهما إلى العرف. قال (ولو اعار أحدهما دابة فركبها المستعير ثم اختلفا في الموضع الذي ركبها إليه وقد عطبت الدابة فانها صدقة في الاعارة إلى ذلك الموضع وبرئ المستعير من ضمانها) لان اقرار احدهما فيما هو مملوك لهما بحكم المفاوضة كاقرارهما. قال (ولو استعار أحدهما دابة ليركبها إلى مكان معلوم فركبها شريكه فعطبت فهما ضامنان) لان ركوب الدابة تنفاوت فيه الناس وصاحبها إنما رضي بركوب المستعير دون غيره فالآخر في ركوبها غاصب ضامن إذا هلكت. وقد بينا أن ما يجب من الضمان على أحدهما بحكم الغصب فالآخر مطالب به فان كان ركبها في حاجتهما فالضمان في مالهما لان منفعة ركوبه ترجع اليهما فيما يجب من الضمان بسببه يكون في مالهما لان الغرم مقابل بالغنم \* وان ركب في حاجة نفسه فهما ضامنان لما قلنا الا أنهما ان أدناه من مال الشريك رجع الشريك على الراكب بنصيبه من ذلك لان منفعة الركوب حصلت للراكب فكان قرار الضمان عليه بمنزلة غصب اغتصبه أو طعام اشتراه فأكله وقد أدى الثمن من شركتهما فيبقى الثمن ديناً عليه \* قال (وإذا استعار أحدهما دابة ليحمل عليها طعاماً له خاصة لرزقه إلى مقام معلوم فحمل عليها شريكه مثل ذلك إلى ذلك المكان من شركتهما أو لخاصتهما فلا ضمان عليه) من قبل أن التقييد الذي ليس بمفيد لا يكون معتبراً والضرر على

الدابة لا يختلف بحمل ما عين من الطعام أو مثله وفعل كل واحد منهما في الحمل كفعل صاحبه ثم المستعير لو حمل عليها طعاما من شركتهما أو لغيرهما لم يضمن فكذلك شريكه. ألا ترى أن رجلا لو استعار رجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فبعث بالدابة مع وكيل له ليحمل عليها الطعام فحمل الوكيل طعاما لنفسه انه لا يضمنه فللمفاوضة أوجب من الوكالة. وكذلك أحد المتفاوضين إذا استعارها ليحمل عليها عدل زطي فحمل عليها شريكه مثل ذلك العدل لم يضمن \* ولو حمل عليها طيالسة أو أكسية كان ضامنا لا خلاف الجنس وللتفاوت في الضرر على الدابة. قال (ولو حمل المستعير عليها ذلك ضمنه فكذلك شريكه) إلا أنه ان كان ذلك من تجارتها فالضمان عليهما لحصول المنفعة لهما. وان كانت بضاعة عند الذي حمل فالضمان عليهما لان الذي حمل عنه غاصب والآخر عنه كفيل ضامن ثم يرجع الشريك على الذي حمل بنصف ذلك إذا أدبا من مال الشركة لانه لا منفعة له في هذا الحمل فلا يكون عليه من قرار الضمان شيء. ولو استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم شعير من شركتهما لم يضمن لان هذا أخف على الدابة فلا يصير الحامل به مخالفا في حق صاحب الدابة سواء كان المستعير هو الذي حملة أو شريكه. وكذلك لو كانا شريكين شركة عنان فاستعارها أحدهما فالجواب في هذا كالجواب في الاول لان وجوب الضمان باعتبار زيادة الضرر على الدابة في الحمل ولم يوجد ذلك وان كان الاول استعارها ليحمل عليها حنطة رزقا لاهله فحمل عليها شريكه شعيرا له خاصة كان ضامنا لانه مستعمل لها بغير اذن مالكها وبغير اذن شريكه المستعير فان المستعيرين عند الاستعارة انه يستعيرها لمنفعة نفسه لان ما أعده رزقا لاهله يكون ملكا له خاصة وذلك بعدم رضاه بانتفاع الشرك بها فلهذا كان ضامنا. قال (وإذا ادعى رجل أن أحد المتفاوضين باعه خادما فجدد ذلك المتفاوضان فللمدعى أن يخلف المدعى عليه البيع على الثياب وشريكه على العلم) لان كل واحد منهما لو أقر بما ادعاه المدعى كان اقراره ملزما اياهما فإذا أنكر يستحلف كل واحد منهما لرجاء نكوله الا أن المدعى عليه البيع يستحلف على فعل نفسه فيكون يمينه على الثياب وصاحبه يستحلف على فعل الغير فيكون يميننا على العلم وأيهما نكل عن اليمين قضى بالجارية للمشتري بالثمن الذي ادعاه لان نكوله كإقراره وإقرار أحدهما ملزم اياهما وكذلك لو ادعى تولية أو شركة أو اجارة أو تسليم دين أو تسليم دار بالشفعة لان فيما هو من عمل

التجارة فعل أحدهما كفعلهما وإقرار أحدهما ملزم للآخر فيحلف كل واحد منهما بدعوى المدعى فان ادعى شيئا من ذلك عليهما جميعا كان له أن يستحلف كل واحد منهما البتة لان كل واحد منهما الآن يحلف على فعل نفسه فأيهما نكل عن اليمين أمضى الامر عليهما. وان ادعى على ذلك أحدهما وهو غائب كان له أن يستحلف الحاضر على عمله فان حلف ثم قدم الغائب كان له أن يستحلفه البتة كما لو كانا حاضرين وان كان المفاوض هو الذي ادعى على رجل شيئا من ذلك وحلفه عليه ثم أراد شريكه أن يحلفه

أيضا لم يكن له ذلك والفرق من وجهين (أحدهما) أن المفاوض المدعى يكون نائبا عن صاحبه بمنزلة الوكيل وعندما استحلف بخصوصية الوكيل لا يستحلف بخصوصية الموكل لان النيابة في الاستحلاف صحيح وإذا كانت الدعوى عليهما فلا يمكن أن يجعل المفاوض المدعى عليه نائبا عن صاحبه في الحلف لان النيابة لا تجرى في اليمين فهذا كان للمعدى أن يحلف الآخر (والثاني) أن الاشتغال بالاستحلاف فيما إذا كان مقيدا فأما إذا لم يكن مقيدا فلا يشتغل به وان كانت الدعوى من المتفاوضين فاستحلف المدعى عليه بخصوصية أحدهما فلا فائدة في استحلافه بخصوصية الآخر لانه بعد ما حلف في حادثة بخصوصية انسان لا يمتنع من اليمين في تلك الحادثة بخصوصية الآخر فأما إذا كانت الدعوى عليهما وحلف أحدهما كان استحلاف الآخر مقيدا لان أحدهما قد لا يبالي من اليمين والآخر يمتنع من ذلك إذ الناس يتفاوتون في الجرأة على اليمين فلهذا كان للمدعى أن يستحلف الآخر بعد ما حلف أحدهما لرجاء نكوله. قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش واستحلفه البتة فحلف له ثم أراد أن يستحلف شريكه لم يكن له ذلك ولا خصومة له مع شريكه) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فأما ما يلزم بسبب الجنابة لان يكون الآخر كفيلا به. ألا ترى أنه لو ثبتت الجنابة بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك شئ من موجهه ولا خصومة للمجني عليه معه فذلك لا يحلفه عليه لان الاستحلاف لرجاء النكول واقاراره بالجنابة على شريكه باطل وكذلك المهر والجعل في الخلع والصلح من جنابة العمد إذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا. قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين مالا من كفالة وحوله عليه فله أن يحلف شريكه عليه أيضا) في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ذلك. وأصل المسألة ان أحد المتفاوضين إذا كفل بمال فان ذلك يلزم شريكه في

[ 196 ]

قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزم شريكه \* وجه قولهما ان الكفالة تبرع بدليل أنه لا يصح ممن ليس من أهل التبرع كالمأذون والمكاتب وانه إذا حصل من المريض كان معتبرا من ثلاثة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بالتجارة دون التبرع. ألا ترى أن الهبة والصدقة من أحدهما لا تصح في حق شريكه فكذلك الكفالة. ولا يرى حنيفة رحمه الله طريقان (أحدهما) أن الكفالة من مقتضيات المفاوضة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه كما يكون وكيفا عن صاحبه فيما يجب على أحدهما بالكفالة دين واجب بما هو من مقتضيات المفاوضة فيكون ملزما شريكه كما لو توكل أحدهما عن انسان بشراء شئ كان شريكه مطالبا بتمنه (والثاني) أن الكفالة تبرع في الابتداء ولكنها إذا صحت انقلبت مفاوضة. ألا ترى أن الكفيل يرجع بما يؤدي على المكفول عنه إذا كفل بأمره وقد صحت الكفالة هنا والذي كفل صار مطالبا بالمال \* ولما صحت الكفالة انقلبت مفاوضة وما يوجب على أحدهما مفاوضة مال بمال يطالب بها الشريك كالدين الواجب بالشراء بخلاف كفالة المديون والمكاتب والمأذون والمريض فيما زاد على الثلث فان ذلك غير صحيح أصلا فلا يكون مفاوضة وقد يجوز أن يكون تبرعا في الابتداء مفاوضة في الانتهاء كالهبة بشرط العوض فانه تبرع في الابتداء ثم إذا اتصل به القبض من الجانبين كان مفاوضة وإذا ثبت أن كفالة أحدهما يلزم شريكه عند أبي حنيفة رضي الله عنه. قال (يحلف الشريك على دعوى

الكفالة بالمال لانه لو أقر به لزمهما جميعا فإذا أنكر يستحلف عليه) لانه مطالب بالمال لو ثبتت الكفالة على شريكه بالبينة فيستحلف عليه إذا أنكر بخلاف المهر والارش لانه غير مطالب به وإذا ثبت السبب على شريكه بالبينة فلا يستحلف عليه أيضا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لو ثبتت الكفالة على شريكه بالبينة لم يكن هو مطالبا بالمال فلا يستحلف عليه أيضا \* قال (وان كانت الكفالة من أحدهما بالنفس لم يلزم شريكه ولا يستحلف على ذلك إذا انكره بالاتفاق لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا يتحقق فيه معنى المفاوضة بحال فحكمه مقتصر على من باشر سببه لان كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالمال الذي يحتمل الشركة والكفالة بالنفس لا تحتمل الشركة. قال (ولا تجوز المفاوضة بين المسلم والذمي في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز ذلك وهى مكروهة.

[ 197 ]

ووجه قوله ان كل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة على الاطلاق فتصح المفاوضة بينهما كالمسلمين والذميين وهذا لان مقتضى المفاوضة والكفالة والوكالة فانما تشترط أهلية كل واحد منهما في ذلك ثم كل واحد منهما مالك للتصرف بنفسه فكان كل واحد منهما من أهل المفاوضة ألا ترى ان المفاوضة تصح بين الذميين والمسلمين فكذلك تصح بين المسلم والذمي ولا معتبر بتفاوتهما في التصرف من حيث ان المسلم لا يتصرف في الخمر والخنزير والذمي يتصرف في ذلك. وهذا لان الذمي الذي هو شريك المسلم مفاوضة لا يتصرف عندي في الخمر والخنزير ثم لا معتبر بالمساواة في التصرف الا ترى أن المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي والمجوسي يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد فيها المالية والكتابي لا يفعل وكذلك المفاوضة تصح بين حنفي المذهب وشافعي المذهب وان كان الحنفي يتصرف في المثلث النيذ لانه يعتقد فيه المالية وشافعي المذهب يتصرف في متروك التسمية عمدا لانه يعتقد فيها المالية. ثم هذا التفاوت لا يمنع صحة المفاوضة بينهما فكذلك المسلم والذمي وهما يقولان مبنى المفاوضة على المساواة ولا مساواة بين المسلم والذمي في التصرف ولا في محل التصرف وهو المال فان المخمر والخنزير مال متقوم في حق أهل الذمة يجوز تصرفهم فيها بيعا وشراء وسلما في الخمر وهى ليست بمال في حق المسلم فتندم المساواة بينهما وبدون المساواة لا تكون الشركة مفاوضة. ألا ترى أن المفاوضة لا تصح بين الحر والعبد لانعدام المساواة بينهما قال قوله بأنه لا يتصرف في الخمر والخنزير إذا كان مفاوضا للمسلم قلنا المعنى الذي لاجله كان ينفذ تصرفه في الخمر والخنزير إذا كان مفاوضا للمسلم هو اعتقاد المالية والتقوم فيه وذلك لا يندم بالمفاوضة مع المسلم فلا بد من القول بنفوذ التصرف عليه وهذا بخلاف المفاوضة بين الكتابي والمجوسي لان من جعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم لا يفصل بين الكتابي والمجوسي فيتحقق المساواة بينهما في التصرف (فان قيل لا يتحقق المساواة فان الكتابي يؤجر نفسه للذبح والتصيحة والمجوسي لا يؤجر نفسه لذلك لان ذبيحته لا تحل (قلنا لا كذلك بل كل واحد منهما ان يتقبل ذلك العمل على ان يقيمه بنفسه أو بنائبة واجارة المجوسى نفسه للذبح صحيح يستوجب به الاجر وان كان لا تحل ذبيحته فأما بين الحنفي والشافعي تتحقق المساواة لان الدلالة قامت على أن متروك التسمية عمدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه من الحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالتزام

بالمحاجة له والدليل فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وانما كرهه أبو يوسف رحمه الله لان في المفاوضة الوكالة ويكره للمسلم توكيل الذمي بالتصرف له. قال (ولا تجوز المفاوضة بين الحر والعبد ولا بين العبدین ولا بين الحر والمكاتب ولا بين المكاتبين ولا بين الصبيين وان اذن لهما أبوهما) لان مبنى المفاوضة على الكفالة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه والعبد والمكاتب والصبي ليسوا من أهل الكفالة فلهذا لا يجوز المفاوضة بينهما لان كل واحد منهما غير مالك للتصرف بنفسه فان العبد يحجر عليه مولاه والصبي يحجر عليه وليه والمكاتب يعجز فيرد في الرق والمقصود من المفاوضة التصرف والاسترباح فإذا لم يكن كل واحد منهما مالكا للتصرف بنفسه لا تجوز المفاوضة بينهما ثم تكون الشركة بينهما عنانا في هذه المواضع لانهما أهل الشركة وانما فسدت المفاوضة خاصة فيبقى العنان قد بنا ان العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا. قال (وان تفاوض الذميان جاز ذلك وان كان أحدهما نصرانيا والآخر مجوسيا) لان المساواة بينهما في الملك والتصرف تتحقق وكل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة فصحت المفاوضة بينهما. قال (وان شارك المسلم المرتد شركة عنان أو مفاوضة فهو موقوف عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه) ان قتل على رده أو لحق بدار الحرب بطل وان أسلم جاز لان من أصله ان التصرفات تتوقف بالردة على أن ينفذ بالاسلام أو تبطل إذا قتل أو لحق بدار الحرب والشركة من جملة تصرفاته فأما علي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله شركة العنان منه صحيحة لان من أصلهما أن تصرف المرتد بعد رده قبل لحاقه بدار الحرب نافذ فان قتل أو لحق بدار الحرب انقطعت الشركة لان في القتل موتا ولحوقه بدار الحرب كموته والموت مبطل للشركة وأما المفاوضة فعلى ما قال أبو حنيفة رحمه الله لا يرد به توقف أصل الشركة عندهما بل المراد توقف صحة المفاوضة فأما أصل الشركة صحيح عندهما وانما توقف صفة المفاوضة عند محمد رحمه الله لان المترد عنده في التصرفات كالمريض وكفالة المريض مرض الموت معتبرة من ثلثه فلا يكون المرتد من أهل الكفالة المطلقة إلا ان يسلم فلهذا توقف صفة المفاوضة على اسلامه وعلى أصل أبي يوسف الكفالة وان كانت تصح من المترد لانه بمنزلة الصحيح في التصرف الا ان نفسه توقف بين أن تسلم له بالاسلام أو يتلف عليه إذا أصر على الردة فيكون في معنى المكاتب من هذا الوجه والمكاتب ليس من أهل المفاوضة فلهذا توقف المفاوضة منه. قال (وان شارك

المسلم المرتد شركة عنان أو شركة مفاوضة جازت شركة العنان ولم تجز شركة المفاوضة إلا أن يسلم لان تصرف المرتد نافذ فان المال باق على ملكها لان نفسها لم تتوقف بالردة حتى لا تقبل فكذلك في مالها الا انها كافرة فهي كالذمية ومن أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المفاوضة لا تصح بين المسلمة والذمية وتصح شركة العنان وهى مكروهة فكذلك في حق المرتد قال (وينبغي في قياس قول أبي يوسف أن تكون

المفاوضة جائزة مع الكراهة لانه يجوز المفاوضة بين المسلمة والذمية  
فكذلك بين المسلمة والمرتدة وذكر عيسى بن ايان عن ابي يوسف  
رحمهما الله ان مفاوضتهما تتوقف كما تتوقف مفاوضة المرتد مع المسلم  
لانها وان كانت لا تقبل فانها تسترق وإذا ألحقت بدار الحرب فنفسها  
موقوفة من هذا الوجه فلهذا تتوقف مفاوضتهما. قال (ولاحد المتفاوضين  
أن يكاتب عبدا من تجارتهما) لان المفاوضة في حق شريكه أعم تصرفا من  
الوصي في حق اليتيم وللوصي أن يكاتب فللمفاوض ذلك بطريق الاولى  
وبيان هذا أن إقرار أحد المتفاوضين صحيح في حق شريكه وإقرار الوصي  
بالدين على اليتيم غير صحيح ثم الكتابة من عقود الاكتساب وهو أنفع من  
البيع لان البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الملك قبل الاداء وكل  
واحد من المتفاوضين بمنزلة صاحبه في اكتساب المال وان كانت الكتابة  
من التاجر الذي لا يملك شيئا من العبد وهو الاب والوصي صحيحة فصحتها  
من التاجر الذي يملك نصف العبد وهو المفاوض أولى وإذا ثبت ان لاحدهما  
أن يكاتب فله أن يذن لعبده في التجارة بطريق الاولى فان كل واحد منهما  
فك الحجر والكتابة لازمة والاذن في التجارة ليس بلازم ولهذا كان للمأذون  
أن يذن لعبده في التجارة وليس له أن يكاتب والاذن في التجارة من صنع  
التجارة ومما يقصد به تحصيل المال وكل واحد من المتفاوضين في ذلك  
يقوم مقام صاحبه. قال (وليس لاحد المتفاوضين أن يعتق عبدا بمال أو  
بغير مال) لان ذلك تبرع أما العتق بغير مال فلا اشكال فيه وكذلك العتق  
بمال لان ذلك يتعجل زوال الملك عن العبد في الحال والمال في ذمة  
مفلسة لا يدري أيقدر على الاداء أولا يقدر فلم يكن ذلك من عقود الا  
كتساب فلهذا لا يملك المفاوض في نصيب صاحبه وكذلك لا يزوج عبدا من  
تركتهما لانه ليس في تزويج العبد تحصيل المال بل فيه تعيب رقبته من  
حيث الاشتغال بالمهر والنفقة فلا يملك أحدهما في نصيب شريكه بدون  
اذنه وله أن يزوج الامة لان تزويج الامة من عقود

[ 200 ]

الاكتساب فانه يكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسه ولهذا يملك  
الاب والوصي تزويج أمة اليتيم ولا يملكان تزويج عبد اليتيم. قال (وليس  
لشريك العنان أن يكاتب لان كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة  
والكتابة ليس من التجارة) وما يكون معتادا بين التجار والكتابة ليس من  
هذه الجملة وكذلك لا يملك أحدهما تزويج الامة في قول ابي حنيفة ومحمد  
رحمهما الله وفي قول ابي يوسف رحمه الله يملك ذلك وقد بينا هذا في  
كتاب النكاح. قال (وإذا كان للمتفاوضين عبد تاجر فادانه أحدهما دينا من  
تجارتهما لم يلزمه من ذلك شيء) لان فعل أحدهما في الادانة كفعلهما ولان  
مالية العبد من شركتهما وما اداناه أو احدهما فهو من شركتهما أيضا فلا  
فائدة في الايجاب في ذمته فلا يشتغل بما لا يفيد شرعا (وكذلك في  
شركة العنان في البيع والشراء كل واحد منهما وكيل صاحبه في البيع  
بالنقد والنسيئة) والادانة بيع بالنسيئة ولا فائدة في ايجاب ذلك في ذمته  
متعلقا بماليته لان ماليته من شركتهما أما إذا كانا شريكين في عبد لهما  
خاصة فاذن لهما في التجارة ثم ادانه كل واحد منهما دينا فانه يلزمه نصف  
دين كل واحد منهما في حصة الآخر لان كل واحد منهما من حصة صاحبه  
كالاجنبي حتى لا يملك التصرف فيه فما ادانه كل واحد منهما نصفه في  
ملكه والمولى لا يستوجب على مملوكه دينا ونصفه في ملك شريكه وهو  
يستوجب الدين فيه لكونه مقيدا فانه في ذلك النصف كاجنبي آخر ويجعل  
كل نصف من العبد كعبد على حدة (ومن ادان عبده وعبد غيره يثبت من دينه

ما يخص عبد غيره دون ما يخص عبده) قال (وان كان العبد التاجر بين المتفاوضين فباعه أحدهما ثوبا من ميراث ورثه لزمه نصف ذلك الدين في نصيب الآخر) لان ما ادانه ليس من شركتهما وفيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه كالأجنبي. قال (ولو كان العبد ميراثا لأحدهما فأذن له الآخر في البيع والشراء لم يحز) لان العبد ليس من شركتهما فاذن صاحبه له في التجارة كاذن اجنبي آخر فان أذن له مولاه ثم ادانه الآخر دينا من ميراثه خاصة لزمه ذلك كمال لو ادانه اجنبي آخر لان ما ادانه ليس من شركتهما وان ادانه من التجارة لزمه نصف ذلك لان فعل أحدهما في الادانة من مال التجارة كفعلهما فلا يجب عليه نصيب الاذن لانه ملكه ولا يستوجب المولى الدين علي عبده ويلزمه نصيب الآخر لانه اجنبي عن ماله. قال (وإذا استأجر أحد المتفاوضين أجيرا في تجارتها أو دابة أو شيئا من الاشياء فللمؤجر أن يأخذ بالاجر

