

فتح العزيز

عبد الكريم الرافعي ج 11

[1]

فتح العزيز شرح الوجيز وهو الشرح الكبير للامام ابي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة 623 هـ. الجزء الحادي عشر دار الفكر بسم الله الرحمن الرحيم

[2]

(كتاب الوكالة. وفيه ثلاثة ابواب) الحاجه داعيه إلى تجويز الوكالة ظاهره وثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (1) (أنه وكل السعادة لاخذ الصدقات) وروى انه صلى الله عليه وسلم (2) (وكل عروة البارقي ليستشري له شاة للاضحيه) (3) (وعمر بن أمية الضمري لقبول

[3]

نكاح ام حبيبة بنت ابي سفيان) (1) (وأبا رافع لقبول نكاح ميمونه) وعن جابر رضى الله عنه قال (أردت الخروج إلى خيبر فذكرته لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إذا لقيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فأبغى منك آية فضع يدك على ترقوته) (2) وقد أدرج صاحب الكتاب رحمه الله تعالى مسائل الوكالة في ثلاثة أبواب (أحدها) في أركانها وبين فيه ما يعتبر في كل واحد منها لصحة العقد فيعرف بذلك

[4]

صحيح الوكالة وفاسدها (والثاني) في أحكام الوكالة الصحيحة فهي فائدة العقد وثمرته (وثالثها) في الاختلاف لأنهما قد يختلفان في أصل العقد وفي كفيته وتعرض لسببه أحكام يحتاج إلى الوقوف عليها (أما) الأركان فلا يخفى أن التوكيل تفويض ولا شك أن التفويض يكون في شيء يصدر من شخص إلى شخص ويتحصل بشئ وهذه الأربعة التي ذكرناها لكن جعلها أركاناً للوكالة كجعل البائع والمشتري والمبيع أركاناً للبيع وفيه كلام قدمناه في البيع. قال (الباب الأول في أركانها وهي أربعة { الأول } ما فيه التوكيل وشروطه ثلاثة (الأول) أن يكون مملوكاً للموكل. فلو وكل بطلاق زوجة سينكحها. أو بيع عبد سيملكه فهو باطل). الركن الأول ما فيه التوكيل

وله شروط (أحدها) أن يكون ما يوكل فيه مملوكا فلو وكل غيره في طلاق امرأة سينكحها أو بيع عبد سيملكه أو اعتاق كل رقيق يملكه فوجهان (أحدهما) أن هذا التوكيل باطل لانه لا يتمكن من مباشرة ذلك بنفسه فلا ينتظم منه إنباء غيره فيه (والثاني) صحيح ويمكن بحصول الملك عند التصرف فإنه المقصود من التوكيل ويجرى الوجهان فيما إذا وكله بقضاء كل دين سيلزمه وتزويج ابنته إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها وما أشبه ذلك وبالوجه الثاني

[5]

أجاب القفال في الفتاوى وهو الذى أورده في التهذيب (والاول) أصح عند أصحابنا العراقيين والامام ولم ينقل صاحب الكتاب غيره ويجوز أن يقال الخلاف عائد إلى الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التصرف وله نظائر. قال (الثاني أن يكون قابلا للنيابة كأنواع البيع. وكالحوالة. والضمان. والكفالة. والشركة. والوكالة. والمضاربة. والجعالة. والمساقاة. والنكاح. والطلاق. والخلع. والصلح. وسائر العقود. والفسوخ. ولايجوز التوكيل في العبادات الا في الحج واداء الزكوات. ولا يجوز في المعاصي كالسرقة والغصب والقتل بل أحكامها تلزم متعاطيها. ويلتحق بفن العبادات الايمان والشهادات فأنها تتعلق بالفاظ وخصائص. واللعان والايلاء من الايمان. وكذا الظهار على رأى. ويجوز التوكيل بقبض الحقوق. وفى التوكيل بأثبات اليد المباحث كالاصطياد

[6]

والاستقاء خلاف. وفى التوكيل بالاقرار خلاف لتردده بين الشهادة والالتزامات. ثم ان لم يصح ففى جعله مقرا بنفس التوكيل خلاف. وكذلك يجوز التوكيل بالخصومه برضا الخصم وغير رضاه (ح). ويستيفاء العقوبات في حضور المستحق. وفى غيبته طريقان. أحدهما المنع. والآخر قولان. وقيل بالجواز أيضا). يشترط في الموكل فيه أن يكون قابلا للنيابة فان التوكيل تفويض وانابه والذى يفرض فيه التوكيل أنواع (منها) العبادات والاصل فيها امتناع النيابة لان الاتيان بها مقصود من الشخص عينه ابتلاء واختبار واستثني الحج للاخبار ومن جنس الصلاة ركعتي الطواف على كلام فيهما يأتي في الوصايا وتفريق الزكاة والكفارات والصدقات الحاقا لها بسائر الحقوق المالية وذبح الضحايا

[7]

والهدايا فان النبي صلى الله عليه وسلم أناب (1) فيه وفى صوم الولي عن الميت خلاف سبق في موضعه والحق بالعبادات الايمان والشهادات قال في الوسيط لان الحكم في الايمان يتعلق بتعظيم اسم الله تعالى فامتنعت النيابة فيها كالعبادات وفى الشهادات علقنا الحكم بخصوص لفظ الشهادة

حتى لم يقم غيرها مقامها فكيف يحتمل السكوت عنها بالتوكيل ومن جملة الايمان الايلاء واللعان والقسامة فلا يجوز التوكيل في شيء منها وفي الظهار وجهان بناء على أن المقلب فيه معنى اليمين أو الطلاق والظاهر عند معظم منع التوكيل فيه وذكر في التتمة أن الظاهر الجواز وأن المنع مذهب المزني وفي معنى الايمان النذور وتعليق الطلاق والعتق والتدبير وفي التتمة أن الحكم في التدبير يبنى على أنه وصية أو تعليق عتق بصفة فان قلنا بالثاني منعناه (ومنها) المعاملات فيجوز التوكيل في طرفي البيع بانواعه من السلم والصرف والتولية وغيرها وفي الرهن والهبة والصلح والابراء والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والمضاربة والاجارة والجعالة والمساقاة والايديع والاعارة والاخذ بالشفعة والوقف والوصية وقبولها وعن القاضي الحسين وجه أنه لا يجوز التوكيل في الوصية لانها قرينة ويجوز التوكيل في طرفي النكاح والخلع وفي تنجيز الطلاق والعتاق والكتابة ونحوها وفي الرجعة وجهان (أصحهما) الجواز كابتداء النكاح فان كل واحد منهما استباحة فرج محرّم (والثاني) المنع كما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة ووكّل بالاختيار وكذا لو طلق إحدى امرأته وأعتق أحد عبديه

[8]

ووكّل بالتعيين وكما يجوز التوكيل في العقود يجوز في الاقالة وسائر الفسوخ نعم ما هو على الفور فالتأخير فيه بالتوكيل قد يكون تقصيرا وفي التوكيل في خيار الرؤية خلاف سبق في موضعه ويجوز التوكيل في قبض الاموال مضمونة كانت أو غير مضمونة وفي قبض الديون واقباضها ومنها الجزية فيجوز التوكيل في قبضها واقباضها نعم يمتنع توكيل الذمي المسلم فيه على رأى مذکور في كتاب الجزية (ومنها) المعاصي كالقتل والقذف والسرقة والغصب فلا مدخل للتوكيل فيها بل أحكامها تثبت في حق مرتكبها لان كل شخص بعينه مقصود بالامتناع عنها فان فعل أجرى حكمها عليه. ثم في الفصل وراء هذه الصور المبتورة مسائل (إحداها) في التوكيل في تملك المباحات كاحياء الموات والاحتطاب والاصطياد والاستفتاء وجهان (أصحهما) الجواز حتى يحصل الملك للموكل إذا قصد الوكيل لانه أحد أسباب الملك فاشبهه الشراء (والثاني) المنع كالاغتنام لان الملك فيها يحصل بالحيازة وقد حدث من التوكيل فيكون الملك له ولو استأجره ليحتطب له أو يستقى ففي التهذيب أنه على الوجهين وبالمنع أجاب القاضي ابن كج ورأى الامام جواز الاستئجار مجزوما به ففاس عليه وجه تجويز التوكيل (الثانيه) في التوكيل بالاقرار وجهان وصورته أن يقول وكلتك لتقر عني لفلان (أظهرهما) عند الاكثرين ويحكى عن ابن سريج واختيار للقفال أنه لا يصلح لانه اخبار عن حق فلا يقبل التوكيل كالشهادة وانما يليق التوكيل بالانشاءات (والثاني) يصح لانه قول يلزم به الحق فاشبهه الشراء وسائر التصرفات وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى فعلى الاول هل يجعل بنفس التوكيل مقرا فيه وجهان (أحدهما) نعم وبه قال ابن القاص تخريجا واختاره الامام رحمه الله تعالى لان توكيله دليل ثبوت الحق عليه (وأظهرهما) عند