## [ 201 ]

أيهما شاء) لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجر لحاجة نفسه أو استأجر ابلا لحج إلى مكة فحج عليها فللمكربى أن يأخذ به أيها شاء ان شاء المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء شريكه بكفاله عنه الا أن شريكه إذا أدى ذلك من خالص ماله يرجع به عليه لانه أدى ما كفل عنه بأمره وان أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى وهو النصف. وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه فان شركة العنان لا تتضمن الكفالة (وان أدى العاقد من مال الشركة رجع شريكه بنصف ذلك عليه إذا كان استأجره لخاصة نفسه وان كان استأجره لتجارتها وأدى الاجر من خالص ماله رجع لي شريكه بنصفه) لانه وكيل عن صاحبه في هذا الاستئجار وقد أدى الاجر من مال نفسه ولو كانت الشركة بينهما في شئ خاص شركة ملك لم يرجع علي صاحبه بشئ مما أدى لانه ليس بوكيل عن صاحبه في هذا الاستئجار. قال (ولو أجز أحد المتفاوضين عبدا من تجارتها كان للآخر أن يأخذ الاجر) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب لهما بالتجارة وفعل أحدهما كفعل صاحبه وللمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لان التسليم مضمون علي الآخر والآخر مطالب عنه بكفاله بما يلزمه بالتجارة وان أجز أحدهما عبدا له خاصة من الميراث لم يكن للآخر أن يأخذ الاجر لانه بدل ما ليس من شركتهما ألا ترى أنه لو باع هذا العبد لم يكن للآخر أن يأخذ الثمن وحكم المنفعة حكم العين ولم يكن للمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لما بينا أن فيما ليس من شركتهما كل واحد من صاحبه كالأجنبي ولا تفسد المفاوضة وان كان الاجر دراهم أو دنانير حتى يقبضها لان أحدهما انما فضل صاحبه بملك دين والدين لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة فإذا قبضها فسدت المفاوضة لانه اختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وذلك بعدم المساواة وكذلك كل شئ مما هوله خاصة باعه فليس لشريكه أن يطالب به ولا تفسد المفاوضة ما لم يقبض الثمن فإذا قبض وكان من النقود فسدت المفاوضة لما قلنا. قال (ولأحد المتفاوضين أن يشارك رجلا شركة عنان ببعض مال الشركة فيجوز عليه وعلي شريكه كان بآذنه أو بغير آذنه) وان شاركه شركة المفاوضة بآذن شريكه فهو جائر عليهما كما لو فعلا ذلك وان كان بغير آذنه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان وقد بينا اختلاف الرايات في هذا

الفصل وبستوى ان كان الذى شاركه اياه أو ابنه أو أجنبيا عنه لان حكم الشركة واحد فلا يمكن التهمة فيه بسبب القرابة (وذكر) الحسن عن أبى حنيفة رحمة الله عليهما ان أحد شريكي العنان إذا شارك انسانا آخر شركة المفاوضة فان كان ذلك بمحضر من شريكه تصح مفاوضته وتبطل به شركته مع الاول وان كان بغير محضر من شريكه لم تصح مفاوضته لان مباشرته المفاوضة مع الثاني نقص منه لشركة العنان مع الاول فان المساواة بينهما لا تتحقق الا به ونقص أحد الشريكين الشركة بمحضر من صاحبه صحيح وبغير محضر منه باطل. قال (وإذا أجر أحد المتفاوضين نفسه لحفظ شئ أو خياطة ثوب أو عمل معلوم بأجر واكتسب بهذا الطريق فهو بينهما لانه انما يستوجب الاجر لتقبل ذلك العمل وهو صحيح منه في حق صاحبه) فما يكتسب به يكون بينهما ويجعل فعل أحدهما فيه كفعلهما بخلاف ما إذا أجر نفسه للخدمة لان البذل هناك يستوجب بتسليم النفس ونفسه ليست من شركتهما فهو بمنزلة مالو أجر عبدا له ميراثا. وأما شريك العنان إذا اكتسب بتقبل العمل وليس ذلك من شركتهما فانه يكون له خاصة ولانه وكيل صاحبه في التصرف في مال الشركة وتقبل هذا العمل ليس بتصرف منه في مال الشركة وكان شريكه في ذلك كأجنبي آخر قال (ولاحد المتفاوضين أن يرهن عبدا من مال المفاوضة بدين من مال المفاوضة وبدين عليه خاصة من مهر أو غيره بغير اذن شريكه) لان المقصود من الرهن قضاء الدين فان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وله أن يوفي من مال الشركة هذا الدين وكذلك يرهن به الا انه إذا هلك الرهن حتى صار المرتهن مستوفيا للدين فان كان الدين من شركتهما فلا ضمان عليه وان كان الدين عليه خاصة يرجع شريكه عليه بنصف ذلك لانه قضى دينا عليه من مال مشترك وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين فلا ضمان عليه في الزيادة لان الزيادة على قدر الدين امانة في يد المرتهن فان لاحد المتفاوضين أن يودع ولان الاب لو رهن بدين الولد عينا قيمته أكثر من الدين لم يكن ضامنا للزيادة وكذلك المفاوض وان رهن عبدا له خاصة بدين من المفاوضة وقيمتها مثل الدين فهلك فهو بما فيه ويرجع بنصفه على شريكه لانه صار قاضيا دين المفاوضة بخالص ملكه وهو في نصيب صاحبه وكيل عنه فيرجع عليه بما أدى من دينه من خالص ملكه. قال (وان كان الدين من تجارتهما على رجل فارتهن أحدهما به رهنا جان سواء كان هو الذى ولى المبايعة أو

صاحبه لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في استيفاء الدين الواجب بالتجارة وكذلك في الارتهان به وأما في شركة العنان فلا يجوز لاحدهما أن يرهن شيئا من الشركة بدين عليه خاصة الا برضا صاحبه كما ليس له أن يوفى ذلك الدين من مال الشركة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة في ذلك المال له في لا صرفه إلى حاجة نفسه قال (ولا يجوز ان يرتهن رهنا بدين لهما من الشركة على رجل الا أن يكون هو الذى ولى المبايعة أو يأمر من وليها منهما) اعتبارا للارتهان بالاستيفاء وليس له حق المطالبة بالاستيفاء لما وليه صاحبه الا باذنه فكذلك الارتهان وهذا لان الاستيفاء من حقوق العقد فيكون إلى العاقد وكيلا كان أو مالكا. قال (ولا يجوز لاحدهما أن يرتهن رهنا بدين ولياه جميعا) لان فيما وجب بعقد صاحبه

هو لا يملك الاستيفاء فلا يصح ارتهانه به ولو جاز في نصيبه كان مشاعا والشيوخ يمنع صحة الرهن فان فعل وهلك الرهن وقيمته مثل الدين ذهب نصف الدين وضمن نصف الرهن في ماله خاصة لان الفاسد من الرهن معتبر بالجائز في حكم الضمان فكما أن المقبوض بحكم الرهن الجائز يكون مضمونا بقدر الدين فكذلك المقبوض بحكم الرهن الفاسد (وطعن) عيسى رحمه الله في هذه المسألة وقال الصحيح ان يذهب نصف الدين ولا يضمن شيئاً آخر لانه في نصيب صاحبه اجنبي وضمان الرهن ينبنى على يد الاستيفاء فإذا لم تثبت له يد الاستيفاء في نصيب صاحبه لا يثبت الضمان في ذلك النصف كمن ارتهن بدين لرجل على آخر ان يكون هو عدلا فيه ان أجازه صاحب الدين ضمنه وان لم يجزه فلا شئ عليه فهلك الرهن في يده قبل أن يجيزه صاحب الدين لم يضمن القايض شيئاً وما ذكره في الكتاب أصح لانه قبض الرهن هنا على جهة استيفاء الدين فلا يكون صاحبه راضيا بالتسليم إليه بدون هذه الجهة وفي مسألة العدل بشرط انه لم يخبر صاحبه فلا شئ عليه وباعتبار هذا الشرط يتحقق رضا صاحب الرهن بقبضه لا على وجه الاستيفاء فلماذا لا يضمن شيئاً ثم يكون للآخر أن يطالب المديون بنصيبه من الدين لانه لم يصير نصيبه من الدين مستوفى بهلاك الرهن. قال (واقرار أحد المتفاوضين بالرهن والارتهان جائز كما يصح اقراره بالايفاء والاستيفاء) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في ذلك ومن ملك مباشرة الشئ بالاقرار به لانتفاء التهمة فان أقر بذلك بعد التصرف أو موت أحدهما لم يجز اقراره على صاحبه لان الشركة قد انقطعت بينهما وقيامه مقام صاحبه في الاقرار كان بحكم

[ 204 ]

الشركة فلا يبقى بعد انقطاع الشركة بينهما. قال (ويجوز اقرار شريك العنان بالارتهان فيما تولاه عليه وعلى شريكه) لان حق القبض إليه فيما تولى سببه فكما يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك اقراره بالارتهان وفيما وليه صاحبه ولا يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيب صاحبه ويجوز في نصيبه استحسانا لان الموكل إذا قبض الثمن بتسليم المشتري إليه صح قبضه استحسانا وكذلك اقراره بالاستيفاء حقيقة أو بالارتهان يكون صحيحا في نصيبه دون نصيب صاحبه. قال (وما غصبه المفاوض أو استهلكه أو عقد دابه أو احرق ثوبا فلصاحبه أن يضمن أيهما شاء) وقد بينا هذا الا أن حاصل الضمان يكون على الفاعل خاصة حتى لو أدى الآخر من مال الشركة رجع عليه بنصفه الا أن هذا الفعل لم يكن هو فيه قائما مقام شريكه ولا مادونا له من جهته فيه فان الغصب ليس بتجارة وبثبوت الملك في المغصوب يتحقق شرط تقرر الضمان فأما الواجب ضمان الفعل فيكون علي الفاعل خاصة وإذا أدى غيره عنه بحكم الكفالة رجع عليه بخلاف الشراء الفاسد فان الضمان الواجب به ضمان العقد والفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما ان ما يجب بالصحيح من التجارة يكون عليهما وإذا أداه أحدهما من مال الشركة لم يرجع به على صاحبه فكذلك ما يجب بالشراء الفاسد. قال (ولو كان عند أحدهما ودیعة فعمل بها أو كانت مضاربة فخالف فيها كان الربح لهما) لان حصول الربح بطريق التجارة وفعل أحدهما فيه كفعلهما ولصاحبه أن يضمن أيهما شاء لمعنى الكفالة بينهما كما في ضمان الغصب والاستهلاك. قال (وإذا غصب شريك العنان شيئاً أو استهلكه لم يؤخذ به صاحبه) لان على صاحبه ليس بكفيل عنه وان اشترى شيئاً فاسدا فهلك عنده ضمنه ورجع على صاحبه بنصفه لانه وكيل صاحبه بالشراء وما يجب على الوكيل بالشراء الفاسد

والصحيح يستوجب الرجوع به على صاحبه لانه عامل له بأمره فان مطلق التوكيل يتناول الجائز والفاسد من التصرف. قال (ولو كفل أحد المتفاوضين عن رجل بمهر أو بارش جنابة فهو بمنزلة كفالته بدين آخر لا يؤخذ به شريكه) في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه يؤخذ به لان الواجب علي المتفاوض بسبب الكفالة لا بسبب النكاح والجنابة والارش والمهر في حقهما كسائر الديون بخلاف المهر والارش الواجب على أحد المتفاوضين فان وجوب ذلك بسبب النكاح والجنابة والشريك غير متحمل فيه ما يجب لهذا السبب ولهذا لا يؤخذ واحد من المتفاوضين

[ 205 ]

بنفقة امرأة شريكه ولا متعتها ولا بنفقة يفرضها الحاكم عليه لذوي ارحامه لان وجوب ذلك بسبب لا يحتمل الشركة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يجب باعتبار سبب يحتمل الشركة. قال (وان أقر أحد المتفاوضين بدين عليه لامرأته غير المهر من شراء أو قرض لم يلزم شريكه منه شيء) في قول أبي حنيفة رحمه الله ويلزم المتفاوض المقر خاصة وكذلك اقراره لكل من لا تجوز شهادته له من أبائه وأولاده وعبيده ومكاتبه في قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما اقراره لهؤلاء جائز عليهما ما خلا عبده ومكاتبه وأصل المسألة في الوكيل بالبيع أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يبيع بمطلق الوكالة من واحد من هؤلاء وعندهما يجوز بيعه من هؤلاء الا من عبده ومكاتبه فمن أصلهما ان الاملاك بينهما متباينة فيكون لكل واحد منهما ولاية ايجاب الحق لصاحبه في ملك الغير عند تسليط من له الحق كما في حق الاجانب ولا يكون منهما في ذلك باعتبار ما بينهما من القرابة بخلاف العبد فكتبه ملك هؤلاء وللمولى حق الكسب في ملك المكاتب فلا يكون منهما في حق نفسه فكذلك في حق مكاتبه وعبيده وبخلاف الشهادة فان التسليط ممن له الحق غير موجود هناك إذا ثبت هذا في التوكيل فكذلك في الاقرار أو كل واحد من المتفاوضين يوجب الحق للمقر له في مال صاحبه بتسليطه فامرأته وأبوه في ذلك كأجنبي آخر وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو متهم في حق هؤلاء بدليل ان شهادته لهم لا تصح موجبة للحكم والانسان انما يملك الحق للغير في مال الغير عند تسليطه بصفة الامانة فلا يملك في حق هؤلاء لتمكن تهمة الميل إليهم كما في حق العبد والمكاتب ولكن هذه التهمة في نفوذ اقرار المتفاوض على شريكه لا في نفوذ اقراره على نفسه فلهذا لزم المال المقر خاصة. قال (وكذلك لو أقر لامرأته وهي بائنة معتدة منه) وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله يجوز اقراره لها في حق شريكه وأصله في الشهادة فانه إذا شهد للمباينة وهي تمتد منه قبلت الشهادة في رواية الحسن رحمه الله لانقطاع السبب الممكن للتهمة وهو النكاح كما بعد انقضاء العدة وفي ظاهر الرواية لانقبل شهادته له لان العدة حق من حقوق النكاح فبقاؤها كبقاء أصل النكاح ألا ترى ان في نكاح أختها وأربع سواها جعلت هذه العدة كالنكاح (وكذلك) في استحقاق النفقة والسكنى ووقوع طلاقه عليها فكذلك في المنع من قبول شهادته لها وفي امتناع صحة اقراره لها في حق الشريك. قال (ولو كان النكاح فاسدا وقد

دخل بها فان أقر لها بمهرها لم يلزم شريكه لان وجوب المهر بسبب لا يحتمل الشركة فاسدا كان النكاح أو صحيحا) وان أقر لها بدين غير المهر لزمها جميعا لان هذه العدة ليست من حقوق النكاح ولكنها تجب لاشتغال الرحم بالماء ألا ترى أنها لا تستحق النفقة والسكنى باعتبارها وانه لا يقع عليها اطلاقه (وكذلك) لو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين لزمها جميعا وان كانت في عدته لان هذه العدة ليست من حقوق النكاح ألا ترى أنها لا تستحق النفقة والسكنى باعتباره وكذلك لا تمنع من الخروج والسوق في هذه العدة بخلاف عدة النكاح وانه لا يقع عليها طلاقه وللمولى أن يتزوج أربعاً سواها في هذه العدة بخلاف عدة النكاح فلهذا كانت كالأجنبية في حكم الشهادة والاقرار لها حتى يثبت المقر به في حقهما ويجوز اقراره عليهما جميعاً لام امرأته وولدها من غير اعتبار الاقرار بالشهادة. قال (ولا يجوز اقرار المرأة المفاوضة بالدين لزوجها على شريكها كما لا يجوز شهادتها له) ويجوز اقرارها بالدين لا بوى زوجها وولده من غيرها عليها وعلى شريكها كما يجوز شهادتها. قال (وإذا اعتق أحد المتفاوضين عبداً من شركتهما فالقول فيه كالقول في غير المفاوض) لان العتق ليس مما تقتضيه المفاوضة وقد بينا حكم اعتاق أحد الشريكين العبد المشترك في كتاب العتاق. قال (وإذا افترق المتفاوضان ثم قال أحدهما كنت كاتب هذا العبد في الشركة لم يصدق على ذلك) لان أقر على صاحبه بما لا يملك انشاءه في الحال وصحة اقرار المقر في حق الغير باعتبار ملكه للانشاء ولكن اقراره في نصيب نفسه صحيح فيكون ذلك كأنشاء مكاتبته وليس لشريكه أن يردده لدفع الضرر عن نفسه بعد ما يحلف على علمه لانه لو أقر بما أقر به على شريكه صار العبد كله مكاتباً فإذا أنكر يستحلف عليه ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فيحلف بالله ما يعلم انه كاتب في المفاوضة وكذلك ان أقر أنه اعتقه في الشركة معناه ان اقراره يصح في نصيب نفسه خاصة ولا يشتغل باستحلاف الآخر هنا لانه لو انشأ العتق في حال بقاء الشركة لم ينفذ في نصيب شريكه فكذلك إذا أقر به بعد الافتراق بخلاف الكتابة. قال (فان تفرقا وأشهد كل واحد منهما على صاحبه بالبراءة من كل شركة ثم قال أحدهما قد كنت أعتقت هذا العبد في الشركة وقد دخل نصف قيمته فيما ترتب اليك مرة فصدقه الآخر في عتقه وقال كنت اخترت استسقاء العبد فالقول قول الذي لم يعتق) لان الخيار إليه في تعيين محل حقه فلا يملك المقر

ابطال هذا الحق عليه ولان مالية نصف العبد عرفناه حقاً له والمقر يريد اسقاط حقه بما ذكر فلا يقبل قوله الا بحجة وعلى المنكر اليمين فإذا حلف كان له أن يستسقى العبد في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا شيء له على الشريك لاقراره انه باختيار الاستسقاء وذلك موجب براءة المعتق عن الضمان بالبراءة. قال (فان قال قد كنت اخترت ضمانك فقد برئ من الضمان بالبراءة) لان حقه تقرر في ذمته بزعمه وبرئ العبد من ذلك وقد صار ميراثاً شريكه بالاشهاد على البراءة من كل شركة وان قال ما كنت اخترت شيئاً فأنا على خياري كان القول قوله لان الخيار كان ثابتاً له والاختيار حادث من قبله فإذا أنكره كان القول قوله ولكن له أن يستسقى العبد وليس له أن يضمن الشريك لاجل البراءة فانه لو تقرر ضمان نصيبه

في ذمته باختياره تضمينه سقط ذلك بالاشهاد على البراءة فقبل تقرر الضمان لان يستفيد البراءة منه بالاشهاد على البراءة أولى وإذا سقط حقه في تضمينه تعين في استسقاء العبد كما لو أعتقه برضاه وان أقام المقر البينة انه قد كان اختار ضمانه جعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة فيبرأ هو من ذلك ولا شيء على العبد وان قال الشريك لم يعتقه الا بعد الفرقة كان القول قوله أيضا لان الاعتاق حادث فيحال به على أقرب الاوقات ولا يصدق المقر في الاسناد الا بحجة فان أقام المعتق البينة انه أعتقه في المقايضة وضمن له نصف قيمته وأقام الآخر البينة انه أعتقه بعد الفرقة واختار سقاية العبد فالبينة بينة المعتق وبرئ هو والعبد من نصف قيمته لانه أثبت بينته بسبق التاريخ في الاعتاق وأبقى ما لزمه من الضمان به والتشريك بينته يعنى ذلك والبيانات للاثبات فيترجح بزيادة الاثبات. قال (ولو أقر أحدهما انه كاتب عبدا على الف درهم في الشركة وقبضها منه ومات العبد فقد دخل فيما برئت اليك منه وقال (الآخر بل كاتبته بعد الفرقة فالقول قول الذي لم يكاتب) لان المكاتب يدعى سبق التاريخ في عقده فلا يصدق الا بحجة والقول قول المنكر مع يمينه على علمه فإذا حلف يأخذ نصف الالف من المقر لانه أخذه من كسب العبد وقد كان مشتركا بينهما بعد الفرقة وان كان العبد مات وترك مالا كثيرا فقال المكاتب كاتبته بعد الفرقة وأنا وارثه وقال الآخر كاتبته في المقايضة ونحن وارثاه جميعا ولم يرد المكاتب شيئا بعد فالقول قول الذي لم يكاتب لان ملكه في نصف المكاتب كان ظاهرا وذلك يوجب الملك له في نصف الكسب فالشريك بما قال يدعى بملك ذلك عليه فعليه البينة وهو منكر ذلك فالقول قول (14) مبسوط حادى عشر)

## [ 208 ]

الذى لم يكاتب مع يمينه فإذا حلف كان مكاتبا بينهما وقد مات فيأخذ ان المكاتب من تركته والباقي ميراث قال لان ولاء لهما. قال (ولو مات المتفاوضان واقتسم الورثة جميع اتركما ثم وجدوا مالا كثيرا فقال أحد الفريقين كان هذا في قسمنا لم يصدقوا على ذلك الا ببينة) لانهم تصادقوا على ان هذا المال كان مشتركا في الاصل فدعوى أحد الفريقين للاختصاص به بعد ذلك لا يقبل في حق الآخر الا بحجة وعلى الفريق الآخر اليمين فإذا حلفوا كان بينهما نصفين وان كان في أيديهم صدقوا ان كانوا قد أشهدوا بالبراءة لان سبب اختصاصهم بما في أيديهم قد ظهر وهو الاشهاد بالبراءة العامة وان كانوا لم يشهدوا بالبراءة فهو بينهم جميعا بعد ما يحلف الآخرون ما دخل هذا في قسم هؤلاء لانا عرفناه مشتركا في الاصل فانما يستحق ذواليد باعتبار يده ما لم نعلم فيه حقا لغيره فأما إذا كان معلوما فلا يستحق باعتبار يده بل بالاشهاد على البراءة وذلك غير موجود وهذا لان دعوى البعض فيما في يد الغير كدعوى الدين في ذمته وبعد الاشهاد على البراءة المطلقة لا تسمع منه دعوى ما في ذمته مطلقا فكذلك لا تسمع منه دعوى ما في يده بخلاف ما قبل الاشهاد على البراءة. قال (ولو كان في يد أحد الفريقين مال فقالوا هذا لابينا قبل المقايضة لم يصدقوا على ذلك) لانهم قائمون مقام مورثهم ولو ادعى المورث ذلك في حياته لم يسمع ذلك منه وكان مافى يده بينه وبين صاحبه نصفين كما هو مقتضى المقايضة فكذلك دعوى الورثة بعده فان كانوا قد أشهدوا بالبراءة مما كان في الشركة ثم أقروا بهذا وللفريق الآخر نصفه لان الاقرار حجة في حق المقر وقد زعموا ان هذا ما لم يتناوله البراءة لانه لم يكن من الشركة وكان حكم هذا المال بعد الاشهاد على البراءة كما قبله وان كانت