[9]

صاحب التهذيب أنه لا يجعل مقرا كما أن التوكيل بالابراء لا يجعل ابراء وإذا قلنا بالوجه الثاني فينبغي أن بين التوكيل جنس المقر به وقدره فلو قال قرعني بشئ لفلان فأقر أخذ الموكل بتفسيره ولو اقتصر على قوله أقر عني لفلان فوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وغيره (أحدهما) أنه كما لو قال أقر عني بشئ (وأصحهما) أنه لا يلزمه شئ بحال لجواز أن يريد الاقرار بعلمه أو سماعه لا بالمال (الثالثة) يجوز لكل واحد من المدعى والمدعى عليه التوكيل بالخصومة رضى صاحبه أو لم يرض وليس لصاحبه الامتناع من خصومة الوكيل وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى له الامتناع الا أن يريد الموكل سفرا أو يكون مريضا أو مخدرة وقال مالك رحمه الله تعالى له ذلك إلا أن يكون سفيها خبيث اللسان فيعذر الموكل في التوكيل. لنا أنه توكيل في خالص حقه فيمكن منه كالتوكيل باستيفاء الدين من غير رضا من عليه ولا فرق في التوكيل في الخصومة بين أن يكون التوكيل المطلوب مالا أو عقوبة لأدنى كالعصاص وحد الغذف فأما حدود الله تعالى فلا يجوز التوكيل في اثباتها لأنها مبنية على الدرء (الرابعة) يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى للامام والسيد في حد مملوكه وقد قال صلى الله عليه وسلم في قصة ماعز (أذهبوا به فارجموه) (1) (وقال واغدا يا أنيس على امرأة هذا فان أعترفت فارجمها) (2) وأما عقوبات الأدميين فكذلك يجوز استفاؤها بالوكالة في حضور المستحق وفي غيبته ثلاث طرق (أشهرها)

[10]

على قولين (أحدهما) المنع وهو ظاهر نصه ههنا لانا لا نتيقن بقاء الاستحقاق عند الغيبة لاحتمال العفو وأيضا فإنه ربما يرق قلبه عند الحضور فيعفو فليشترط الحضور (وأصحهما) الجواز لانه حق يستوفى بالنيابة في الحضور فكذلك في الغيبة كسائر الحقوق واحتمال العفو كاحتمال رجوع الشهود فيما إذا كانت بالبيئة فإنه لا يمتنع الاستيفاء في غيبته (والثاني) وبه قال أبو إسحق القطع بالجواز وحمل ما ذكره ههنا على الاحتياط (الثالث) القطع بالمنع لعظم خطر الدم وبالمنع قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى وذكر الرويانى أنه الذى يفتى به. وإذا عرفت ما ذكرنا لم يخف عليك أن قوله في الكتاب وسائر العقود والفسوخ وان كان يشعر بالجزم وصحة التوكيل فيها لكن في العقود ما هو مختلف فيه كالرجعة والوصية وفى الفسوخ أيضا طرد الفسخ وخيار الرؤية فيجوز اعلامه - بالواو - لذلك وقوله في آخر الفصل وقيل بالجواز أيضا طريقة ثالثة أوردها بعد الطريقتين وثالثها محفوظة عن الشيخ أبى حامد ومن تقدم. قال (الشرط الثالث أن يكون ما به التوكيل معلوما نوع علم لا يعظم فيخ العرر. ولو قال وكلتك بكل قليل وكثير لم يجز. ولو قال وكلتك بما إلى من تطليق زوجاتي وعتق عبيدى. وبيع أملاكى جاز. ولو قال وكلتك بما إلى من قليل وكثير ففيه تردد. ولو قال اشتر عبدا لم يجز (و). ولو قال عبدا تركبا بمائة كفى. ولا يشترط أوصاف السلم. ولو ترك ذكر مبلغ الثمن أو ذكر الثمن ولم يذكر نوعه ففيه خلاف. والتوكيل بالابراء يستدعى علم الموكل بمبلغ الدين المبرأ عنه لاعلم الوكيل. ولا علم من عليه الحق. ولو قال بع بما باع به فلان فرسه فالعلم بمبلغ ما