البراءة مما كان في الشركة وغيره فلا حق لهم فيه لانه دخل في البراءة بهذا اللفظ سواء كان من شركتهما أو من غير شركتهما. قال (وكل ما اشترى أحد المتفاوضين من التجارة وغيرها فهو بينه وبين شريكه) الا انى أستحسن في كسوته وكسوة عياله وقوتهم من الطعام والادام أن يكون له خاصة دون شريكه لان مقتضى المفاوضة المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما جميعا والقياس في الطعام والكسوة والادام كذلك فان شراء ذلك من عقود التجارة ولكنه استحسنه فقال هذا مستثنى من قضية المفاوضة لان كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته إلى ذلك في مدة المفاوضة ومعلوم ان واحد منهما لم يقصد بالمفاوضة أن تكون نفقة وتفقة عياله على شريكه وقد كان يعلم انه لا يتمكن من تحصيل

[ 209 ]

حاجته من ذلك الا بالشراء فصار كل واحد منهما مستثنيا هذا المقدار من تصرفه كما هو من مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء بالشرط ولان سبب المفاوضة انما يجب المساواة شرعا فيما يتمكن كل واحد منهما من الوقاية وذلك فيما سوى الطعام والكسوة والادام فان اشترى أحدهما شيئا من ذلك كان له خاصة وللبايع أن يطالب بالثمن أيهما شاء لان المشتري باشر سبب الالتزام والآخر كفل عنه ما لزمه بالشراء بسبب الشركة فإذا أداه أحدهما من مال الشركة رجع المؤدى على المشتري بقدر صحته من ذلك لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضى من مال الشركة وان كانت الاشياء في يد أحدهما فجدد المفاوضة فقد وقعت الفرقة لحدوده لان كل واحد منهما ينفرد بفسخ الشركة بمحض من صاحبه فحدوده يكون فسخا لانه ينفى بالحدود عقد الشركة بينهما فيما مضى ومن ضرورة ذلك بعينه في الحال وهو ضامن لنصف جميع ما فى يده إذا قامت البينة على المفاوضة لانه كان أمينا في نصيب صاحبه بالحدود يصير ضامنا كالمودع إذا جحد الوديعة وكذلك لو جحد وارثه بعد موته لان نصيب الآخر فى يد وارث الميت أمانة بالحدود يصير ضامنا فان ماتنا وأوصى كل واحد منهما إلى رجل فوصى كل واحد منهما يطالب بما ولى موصيه مبايعته لانه قائم مقام الموصى وقد انقطعت الشركة بموتها ولا يطالب بالدين الا من هو قائم مقام الذى ولى المبايعه فإذا قبضه فلا ضمان عليه في ذلك ولا على الورثة بعد أن يكونوا مقرين بالمفاوضة كما لو كان الموصى قبض بنفسه وهو مقر بالمفاوضة كأن أمينا في نصيب صاحبه. قال (وإذا اشترى أحد المتفاوضين جارية لخاصة نفسه ليطاها فان كان اشتراها بغير أمر شريكه فهى بينهما) وليس له أن يطأها لان هذا الشراء ما صار مستثنى من مقتضى الشركة وانه ما كان يعلم وقوع الحاجة إليه الا عند الشركة فيقع على مقتضى الشركة وليس لاحد الشريكين وطئ الجارية المشتركة وان اشتراها باذن شريكه وللبايع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء ويحتسبان به فيما بينهما من حصة الذى اشتراها بمنزلة ما يشتره من الطعام والكسوة لنفسه وعياله (وذكر) فى الجامع الصغير أن الجارية للمشتري بغير شئ فى قول أبى حنيفة رحمه الله وله أن يطأها وأيهما نقد الثمن لم يرجع على صاحبه بشئ منه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله إذا ادبا الثمن من مال الشركة فللشريك أن يرجع على المشتري بحصته من الثمن \* فتبين بما ذكر هناك ان الجواب المذكور فى كتاب الشركة

قولهما، وجه قولهما انه اختص بملكها بالشراء فيلزمه ثمنها لان الثمن بمقابلة الملك فإذا اداه من مال الشركة رجع شريكه عليه بحصته من ذلك كما في الطعام والكسوة وهذا لان اعتبار اذن الشريك ليصير به هذا العقد مستثنى من مقتضى الشركة فإذا وجد التحق بالمستثنى بدون اذنه وهو الطعام والكسوة وأبو حنيفة رحمه الله يقول صار مشتريا الجارية على الشركة وقد نقد الثمن من مال الشركة فلا يرجع عليه شريكه بشئ منه كما لو اشتراها بغير أمر شريكه وهذا لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها. الا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة ولكن تأثير اذن شريكه في تمليك نصيبه من المشتري بعد الشركة فيكون واهبا لنصيبه من شريكه \* ولو انهما اشتريا جارية ثم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه كانت الجارية له خاصة يطأها والتمن عليهما فهذا مثله يقرره ان اذن الشريك عليهما معتبر فيما لان يثبت بدون اذنه وبشراء أحدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك في المشتري يكون لهما والتمن عليهما بدون اذن الشريك فعرفنا ان اعتبار اذنه في القرار المشتري بملك الجارية ولذلك طريقان إما بنفس الشراء وذلك غير ممكن مع قيام الشركة بينهما واما بهية أحدهما نصيبه من صاحبه وذلك ممكن فيجب تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن ويجعل هذا الطريق المتعين لتحصيل مقصودهما كتصريحهما به بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى من مقتضى الشركة فكان الملك في المشتري للمشتري خاصة بعقد الشراء فلهذا كان الثمن عليه خاصة. قال (فان كان اشتراها بامر صاحبه فوطئها ثم استحققت للمستحق أن يأخذ بالعقد ايها شاء) لانه دين وجب على أحدهما بسبب التجارة وهو الشراء فانه لولا الشراء لكان الواجب عليه الحد بخلاف ما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحققت لان وجوب العقر عليه هناك باعتبار النكاح والنكاح ليس من التجارة في شئ والدليل على الفرق ان العبد المأذون يؤخذ بالعقر بسبب الشراء في الحال ولا يؤخذ بالعقر بسبب النكاح حتى يعتق. قال (وإذا باع أحدهما جارية من تجارتهما بنسيئة لم يكن لواحد منهما أن يشتريها باقل من ذلك قبل استيفاء الثمن) لان فعل أحدهما في البيع كفعلهما ولان أحدهما بائع والآخر تبع له ومن باع أو بيع له لم يجر شراؤه باقل من الثمن الا قبل العقد. وان وهب البائع الثمن للمشتري أو أبراه منه جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن نصيب صاحبه لانه في نصيب صاحبه وكيل بالبيع والوكيل بالبيع

إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو وهبه له قبل القبض جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكان ضامنا مثله للموكل ولم يجر أبرأه في قول أبي يوسف رحمه الله فكذلك هذا في نصيب الشريك وهذا لان الهبة والابراء ليس مما تقتضيه المفاوضة \* وان كان الشريك هو الذي وهب الثمن من المشتري جاز في نصفه لانه مالك لنصيبه فيجوز اسقاط الثمن باعتبار ملكه كالموكل إذا أبرأ المشتري فأما في نصيب البائع الشريك ليس بمالك ولا عاقد فلا تصح هبته وان أقاله البيع جاز عليه وعلى الذي ولي البيع لان

الاقالة من صنيع التجار فكان من مقتضيات المفاوضة فان الاقالة كالبيع الجديد ولهذا تصح من الاب والوصي وكذلك يصح من المفاوض والشريك شركة عنان. قال (ولو أسلم أحد المتفاوضين دراهم في طعام جاز ذلك عليهما) لانه شراء بنسيئته وهو من صنيع التجار ففعل أحد المتفاوضين كفعلهما وكذلك لو تعين أحدهما عينة عينة وصورة العينة أن يشتري عينا بالنسيئة باكثر من قيمته لبيعه بقيمته بالنقد فيحصل له المال وهذا من صنيع التجار بفعل أحد المتفاوضين فيه كفعلهما وهذا بخلاف أحد شريكي العنان وقد بينا ان هناك انما يملك كل واحد منهما الشراء بالنسيئة إذا كان في يده من مال الشركة جنس ذلك الثمن فأما اذا لم يكن فشرأوه بالنسيئة استدانة على المال وولاية الاستدانة لا تستفاد بشركة العنان وتستفاد بالمفاوضة. قال (ولو قبل أحد المتفاوضين رأس مال أسلم إليه صاحبه في طعام كان جائزا على شريكه) لان قبول السلم من صنيع التجار (فان قيل) كيف يصح هذا والتوكيل بقبول السلم لا يصح وكل واحد منهما وكيل في حق صاحبه فانما ينفذ من تصرفه على صاحبه ما ينفذ من الوكيل على الموكل (قلنا) هذا في شركة العنان هكذا فأما المفاوضة فكل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما هو من تجارة وقبول السلم من التجارة يوضحه ان قبول السلم تبع مافى ذمته والتزام ضمان مافى الذمة بمال يأخذه فهو بمنزلة مالو أحر نفسه بعمل من خياطة أو نحوها وقد بينا ان ذلك ينفذ منه في حق شريكه المفاوض حتى يطالب به فكذلك قبول السلم. قال (وإذا باع أحد المتفاوضين عبدا بنسيئته ثم مات لم يكن لصاحبه أن يخاصم فيه) لان الشركة انقطعت بينهما بالموت فانما تبقى ولاية المطالبة والخصومة بالعقد وذلك إلى العاقد أو الي من قام مقامه بعد موته من وصى أو وارث ولكن ان أعطاه المشتري نصف الثمن برئ منه لان نصف الثمن ملكه إذا قبضه وصى الميت يلزمه دفعه إليه فإذا دفعه المشتري إليه بنفسه برئ

[ 212 ]

استحسانا كالمشتري من الوكيل إذا دفع الثمن الي الموكل ببرا استحسانا. قال (وإذا باع أحدهما من صاحب ثوبا من الشركة ليقطعه جاز) لان هذا بيع مفيد فان الثوب قبل هذا البيع من الشركة بينهما وبعد هذا البيع يختص المشتري بملكه فانه لو اشترى ثوبا لكسوته من أجنبي يختص بملكه وكذلك إذا اشتراه من صاحبه والشراء إذا كان مقيدا كان صحيحا كالمولى إذا اشترى شيئا من كسب عبده المأذون المديون لنفسه أو رب المال إذا اشترى شيئا من مال المضاربة من المضارب كان صحيحا. قال (وكذلك لو باعه جارية ليطأها أو طعاما يجعله رزقا لاهله فهذا البيع مفيد يجب به الثمن) ثم نصف الثمن له ونصفه لشريكه كما لو باعه من أجنبي آخر. قال (وإذا اشترى شيئا من ذلك أحدهما من صاحبه للتجارة كان باطلا) لان هذا العقد غير مفيد فان العين قبل هذا العقد من شركتهما وبعده كذلك والعقد إذا لم يكن مقيدا كان باطلا لان العقود الشرعية أسباب مشروعة للفائدة فإذا خلت منها كانت لغوا واللغو لا يكون مشروعا \* وان كان لاحدهما عبد ميراث فاشتراه الآخر للتجارة كان جائزا لانه مفيد فانه يدخل به في المفاوضة ما لم يكن فيها ولا يفسد المفاوضة حتى يقبض الثمن لان اختصاصه قبل القبض بملك الدين فإذا قبض الثمن فقدا ختص بملك مال يصلح ان يكون رأس مال في الشركة فتبطل المفاوضة (وكذلك) ان كانت أمة لاحدهما ميراثا اشترها الآخر منه ليطأها. قال (وإذا ارتد أحد المتفاوضين ولحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة بينهما) لان القاضى لما قضى بلحاقه بدار الحرب حتى يقسم ماله بين ورثته والمفاوضة تبطل

بالموت حقيقة فكذلك إذا فقد موته حكما ولانه صار حربيا ولا عصمة بين الحربى في دار الحرب والمسلم في دار الاسلام ألا ترى ان ابتداء المفاوضة بينهما لا يجوز وكذلك لا يبقى وان رجع مسلما قبل ان يقضى القاضى بلحاظه كان على الشركة لان اللحاق بدار الحرب قبل ان يتصل به قضاء القاضى بمنزلة الغيبة فلا تقطع الشركة ولانه بمنزلة التوكيل لصاحبه والوكالة لا تبطل برودة الوكيل ولحاظه ما لم يقض القاضى به وكذلك المفاوضة وشركة العنان فان حكم الحاكم بلحاظه بدار الحرب ثم رجع مسلما فلا شركة بينهما لانها قد انقطعت بتمويت القاضى اياه حين قضى بلحاظه وفي ردة الوكيل والموكل اختلاف وكلام قد بيناه في كتاب الوكالة. قال (وإذا ارتد ولم يلتحق بدار الحرب ثم أقر بدين ثم قتل على رده لم يلزمه ذلك الدين في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى)

## [ 213 ]

لان الاقرار تصرف منه في حال رده وكان موقوفا عنده ويبطل إذا قتل كسائر تصرفاته وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يلزمه كما يلزم شريك العنان لان عندهما شركة العنان تصح من المرتد فكذلك تبقى بعد رده وأما المفاوضة فتوقف من المرتد عندهما إذا باشره ابتداء وكذلك إذا ارتد بعد المفاوضة يتوقف من المرتد عندهما تلك الزيادة فإذا قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الزيادة وإنما بقيت شركة العنان بينهما إلى وقت موته. قال (ويبيع أحد شريكي العنان وشراؤه واقاراه بالدين بجهة التجارة جائز على شريكه) وكذا إذا فعل المرتد ذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان أقر المسلم منهما بدين لزمه ذلك في حقه وتوقف أمر المرتد فان أسلم لزمه ما أقر به المسلم لبقاء الشركة بينهما وان مات أو قتل على رده لم يلزمه من ذلك شئ وكذلك ما أقر به المرتد الا ان أصله اقرار المرتد موقوف وإذا قتل بطل كسائر تصرفاته وأصل اقرار المسلم صحيح في حقه وإنما يتوقف بثبوت حكمه في حق المرتد على اسلامه فإذا قتل أو مات بطل ذلك ويبقى المسلم مطالبا به. قال (وإذا باع أحد المتفاوضين متاعا ثم افترقا ولم يعلم المشتري بافتراقهما فلكل واحد منهما ان يقبض الثمن كله) لان بيع أحدهما في حال قيام المفاوضة مثبت على حق قبض الثمن لصاحبه فلا يبطل ذلك بافتراقهما ما لم يعلم به المشتري حتى إذا قضى الثمن أحدهما وهو لا يعلم بالفرقة برئ لانه بالعقد استحق براءة ذمته عند دفع الثمن إلى احدهما فلا يبطل ذلك بافتراقهما ما لم يعلم به وهذا لان المشتري بمنزلة الوكيل من جهة البائع في تسليم الثمن إلى شريكه فهما بالافتراق قصدا عزله عن الوكالة وعزل الوكالة قصدا لا يثبت في حق من لم يعلم به حتى إذا علم بالفرقة لم يكن له ان يدفع جميع المال الا إلى الذى ولى البيع لان حكم العزل يثبت في حقه لما علم به إذ لا ضرر عليه في ذلك وهو بخلاف ما اذا مات البائع لان موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحويل ملكه إلى وارثه ولا يتوقف بثبوت حكمه على العلم به ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت موكله وان لم يعلم به بخلاف ما إذا عزله قصدا. قال (وان وجد المشتري به عيبا لم يكن له ان يخاصم الا الذى ولى البيع) لان الشركة قد انقطعت والخصومة في العيب من حقوق العقد فانما يتعلق بالعقد خاصة ثم يرجع العاقد بنصف ذلك على شريكه لانه في النصف كان وكيفا فيرجع عليه بما يخلقه من العهدة فيه. قال (ولو كان رده على شريكه بالعيب قبل الفرقة وحكم له عليه بالثمن أو بنقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان

له ان يأخذ أيهما شاء) لان هذا دين لزم أحدهما في حال قيام الشركة فصار الآخر مطالبا بحكم الكفالة فافتراقهما لا يبطل حق صاحب الدين عن مطالبة كل واحد منهما كسائر الديون. قال (ولو استحق العبد بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبلها كان له ان يأخذ بالثمن أيهما شاء) لان البيع في المستحق كان موقوفا فيبطل من الاصل بابطال المستحق وتبين ان رد الثمن كان واجبا عليهما قبل افتراقهما وكان للمشتري ان يطالب بالثمن أيهما شاء فأما بالرد بالعيب بعد الفرقة لا يتبين بطلان البيع من الاصل ولكنه كان صحيحا إلى وقت الرد وانما وجب الثمن علي البائع حين رد عليه المبيع وإذا كان الرد بعد الفرقة فليس للمشتري ان يطالب به الآخر. قال (رجل سلم ثوبا إلى خياط ليخيطه بنفسه وللخياط شريكه في الخياطة مفاوضة فلصاحب الثوب ان يطالب بالعمل أيهما شاء ما بقيت المفاوضة بينهما) لان كل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما لزمه ما بقيت الشركة بينهما (فان قيل) عمل الخياطة مستحق على من باشر السبب والآخر بمنزلة صاحبه الكفيل عنه فإذا شرط على الخياط ان يخيط بنفسه لم يجز كفالة الغير عنه فلا تطالب الكفيل به (قلنا) ما بقيت المفاوضة بينهما فهما كشخص واحد وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما تقتضيه المفاوضة لان المساواة التي هي ركن المفاوضة لا تتحقق الا به فلا تظهر معنى الكفالة قبل الفرقة وانما تظهر بعد الفرقة فلا جرم إذا تفرقا أو مات الذي قبض الثوب لم يؤخذ الآخر بالعمل لان الموجب للاتحاد هو الشركة وقد انقطعت وانما بقي معنى الكفالة فكان الشرط على الخياط فلا يطالب الاحسن بحكم الكفالة وإذا مات الذي قبل بطل هذه التقبل لفوات المعقود عليه وهذا نظير ما لو دفع ثوبا إلى الخياط ليخيط بنفسه وأخذ منه كفيلا بالخياطة لم يجز ذلك وان لم يكن شرط عليه ان يخيط بنفسه جازت الكفالة لان الكفالة بمضمون بما تجرى النيابة في ايافته صحيح وبما لا تجرى النيابة في ايافته باطل وإذا شرط على الخياط العمل بنفسه هذا لا تجرى النيابة في ايافته وإذا لم يشترط ذلك عليه فهذا تجرى النيابة في ايافته فتصح الكفالة وبعد صحتها إذا مات الخياط برئ الكفيل لان الاجارة قد انقطعت بموت الخياط وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا في كراء الابل إذا مات الجمال برئ الكفيل لان الاجارة قد انقطعت بموته. قال (وإذا كان بين رجلين كر حنطة وكر شعير ولم يأمر أحدهما صاحبه ببيعه فاستعار أحدهما دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها الآخر الشعير

بغير أمره كان ضامنا للدابة ولحصه صاحبه من الشعير لان الشركة بينهما شركة ملك وكل واحد منهما في التصرف كالاجنبي من صاحبه فيكون غاصبا للدابة ولنصيب شريكه من الشعير يحمله على الدابة فلهذا يضمن قيمة الدابة ونصيب صاحبه من الشعير إذا تلفت بحمله وليس هذا كشريك العنان والمفاوض لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الحمل كما أنه وكيل صاحبه في التجارة فلهذا لم يكن ضامنا. ثم ختم الباب في الاصل بما إذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة وليس لهما مال على أن يشتريا بوجوهما أو يعملا بأبدانهما وقد بينا جواز المفاوضة في هذين النوعين

من الشركة كالعنان الا ان في المفاوضة لا يجوز اشتراط التفاوت بينهما وفى العنان لا يجوز ذلك في شركة الوجوه الا ان يشترطا التفاوت في ملك المشتري وفي التقبل يصح منهما اشتراط التفاوت وبعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله يقول لافرق وتأويل ذلك انه ان اشترطا التفاوت في التقبل فاما مع اشتراط التساوى في أصل التقبل لا يصح منهما اشتراط التفاوت في الربح ولكن هذا بعيد لانه ذكر قبل هذا و في النوادر أيضا أن الربح بينهما علي الشرط والوضعية بينهما نصفان ولو كان التفاوت بينهما في أصل التقبل لكانت الوضعية على ذلك ولكن الفرق من وجهين (أحدهما) ان في التقبل هما تابعان للعمل فقد يكون بينهما تفاوت في العمل فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح فاما في شركة الوجوه هما متساويان بثمن في ذمتها فمع التساوى في ملك المشتري لا يصح منهما شرط التفاوت في الربح وتوضيح الفرق أن المنافع انما تتقوم بالعقد فمنفعة كل واحد منهما تتقوم بقدر ما شرط لنفسه من الربح بخلاف عين المشتري فانه يتقوم بنفسه فلا يصح من أحدهما اشتراط شئ من ربح مال صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان وإذا تقبل العمل أحدهما فان كانا متفاوضين فلا اشكال ان الآخر مطالب بذلك فاما إذا كانت الشركة بينهما مطلقة فقد ذكر في النوادر قياسا واستحسانا في هذا الفصل في القياس لا يطالب الا من تقبل لان الشركة بينهما عنان وذلك لا يتضمن الكفالة ألا ترى انه لو أقر أحدهما بدين الانسان لا يطالب الاخر به فكذلك إذا تقبل العمل وفى الاستحسان يكون الآخر مطالباً به لان هذا التقبل مقصود بالشركة فغيا هو المقصود يقوم كل واحد منهما مقام صاحبه ويكونان فيه بمنزلة المتفاوضين وعلى هذا إذا عمل أحدهما كان للآخر أن يطالب بالآخر استحسانا لانه هو المقصود بعقد هما. وبيان كونه مقصودا أن

[ 216 ]

الشركة التى بينهما لا تنفك عن هذا بخلاف الاقرار في الدين وذكر الشارح عن أبى يوسف رحمهما الله أن كل واحد منهما ضامن لما جنت يد أحدهما استحسانا أيضا وانه لو ادعى عينا في يدهما على أحدهما أنه تقبل العمل فيه فأقر به نفذ اقراره في نصيب شريكه أيضا استحسانا ومحمد رحمه الله في هذين الفصلين يأخذ بالقياس فيقول اقراره بالعين كاقارره بالدين وما يتلف بجناية في يده بمنزلة غصبه واستهلاكه والشركة بينهما قد تنفك عن ذلك فلا يطالب الشريك بشئ من ذلك وأبو يوسف رحمه الله أخذ بالاستحسان لان وجوب ضمان ما جنت يده باعتبار العمل وما في العمل كالمفاوضين فكذلك فيما يجب باعتباره له أو عليه وكذلك الاقرار بالعين فان الشركة لا تنفك من ذلك لان من يسلم إلى أحدهما العمل فلا بد له من أن يسلم إليه محل العمل وما يتقبله أحدهما يثبت عليه يدهما عند اقامة العمل فإذا لم يصح اقراره في حق شريكه يحذر الناس من المعاملة مع كل واحد منهما فلهذا أخذنا بالاستحسان والله سبحانه وتعالى أعلم (باب الشركة الفاسدة) قال (وإذا اشترك الرجلان على أن يحتطبا الحطب يبيعانه فما باعاه فهو بينهما نصفان كانت هذه الشركة فاسدة) لان صحة الشركة باعتبار الوكالة فلا تصح فيما لا تجوز الوكالة فيه ولو وكل انسانا بأن يحتطب له لم يصح التوكيل وكان الحطب الذى لم يحتطب دون الموكل فكذلك الشركة لان كل واحد منهما في المعنى يوكل صاحبه بمباشرة بعض ذلك العمل له ولان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب وكل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع

صاحبه بنصف ما يكتسبه صاحبه وهذا مفاوضة في المجهول فلا تكون  
صحيحة ولكل واحد منهما ما احتطب وثمانه إذا باع لان البدل يملك بملك  
الاصل فان احتطب أحدهما وأعانه الآخر فله أجر مثله على الذي احتطب  
لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فيلزمه أجر مثله ولا يجاوز به نصف  
الثمن في قول أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله  
بالغا ما بلغ فأبو يوسف رحمه الله يقول قد رضى هذا بنصف المسمى  
فيعتبر رضاه في اسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك \* ألا ترى أنه  
لو استأجر

[ 217 ]

حمالا ليحمل له حنطة إلى موضع كذا بقفيز منها فحملها كان له أجر مثله لا  
يجاوز به ما سمي وهذا لان تقدم المنفعة باعتبار العقد والتسمية إذ  
المنافع لا تقوم بنفسها بغير العقد وفيما زاد على المسمى لم توجد  
التسمية ومحمد رحمه الله تعالى يقول المسمى مجهول الجنس والقدر  
فانه لا يدري أي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئا أم لا والرضا  
بالمجهول لا يصح فإذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد  
فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ فإذا أصاب شيئا أولى بخلاف حمل الحنطة  
فان القفيز منها معلوز فاعتبر رضاه بالمعلوم فلهذا لا يجاوز به المسمى  
وعلى هذه الشركة في سائر المباحات نحو احتشاش الحشيش واحتناء  
الثمار من الجبال والبرادى من الجوز والفسق وغيرهما فإذا عملا ذلك  
وخلطاهم ثم باعا قسم الثمن على كيل ووزن ما كان لكل واحد منهما ان كان  
كيليا أو وزنيا لان كل واحد منهما كان مالكا لما أصابه والثمن في البيع انما  
يقسم على ماله المعقود عليه ومالية المكيل والموزون تعرف بالكيل  
والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك وإذا لم يكن كيليا أو وزنيا يقسم  
الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لان معرفة المالية فيما لا يكال ولا  
يوزن بمعرفة القيمة وإذا لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما صدق كل  
واحد منهما في النصف لانهما استويا في الاكتساب وقد كان المكتسب في  
أيديهما وكل واحد منهما في دعواه إلى النصف انما يدعى ما كان في يده  
والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف  
الا بيينة لانه يدعى خلاف ما يشهد له الظاهر ولانه يدعى شيئا كان في يد  
صاحبه ولا يستحق المرء ما في يد غيره بدعواه الا ان يقيم البيينة عليه  
وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من أرض لا يملكها أو الجص أو الملح أو  
الكحل وما أشبه ذلك لان التوكيل في هذه الاشياء لا يجوز فانها على أصل  
الاباحة والناس فيها سواء فكذلك الشركة وكذلك ان اشتركا على أن  
ما يلبنان من طين لا يملكه أحد أو يطبخانه اجرا أو يشركان على طلب  
الكنوز أو على الاصطياد فهذا كله مما لا يصح التوكيل به لكون أصله مباحا  
غير مملوك فكذلك الشركة فيه. قال (وان كان من طين النورة مملوكا  
فاشتركا على أن يشتريا منه ويطبخانه فهو جائز) لانه ان كان بينهما رأس  
مال فهو شركة العنان وان لم يكن فهو شركة الوجوه في هذا النوع وقد  
بيننا جواز كل واحد منهما وكذلك سهلة الزجاج إذا اشتركا على شئ  
يشترياه من ذلك جاز وان اشتركا على شئ لا يشتريانه بل هو مباح الاصل  
فهو فاسد لما قلنا وإذا اشتركا في الاصطياد فنصبا شبكة أو

أرسلا كلبا لهما فالصيد بينهما نصفان لا ستوائهما في السبب الموجب للملك وهو الاصطياد وان كان الكلب لاحد هما فأرسلاه جميعا فالصيد لصاحب الكلب خاصة وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد كلبه فان أصاب كل كلب صيدا على حدة كان ذلك الصيد لصاحبه وان أصابا صيدا واحدا فهو بينهما نصفان وان أصاب أحدهما صيدا فأثخنه ثم جاء الآخر فأعانه فهو لصاحب الكلب الاول فان لم يكن الاول أثخنه حتى جاء الآخر فأثخناه فهو بينهما نصفان لان الارسال إذا وجد من صاحب الكلب فقد تم السبب الموجب للملك وهو الاصطياد والآخر معين له في ذلك. قال (وإذا أرسل كل واحد منهما كلبه فان أصابا صيدا واحدا فقد استوى المالكان في سبب الاستحقاق وان أصابه أحد الكلبين فأثخنه فقد تم أخذه) لانه أخرجه بفعله من ان يكون صيدا وان أثخناه جميعا فقد تقررت المساواة بينهما في السبب فكان بينهما نصيفين. قال (وان اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر بغير على ان يؤجرا ذلك فما رزقهما الله تعالى من شئ فهو بينهما نصفان فهذا فاسد) لان كل واحد منهما في المعنى موكل لصاحبه بان يؤجر دابته ليكون نصف الاجر له وهذا التوكيل باطل فانه لو قال أجر دابتك على أن يكون جميع الاجر لي كان باطلا فكذلك إذا قال على أن يكون نصف الاجر لي وهذا لان بدل المنفعة يعتبر بيد العين وكذلك إذا قال بع دابتك على أن يكون نصف ثمنها لي كان باطلا فكذلك في الاجارة وإذا ثبت أن التوكيل بهذه الصفة لا يصح فكذلك الشركة والمعنى في الكل واحد وهو أن التوكيل انما يعتبر فيما لا يملك الوكيل مباشرته قبل التوكيل والمالك يبيع دابته ويؤجرها قبل التوكيل وكذلك كل أحد يملك عند المباح قبل التوكيل فلهذا بطل التوكيل في جميع ذلك ولان هذا في معنى الشركة بالعروض لان منفعة العين نظرا لغبن لانه يتعين في العقد وقد بينا أن الشركة في العروض لا تصح فان أجراهما جميعا بأجر معلوم في عمل معلوم قسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل وأجر البعير لان الاجر بدل المنفعة للدابتين وأجر المثل في المنفعة كالقيمة في العين فكما لو باعا الدابتين قسم الثمن بينهما على قيمة كل واحد منهما فكذلك إذا أجراهما. ولو تقبلا حمولة معلومة بأجر معلوم ولم يؤجر البغل والبعير فالاجر بينهما نصفان لان استحقاق الاجر بتقبل العمل وقد استويا في ذلك وان اجر البعير بعينه كان الاجر لصاحبه لانه بدل منفعة دابته فان كان الآخر أعانه على الحمولة والنقلان

كان له أجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر في قول أبى يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى عليه أجر مثله بالغ ما بلغ وهذه والمسألة الاولى سواء. قال (وليست الشركة في اجارة الدواب بأعيانها مثل الشركة في عمل أيديهما بادائهما) حتى إذا اشترك قصاران لاحدهما أداة القصارين وللآخر بيت على ان يعملأ بأداة هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان جائزا لان استحقاق الاجر هناك باعتبار تقبل العمل والعمل بالتقبل يصير مضمونا على كل واحد منهما والتوكيل في ذلك صحيح فكذلك الشركة وهنا استحقاق الاجر بمقابلة منفعة الدالة فإذا كان كل واحد منهما مختصا بملك منفعة دابته لم يجز للشركة بينهما فيهما. قال (ولو اشترك رجلان لاحدهما دابة وللآخر إكاف وجواليق على أن

يؤجر الدابة علي أن الاجر بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة) لانها في معنى الشركة بالعروض بطريق اعتبار المنفعة بالعين ولان التوكيل في مثله لا يصح فان أجر الدابة كان الاجر لصاحبها ولا يقبل معه أجر مثله لان الاجر بمقابلة منفعة الدابة فان الحمل علي الدابة هو المقصود فأما الاكاف والجوايق يتأني الحمل بدونهما فلا يقابلها شئ من البذل فكان الاجر كله لصاحب الدابة وقد أعانه الآخر بنفسه وأدابه بحكم عقد فاسد فله أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى ولا يجاوز به نصف أجر الدابة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى. قال (رجل دفع دابته إلى رجل يؤجرها علي ان ما أجرها به من شئ فهو بينهما نصفان فهذه الشركة فاسدة) اعتبار للعقد الوارد على المنفعة به بالعقد الوارد على الدين ولو دفع الدابة إليه لبيعهها على ان الثمن بينهما نصفان كان فاسداً فكذلك الاجارة والاجر كله لرب الدابة ولان المدفوع إليه وكيله في اجارتها واجارة الوكيل كاجارة الموكل وللدَى أجرها أجر مثله لانه ابتغى عن منافعتها عوضاً ولم ينل ذلك لفساد العقد فكان له أجر مثله وكذلك السفينة والبيت بمنزلة الدابة في ذلك. قال (ولو دفع إليه دابة يبيع عليها البر والطعام على ان الربح بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة بمنزلة الشركة بالعروض) فان رأس مال أحدهما عرض ورأس مال الآخر منفعة دابته فإذا فسدت شركته فالربح لصاحب البر والطعام لانه بدل ملكه فان الثمن بدل المعقود عليه لا بد ما حمل عليه من المعقود عليه ولصاحب الدابة أجر مثلها لانه شرط لنفسه عوضاً عن منفعة دابته ولم ينل ذلك العوض فاستوجب أجر المثل على من استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد وكذلك البيت والسفينة

## [ 220 ]

في هذه كالدابة اعتبار المنفعة العين بالعين والله سبحانه وتعالى أعلم. (كتاب الصيد) قال (الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى رحمه الله املاء: أعلم بان الاصطياد مباح في الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى وإذا حلتكم فاصطادوا وأدنى درجات صفة الامر الاباحة وقال الله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية والسنة قوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه فعلى هذا بيان ان الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع فسيبه يكون مشروعاً وهو نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحاً ويستوى ان كان الصيد مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم لما في اصطياده من تحصيل المنفعة بجلده أو دفع أذاه عن الناس. والحيوانات نوعان، نوع منها مالا دم له فلا يحل تناول شئ منها الا السمك والجراد لان شرط تناول الحيوانات الذكاة شرعاً وذلك لا يتحقق له فيما لادم له الا أن السمك والجراد مستثنى بالنص مما شرط فيه الذكاة لقوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال. وماله دم نوعان مستأنس ومستوحش فالذي يحل تناوله من المستأنس بالاتفاق الانعام وهي الابل والبقر والغنم والدجاج وذلك ثابت بالكتاب قال الله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وتاكلون وقال تعالى جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تاكلون وفيما سواها من المتأنس نبيته في موضعه ان شاء الله تعالى. والمستوحش نوعان منها صيد البحر لا يحل تناول شئ منها سوى السمك ومنها صيد البحر ويحل تناولها الا ماله ناب أو مخلب لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير ولمعنى الخبث فيهما فان من طبيعتهما الاختطاف والانتهاج فلا بد من ظهور أثر ذلك في خلق المتناول للغذاء من الاثر في

ذلك كما قال صلي الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدى والمستخبث حرام بالنص لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولهذا حرم تناول الحشرات فانها مستخبثة طبعاً وانما أبيح لنا أكل الطيبات قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم فقد أكرم المؤمنين بهذا الخطاب حيث خاطبهم بما خاطب به الرسل صلوات الله وسلامه عليهم حيث

## [ 221 ]

قال يا أيها الرسل كلوا من الطيبات الآية ثم شرط حل تناول منها فيما يحل منها بالذكاة قال الله تعالى الاما ذكيتم وزعم بعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله أن الذبح والتذكية محظور بالعقل لما فيها من ايلام الحيوان وهذا عندي باطل فقد كان رسول الله صلي الله عليه وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه ولا يظن أنه كان يتناول ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما هو محظور عقلاً كالظلم والكذب والسفه فانه لا يجوز أن يظن به أنه فعل ذلك قط. ثم في الذبح والاصطياد تحصيل منفعة الغذاء لمن هو المقصود من الحيوانات وهو الأدمى فيكون ذلك سبباً مباحاً إليه وأشار الله تعالى في قوله هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً والايلام لهذا المقصود فلا يكون محظوراً عقلاً كالفصد والحجامة مندوب وشرب الادوية الكريهة في وقتها. والذكاة لغة التوقد والتلهب الذي يحدث في الحيوان بحدّة لادلة سميت الشمس ذكاء لشدّة الحرارة وسمى الرجل الذي في خاطره حدة ذكياً فهذا يتبين ان اشتراط الذكاة لتطيب اللحم به فانه نوع نصح ولهذا كان المذكى أطيب لحماً من الميتة وأبعد من النسيس والفساد. وقيل الذكاة عبارة عن تسيل الدم الفاسد النجس فان المحرم في الحيوان الدم المسفوح قال الله تعالى في جملة المحرمات أو دماً مسفوحاً فكانت الذكاة ازالة للخبث وتطيباً بتميز الطاهر من النجس وهو نوعان الذبح في المذبح عند القدرة عليه قال صلي الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبنة واللحين وبالجرح في أي موضع أصابه عند تعذر الذبح في المذبح ثم يحصل بعض ذلك بالجرح والتكليف بحسب الوسع ففي كل موضع يكون الذبح في المذبح مقدوراً له لا يثبت الحل الا به وفي كل موضع تعذر يقوم الجرح مقامه. ثم حل تناول بالاصطياد مختص بشرائط (أحدها) أن يكون ما يصطاد به معلماً (والثاني) أن يكون جارحاً قال الله تعالى (ومما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله) وفي معنى الجوارح قولان (أحدهما) أن يكون جارحاً حقيقة بنابه ومخلبه (والثاني) الكواسب قال الله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار أي كسبتم ويمكن حمله عليها فنقول الشرط أن يكون من الكواسب التي تخرج (والثالث) الارسال ثبت ذلك في السنة وهو قوله صلي الله عليه وسلم لعدي بن حاتم وإذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان شارك كلبك كلباً آخر فلا تأكل. فلما حرم تناول عند عدم الارسال في أحد الكلبين دل أن الارسال في ذلك

## [ 222 ]

شرط ولان التذكية انما تكون موجبا للحل إذا حصل من الآدمى فلا بد من جعل آلة الصيد نائبا عن الآدمى ليحصل الحل بفعله وذلك لا يكون الا بالارسال واشترط كونه معلما لتحقيق الارسال فيه (والرابع) التسمية (والخامس) امساكه على صاحبه لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه ومطلق الامر مفيد للجوب ولا يجب التسمية عند الاكل فعرفنا أن المراد به عند الارسال (والسادس) أن يكون الصيد مما يباح تناوله ويكون ممتنعا ومستوحشا (والسابع) أن لا يتواري عن بصره أولا يقعد عن طلبه حتى يجده لانه إذا غاب عن بصره فلا يدري لعل موته كان بسبب آخر سوى جرح ما أرسله واليه أشار ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بقوله كل ما أممت ودع ما أيمنت والامماء ما رأيت والامماء ما غاب عنك وإذا قعد عن طلبه فلا يدري لعله لو تبعه وقع في يده حياء وقدر على ذبحه في المذبح وترك ذلك مع القدرة عليه محرم والاصل فيه انه متي اجتمع في الصيد لعل وعسى أن لا يحل تناوله. واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضى الله عنه إذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك. إذا عرفنا هذا فنقول كما يشترط فيما أرسله الصياد أن يكون خارجا فكذلك فيما يرمى به وبها الكتاب بيانه مروى عن ابراهيم رحمه الله إذا خرق المعراض فكل وإذا لم يخرق فلا تأكل والمعراض سهم لا نصل له الا أن يكون رأسه محددا وقيل سهم لاريش له فربما يصيب السهم عرضا يندق ولا يخرج وهو مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه سئل عن صيد المعراض فقال صلوات الله وسلامه عليه ما أصاب بحده فجرح فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل والخرق هو الخرق الا أن لفظه الخرق تستعمل فيما لا حياة له كالنوب ونحوه ولفظة الخرق تستعمل في الحيوان وقد بينا أن الحل باعتبار تسهيل الدم النجس وذلك يحصل إذا خرق ولا يحصل إذا دق ولم يخرق فان ذلك في معنى الموقوذة وهو حرام بالنص (وذكر) عن رجل قال كانت لبعض أهل الحى نعامة فضربها انسان فوقدها فألقاها على كناسة وهى حية فسألنا سعيد بن جبير فقال ذكوها وكلوها وبه نقول فان الموقوذة إذا أدرك ذكاتها جازتناؤها لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولحصول ما هو المقصود وهو تسهيل الدم النجس ومنه دليل اباحة تناول النعامة وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن الكلب يقتل الصيد فقال كل وان أكل الكلب منه فلا تأكل فانه

[ 223 ]

امسك على نفسه لانه يضرب حتى يترك الاكل وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله قالوا الكلب إذا أكل من الصيد الذى أخذه يحرم تناوله وقال مالك رحمه الله تعالى لا يحرم وهو أحد قولى الشافعي رضى الله تعالى عنه لحديث أبى ثعلبة الخشنى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في صيد الكلب كل وان أكل الكلب منه ولانه تناول اللحم دون الصيد لانه يقتل الصيد أولا فيخرج من أن يكون صيدا وتناول الكلب من لحم الصيد لا يحرم ما بقى منه على صاحبه كما لو فتش في مخللة صاحبه وتناول شيئا من القديد من لحم الصيد. وحجتنا في ذلك قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم وحين أكل منه فقد تبين انه أمسكه على نفسه لا على صاحبه حين لا يتركه حتى يشبع منه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لعدي بن حاتم رضى الله عنه فان أكل منه فلا تأكل فانما أمسك على نفسه وتأويل حديث أبى ثعلبة الخشنى رضى الله عنه ان صح أنه كان قبل نزول الآية ثم انتسخ أو مراده إذا ولغ في دم الصيد وعندنا ذلك القدر لا يحرم ثم قد بينا ان ثبوت

الحل بفعله باعتبار أنه نائب عن صاحبه وينعدم ذلك إذا أكل منه لأنه تبين أن سعيه كان لمنفعة نفسه فهو كما لو انعدم الأرسال أصلا (ثم) ذكر عن ابن عباس رضي الله عنهما في البازي يقتل الصيد ويأكل منه قال كل وقال تعليم البازي أن تدعوه فيحببك ولا تستطيع أن تضربه حتى يترك الأكل وبه نأخذ وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى البازي والكلب إذا أكل من الصيد لا يحل لما بينا أنه يمسك على نفسه وليس بنائب عن صاحبه ولكن الفرق بينهما عندنا على وجهين (أحدهما) أن جثة الكلب تحتمل الضرب فيمكن أن يضرب ليدع الأكل وجثة البازي لا تحتمل الضرب وقد بينا أن التكليف بحسب الوسع (والثاني) أن الكلب ألوف وعلامته علمه أن يأتي بما يكون مخالفا لطبعه وأجابته صاحبه إذا دعاه غير مخالف لطبعه فلا يكون دليلا على علمه بل يكون علامة علمه ترك الأكل عند حاجته إليه لأن ذلك خلاف طبعه فإذا أكل منه لم يكن معلما والشرط في صيد الكلب أن يكون معلما والبازي متنفر فأجابته صاحبه إذا دعاه خلاف طبعه فيجعل ذلك علامة علمه دون ترك الأكل فهو وان أكل فهو وان أكل منه فلا يتبين به أنه غير معلم ولكن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الأول وعن ابن عباس رضي الله عنهما في الكلب يشرب من دم الصيد ولا يأكل منه فقال لا بأس بأكل الصيد وبه نأخذ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول يحرم بذلك (15 مبسوط حادي عشر)

[ 224 ]

لأن دم الصيد جزء منه ك لحمه فتبين شربه من دمه أنه أمسكه على نفسه ولكننا نقول هذا دليل ما حذقه في كونه معلما لأنه شرب ما يعلم أن صاحبه لا يرغب فيه ولا يمنعه منه وأمسك عليه ما يعلم رغبته فيه فكان ذلك دليل علمه وأمسأكه على صاحبه ما يحتاج إليه صاحبه ولا يحرم تناول الصيد بخلاف ما لو أكل من لحمه وعن إبراهيم رحمه الله في كلب المجوسي أو بازيه يصيد به المسلم قال لا بأس به لأن الصياد مرسل الكلب لا مالك الكلب ومرسل الكلب مسلم من أهل التسمية والكلب آلة الاصطياد فاصطياد المسلم به يوجب الحل فإن كان للمجوسي كاصطياده بقوسه وسهمه (وعنه) في الرجل يرسل كلبه فيذهب معه كلب آخر غير معلم فيرد عليه الصيد ويأخذ الصياد معه قال لا يؤكل وبه نأخذ لقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولأن أرسال الكلب من شرائطه الحل والعدامه يوجب الحرمة والصيد صار مأخوذاً بالكليين والأصل أنه متى اجتمع موجب الحل وموجب الحرمة يغلب موجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا غلب الحرام الحلال وعن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه. قال من رمى صيدا فتردى من جبل فلا يأكله فاني أخاف أن يكون التردى قتله وإن رمى طيرا فوقع في ماء فلا تأكله فاني أخاف أن يكون الغرق قتله وبه نأخذ لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه إذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري أن الماء قتله أم سهمك ولأن التردى موجب للحرمة. فإن الله تعالى ذكر جملة المحرمات المتردية وعند اجتماع معنى موجب للحل ومعنى موجب للحرمة يغلب موجب للحرمة وهذا بخلاف ما لو رمى طيرا في الهواء فوقع على الأرض ومات فإنه يؤكل وإن كان من الجائر أنه مات بوقوعه على الأرض فإن ذلك لا يستطاع إلا امتناع عنه فيكون عفواً والتكليف بحسب الوسع بخلاف