[11]

باع به فلان فرسه يشترط في حق الوكيل لافى حق الموكل. ولو قال
وكلتك بمخاصمة خصماي فالأظهر جوازه وان لم يعين لا يشترط في
الموكل فيه ان يكون معلوما من كل وجه فان الوكالة انما جوزناها لعموم
الحاجة وذلك يقتضى المسامحة فيها ولذلك احتمل تعليقها بالاغرار على
رأى ولم يشترط القبول فيها بالقول ولا على الفور ولكن يجب أن يكون
معلوما مبينا من بعض الوجوه حتى لا يعظم ولا فرق في ذلك بين أن تكون
الوكالة عامة أو خاصة (أما) الوكالة العامة فبين ما نقله الامام وصاحب
الكتاب فيها تصويرا وحكما وبين ما نقله سائر الاصحاب بعض التفاوت
ونذكر الطريقتين. قال الامام وصاحب الكتاب لو قال وكلتك بكل قليل
وكثير ولم يصف إلى نفسه فالتوكيل باطل لانه لفظ مبهم بالغ في الابهام
ولو ذكر الامور المتعلقة به الذى تجرى فيها النيابة وفصلها فقال وكلتك
ببيع املاكي وتطبيق زوجاتي واعتاق عبيدى صح التوكيل فلو قال وكلتك
بكل امر هو لى مما يناب فيه ولم يفصل أجناس التصرفات فوجهان
(أحدهما) يبطل كما قال وكلتك بكل قليل وكثير (الثاني) يصح لانه أضاف
التصرفات إلى نفسه فلا فرق بين أن يذكرها بلفظ يعمها وبين أن يفصلها
جنسا جنسا والاول أظهر (وأما) سائر الاصحاب فأنهم قالوا لو قال وكلتك
بكل قليل وكثير أو فى كل اموري أوفى جميع حقوقي أو بكل قليل وكثير
من اموري أو فوضت اليك جميع الاشياء أو انت وكيلى فتصرف فى مالى
كيف شئت لم تصح الوكالة ولو قال وكلتك ببيع أموالى واستيفاء ديونى أو
استرداد ودائعى أو اعتاق عبيدى صحت الوكالة ووجه التفاوت بين
الطريقتين أنهما عللا المنع بأرسال لفظ القليل والكثير

[12]

وترك اضاפתهما حتى ذكروا وجهين فيما إذا أضافهما والآخرين سووا بين
ما إذا أرسل وبين ما إذا أضاف ولم ينقلوا الخلاف في واحد من القسمين
وعللوا بأن في تجويز هذه الوكالة عررا وضرا عظيملا لا حاجة إلى احتمالها
وهذه الطريقة أصح نقلا ومعنى (أما) النقل فلان الشافعي رضى الله عنه
قال في اختلاف العراقيين وإذا شهد الرجل لرجل أنه وكله بكل قليل وكثير
له فالوكالة غير جائزة نص على المنع مع وجود الاضافة (وأما) المعنى فلان
الانسان إنما يوكل فيها يتعلق به سواء نص على الاضافة إلى نفسه أو لم
ينص ولهذا قال لو وكل بشراء هذا لم يحتج إلى أن يقول لى (وأما) الوكالة
الخاصة ففيها صور (منها) أن يوكل في بيع أمواله أو قضاء ديونه أو
استيفائها وقد نقلنا صحتة عن الطريقتين وهل يشترط أن تكون أمواله
معلومة قال فى التهذيب لو قال وكلتك ببيع جميع مالى وكان معلوما أو
قبض جميع ديونى وهو معلوم لجاز فهذا التفسير يشعر بالاشتراط لكن
الاشبه خلافه فان معظم الكتب لا تتعرض لهذا الاشتراط وفى فتاوى
القفال لو قال وكلتك باستيفاء ديونى التى على الناس جاز مجملا وان كان
لايعرف من عليه الدين أنه واحد أو أشخاص كثيرة وأى جنس ذلك الدين
وانما لا يجوز إذا لم يبين ما يوكل فيه كأن يقول وكلتك فى كل قليل وكثير
وما أشبهه هذا لفظه وفى الرقم لابي الحسين العبادي أنه لو قال بع جميع
أموالى صح لانه أعلم بالجملة ولو قال بع طائفة من مالى أو بعضه أو
سهما منه لم يصح لجهالته بالجملة فكان الشرط أن يكون الموكل فيه
معلوما أو بحيث تسهل معرفته ولو قال بع ما شئت من مالى أو اقبض ما