الوقوع في الماء والتردى من موضع فانه يستطاع الامتناع عنه ويستوي في ذلك طير الماء و غيره لان طير الماء يعيش في الماء غير مجروح فأما بعد الجرح يتوهم ان يكون الماء قاتلا له كما يتوهم بغيره وهذا بخلاف ما لو ذبح شاة وتردى بعد الذبح من موضع أو وقعت في ماء لان قطع الحلقوم والادواج زكاة مستقرة فانه يحادى بالموت عليه دون ما يتعرض بعده فأما الرمي ليس بزكاة مستقرة حتى إذا وقع الصيد في

[ 225 ]

يد الرامى حيا لم يحل الا بالذبح فلهذا كان التردى من الجبل والوقوع في الماء محرما له \* وعن عبد الله بن يزيد قال سألت سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه عن شئ كان قومي يصفونه بالبادية ينصبون السنان فيصبح وقد قتل الضبع فقال لي وانك ممن يأكل الضبع قلت ما أكلتها قط فقال رجل عنده حدثنا أبو الدرداء رضى الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى خطفة وهبة ومجثمة وعن كل ذى ناب من السباع فقال ابن المسيب رضى الله تعالى عنه صدقت. وفي هذا دليل على أن الضبع غير مأكول اللحم وهو مذهبنا. وقال الامام الشافعي رحمه الله تعالى ولا بأس بأكل الضبع لحديث جابر رضى الله تعالى عنه أن سئل عن الضبع أصيد هو قال نعم فقيل يؤكل لحمه قال نعم فقيل أشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم. وحجتنا في ذلك الحديث الذى رويناه وحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع ومخلب من الطير ولانه ذو ناب يقاتل بناه فلا يؤكل لحكه كالذئب وتأثيره ما ذكرنا أنه مستخبت باعتبار ما فيه من القصد إلى الاذى والبلادة فيدخل في جملة قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث. وحديث جابر رضى الله تعالى عنه ان صح فتأويله انه كان في زمن الابتداء ثم انتسخ بنزول الآية وهذا لان الحرمة ثابتة شرعا فما يروى من الحل يحمل على أنه كان قبل ثبوت الحرمة ولا خلاف في أن الضبع صيد بحسب الجزاء على المحرم بقتله عندنا لانه صيد وعنده لانه مأكول اللحم فأما معنى حديث أبى الدرداء رضى الله عنه فالمراد بالخطف ما يختطف بمخلبه من الهواء كالباري والعقاب والشاهين والمنهبة ما ينتهب بناه من الارض كالاسد والذئب والفهد والنمر وفي ذكر هذين الموضعين اشاره إلى معنى الحرمة حتى لا يسرى إلى الاكل هذا الخلق الدرئ وفي المحتمة روايتان بالفتح والكسر ومعنى الرواية بالفتح ما يحتم عليه الكلب فيقتله عما لاجرا فذلك الصيد حرام لانعدام معنى الذكاة فيه ومعنى الرواية بالكسر ما يحتم على الصيود كالذئب والاسد والفهد فانه غير مأكول ومعنى قوله وعن كل ذى ناب من السباع ما يقصد بناه ويدفع به فأما أصل الناب يوجد لكل صيد فعرفنا ان المحرم ما بينا. وعن ابراهيم رحمة الله تعالى قال كانوا يكرهون كل ذى مخلب من الطير وما أكل الجيف وبه نأخذ لان كل ما يأكل الجيف كالغراق والغراب الابقع مستخبت طبعا فيدخل تحت قوله

[ 226 ]

ويحرم عليهم الخبائث (وعن) هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال ومن ياكله بعد ما سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا يريد به الحديث المعروف خمس فواسق يقتلهم المحرم في الحل والحرام وذكر الغراب من جملتها والمراد به ما يأكل الجيف وأما الغراب الزرعى الذى يلتقط الحب فهو طيب مباح لانه غير منسخت طبعاً وقد يألف الآدمى كالحمام فهو والعقوق سواء ولا بأس بأكل العقوق فان كان الغراب بحيث يخلط فيأكل الجيف تارة والحب تارة فقد روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يكره لانه اجتمع فيه الموجب للحل والموجب للحرمة (وعن) أبى حنيفة رحمه الله تعالى انه لا بأس بأكله وهو الصحيح على قياس الدجاجة فانه لا بأس بأكلها وقد أكلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى قد تخلط أيضاً وهذا لان ما يأكل الجيف فلعنه ينبت من الحرام فيكون خبيثاً عادة وهذا لا يوجد فيما يخلط وعن ابن المسيب رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ان تنزع الشاة إذا ذبحت وبه نأخذ ومعناه أن يبألغ الذابح بالذبح حتى يبلغ بالسكين النخاع والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة وفى هذا زيادة إيلاء غير محتاج الله والشرع نهى عن ذلك والأصل فيه حديث أبى الأشعث الصبغاني رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وإذا قتلتم فأحسنوا القتل وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته والنخع ليس من الاحسان في شئ وكان منها عنه وروى كراهية ذلك عن عمر وابن عمر رضى الله تعالى عنهما حيث قال عمر رضى الله تعالى عنه لا تجروا العجماء إلى مذبحها برجلها وأحدوا الشفرة وأسرعوا الممر على الأوداج ولا تحفوا (وعن) مكحول رضى الله تعالى عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ذبح لم ينخع ولم يبد بسليخ حتى تبرد الشاة. وفى هذا دليل على أنه لا بأس للمرء أن يذبح بنفسه وان ذلك ليس من ترك الترحم في شئ بخلاف ما قاله جهال المنقشفة وفيه دليل على انه ينبغي للذابح أن يتحرز عن زيادة إيلاء غير محتاج إليه (وعن) عكرمة رضى الله عنه قال نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل قد أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهى ملاحظة فقال عليه الصلاة والسلام أردت أن تميتها موتات. وبه نأخذ فنقول يكره له ان يحد الشفرة بين يديها لما فيه من زيادة إيلاء غير محتاج إليه. وضرب عمر رضى الله عنه من راه يفعل ذلك بالدرة حتى هرب وشردت الشاة ورأى رسول الله صلى

[ 227 ]

الله عليه وسلم رجلاً وقد أخذ أذن شاة وهو يجرها إلى المذبح فقال قدها الي الموت قوداً رفيقاً وفى رواية قال خذ ساقها فان الله يرحم من عباده الرحماء والمعنى أنها تعرف ما يراد بها كما جاء فى الخبر أبهت البهائم الا عن أربعة خالقها ورازقها وحتفها وسفادها فإذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها ففيه زيادة إيلاء غير محتاج إليه وكذلك إذا لم يحد الشفرة ولكن الشاة لا تحرم بشئ من هذا لان ما هو المطلوب من الذكاة وهى تسهيل الدم النجس منها قد وجد والنهى لمعنى في غير المنهى عنه فلا يكون موجبا للحرمة وقد وجد (وعن) رافع بن خديج رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل ما عدا السن والظفر والعظم فانها مدى الحيشة والمراد بيان آلة الذبح وفيه دليل أنه يشترط للذكاة آلة محددة يحصل بها إنهار الدم وأفرى الأوداج والانهار التسهيل ومنه سمي النهر لان الماء يسيل فيه والنهار تجرى فيه الشمس

بمراى العين من لعباد والافراء القطع والمراد بالاوواج الحلقوم والمرئ والودجان. وفي هذا بيان ان المطلوب من الذكاة تمييز الطاهر من النجس بتسيل الدم من الحيوان والمراد بما استثنى من السن والظفر المركب لانه باستعمال ذلك يصير قاتلا لا ذابحا فانهما منه وآلة الذبح غير الذابح وانما يحصل بانقطاع الاوداج بالقوة لا بحدّة الآلة ألا ترى أنه قال فانها مدى الحبشة وهم انما يعتادون الذبح بسن أنفسهم وظفر أنفسهم وذلك يحرم بالاتفاق فأما في الذبح بالسن المقلوعة والظفر المنزوعة والعظم المنفصل إذا كان محدودا اختلاف نبينه (وعن) عامر قال لا بأس بذبيحة الاخرس إذا كان من أهل الاسلام أو من أهل الكتاب وبه نأخذ فان اشارة الاخرس وتحريكه الشفتين بمنزلة البسمة من الناطق ألا ترى أنه يصير به شارعا في الصلاة كما يكون الناطق شارعا بالتكبير ثم الاهلية للذبح يكون للذابح من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك باعتقاده التوحيد والآخرس معتقد لذلك ثم المحرم بعده الاعراض عن التسمية ولا يتحقق الاعراض من الاخرس فعذره أبلغ من عذر الناسي وإذا كان بعذر النسيان ينعدم الاعراض فبعذر الخرس أولى (وعن) على رضى الله عنه في الرجل إذا ذبح الشاة أو الطير فقطع رأسه قال لا بأس بأكله (وعنه) أنه قال تلك ذكاة وحية أي سريعة (وعن) عمران بن حصين رضى الله عنه أنه سئل عن رجل ضرب عنق بطة بالسيف فسبق فأماته قال يؤكل وبه نأخذ لانه أتى بما هو المحتاج إليه وهو قطع الحلقوم والاوواج وزاد على ذلك الا أنه بداء بالقطع من قبل

[ 228 ]

الحلق حتى أبان رأسه فلا يشك في إباحة أكله ويكره هذا الصنيع لانه زيادة ايلام غير محتاج إليه وان بدأ من قبل القفا فان قطع الحلقوم والاوواج قبل أن تموت الشاة حلت فان ماتت قبل أن تقطع الحلقوم والاوواج لم تؤكل لان فعل الذكاة بقطع الحلقوم والاوواج عند القدرة وان ماتت بفعل ليس بذكاة شرعا وذلك موجب للحرمة بخلاف ما اذا مات قبل قطع الحلقوم والاوواج (وعن) سعيد بن المسيب رضى الله عنه قال الذكاة ما بين اللبة واللحين وبه نأخذ وقد روى هذا اللفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم والمراد بيان محل الذكاة عند الاختيار وفيه دليل على ان أعلى الحلق وأوسطه وأسفله سواء في ذلك لان الكل في المعنى المطلوب بالذكاة سواء (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال إذا ذبحت فلا تذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وهكذا نقل عن ابن مسعود رضى الله عنه قال جردوا التسمية عند الذبح والاصل فيه قوله تعالى (فلا تدعوا مع الله أحدا) وان أهل الجاهلية كانوا يذكرون ألتهنهم عند الذبح فحرم ذلك الشرع بقوله وما أهل به لغير الله وأمر بتسمية الله تعالى عند الذبح على الخلوص لمخالفة المشركين فلا ينبغي أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وإذا أراد أن يدعو فيقول اللهم تقبل من فلان ينبغي أن يقدم ذلك على فعل الذبح أو يؤخره عنه فأما مع الحر لا يذكر غير اسم الله تعالى وهو تأويل الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم لما ضحى عن أمته قال هذا عمن شهد لى بالبلاغ الي يوم القيامة انما قال بعد الذبح لامعه (وعن) رافع بن خديج رضى الله عنه أن بعيرا من ابل الصدقة قد ند فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال صلى الله عليه وسلم ان لها أو ابد كأويد الوحش فإذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا به كما فعلتم بهذا ثم كلوه. وبه نأخذ فنقول عند تعذر الحل بذكاة الاختيار ينبت الحل بذكاة الاضطرار وذلك بالجرح في أي موضع أصابه ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم ان لها أو ابد كأويد الوحش أي أن لها

تنفرا واستباحشا كما يكون الوحش الا ان الالف والوحشي أغلب حاله التوحش فإذا صار ألوقا التحق بما هو ألوف غالبا وإذا توحش التحق بالوحشي غالبا والمراد بابل الصدقة ما يؤخذ بالصدقة أو ما كان ينحر لاطعام المساكين وقد كان ذلك معروفا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده (وعن) عتابة بن رافع بن خديج رضى الله عنه ان بعيرا تردى في نهر بالمدينة فوجئ من قبل خاصرته فأخذ منه ابن عمر رضى الله عنهما عسيرا بدرهمين وفى هذا دليل أن الحل يثبت بذكاة الاضطرار عند تعذر الذكاة بالاختيار وانه لا

[ 229 ]

فرق بين أن يتعذر ذلك بتوحشة بين أن يتعذر سقوطه في مهوى فان ابن عمر رضى الله عنهما مع زهده وتفردده رغب في الشراء منه والعسير تصغير العسير وقد روى عشيراء وهو سواد البطن والاول أصح (وعن) ابراهيم رحمه الله قال إذا تردى بعير في بئر ولم يقدرُوا أن ينحروه فمن حيث نحر فهو له ذكاة. ففى هذا بيان أن السنة في البعير النحر وفي البقر والغنم الذبح وبه نطق الكتاب قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) وقال الله تعالى (ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) وقال الله تعالى (وفديناه بذبح عظيم) والمراد الشاة والذي جاء في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحرنَا البدنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سبعة والبقرة عن سبعة معناه وذبحنا البقرة عن سبعة ومثل هذا الاضمار مع العطف معلوم في لسان العرب قال القائل \* علقنتها تبنا وماء باردا \* أي وسقنتها ماء باردا لان الماء لا يعلف وعن علي رضى الله عنه قال ذكاة السمك والجراد أخذه و مراده بيان أن الذكاة ليست بشرط فيهما بل يثبت الحل فيهما بالاخذ من غير ذكاة ألا ترى أنه لا تثبت الحرمة بكون الآخذ مجوحيا أو وثنيا وما يشترط فيه الذكاة يشترط فيه الاهلية للمذكى وحيث لم يشترط في السمك والجراد عرفنا ان الذكاة فيهما ليست بشرط كما قال صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان وسئل علي رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيه الميت وغيره قال كله وفي بعض الروايات كله كله اللفظ الاول تكرر للمبالغة والثانى بيان أنه يؤكل كله وبه نأخذ وان الجراد وان وجد ميتا فلا بأس بأكله لان موته لا بد أن يكون بسبب فانه بحرى الاصل برى المعاش كما قيل ان بيض السمك إذا انحصر عنه الماء يصير جرادا فإذا مات في البر فقد مات في غير موضع أصله وإذا مات في الماء فقد مات في غير موضع معاشه وذلك سبب لموته والدليل على إباحة أكل الجراد ما روى أن مريم رضى الله عنها سألت لحما هشا فرزقت الجراد وأن عمر رضى الله عنه كان مولعا بأكل الجراد حتى قال يوما في مجلسه ليت لنا قصعة من جراد فنأكله أو قال نقعة (وعن) عمرة قالت خرجت مع وليدة لنا فاشترينا خريته بقفيز من حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج رأسها من جانب وذنبها من جانب فمر بنا على رضى الله عنه فقال لى بكم أخذت فأخبرته فقال ما أطيبه وأرخصه وأوسعها للعيال ففى هذا الحديث دليل على ان الجراد مأكول وبه نأخذ وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فانه سئل عن الخريت فقال فأما نحن فلا نرى به بأسا فأما أهل

الكتاب فيكرهونه. وأما الروافض قاتلهم الله تعالى فيأخذون بقول أهل الكتاب ويحرمون الخريت ويدعون قول على رضى الله عنه مع دعواهم محبته وأهل الكتاب يزعمون أن الخريت من جملة الممسوخات وهذا باطل فان الممسوخ لا نسل له ولا يبقى بعد ثلاثة أيام بل الخريت نوع من السمك والسمك مأكول بجميع أنواعه يثبت الحل فيه بالكتاب والسنة قال الله تعالى أحل لكم صيد البحر وقال صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال فهذا دليل أنه لا بأس للانسان أن يتكلم مع النساء والاماء بما لا يحتاج إليه فان هذا ليس من جملة ما لا يعنيه فانما الذى لا يعنى المرء مما ورد النهى عنه أن يكون فيه مآثم (وعن) ابراهيم رحمه الله قال ما أطيب إهابه وهو كذلك وقد قيل ان أطيب الاشياء من السمك الذنب وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه أتاه عبد اسود فقال اننى فى غنم لا هلى وانى سليل الطريق أفأسقى من لبنها بغير اذنهم فقال لا فقال انى أرمى الصيد فاصمى وأنمى قال كل ما أصميت ودع ما أنميت. قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وبه نأخذ الا أن المراد به إذا توارى عنه وقعد فى طلبه فإذا لم يقعد عن طلبه لا يحرم لما بينا أن ما لا يستطاع بالامتناع عنه يكون عقوا وفي الحديث دليل انه ليس للراعى أن يسقى من لبن الغنم بغير اذن أهلها فان ابن عباس رضى الله تعالى عنهما نهاه عن ذلك وهذا لان الراعى أمر بالرعى والحفظ والسقى ومن لبنها بمنزلة هبة عنها ولا يجوز له ذلك بدون اذن أهلها والذي جاء فى الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم مر براعى الغنم فاستسقاها اللبن تأويله ان ذلك الراعى كان يرعى غنم نفسه أو كان مأذونا من جهة مالكة بذلك وقد عرف ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا ترى إلى قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل ما امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه (وعن) موسى بن طلحة رضى الله تعالى عنه ان اعرابيا أهدي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أزنيا مشويا قال لاصحابه كلوا قال الاعرابى انى رأيت دما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس بشئ وقال للاعرابى اذن فكل فقال انى صائم قال صوم ما ذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر فقال هلا جعلتها البيض وبه نأخذ فنقول الارنب ما كول وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم الهدية فيه وأكل منه وأمر أصحابه رضوان الله عليهم بذلك (وقول) الاعرابى انى رأيت دما مراده ما يقول جهال العرب ان الارنبه تحيض كالنساء فبين

رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ذلك ليس بشئ. وفيه دليل على أنه لا بأس للمهدى ان يأكل من هديته فان النبي صلى الله عليه وسلم دعاه الى الاكل وانما بعث ليتمم مكارم الاخلاق فما كان يدعو أحدا إلى ما يخالف ذلك وفيه دليل على أنه إذا دعى إلى طعام وهو صائم لا بأس بأن يمتنع ويقول انى صائم وقد قرره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال حيث قال صلى الله عليه وسلم صوم ماذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحثهم على ذلك ويقول الحسنه بعشر أمثالها صوم ثلاثة أيام من الشهر كصوم جميع الشهر. وفيه دليل على أن الافضل أن يكون صومه فى الايام البيض لقوله صلى الله عليه وسلم هلا جعلتها

البيض والبيض الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر وعند بعضهم أولها الرابع عشر وآخرها السادس عشر سميت بيضا لطلوع القمر في ليالها من أول الليل إلى آخر الليل فكان الليل يستوي بالنهار في البياض (وقيل) لما روى أن آدم صلوات الله وسلامه عليه لما أهبط إلى الأرض بعد زلته اغبر جسده صام الرابع عشر فابيض ثلث جسده ثم صام الخامس عشر فابيض ثلث آخر ثم صام السادس عشر فابيض جميع جسده وعاد اللون الاول فسميت بيضا لذلك وعن عائشة رضي الله تعالى عنها أنه أهدى لها صنب فسالته رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله فكرهه فجاء سائل فأرادت أن تطعمه إياه فقال صلوات الله وسلامه عليه أنطعمين مالا تأكلين. وبهذا نأخذ فنقول لا يحل أكل الصنب وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحل لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الصنب فقال لم يكن من طعام قومي فأجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه. وفي حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال أكل الصنب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الأكلين أبو بكر رضي الله تعالى عنه كان ينظر إليه ويضحك واعتمادنا على حديث عائشة رضي الله تعالى عنها فيه يبين أن امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله لحرمة لا لأنه كان يعافه ألا ترى أنه نهاها عن التصدق به ولو لم يكن كراهية الأكل للحرمة لامرأها بالتصدق به كما أمرها به في شاه الانصاري بقوله أطعموها الاسارى والحديث الذي فيه دليل الاباحة محمول علي أنه كان قبل ثبوت الحرمة. ثم الاصل انه متى تعارض الدليلان أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الاباحة يغلب الموجب للحظر. وقال بعض المتأخرين رحمهم الله تعالى حرمة الصنب لانه من الممسوخات على ماروى أن فريقين من عصاة بنى اسرائيل أخذ

[ 232 ]

أحدهما طريق البحر والآخر طريق البر فمسخ الذين أخذوا طريق البر ضبابا وقردة وخنزير (وروى) هذا الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه غير مشهور. ثم قد بينا أن الممسوخ لا نسل له ولا بقاء فهذا الذي يوجد الآن ليس بممسوخ وان نسخ قوم من جنسه ولكنه من الخبائث ولهذا عافه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيدخل تحت قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث لكونه مستخبنا طبعاً كسائر الهوام (وعن) عبد الله بن أبي أوفى قال أصبنا يوم حنين حمرا أهلية فذبناها وأن القدر لتغلي بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكفئوها بما فيها ونهى عن أكلهما فقلنا بيننا انما حرمتها لانها نهية لم تخمس فلقيت سعيد بن جبير رضي الله تعالى عنه فذكرت له ذلك فقال بل حرمتها البتة. وبه نأخذ فنقول لا يحل تناول الحمار الاهلى وكان بشر المربسى يبيح ذلك وهو قول مالك رحمه الله وقد روى ان عائشة رضي الله عنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما الآية (وعن) طاوس قال قلت لجابر بن فهر انكم تزعمون ان لحم الحمار الاهلى حرام قال كان الحكم بن عمرو يقول ذلك عندنا بالبصرة فأتى ذلك الخبر يعنى ابن عباس رضي الله عنهما وفي حديث الجرب بن غالب رضي الله عنه انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق لى من مالى الا حميرات فقال صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك فانى انما نهيتكم عن خول القرية واعتبر والحمار الاهلى بالحوشى فانه مأكول بالاتفاق وكل حيوان وحشيه مأكول فالاهلى من جنسه مأكول كالابل والبقر وما لا يكون أهلية مأكولا فوحشيه لا يكون مأكولا كالكلب والسنور وحجتنا في ذلك ما رويناه من الحديث فيه

يتبين أنه ما كان حرمها يوم خيبر لقله الظهر لانه أمر باكفاء القدور بعد ما صار لحما ليس فيه منفعة الظهر وما حرمها لانها نهية لم تخمس فانه كان مأكولا فللغانمين حق تناول منه قبل الخمس كالطعام والعلف وما حرمها لانها حول القرية مأخوذ من الحوال متناول الحيف كالجلالة فانه خص الحمر الاهلية بذلك وفي هذا المعنى الحمار وغيره سواء فعرنا انه حرمها البتة (وقد) روى انه أمر أبا طلحة رضى الله عنه فنأدى ألا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الاهلية فانها رجس وروى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن متعة النساء وعن الحمار الاهلي ولما بلغ عليا رضى الله عنه فتوى ابن عباس رضى الله عنهما باباحة المتعة فقال له نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء وعن الحمر الاهلية زمن خيبر فترجح الاثار

[ 233 ]