شئت من ديونى جاز ذكره صاحب المهدب والتهديب وفى الحلية ما يناع فيه فانه قال لو قال بع من رأيت من عبدي لا تجوز حتى يميز (ومنها) التوكيل

[13]

بالشراء فلا يكفي أن يقول اشتر لي شيئا أو حيوانا أو رقيقا بل يشترط أن يبين أنه عبد أو أمة وبين النوع من التركي والهندي وغيرهما والمعنى فيه أن الحاجة لاتكاد تمس إلى عبد مطلق على أي نوع ووصف كان وفى الابهام غرر ظاهر فلا يحتمل وفى النهاية أن صاحب التقريب حكى وجها أنه يصح التوكيل بشراء عبد مطلق وهذا الوجه بعيد ههنا وإذا طرد فى شراء شئ كان أبعد لانه أبعد فى التوكيل بشراء شئ وهل يشترط مع التعرض للنوع ذكر الثمن فيه وجهان (أصحهما لا وبه قال أبو حنيفة وابن سريج لان تعلق الغرض بعبد من ذلك النوع نقيسا كان أو خسيسا ليس بعيد (والثانى) أنه لا بد من تقدير الثمن أو بيان غايته بان يقول بمائة أو من مائة إلى الف لكثرة التفاوت فيه ولا يشترط استقصاء الاوصاف التى تضبط فى السلم ولا ما يقرب منها بالاتفاق نعم إذا اختلفت الاصناف الداخلة تحت النوع الواحد اختلافا ظاهرا فعن الشيخ أبى محمد أنه لا بد من التعرض له إذا فرعنا على المذهب فى اعتبار التعرض للتركي والهندي (وقوله) فى الكتاب أو ذكر الثمن ولم يذكر نوعه ففيه خلاف أراد به ما هو المفهوم من ظاهره وهو أن يقول اشتر لي عبدا بمائة ولا يتعرض لقوله تركيا وهنديا واثبات الخلاف فى هذه الصورة بعد الحكم بأنه لا بد من ذكر التركي والهندي مما لا يتعرض له الائمة ولانه ذكر فى وسيط صاحب الكتاب فالوجه تأويله على اصطلاح استعمله الامام وذلك أنه سمي التركي والرومى والهندي اجناسا للرفيق فى هذا المقام واتباعا للعرف وسمى الاصناف الداخلة تحت التركي مثلا أنواعا له فيجوز أن يريد صاحب الكتاب ههنا بالنوع ذلك وهو ما شرط التعرض له على ماروبنا عن الشيخ أبى محمد وينتظم اثبات الخلاف فيه وحينئذ يكون المعنى أو ذكر الثمن مع كون العبد تركيا أو لم يذكر صفته. ولو قال اشتر لي عبدا كما تشاء فظاهر

[14]

رأى الشيخ أبى محمد تجويزة لانه صرح بالتفويض التام بخلاف ما إذا اقتصر على قوله اشتر لي عبدا فإنه لم يأت ببيان معتاد ولا تفويض تام ولم يكتف الاكثرون بذلك وفرقوا بينه وبين أن يقول فى القراض اشتر من شئت من العبيد لان المقصود هناك الربح بنظر العامل وتصرفه فيليق به التفويض إليه وفى التوكيل بشراء الدار يجب التعرض للمحلة والسكة وفى الحانوت للسوق وعلى هذا القياس (ومنها) لو وكله بالبراء قال القاضى الحسين إذا عرف الموكل مبلغ الدين كفى ذلك ولم يجب اعلام الوكيل قدر الدين وجنسه وهذا هو الذى أورده فى الكتاب وقال فى المهدب والتهديب لا بد من أن يبين للوكيل قدر الدين وجنسه والاشبه الاول وبخالف ما إذا قال بع عبدي بما باع به فلان فرسه حيث يشترط لصحة البيع علم الوكيل لان العهدة تتعلق به فلا بد وأن يكون على بصيرة من الامر ولا عهدة فى البراء ولو كان الموكل جاهلا بقدر ما باع به فلان فرسه لم يضر (وأما) قوله فى