الموجبة للحرمة ثم لا حجة في حديث الجبر رضى الله تعالى عنه فان معنى قوله صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك أي بعه واستنفق ثمنه فقد يقال فلان أكل عقاره والمراد هذا وقال القائل ان لنا أحمره عجافا \* يأكلن كل ليلة إكافا والمراد ثمن الاكاف وما نقلوه عن ابن عباس رضى الله عنهما لا يكاد يصح عنه والمشهور عنه أنه حرم الخيل والبغال والحمير فاستدل لذلك بالآية لتركبوها وزينة على ما تبين وعائشة رضى الله عنها استدللت بعام دخله الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في لحم الحمار فكان دليل الخصوص في هذا العام واعتبار الاهلى بالوحشى ساقط فانه لا مشابهة بينهما معنى والمشابهة صورة لا تكون دليل الحل وقد صح في الاثران النبي صلى الله عليه وسلم أباح تناول الحمار الوحشى كما روى أن أعرابيا اهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا عفيرا أو رجل حمار وحشى فأمر أبا بكر رضى الله تعالى عنه أن يقسمه بين الرفاق \* ثم كما ورد الحديث بالامر بالاكفاء للقدر في لحم الحمار فقد ورد مثله في الضب وهو حديث عبد الرحمن بن حسنة قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فاصابتنا مجاعة ونزلنا في أرض كثيرة الضباب فأخذناها وان القدور لتغلى بها فأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم باكفاء القدور ومعلوم أن تصبيح المال لا يحل فعرنا أن الامر باكفاء القدور في الموضعين للحرمة (وعن) أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الحرث قال كنا إذا نتجت فرس اخذنا فلوا ذبحناه وقلنا الامر قريب فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فكتب اليانا أن لا تفعلوا فان في الامر تراخى. وبهذين الحديثين يستدل من يرخص في لحم الخيل فانهم كانوا يذبحونه لمنفعة الاكل وهو قول أبى يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فانه كان يكره لحم الخيل فظاهر اللفظ في كتاب الصيد يدل على أن الكراهة للتنزيه فانه قال رخص بعض العلماء رحمهم الله في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وما قال في الجامع الصغير أكره لحم الخيل يدل على أنه كراهة التحريم فقد روى أن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال لابي حنيفة رحمه الله إذا قلت في شئ أكراهه فما رأيك فيه قال التحريم ثم من أباحه استدل بالتعامل الظاهر ببيع لحم الخيل في الاسواق من غير نكير منكر ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله بمنزلة بول ما يؤكل لحمه فعرنا أنه مأكول كالانعام وان

روى فيه نهى فلان الخيل كانت قليلة فيهم وكان سلاحا يحتاجون إليه في الحرب فلهذا نهاهم عن أكله لا لحرمة وحجة أبى حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة الآية فقد من الله تعالى على عباده بما جعل لهم من منفعة الركوب والزينة في الخيل ولو كان مأكولا لكان الأولى بيان منفعة الأكل لأنه أعظم وجوه المنفعة وبه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم ترك أعظم وجوه المنفعة عند اظهار المنة وذكر ما دون ذلك ألا ترى أنه في الانعام ذكر الأكل بقوله تعالى ومنها يأكلون ولأنه ضم الخيل إلى البغال والحمير في الذكر دون الانعام والقرآن في الذكر دليل القرآن في الحكم وينحوه استدلال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما حين كره لحم الخيل كما روى عنه في الكتاب وفي حديث خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحم الخيل والبغال والحمير وفي حديث المقدم بن معد يكرب رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حرام عليكم لحوم البغال والحمير والخيل. وقد بينا أن الدليل الموجب للحرمة يترجح فإن ما كان من الرخصة محمول على أنه كان في الابتداء قبل النهي ولأن نتاجه غير مأكول وهو البغل لأن البغل نتاج الفرس والولد جزء من الأم وحكمه حكمها في الحل والحرمة فإذا لم يكن مأكولا عرفنا أن الخيل ليس بمأكول \* ثم الخيل تشبه البغال والحمير من حيث أنه ذو حافر أهلى بخلاف الانعام فانها ذوات خف لا ذوات حوافر وقد روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى الكراهة في سؤر الفرس كما في لبنه وإنما جعل يوله كبول ما يؤكل لحمه لمعنى البلوى فيه فللبلوى تأثير في تخفيف حكم النجاسة ومن قال الكراهة للتنزيه لا للتحريم قال إن الفرس كالآدمي من وجه ومن حيث أنه يحصل ارهاب العدو به ويستحق السهم من الغنيمة والآدمي غير مأكول لكرامته لا لنجاسة والخيل كذلك كره أكلها على طريق التنزيه لمعنى الكرامة ولهذا جعل الخيل طاهرة السؤر وجعل بوله كبول ما يؤكل لحمه (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال لا بأس بثمن كلب الصيد وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في ثمن كلب الصيد وبه تأخذ فنقول بيع الكلب المعلم يجوز وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلا معلما كان أو غير معلم لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب فلو كانت مالا متقوما لما أمر بذلك ولأن

الكلب نجس العين بدليل نجاسة سؤره فلا يجوز بيعه كالخنزير ولدليل عليه أنه لو كان محل البيع لم يفترق بين المعلم منه وغير المعلم كالفهد والبارى. وحجتنا في ذلك ما رواه ابراهيم من الرخصة وذلك بعد النهي والتحريم فيه يتبين تيسير انتساح ما روى من النهي وهذا لانهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت الكلاب فيهم تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن منتفعا به من الكلاب وهو كلب الصيد والحرث والماشية وقد جاء في حديث عبد الله بن

عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا  
 كلب الصيد والحرث والماشية وروى أنه قضى في كلب الصيد بأربعين  
 درهما وفي كلب الحرث بفرق من طعام وفي كلب الماشية بشاة منها  
 (وعن) عثمان رضى الله تعالى عنه أنه قضى علي رجل أتلف كلبا لامرأة  
 بعشرين بعيرا والحديث له قصة معروفة وإذا ثبت أنه مال منقوم وهو  
 منتفع به شرعا جاز بيعه كسائر الاموال وبيان كونه منتفعا به أنه يحل  
 الانتفاع به في حالة الاختيار ويجوز تملكه بغير عوض في حالة الحياة  
 بالهبة وبعد الموت بالوصية فيجوز تملكه بالعوض أيضا وبهذا يتبين أنه  
 ليس بنجس العين فان الانتفاع بما هو نجس العين لا يحل في حالة الاختيار  
 كالخمر ولا يجوز تملكه قصدا بالهبة والوصية. ثم الصحيح من المذهب أن  
 المعلم وغير المعلم إذا كان بحيث يقبل التعليم سواء في حكم البيع حتى  
 ذكر في النوادر لو باع جروا جاز بيعه لانه يقبل التعليم فأما الذى لا يجوز  
 بيعه العقور منه الذى لا يقبل التعليم لانه عين مؤذ غير منتفع به فلا يكون  
 مالا متقوما كالذئب وهكذا يقول في الاسد ان كان بحيث يقبل التعليم  
 ويصطاد به فبيعه جائز وان كان لا يقبل ذلك ولا ينتفع به فحينئذ لا يجوز  
 بيعه والفهد والبارى يقبل التعليم على كل حال فجاز بيعهما كذلك (وعن)  
 جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع  
 الكلب والسنور وقال أبو يسوف رحمه الله ينقض هذا الحديث في السنور  
 حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصغى لها الاناء فتشرب منه  
 وهو مشهور عنه صلى الله عليه وسلم وحديث عروة عن عائشة رضى الله  
 عنها ان صلى الله عليه وسلم كان يصغى الاناء للهر ليشرب منه ثم يتوضأ.  
 وفي هذا دليل على انها ليست بنجسة وقد نص على ذلك بقوله انها ليست  
 بنجسة انها من الطوافين عليكم والطوافات ويجوز الانتفاع بها من غير  
 ضرورة وما يكون بهذا الصفة

[ 236 ]

فهو مال متقوم يجوز بيعه والنهى ان ثبت محمول على أنه كان في  
 الابتداء. قال (وصيد الكلب المعلم وما أشبهه من الجوارح من السباع  
 وغيرها يرسله المسلم أو الكتابى ويسمى عليه فيأخذه ويقتله جائز حلال)  
 وانما يشترط أن يكون المرسل مسلما أو كتابيا لان الاصطياد في كونه  
 سببا للحل كالذبح والاهلية للذابح شرط لحل الذبيحة فكذا في الاصطياد  
 وقد ذكرنا فيما سبق شرائط الاصطياد ودخل هذا الشرط في جملة ما  
 ذكرنا دلالة وان لم يدخل نصا لانا شرطنا تسمية الله تعالى على الخلوص  
 وانما يتحقق ذلك عمن يعتقد توحيدَه جلت قدرته أو يظهر ذلك وهو مسلم  
 أو كتابى فاما المجوسى يدعى الهين فلا يصح منه تسمية الله تعالى على  
 الخلوص فلهذا لا يحل ذبيحة المجوسى وصيدَه. قال (واد ترك التسمية  
 عامدا حرم به الصيد والمذبوح عندنا ولم يحرم عند الشافعى رحمه الله  
 والمسلم والكتابى في ذلك سواء) وان ترك ناسيا لم يحرم عندنا وقال  
 مالك رحمه الله تعالى وأصحاب الطواهر يحرم وهو قول ابن عمر رضى  
 الله عنهما وكان على وابن عباس رضى الله تعالى عنهما يفصلان بين  
 العامد والناسى كما هو مذهبنا وقد كانوا مجتمعين على الحرمة إذا ترك  
 التسمية عامدا وانما يختلفون إذا تركها ناسيا وكفى باجماعهم حجة ولهذا  
 قال أبو يوسف رحمه الله متروك التسمية عامدا لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو  
 قضى القاضى بجواز البيع فيه لا يجوز قضاؤه لانه مخالف للاجماع  
 فالشافعى رحمه الله تعالى استدل بحديث البراء ابن عازب وأبى هريرة  
 رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلم يذبح على

اسم الله سمي أو لم يسم وفي رواية قال ذكر اسم الله تعالى في قلب كل مسلم وكون الذكر في قلبه في حالة العمد أظهر منه في حالة النسيان ولما سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن متروك التسمية ناسيا قال يحل تسمية ملته وفي اقامة الملة مقام التسمية لافرق بين النسيان والعمد وسألت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت ان الاعراب يأتوننا بلحوم فلا ندري أسموا أم لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام سموا أنتم وكلوا. فلو كان التسمية من شرائط الحل لما أمرها بالاكل عند وقوع الشك فيها ولان التسمية لو كانت من شرائط الحل كانت مأمورا بها وفي المأمورات لا فرق بين النسيان والعمد كقطع الحلقوم والادواج وكالتكبير والقراءة في الصلاة انما يقع الفرق في المرجورات كالاكل والشرب في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهيا اعتقادا فأما موجب الامر الائتمار والتارك ناسيا أو عامدا لا يكون مؤتمرا ولانه استصلاح الاكل فكانت التسمية فيه ندبا لاحتما كالطبخ والخبز

[ 237 ]

ثم فيما هو المقصود وهو الاكل التسمية فيه ندب وليس يحتم فهذا هو طريق إليه أولي والدليل عليه أنه تحل ذبائح اليهود والنصارى ولو كانت التسمية شرطا لما حلت ذبائحهم لانهم وان ذكروا اسم الله تعالى فانهم يريدون غير الله وهو ما يتخذونه معبودا لهم لان النصارى يقولون المسيح ابن الله تعالى عن ذلك علوا كبيرا ونحن نتبرأ من اله له ولد وحجتنا في ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ومطلق النهي يقتضي التحريم وأكد ذلك بحرف من لانه في موضع النهي للمبالغة فيقتضى حرمة كل جزء منه والهاء في قوله تعالى وانه لفسق ان كان كناية عن الاكل فالفسق أكل الحرام وان كان كناية عن المذبوح فالمذبوح الذي يسمى فسقا في الشرع يكون حراما كما قال الله تعالى أو فسقا أهل لغير الله به وفي الآية بيان ان الحرمة لعدم ذكر الله تعالى لان التحريم بوصف دليل على أن ذلك الوصف هو الموجب للحرمة كالميتة والموقودة وبهذا يتبين فساد حمل الآية على الميتة وذبائح المشركين فان الحرمة هناك ليست لعدم ذكر الله تعالى حتى انه وان ذكر اسم الله تعالى لم يحل وقال تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف يعنى عند النحر بدليل قوله تعالى فاذا وجبت جنوبها أي سقطت وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنه في تفسير الآية ذكر اسم الله تعالى أن يقول عند الطعن بسم الله والله أكبر وقال الله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم الآية والمراد التسمية عند الارسال فثبت بهذين النصين ان التسمية مأمور بها ومطلق الامر الوجوب وهى من شرائط الحل ثبت بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل والمعطوف على الشرط شرط وأكد ذلك بقوله وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فأنت انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك. فعلل للحرمة بانه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة إذا لم يسم على كلب نفسه وشئ من المعنى يشهد له فان ذبيحة الكتابي تحل وذبيحة المجوسي لا تحل وليس بينهما فرق يعقل معناه بالرأى سوى من يدعى التوحيد يصح منه تسمية الله على الخلوص ومن يدعى الاثنيين لا يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فيه يتبين ان التسمية من شرائط الحل أو انما أمرنا ببناء الحكم في حق أهل الكتاب على ما يظهرون دون ما يضمرون ألا ترى ان تسمية غير الله تعالى على سبيل التعظيم موجه للحرمة لقوله تعالى

وما أهل به لغير الله فلو اعتبرنا ما يضمرون لم تحل ذبيحتهم وكذلك يستحلون في المظالم بالله والاستحلاف بغير الله لا يحل

[ 238 ]

فعرفنا أنه يبنى على ما يظهر ثم أنا أمرنا بالتسمية عند الذبح مخالفة للمشركين لانهم كانوا يسمون الهتم عند الذبح ومخالفتهم واجبة علينا فالتسمية عند الذبح تكون واجبة أيضا بخلاف الطبخ والاكل فانهم ما كانوا يسمون الهتهم عند ذلك فالامر بالتسمية عند ذلك ندى وكذلك عند الوصف فالامر بالتسمية عند الوصف لم يكن لمخالفتهم فكان ندبا ألا ترى ان في حالة النسيان تقام ملته مقام التسمية كما قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لمعنى التخفيف وهذا التخفيف يستحقه الناسي دون العامد ولان العامد معرض عن التسمية فلا يجوز أن يجعل مسميا حكما بخلاف الناسي فانه غير معرض بل معذور والفرق بين المعذور وغير المعذور اصل في الشرع في الذبح وغير الذبح ألا ترى أن في اعتبار الذبح في المذبح يفصل بين المعذور وغيره وفى الاكل في الصوم يفصل بين الناسي العامد ولا يعتبر بالمأمور والمزجور فالاكل في الصلاة مزجور ثم سوى فيه بين النسيان والعمد والجماع في الاحرام كذلك ولكن متى اقترن بحالة ما يذكره كهينة المحرمين والمصلين لا يعذر بالنسيان ومتى لم يقترن بحالة ما يذكره يعذر بالنسيان كالصوم وهنا لم تقترن بحالة ما يذكره وقد يذبح الانسان الطير وقلبه مشتغل بشغل آخر فيترك التسمية ناسيا وعليه يحمل الحديث على انه اذبح على اسم الله تعالى إذا كان ناسيا غير معرض بدليل انه ذكر في بعض الروايات وان تعمد لم يحل وحديث عائشة رضى الله تعالى عنها دليلنا لانها سألت عن الاكل عند وقوع الشك في التسمية فذلك دليله على أنه كان معروفا عندهم أنه كان معروفا عندهم أن التسمية من شرائط الحل وانما أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاكل بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمدا كمن اشترى لحما في سوق المسلمين يباح له تناول بناء على الظاهر وان كان يتوهم أنه ذبيحة مجوسى \* ثم التسمية في الذبح تشترط عند القطع وفى الاصطیاد عند الارسال والرمى لان التكليف بحسب الوسع وفى وسعها التسمية عند الرمى وليس في وسعه التسمية عند الاصابة فتقام التسمية عند الارسال والرمى مقامه كما يقام الجرح في المتوحش مقام الذبح في المذبح في الاهلى ولان التسمية تقترن بفعله والقطع من فعله وفى الاصطیاد فعلة الارسال والرمى وعلى هذا لو أضجع شاة وأخذ السكين وسمى ثم تركها وذبح شاة أخرى وترك التسمية عليها لا يحل ولو رمى سهما إلى صيد وسمى فأصاب صيدا آخر أو أخذ سكيننا وسمى ثم تركها وأخذ سكيننا أخرى أو أرسل كلبه إلى صيد وسمى وترك ذلك الصيد وأخذ غيره حل وكذلك لو

[ 239 ]

ذبح تلك الشاة ثم ذبح شاة أخرى بعدها فظن ان تلك التسمية تكفيه لا يحل والسهم إذا أصاب ذلك الصيد وغيره أو أخذ الكلب في فوره ذلك الصيد وغيره حل الاكل وجهله ليس نظير النسيان. ألا ترى أن الجهل بالحكم لا يمنع حصول الفطر بخلاف النسيان وكذلك لو نظر إلى قطع من الغنم

وأخذ السكين وسمى ثم أخذ شاة منها وذبحها بتلك التسمية لا يحل وكذلك لو أرسل كلبه على جماعة من الصيد وسمى فأخذ أحدهما يحل لان التعيين في الاصطياذ ليس في وسعه والتعيين في الذبح في وسعه. قال (ولو أرسل كلبه ولم يسم عمدا ثم زجره وسمى فأنزجر وأخذ الصيد لم يحل) لان ارساله مع ترك التسمية عمدا فعل محرم فلا ينسخ الا بما هو مثله أو فوجه والزجر دون الارسال بخلاف ما إذا اتبع الصيد بغير ارسال صاحبه ثم زجره صاحبه وسمى فان انزجر بزجره وأخذ الصيد حل لان اتباعه لم يكن فعلا معتبرا فان فعل العجماء غير معتبر إذا لم يكن بناء على ارسال آدمى فكان زجره بمنزلة ابتداء الارسال وقد اقتربت التسمية به وعلى هذا الاصل إذا أرسل المسلم كلبه على صيد فزجره مجوسى فأنزجر بزجره لم يضره لان الارسال من المسلم فعل موجب للحل فلا يرتفع الا بما هو مثله والزجر دون الارسال فلا يتغير به الحكم الثابت بالارسال ولو كان المجوسى هو الذى أرسل لم ينفعه زجر المسلم لان فعل المجوسى يحرم فلا يرتفع بزجر المسلم اياه لانه دونه فاما إذا اتبع الكلب والبارى على أثر الصيد بغير ارسال ثم زجره صاحبه فان لم ينزجر بزجر صاحبه لم يحل الصيد لانه لا أثر لفعل المسلم فيأخذه وبدون الارسال لا يحل وان انزجره بزجر في القياس لا يحل أيضا لان زجره ليس بارسال فان الارسال يكون من يده ولم يكن في يده حين زجره وبدون الارسال لا يحل صيد الكلب ولكنه استحس ذلك فقال لما أنزجر بزجره يجعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال والصيد قد يتلى بهذا لان الكلب ربما يرى الصيد ولا يراه صاحبه فلو انتظر ارساله فانه فينبعث على أثره وينظر إلى صاحبه ليزجره حتى إذا زجره كان بالقرب من الصيد فيتمكن من أخذه ثم انبعثه لم يكن فعلا معتبرا فالحاجة الي ابتداء الفعل لا إلى فسخ الفعل ولما أنزجر بزجره جعل هذا ابتداء فعله بخلاف الاول فالحاجة هناك إلى فسخ فعل معتبر والفسخ لا يصلح لذلك وهو نظير ما قلنا فيمن حفر بئرا في الطريق فالقى انسان حجرا على شفيره فيعثر انسان في الحجر حتى هوى في البئر فالضمان على الملقى وبمثله لو ثنى حجرا من (16 مبسوط حادى عشر)

[ 240 ]

شفير البئر أو جاء به سيل فيعثر به انسان فوقع في البئر فالضمان على الحافر لانه لم يوجد من بعد فعله فعل معتبر فبقى حكم فعله بخلاف الاول. قال (وإذا توارى الكلب والصيد عن المرسل المسلم ثم وجده المسلم وقد قتله وليس فيه أثر غيره حل تناوله إذا لم يترك الطلب لانه يستطاع الامتناع منه والتوارى عن بصره لا يستطاع الامتناع عنه خصوصا في القناص والمستاجر والطير بعد اصابة السهم ربما يتحامل ويطير حتى يغيب من بصره فيسقط فان كان ترك الطلب إلى عمل آخر حتى إذا كان قريبا من الليل طلبه فوجد الصيد ميتا والكلب عنده والبارى وبه جراحة لا يدري الكلب جرحه أو غيره لم يحل أكله عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى يحل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان منه من ارسال الكلب والبارى والرمى والحكم متى ظهر عقب سببه يحال عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فجعل قاتلا له ولكن نستدل بما روى أن رجلا أهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم صيدا فقال عليه الصلاة والسلام من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بينى وبينه ظلمة الليل ثم وجدته الليل وفيه من باقى فقال عليه الصلاة والسلام لعل بعض الهوام أعانك على قتله فلا حاجة لى فيه وقال ابن عباس كل ما أصميت ودع ما أنميت والانماء التوارى عن بصرك الا أن قدر ما لا يستطاع

الامتناع عنه جعل عفوا فأما ترك الطلب مما يستطاع الامتناع عنه والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ثم في المدة القصيرة يؤمن إصابة آفة أخرى أباه ولا يؤمن ذلك إذا ترك الطلب وطالبت المدة ولأنه لا يدري فلعله لو لم يترك الطلب وجده حيا فذكاه فمن هذا الوجه يكون تاركاً ذكاة الاختيار فيه مع القدرة عليه وان وجده وفيه جراحة أخرى ليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك لأنه ظهر لموته سببان أحدهما موجب للحل والآخر موجب للحرمة فيغلب كما لو وقعت الرمية في الماء. قال (وإذا أرسل كلبه أو باريه علي صيد فأخذ ذلك الصيد أو أخذ غيره أو أخذ عددا من الصيد فهو كله حلال مادام على وجه الأرسال) لأن الأرسال قد صح من المسلم موجبا للعمل فما تأخذه من وجه أرساله وهو ممسك له على صاحبه يحل وتعيين الصيد في الأرسال ليس بشرط الا على قول مالك رضي الله تعالى عنه فإنه يقول التعيين شرط حتى إذا ترك التعيين فهو كترك الأرسال وعن ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى قال التعيين ليس بشرط ولكن إذا عين اعتبر تعيينه حتى إذا ترك ذلك وأخذ غيره

## [ 241 ]

لا يحل ولكننا نقول الشرط ما في وسعه اتخاذه وهو الأرسال فأما التعيين ليس في وسعه لأنه لا يمكنه ان يعلم البازي والكلب على وجه لا يأخذ الا ما يعينه ولأن التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب فان الصيد كلها فيما يرجع إلى مقصوده سواء وكذلك في حق الكلب فقصده إلى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه وعلامة علمه امساكه على صاحبه بترك الاكمل وما ليس بمفيد لا يعتبر شرعا فسواء أخذ ذلك الصيد أو غيره حل. قال (فان قتل واحدا وجثم عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل) لان فور الأرسال قد انقطع حين جثم على الاول طويلا فقد انعدم أرسال صاحبه في حق الصيد الثاني وهو شرط في الحل (فان قيل) كيف يكون فعله ناسخا لأرسال صاحبه (قلنا) انما جثم على ذلك الصيد بناء على أرسال صاحبه ليأتيه فيأخذه منه فذلك بمنزلة فعل صاحبه ولو منعه انقطع به حكم الأسال مع أن فعل العجماء معتبر في نسخ حكم فعل الأدمى به كمن أرسل دابة في الطريق فتركت سنن الأرسال وذهب يمنة أو يسرة فأتلقت مالا لم يجب الضمان علي المرسل بخلاف ما لو ذهبت على سنن الأرسال. قال (وان وصل إليه صاحبه والصيد حى فأخذه فلم يذبحه حتى مات لم يؤكل) أما إذا تمكن من ذبحه فلا شك فيه لأنه ترك ذكاة الاختيار مع القدرة عليه وأما إذا لم يتمكن من ذلك فان كان لفقد الآلة فكذلك الجواب لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه وان كان لصيق الوقت فكذلك الجواب عندنا (وقال) الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى يحل استحسانا وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لان ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يسقط حكم البدل كالمتيمم إذا وجد الماء وبينه وبين الماء سبع أو عدو وهنا لم يقدر على الاصل فبقى ذكاة الاضطرار موجبا للحل ولكننا نقول ذكاة الاضطرار انما تعتبر فيما إذا لم يقع في يده حيا وهذا قد وقع في يده حيا فسقط اعتبار ذكاة الاضطرار فيه وألحق بما كان في يده كالشاة والبعير إذا سقط فلم يتمكن من ذبحه في المذبح لصيق الوقت فجرحه فمات لم يحل فهذا مثله وهذا كله إذا كان يتوهم بقاؤه حيا مع الجرح الذي جرحه الكلب فأما إذا شق بطنه فأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حيا فمات حل تناوله لأنه استقر فعل الذكاة قبل وقوعه في يده وما بقى فيه اضطرار المذبح فلا يعتبر

كمن ذبح شاة فاضطربت ووقعت في الماء بعد قطع الحلقوم والادواج لم يحرم بذلك لهذا المعنى وقيل هذا قول أبي يوسف

[ 242 ]

ومحمد رحمهما الله تعالى فأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل وهو القياس لانه وقع في يده حيا وموته مما أصابه وحياته موهوم فانما يبنى الحكم على ما هو معلوم حقيقة وهو وقوعه حيا في يده صاحبه فلا يحل بدون ذكاة الاختيار. قال (والكلب الكردى والاسود في الاصطیاد به إذا كان معلما كغيره لقوله تعالى تعلمونهن مما علمكم الله) وانما أورد هذا لان من الناس من يقول لا يحل ذلك وانما الاصطیاد بالكلاب الفقهية المسترخية الأذان وليس ذلك معتبرا عندنا وكذلك إذا علم شيئا من السباع حتى جعل يصيد به مثل عناق الارض وغيره فلا بأس بصيده لانه مرسل معلم أمسك الصيد على صاحبه. قال (وإذا كمن الفهد في ارساله حتى استمكن من الصيد ثم وثب عليه فقتله لم يحرم أكله) لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فهو عادة ظاهرة للفهد أنه يكمن ولا يعدو علي أثر الصيد فيسقط اعتباره ولانه تحقق ما قصده صاحبه بالارسال فلا ينقطع به فور الارسال كالوثوب. قال (وكذلك الكلب إذا فعل ذلك فهو بمنزلة الفهد) لما بينا أنه قصد به التمكن من الصيد فلا ينقطع به حكم الارسال (قال) وكان شيخنا رحمه الله يقول للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه (من ذلك) أنه يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يجاهر بالخلاف مع عدوه ولكن يطلب الفرصة حتى يصحل مقصوده من غير إتعاب نفسه (ومنه) إنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج إلى فلا اذل له فلهذا ينبغي للعاقل أن يفعله لا يذل نفسه فيما يعمل لغيره (ومنه) أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من وعظ بغيره (ومنه) أنه لا يتناول الخبيث وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يتناول الا الطيب (ومنه) أنه يثبت ثلاثا أو خمسا فان تمكن من الصيد والاتركه وهو يقول لا أقتل نفس فيما أعمله لغيري وهكذا ينبغي لكل عاقل. قال (وإذا شاركه في الصيد كلب آخر غير معلم لم يحل أكله) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رضى الله تعالى عنه وإذا شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولانه اجتمع فيه المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمة فيغلب الموجب للحرمة وكذلك ان رد الصيد عليه حتى أخذه أوردته عليه سبع حتى أخذه لانه قد أعانه على أخذ الصيد وبهذه الاعانة تثبت المشاركة بين الفعلين والبارى في ذلك كالكلب لان فعل ما ليس بمعلم يحرم

[ 243 ]

الصيد والبارى والكلب فيه سواء وان رد الصيد على الكلب مجوسى حتى أخذه فلا بأس بأكله لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تثبت به المشاركة بل يكون الصيد مأخوذا بأخذ الكلب الذى أرسله المسلم فكان حلالا فاما فعل الكلب الذى لم يرسله صاحبه وفعل السبع من جنس

فعل الكلب الذي أرسله المسلم فتحقق المشاركة ويجتمع في الصيد الموجب للحل والموجب للحرمة. قال (وإذا أكل الكلب من الصيد فقد خرج عن حكم المعلم) لان علامة المعلم فيه ترك الاكل وفي البازي الاجابة إذا دعاه فكما ان البازي إذا فرمته وامتنع من اجابته لا يكون معلما فكذلك الكلب إذا أكل من الصيد لا يكون معلما ويحرم ما عنده من صيوده قبل ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يحرم في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله \* من أصحابنا رحمهم الهل من يقول هذا إذا كان العهد ريبا بأخذ تلك الصيود فاما إذا تناول عليه العهد بأن أتى عليه شهر أو نحو ذلك وقد قدر صاحبه صيوده لم تحرم تلك الصيود لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يكون ذلك دليلا على كونه غير معلم في ذلك الوقت وفي المدة القصيلة لا يتوهم نسيان الحرفة فنيين انه كان عن غير علم حين اصطاد تلك الصيود وانما لم يأكل منها للشبع لا للامساك على صاحبه. والاطهر أن الخلاف في الفصلين جميعا فهما يقولان قد حكمنا بالحل في الصيود المأخوذة وأكله من هذه الصيد محتمل قد يكون لغرط الجوع مع كونه معلما وقد يكون لامساكه على نفسه وكونه غير معلم وما كان محكوما به لا يجوز ابطاله بالشك ولا معنى لقول من يقول قد حكمنا بكونه جاهلا حتى قلنا لا يؤكل هذا الصيد الذي أكل منه ولا ما يأخذه بعده ما لم يصر معلما الا أنا انما حكمنا بذلك لنوع اجتهاد مع بقاء الاحتمال والاجتهاد دليل يصلح للعمل به في المستقبل وليس بدليل لنوع اجتهاد مع بقاء الاحتمال والاجتهاد يصلح العمل به في المستقبل لا في بعض ما مضى بالاجتهاد والحل في الصيود المحرزة حكم أمضى بالاجتهاد وأبو حنيفة رحمه الله يقول تبين أن ذلك صيد كلب جاهل فلا يؤكل منه كالصيد الذي أكل منه وبيان ذلك ان هذه الحرفة في الكلب إذا حصلت كانت ضرورية فلا ينسى أصلها ولكنها تضعف بالترك زمانا كالخياطة والرمى ونحوهما في الأدمى ولما وجب الحكم بكونه جاهلا في الحال تبين ضرورة أنه لم يكن معلما وانه انما ترك الاكل للشبع حتى لم يترك حين كان جائعا وهذا لان الاكل وان كان محتملا ولكن تعين فيه أحد الوجهين بدليل شرعى وهو كونه غير معلم حين حرم تناول هذا

[ 244 ]

الصيد فسقط اعتبار احتمال وجه آخر وما قال أبو حنيفة رحمه الله أقرب إلى الاحتياط وعليه بينى الحل والحرمة. قال (ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يصير معلما) بأن يصيد به ثلاثا فلا يأكل منها فيحل حينئذ الرابع في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولكن أبو حنيفة رحمه الله لم يؤقت فيه وقتا ولكن يقول إذا صار عالما فكل من صيده وكذلك الخلاف في تعليمه في ابتداء أمره وعلى قولهما انما يحصل بأن يجيبه إذا دعى ويرسله على الصيد فيصيده ولا يأكل منه ثلاث مرات ولم يؤقت فيه أبو حنيفة رحمه الله وقتا ولكنه قال هو مأكول إلى اجتهاد صاحبه فان كان أكبر رايه انه صار معلما فهو معلم وربما قال يرجع إلى أهل العلم به من الصيادين فإذا قالوا صار معلما فهو معلم وحجتنا في ذلك أن المعلم يمسك الصيد على صاحبه وعلامة ذلك أن لا يأكل منه الا أن ترك الاكل قد يكون للشبع وقد يكون للامساك على صاحبه فإذا ترك ذلك مرارا على الولا يزول به هذا الاحتمال ونعلم أنه معلم لا مساكه على صاحبه وقد رنا ذلك بالثلاث لانه حسن الاختيار والاصل فيه قصة موسى مع معلمه عليه السلام حيث قال في الثالثة هذا فراق بينى وبينك وكذلك الشرع قدر مدة الاختيار بثلاثة أيام للاختيار وقال عليه الصلاة والسلام إذا استأذن أحدكم ثلاثا ولم يؤذن له

فليرجع وقال عمر رضى الله تعالى عنه إذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرات فليرجع إلى غيرها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا مدخل للقياس فيه فيكون طريق معرفته الاجتهاد والرجوع إلى من له علم في ذلك الباب قال الله تعالى فاسألوا أهل الذکر ان كنتم لا تعلمون وهذا لان احتمال الشيع كما يكون في المرة يكون في المرات (وروى) الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله مثل قولهما في التقدير بالثلاث الا أن في تلك الرواية أبو حنيفة يقول يؤكل الصيد الثالث وهما يقولان لا يؤكل الصيد الثالث لانه انما حكم بكونه معلما حين ترك الاكل من الثلاث وأخره لهذا الصيد كان قبل ذلك فلا يؤكل منه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه وإذا حكمنا بأن يمسكه على صاحبه وقد أخذه بعد ارسال صاحبه حل تناول منه كالرابع. قال (وإذا أخذ الرجل الصيد من الكلب ثم وثب عليه الكلب فانتهش منه قطعة ورمى بها صاحبها إليه فأكلها لم يفسدهما عليه) لانه قد تم امساكه على صاحبه حين لم يأكل منه حتى وصل إلى يد صاحبه وبعد ذلك انتهاشه منه ومن لحم آخر في مخللة صاحبه سواء فلا يخرج به من أن

## [ 245 ]

يكون معلما ولان هذا من عادة الصيادين أن يأخذ الصيد من الكلب ثم يرمى بقطعة منه إليه وكان الكلب طالبه بهذه العادة فهو دليل حذقه لا دليل جهله وان انتهش الكلب من الصيد قطعة في اتباعه اياه فأكلها ثم اتبعه فأخذه أو أخذ غيره فقتله لم يحل أكله لانه لما أكل القطعة التي تمكن منها من الصيد عرفنا أنه غير معلم وان سعيه لنفسه لا للامساك على صاحبه وانما ترك الاكل مما بقى لانه شبع بتناول تلك القطعة وان كان ألقى تلك القطعة وأخذه وقتله ولم يأكل حتى أخذه ثم عاد فأكل تلك القطعة لم تضره لانه أمسك الصيد على صاحبه حين لم يأكل منه مع حاجته وتناوله تلك القطعة بعد وصول الصيد الي صاحبه كتناول قطعة ألقاها إليه صاحبه بل ذلك دليل حذقه حتى اشتغل بتناول ما يعلم أن صاحبه لا يرغب فيه فهو بمنزلة ما لو شرب من دمه وقد بينا أن ذلك لا يحرم الصيد فكذلك هذا. قال (ولا يحل صيد المجوسى ولا ذبيحته لقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غيرنا كحى نساءهم ولا أكلى ذبائحهم) و لانهم يدعون لاثنين فلا يتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك شرط الحل في الذكاة الا فيما يحتاج فيه الي الذكاة من سمك أو جراد وبيضة بأخذها وما أشبه ذلك فان الحل في هذه الاشياء ليس يثبت بالفعل حتى يحل وان مات بغير فعل أحد ولا اقتراب التسمية بالفعل فلا يشترط التسمية للحل فيما لا يشترط فيه الفعل والمرتد في ذلك كالمجوسى أما إذا ارتد لغير دين أهل الكتاب فلا اشكال فيه لانه كالكافر الاصلي فيما اعتقده وان ارتد الي دين أهل الكتاب فلانه غير مقر على ما اعتقده وقد ترك ما كان عليه فلا ملة له والنكاح وحل الذبيحة يبنى على الملة. قال (ولا بأس بصيد المسلم بكلب المجوسى المعلم وبازيه كما يذبح بسكينه) لان المعتبر في الآله أن تكون جارحا فلا يختلف ذلك بكون مالكة مجوسيا أو مسلما والشرط يقترن بالفعل والفاعل في الذبح والاصطياذ والمسلم هو من أهل ايجاد هذا الشرط. قال (وإذا أرسل المجوسى كلبه على صيد ثم أسلم ثم زجره فانزجر بزجره وقتل الصيد لم يحل أكله) كما لو زجره مسلم آخر وهذا لان أصل ارساله كان فعلا موجبا للحرمة ولم ينسخ ذلك بالزجر بعد اسلامه وانما ينظر في هذا الجنس إلى وقت الارسال والرمى فان كان

فيه مجوسيا أو مرتدا لم يحل صيده وان تغير عن حاله قبل أن يأخذه وان كان مسلما ثم ارتد والعياذ بالله لم يحرم الصيد لان الحل باعتبار تسمية الله وقد بينا ان الشرط عند الارسال والرمى لا عند الاصابة فان كان مسلما في ذلك الوقت

[ 246 ]

وسمى فقد تقرر فعله موجبا للحل فلا يتغير ذلك بردته كما لا يتغير ذلك بموته ولو مات قبل الاصابة فان كان مجوسيا أو مرتدا فقد تقرر فعله موجبا للحرمة فلا يتغير باسلامه بعد ذلك اعتبار بفعل الرمي والارسال هنا بالذبح في الشاة. قال (ولا بأس بصيد اليهودي والنصراني وذيبيتهما لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد الذبائح) إذ لو حمل على ما هو سواها من الاطعمة لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر معنى ولا نهم يدعون التوحيد فيتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص الا أن يسمعه المسلم يسمى عليه المسيح فإذا سمع ذلك منه لم يحل أكله لانه ذبح بغير اسم الله عزوجل ولو فعل ذلك مسلم لم يحل لقوله تعالى وما أهل لغير الله به فحال الكتابي في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم وبعض أصحاب الشافعي رحمهم الله يقولون يحل لان المسلم إذا ذبح بغير اسم الله تعالى يصير مرتدا وانما لا يؤكل بردته وهذا لا يوجد في حق الكتابي وقد أحل الشرع ذبائحهم مع قولهم ان الله هو المسيح بن مريم كما أخبر الله عنهم وهو يتعالى عن ذلك علوا كبيرا فإذا ظهر ذلك لم تحرم ذبيحتهم ولكننا نقول قد بينا ان الحرمة المعتبرة بالصفة انما تثبت باعتبار تلك الصفة وقد نص الله تعالى على الحرمة بتسمية غير الله تعالى وإذا كان في حق المسلم الحرمة ليست باعتبار هذا الوصف عرفنا ان المراد بالآية الكتابي وان كانت الحرمة في حق المسلم باعتبار هذا الوصف فكذلك في حق الكتابي (وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال وإذا سمعتموهم يذكرون اسم المسيح علي ذبائحهم فلا تأكلوا. قال (فان تهود المجوسى أو تنصر تؤكل ذبيحته وصيده) لانه يقر على ما اعتقده عندنا لانه صار بحيث يدعى التوحيد فلا يجوز اخباره على العود إلى دعوى اثنين وإذا كان مقرا على ما اعتقده اعتبر بما لو كان عليه في الاصل لو تمجس يهودى أو نصراني لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسيا في الاصل. قال (وان كان غلام أحد أبويه نصراني والآخر مجوسى وهو يعقل الذبح تؤكل ذبيحته وصيده عندنا) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تؤكل لانه تابع لأبويه واعتبار جانب أحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحل فيتغلب الموجب للحرمة كما لو اشترك المسلم والمجوسى في الاصطيد والذبح وحجتنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام كل مولد يولد على الفطرة فابواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه حتى يعرب عنه لسانه إما شاكرا وإما كفورا فقد جعل العاقل اتفاق الابوين ولم يوجد اتفاقهما في التمجس فلا يثبت حكم المجوسية في حقه

[ 247 ]

ولان أحد الابوين ممن تحل ذبيحته فيجعل الولد تابعا له كما إذا كان أحد الابوين مسلما والآخر مجوسيا وهذا لان الصبي يقرب من المنافع ويبيع

من المضار والنصرانية إذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر فكان اتباع الولد للكتابي أنفع للولد وانما يترجح الموجب للحظر عند المساواة وقد انعدمت المساواة هنا فجعلنا الولد تابعا للكتابي منهما. قال (فأما ذبيحة الصابئ وصيده يحل عند أبي حنيفة رحمه الله ويكره) وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يحل وذكر الكرخي رحمه الله تعالى انه لا خلاف بينهم في الحقيقة ولكن في الصابئين قوم يقرون بعيسى عليه السلام ويقرون الزبور فهم صنف من النصارى فانما اجاب أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل ذبائح هؤلاء وفيهم من ينكر النبوات والكتب أصلا وانما يعبدون الشمس وهؤلاء كعبدة الاوثان وانما اجاب أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في حق هؤلاء. قال الشيخ الامام رحمه الله تعالى وفيما ذكره الكرخي رحمه الله تعالى عندي نظر فان اهل الاصول لا يعرفون في جملة الصابئين من يقر بعيسى عليه الصلاة والسلام وانما يقرون بادريس عليه الصلاة والسلام ويدعون له النبوة خاصة دون غيره ويعظمون الكواكب فوقع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنهم يعظمونها تعظيم الاستقبال لا تعظيم العبادة كما يستقبل المؤمنون بالقبلة فقال تحل ذبائحهم ووقع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنهم يعظمونها تعظيم العبادة لها فالحقناهم بعبدة الاوثان وانما اشتبه ذلك لانهم يدينون بكتمان الاعتقاد ولا يستحيون باظهار الاعتقاد البتة وانما احتجاج أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اولي لان عند الاشتباه يغلب الموجب للحرمة. قال (ولا تؤكل السمكة الطافية فأما ما انحسر عنه الماء أو نبذه فلا بأس بأكله) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا بأس بأكل السمك الطافي واستدل بقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم قيل الطعام من السمك ما يوجد فيه ميتا وقال عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وقال صلوات الله وسلامه عليه أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث وفي حديث أبان بن أبي عياش رضى الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن أكل الطافي من السمك فلم يره بأسا واعتبر السمك بالجراد بعلة أنه لا يشترط فيه الذكاة فيستوى موته بسبب وبغير سبب وحجتنا في ذلك حديث جابر رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما انحسر عنه الماء فكل وما طغى فلا تأكل ولا يقال هذا نهى اشفاق لما قيل ان الطافي يورث البرص

[ 248 ]

وهذا لان الاستكثار من السمك يورث البرص الطافي وغيره سواء وانما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم مبينا للاحكام دون الطب وحرمة تناول الطافي مروى عن على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم حتى قال على رضى الله تعالى عنه للسمكين لا تبيعوا الطافي في أسواقنا وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أكل الطافي حرام ولانه حيوان مات بغير سبب فلا يؤكل كسائر الحيوانات بخلاف الجراد فموته لا يكون الا بسبب على ما بينا أنه بحرى الاصل برى المعاش فان مات في البحر فقد مات في غير موضع معاشه وما مات في البر فقد مات في غير موضع أصله وهذا سبب لهلاكه فوزانه لو مات السمك بسبب. وقد بينا أن الموجب للحرمة من الآثار يترجح على الموجب للحل لقوله عليه الصلاة والسلام الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك ثم جميع أنواع السمك حلال الحريث والمارهيج وغيره في ذلك سواء ولا يؤكل من سوى السمك من حيوانات الماء عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يؤكل جميع ذلك وله في الصنفدع قولان وفي الكتاب ذكر عن ابن أبي ليلى

رحمه الله تعالى قال لا بأس بصيف البحر كله وقيل الصحيح في مذهب ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى ما يؤكل جنسه من صيد البر يؤكل من صيد البحر وما لا يؤكل من صيد البر كالخنزير ونحوه لا يؤكل من صيد البر واستدل الشافعي رحمه الله تعالى بالآية والخبر وليس فيهما تقييد السمك من بين صيد الماء وميتاتها وفي حديث أبي سعيد الخدري رحمه الله تعالى قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم في سفر فأصابتنا مجاعة فألقى البحر لناداة يقال لها عنتره فأكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم سألناه عن ذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه هل بقي عندكم شئ فتطعموني وحثنا في ذلك قوله تعالى أو لحم خنزير ولم يفصل بين البرى والبحري وسئل عليه الصلاة والسلام عن مخ الضفدع يجعل في الدواء فنهى عن قتل الضفادع وقال انها خبيثة من الخبائث فان ثبت بهذا الحديث أن الضفدع مستخبت غير مأكول فقيس عليه سائر حيوانات الماء ومن يقول يؤكل جميع صيد البحر دخل عليه أمر قبيح فانه لا يجد بدا من أن يقول يؤكل انسان الماء وهذا تشنع فعرفنا أن المأكول من المائى السمك فقط وان المراد بقول الله تعالى أحل لكم صيد البحر ما يؤخذ منه طريا ومن قوله تعالى وطعامه متاعا لكم المالح المقدد منه والصحيح من حديث أبي سعيد رضى الله

[ 249 ]

تعالى عنه فألقى لنا البحر حوتا يقال له عنبر وهو اسم للسمك وتأويل الرواية الاخرى أنه جوز لهم تناول لضرورة المجاعة أو كان ذلك قبل نزول قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ثم الاصل عندنا في اباحة السمك أن ما مات منه بسبب فهو حلال كالمأخوذ منه وما مات بغير سبب فهو غير مأكول كالطافئ فان ضرب سمكة فقطع بعضها فلا بأس بأكلها لوجود السبب وكذلك ان وجد في بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها شئ من طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في جب لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر علي أخذها بغير صيد فلا خير في أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب وإذا مات السمك في الشبكة وهى لا تقدر علي التخلص منها أو أكل شيئا القاه في الماء لياكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها في الماء فماتت فهذا كله سبب لموتها وهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه الصلاة والسلام ما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد فماتت فأما إذا ماتت بحر الماء أو برده ففيه روايتان فعلى احدى الروايتين تؤكل لوجود السبب لموتها وفي الرواية الاخرى لا تؤكل لان الماء لا يقتل السمك حارا أو باردا (وروى) هشام عن محمد رحمهما الله أنه إذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه في الماء فمات لا يؤكل وان انحسر الماء عن رأسه وبقي ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل. قال (وإذا أرسل بازيه المعلم على صيد ووقع على صيد ثم اتبع الصيد وأخذه وقتله فلا بأس بأكله) لان هذا مما لا يستطيع الامتناع منه ولان من عادة البازي هذا أن يقع على شئ وينظر إلى صيد لياتيه من الجانب الذي يتمكن من أخذه فهو بمنزلة كمين الفهد فلا يحرم به صيده ولا ينقطع به فور الارسال. قال (وإذا أصاب السهم الصيد فأثخنه حتى لا يستطيع براحا ثم رماه بسهم آخر فقتله لم يحل أكله) لان هذا قد صار أهليا فقد عجز بالفعل الاول عن الاستيحاش والطيران فذكاته بعد ذلك بالذبح في المذبح لا بالرمي بل الرمي في مثله موجب للحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحرمة والموجب للحل يغلب الموجب للحرمة

ولان اثخانہ اياه كأخذہ ولهذا لو أثنخه أحدهما وأخذہ الآخر فهو للاول ولو  
أخذہ ثم رماه فقتله لم يؤكل فذلك إذا اثنخه وان رمى بالسهم الثاني غيره  
فقتله لم يحل أيضا لما بينا ويغرم قيمته مجروحا للاول في قول أبى  
يوسف ومحمد رحمهما الله وأبو حنيفة في هذا لا يخالفهما ولكن لم يحفظ  
جوابه فذكر قول أبى يوسف

[ 250 ]

ومحمد رحمهما الله وهذا الان الفعل من الاول موجب للملك له والحل له  
والثاني بفعله أتلغ صيدا مملوكا للاول فيضمن قيمته بالصفة التي أتلغ  
وانما أتلغ مجروحا بالجرح الاول وان علم أنه مات من الجراحتين جميعا  
فانه يضمن نصف قيمته مجروحا بالجرح الاول ونصف قيمته لحما ذكيا لان  
النصف مات بفعله والنصف بفعل الاول لان الثاني أفسد عليه اللحم في  
ذلك النصف فلهذا ضمن نصف قيمته لحما ذكيا وان أصابته رمية الثاني قبل  
أن يصيبه الاول لم يحرم أكله ولا يلزمه غرمه لان رمية الثاني لم تخرجه من  
أن يكون صيدا فقد سبق ملكه فلا يغرم له شيئا \* وإذا كان الصيد يتحامل  
ويطير مع اصابه من رمية الاول فراه الآخر فقتله فهو للثاني خلاف لانه هو  
الذى أخرج من أن يكون صيدا بفعله والاول كالمقرله والثاني كالأخذ  
والصيد لمن أخذ لا لمن أثار (وان رمياه جميعا معا أو أحدهما بعد صاحبه  
قبل أن يصيبه السهم الاول فقتلاه فهو لهما جميعا حلال) لان كل واحد  
منهما رمى إلى صيد مباح وأصابه الرميان جميعا معا فقد استويا في سبب  
الملك وذلك موجب المساواة في الملك وفعل كل واحد منهما مذك للصيد  
فيحل تناوله لهما وان رمياه معا فأصابه سهم أحدهما فأثنخه ثم أصاب  
السهم الآخر فهو للاول ويحل تناوله عندنا وقال زفر رحمه الله لا يحل لان  
الرمية من الثاني أصابته وليس بصيد والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمي  
فلهذا لا يحل أكله ولكننا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لانه رمى  
إلى صيد وفي الحل المعتبر وقت الرمي لان الحل بالذكاة وهو فعل  
المذكى وفعله الرمي فأما في الملك فلا خير في أكلها لانه لم يظهر  
لموتها سبب وإذا مات السمك بالشبكة وهي لا تقدر علي التخلص منها أو  
أكل منها شيئا ألقاه في الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله  
وكذلك لو ربطها في الماء فهذا كله سبب لموتها والمعتبر وقت الاصابة لا  
وقت الرمي فلهذا لا يحل أكله ولكننا نقول فعل كل واحد منهما موجب  
للحل لانه رمى إلى الصيد وفي الحل المعتبر وقت الرمي لان الحل بالذكاة  
وهو فعل المذكى وفعله الرمي فأما في الملك المعتبر وقت الاصابة لان  
الملك يثبت بالاحراز واحراز الصيد بالاصابة دون الرمي وعلى هذا لو رمى  
إلى صيد وسمى فتكسر الصيد ثم أصابه السهم حل عندنا ولم يحل عند زفر  
ومن أخذ صيدا أو فرخ صيد من دار رجل أو أرضه فهو له لقوله عليه الصلاة  
والسلام الصيد لمن أخذ وهذا لان صاحب الملك لم يثبت يده على فرخ  
الصيد لكونه في ملكه لانه ما أفرخ ليتركه بل ليطيره. بخلاف النحل العسالة  
إذا

[ 251 ]

عسلت في أرض رجل فهو لصاحب الأرض لأنها القت ذلك للترك والقرار في ذلك الموضع فهو بمنزلة طين مجتمع في أرض رجل من السيل يكون له. قال (ما لم يحزره صاحب الدار بالقبض عليه أو اغلاق باب ليحزره به بحيث يقدر على أخذه بغير صيد فإذا فعل ذلك فقد تم احرازه) ثم الأخذ إنما أخذ صيدا مملوكا فعليه رده على مالكه كمن نصب شبكة فوق وقع فيها صيد ثم أخذه انسان آخر فعليه رده على صاحب الشبكة (ولو تكسر صيد في أرض انسان فصار بحيث لا يستطيع براحا أو رمى صيدا فوق وقع في أرض رجل لا يدري من رماه فأخذه رجل آخر فهو للذي أخذه) لان الاحراز من الأخذ ولم يوجد من جهة صاحب الملك احراز له وان عجز الصيد عن الطيران بما أصابه والمباح إنما يملك بالاحراز قال (وكل من اصطاد سمكا من نهر جار لرجل فهو للذي أخذه) لان صاحب النهر ما صار محرز له بل هو صيد في نهره فالمحزر له من اصطاده وذلك ان كانت أجمة لا يقدر على أخذ صيدها الا بالاصطياد فصاحب الاجمة صار محزرا لما حصل فيها من السمك إنما المحرز الأخذ فان كان صاحب الاجمة احتال لذلك حتى أخرج الماء وبقي السمك فهو لصاحب الاجمة لانه صار محزرا بما صنع فالسمك علي اليبس لان يكون صيدا فإذا صار بفعله بحيث يتمكن من أخذه من غير صيد فهو محرز له. قال (وإذا عجز المسلم عن مد قوسه وأعانه مجوسي على مده لم يحل الصيد لا اجتماع الموجب للحظر والموجب للحل فان فعل المجوسي من جنس فعل المسلم فتحققت المشاركة بينهما كما لو أخذ مجوسي بيد المسلم فذبح والسكين في يد المسلم قال (وإذا أصاب السهم الصيد فوق وقع على الأرض ومات حل أكله استحسانا) وفي القياس لا يحل لجواز أن يكون مات بوقوعه على الأرض. وجه الاستحسان أن هذا مما لا يستطاع الامتناع عنه إذ ليس في وسعه ان يرميه علي وجه يبقى في الهواء ولا يسقط وان وقع في ماء أو علي جبل ثم وقع منه على الأرض ومات لم يؤكل. وفي الوقوع في المال أثر عن ابن مسعود رضي الله عنه وفي حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعدي بن حاتم رضي الله عنه وقد بينا ولان من الجائر أن الماء قتله وهذا يستطاع الامتناع منه وكذلك ان وقع على جبل ثم منه على الأرض فهذا مترد ومن الجائر أن التردى قتله وقد قال الله تعالى في جملة المحرمات والمتردية وكذلك كل ما أصابه قبل ان يستقر على مكانه الذي يموت عليه يعنى وقع على شجرة ثم وقع منها على الأرض وان مات على ذلك

[ 252 ]

الشيء ولم يقع على الأرض حيا فهو حلال وكذلك ان مات قبل وقوعه في الماء ثم وقع في الماء لان التردى والوقوع في الماء كان بعد تمام فعل الذكاة ولم يكن سببا لموته وان وقع على جبل ومات ولو علي السطح فمات حل لان الموضع الذي وقع فيه بمنزلة الأرض وقد بينا أن ذلك لا يستطاع الامتناع منه فيكون عفوا وهذا إذا كان ما وقع عليه مما لا يقتل فان كان ما يقتل مثل حد الرمح والقضية المنصوبة وحد الأجر واللينة القائمة ونحوها لم يؤكل لان هذا سبب لموته وهو فعل آخر سوى فعل الذكاة يستطاع الامتناع منه وفي الاصل قال ان وقع علي آجرة موضوعة على الأرض فمات فهذا بمنزلة الأرض ويؤكل وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه فمات لم يؤكل وليس هذا باختلاف الروايات بل مراده ما ذكر في المنتقى إذا أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكاة ومراده مما ذكر في الاصل انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليه وذلك عفوا لانه لا يستطاع الامتناع منه

قال (فان رمى صيدا بسهم فأصاب فمر السهم في سننه فأصاب ذلك الصيد أو غيره أو أصابه ونغذ إلى غيره فأصابه حل جميع ذلك) لما بينا أن فعل الرمي يذكي لما يصيبه في سننه سواء أصاب صيدا أو صيدتين وان عرض للسهم ريح فرده إلى ما وراءه فأصاب صيدا لم يؤكل لان الاصابة لم تكن بقوة الرامى بل بقوة الريح فهو نظير سهم موضوع في موضع حمله الريح فضربه على صيد فمات وفعل الريح لا يكون ذكاة الصيد وكذلك ان رده يمنة أو يسرة حتى إذا أصاب صيدا لم يحل وان لم يرده عن جهته حل صيده لانه مادام يمضي في سننه فمضيه مضاف إلى قوة الرامى فأما إذا رده الريح يمنة أو يسرة فقد انقطع حكم هذا الاضافة لان الرامى لا يجب مضى السهم يمنة أو يسرة فيصير مضافا إلى الريح لا إلى الرامى وما دام يمضي في جهته فالريح يزيد في قوته فلا ينقطع به حكم اضافة القوة إلى الرامى وعن أبى يوسف قال وان رده يمنة أو يسرة يحل أيضا لانه ليس بضد للجهة التى قصدتها الرامى ولا يمكن الاحتراز عنه إذا كان يصطاد في يوم ريح وكذلك لو أصاب السهم حائطا أو شجرا أو شيئا آخر فرده فهو ورد الريح سواء في جميع ما ذكرنا لان مضيه إلى ما وراءه بصلاية الشجر والحائط لا بقوة الرمي وكذلك لو أصابه سهم آخر قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه فأصاب صيدا لم يؤكل وتأويل هذا إذا كان الرامى بالسهم الثاني مجوسيا أو لم يكن قصده الاصطياد انما كان قصده الرمي الي

[ 253 ]

ذلك السهم فأما إذا كان قصد الثاني الاصطياد وسمى فان الصيد يكون له ويحل تناوله ولا فرق بين أن يصيبه سهم أو يرد سهمًا آخر فيصيبه وقيل بل لا يحل على كل حال لان الحل باعتبار فعل الرامى وجرح الآلة والسهم الذي رماه للثاني ما جرح الصيد والذي جرح الصيد ما رماه الثاني ولا كان مضيه بقوة من رمى به فهو بمنزلة ما لو أصاب السهم قصبة محدودة منصوبة في حائط وأصابت تلك القصبة الصيد بحدها فجرحته وذلك غير مأكول فهذا مثله. قال (ولا يحل صيد البندق والحجر والمعراض والعصا وما أشبه ذلك وان جرح) لانه لم يخرق الا ان يكون شيئا من ذلك قد حدده وطوله كالسهم وأمكن أن يرمى به فإذا كان كذلك وخرقه بحده حل لما بينا أن المطلوب بالذكاة تسهيل الدم وذلك يحصل بالخرق والبضع فأما الجرح الذى يدق في الباطن ولا يخرق في الظاهر فلا يحصل تسهيل الدم به فهو في معنى الموقوذة والموقوذة حرام بالنص المثقل بالحديد وغير الحديد في ذلك سواء وكذلك لو رمى الصيد بالسكين فأصابه بحده وجرحه يؤكل وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السكين لم يؤكل والمزراق كالسهم يخرق ويعمل في تسهيل الدم \* وان حدد مروة فذبح بها صيدا حل لحصول تسهيل الدم بحد الآلة وفي حديث محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد رضى الله عنه قال أخذت أرنبتين فذبحتهما بمروة محددة ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجوز لي أكلهما. قال (وما توحش من الاهليات حل بنا يحل به الصيد من الرمي) لما بينا من الخبر أن لها أوابد كاوايد الوحش وقد روى عن محمد في البعير والبقرة إذ أنه في المصر أو خارج المصر فرماه انسان حل به لان يدفع عن نفسه نصيبا له ويخاف فوته وان كان في المصر وأما النشاة إذا مدت في المصر فلا تحل بالرمي لانه يمكنه أخذها في المصر عادة فلم يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار يكتفى فيها بذكاة الاضطرار. قال (وإذا أصاب السهم الظلف والقرن فقتله حل أيضا به إذا أدماه ووصلت الرمية إلى اللحم) لان ما هو المقصود وهو تسهيل الدم قد حصل وكذلك المتردى في بئر لا يقدر على ذكاته فاینما وجئ منه فأدماه

فهو ذكاة لان المعبر وقوع العجز عن ذكاة الاختيار وقد يتحقق ذلك بالتردى في البئر فهو وما ند سواء قال (وان رى صيدا بسيف فأبان منه عضوا ومات أكل الصيد كله الا ما بان عنه) لقوله عليه الصلاة والسلام ما أبين من الحى فهو ميت ومراد رسول الله صلى

[ 254 ]

الله عليه وسلم تحريم ما كانوا يعتادونه في الجاهلية فانهم كانوا يقطعون بعض لحم الالية من الشاة وربما لا يقطعون بعض لحم العجز منها فيأكلونه فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك لان فعل الذكاة لا يتحقق في المبان مقصودا وأصل الشاة حية وبدون الذكاة لا يثبت الحل وهذا المعنى موجود هنا فحكم الذكاة استقر في الصيد بعد ما مات وهذا العضو مبان من حين مات فلا يسرى حكم الذكاة إلى ذلك العضو ولا يمكن اثبات حكم الذكاة في ذلك العضو مقصودا بالابانة كما لو بقى الصيد حيا فلهذا لا يؤكل ذلك العضو وان لم يكن بان ذلك العضو منه أكل كله لان بقاء الاتصال يسرى حكم الذكاة إلى ذلك العضو فيكون حلالا كغيره وان كان تعلق منه بجلدة فان كان بمنزلة ما قد بان منه فلا يؤكل ومراده من ذلك إذا كان بحيث لا يتوهم اتصاله بعلاج فهو المبان سواء وان كان بحيث يتوهم ذلك فهذا جرح وليس بابانة فيؤكل كله وو ان قطعه نصفين يؤكل كله لان فعله أثمر ما يكون من الذكاة إذ لا يتوهم بقاءه حيا بعد ما قطعه نصفين طولا وان قطع الثلث منه مما يلي العجز فأبانه فانه يؤكل الثلثان اللذان مما يلي الرأس ولا يؤكل الثلث مما يلي العجز فان قطع الثلث مما يلي الرأس فأبانه فانه يؤكل كله لان ما بين النصف إلى العنق مذبح يريد به أن الاوداج من القلب إلى الدماغ وان قطع الثلث مما يلي العجز لم يستقر فعل الذكاة بهذا حين لم تقطع الاوداج وانما استقر بموته وهذا الجرح مبان عنه عند ذلك فأما إذا أبان الثلث مما يلي الرأس فقد استقر حكم الذكاة بقطع الاوداج بنفسه وكذلك ان قده نصفين فقد استقر فعل الذكاة بقطع الاوداج فلهذا يؤكل كله فان أبان طائفة من رأسه فان كان أقل من النصف لم يؤكل ما بان منه لان الرأس ليس بمذبح فهو كما لو أبان جزءا من الذنب وان كان النصف أو أكثر أكل لانه يتقطع الاوداج به فيكون فعله ذكاة بنفسه. قال (ولو ضرب وسمى وقطع ظلفه فان أدماه فلا بأس بأكله وان لم يكن أدماه لم يؤكل) لان تسبيل الدم النجس لم يحصل وعلى هذا لو ضرب عنق شاة بسيف فأبانه من قبل الاوداج فانه يؤكل وفى الكتاب رواه عن عمران بن حصين رضى الله عنه وقد أساء فيما صنع حين ترك الاحسان في الذبح \* واختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله فيمن ذبح شاة في المذبح فلم يسبل الدم منها وقد يكون ذلك إذا كانت قد أكلت العناب وكان أبو القاسم الصفار رضى الله تعالى عنه يقول لا يحل لا نعدام معنى الذكاة وهو تسبيل الدم النجس وقد قال عليه الصلاة والسلام

[ 255 ]

ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل وكان أبو بكر الاسكاف رحمه الله تعالى يقول لا بأس بالكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحين وقد يمتنع بعض الدم في العروق لحابس

يحبسهُ وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق وهذا مثله لم يبين ما يؤكل وما لا يؤكل من الصيود وقد تقدم بيان ذلك. وذكر في جملة ما لا يؤكل اليربوع والقنفذ وما أشبههما من الهوام لان الطباع السليمة تستخبثها فيدخل تحت قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث. قال (ولا يجوز بيع الضفدع والسرطان وما أشبههما وكذلك جمل الماء ولا يجوز بيع شئ من ذلك الا السمك) لانه ليس له ثمن ومعنى هذا ما بينا ان البيع لا يجوز الا فيما هو مال متقوم والمال ما يتمول والتقوم به يكون منتفعا به وسائر حيوانات الماء سوى السمك غير مأكول اللحم ولا منفعة لها سوى الاكل فلم يكن مالا متقوما فان كان شئنا له ثمن كجلود الحمر ونحوها فيبعت جائز لان هذا منتفع به بوجه حلال فيكون متقوما فيجوز بيعه. قال (ولا خير في أكل النسر والعقاب وأشباههما من صيد البر) لنهى النبي عليه الصلاة والسلام عن كل ذى مخلب من الطير فاما العقق والسودانية واشباه ذلك مما لا مخلب له فلا بأس بأكله وقد بينا الكلام في الغراب فيما سبق. قال (ولا تكره الصلاة على جلد ما يكره أكله من ذى الناب) لان الزكاة تعمل فيما يؤكل لحمه في طيبة اللحم وطهارة الجلد وفيما لا يؤكل لحمه يعمل في طهارة الجلد وان كان لا يعمل في طيبة اللحم لان الجلد محل قابل لهذا الحكم إلا ترى أنه يظهر بالدباغ قال عليه الصلاة والسلام ايماء اهاب دبع فقد طهر فكذلك يكره أكله من ذى الناب) لان الزكاة تعمل فيما يؤكل لحمه في طيبة اللحم وطهارة الجلد وفيما لا يؤكل لحمه يعمل في طهارة الجلد وان كان لا يعمل في طيبة اللحم لان الجلد محل قابل لهذا الحكم إلا ترى أنه يظهر بالدباغ قال عليه الصلاة والسلام ايماء اهاب دبع فقد طهر فكذلك بالذكاة وقد بينا هذا الفصل في كتاب الصلاة وتكره لحوم الابل الجلالة والعمل عليها وتلك حالها إلى أن تحبس أياما لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحم الجلالة وفي رواية أن يحج على الجلالة ويعتمر عليها وينتفع بها وتفسير الجلالة التي تعناد أكل الجيف ولا تخلط فيتعين لحمها ويكون لحمها منتنا فحرم الاكل لانه من الخبائث والعمل عليها لتأذى الناس بنتنها وأما ما يخلط فيتناول الجيف وغير الجيف على وجه يظهر أثر ذلك من لحمه فلا بأس بأكله والعمل عليه حتى ذكر في النوادر لو أن جديا غذى بلبن خنزير فلا بأس بأكله لانه لم يتغير لحمه وما غذى به صار مستهلكا ولم يبق له أثر وعلى هذا نقول لا بأس بأكل الدجاجة وان كانت تقع على الجيف لانها تخلط ولا يتغير لحمها ولا ينتن وقيل هي تنفخ الجيف تبتغي الحب فيها لا أن تتناول الجيف وكان ابن عمر رضى الله عنه يكره أكل الدجاج

[ 256 ]

لانه يتناول الجيف. ولسنا نأخذ بهذا وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من لحم ادجاج ولو كان فيه أدنى خبث لا تمتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من تناوله والذي روى انه كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يذبحها فذلك على سبيل التنزه من غير ان يكون ذلك شرطا في الدجاجة وغيرها مما يخلط وانما يشترط ذلك في الجلالة التي لا تأكل الا الجيف وفي الكتاب قال تحبس أياما على علف طاهر قيل ثلاثة أيام وقيل عشرة أيام والاصح انها تحبس إلى أن تزول الرائحة المنتنة عنها لان الحرمة لذلك وهو شئ محسوس ولا يتقدر بالزمان لاختلاف الحيوانات في ذلك فيصار فيه إلى اعتبار زوال المضر فإذا زال بالعلف الطاهر حل تناوله والعمل عليه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم (تم الجزء الحادى عشر ويليه الجزء الثانى عشر وأوله كتاب الذبائح)

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الالكترونية