صورة الأبراء ولا علم من عليه الحق فاعلم أن فيه خلافا منبيا على الأصل الذي مر في كتاب الصمان وهو أن الأبراء محض إسقاط أو تملك فإن قلنا إسقاط صح مع جهل من عليه الحق بمبلغ الحق وإن قلنا تملك فلا بد من علمه كما أنه لا بد من علم المهيب بما وهب فإذا قوله ولا علم من عليه الحق ينبغي أن يعلم - بالواو - وكذلك قوله علم الوكيل بما قدمناه وقوله يستدعى علم الوكيل يجوز إعلامه - بالواو - أيضا لانا إذا صحنا الأبراء عن المجهول لانعتبر علم الموكل أيضا ثم ينظر في صيغة الأبراء فإن قال ابرئ فلانا عن ديني أو أبرئه عن الكل وإن قال عن شيء منه أو أبرئه عن قليل منه وإن قال عما شئت أبراه عما شاء وأبقى شيئا (ومنها) إذا وكله بالخصومة فيذكر ما يدخل فيه وما لا يدخل والغرض الآن أنه لو أطلق وقال وكلتك بمخاصمة خصمائي هل يصح التوكيل فيوجهان (أصحهما) نعم ويصير وكيلا في جميع الخصومات (والثاني) لابل يجب تعيين من يخاصم معه لاختلاف الغرض به وهذا الخلاف قريب من الخلاف الذي مر فيما إذا وكل ببيع أمواله وهي غير معلومة.

[15]

قال (الركن الثاني الموكل وشرطه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية. فلا يصح توكيل الصبي (ح) والمجنون. ولا يصح (ح) توكيل المرأة في عقد النكاح. ويجوز توكيل الأب والجد. توكيل الوكيل إلا إذا عرف كونه مأذونا بلفظ أو قرينة. وفي توكيل الولي الذي لا يجبر تردد لتردده بين الولي والوكيل). يشترط في الموكل أن يتمكن من مباشرة ما يوكل فيه إما بحق الملك لنفسه أو بحق الولاية على غيره وفي هذا الضابط قيذان (أحدهما) التمكن من مباشرة ذلك التصرف فمن لا يتمكن من مباشرة ذلك التصرف كالصبي والمجنون والنائم والمغمى عليه لا يصح منه التوكيل والمرأة لا يصح منها التوكيل في النكاح وكذا توكيل الفاسق في تزويج ابنته إذا قلنا لا يليه وتوكيل السكران حكمه حكم سائر التصرفات (والثاني) كون التمكن بحق الملك والولاية فيدخل فيه توكيل الأب والجد في النكاح والمال ويخرج عنه توكيل الوكيل فإنه ليس بمالك ولا ولي نعم لو مكنته الموكل من التوكيل لفظا أو دلت عليه قرينة نفذ وتفصيله سيأتي في الباب الثاني وفي معناه توكيل العبد المأذون لانه إنما يتصرف عن الأذن لا بحق الملك ولا الولاية وفي توكيل الأخ والعم ومن لا يجبر في النكاح وجهان يعزوان في النكاح لانه من حيث لا يعزل كالولي ومن حيث انه لا يستقل كالوكيل والمحجور عليه بالفلس والسفه والرق يجوز توكيله فيما لا يستقل به من التصرفات وفيما لا يستقل لا يجوز إلا بعد اذن الولي والمولى ومن جوز التوكيل بطلاق امرأة سينكحها أو بيع عبد سيملكه فقياسه تجوز توكيل المحجور بما سيأذن فيه الولي ولم يتعرضوا ولنعرف في الضابط المذكور أمورا (أحدها) أنه يستثنى عنه بيع الأعمى وشراؤه فإنه يصح التوكيل وإن لم يملكه الأعمى للضرورة (والثاني) أنه إذا نفذ توكيل الوكيل على ما سيأتي فمنصوبه وكيل الموكل أو وكيل الوكيل فيه خلاف ستقف عليه وإذا كان الوكيل لم يكن من شرط التوكيل كون الموكل مالكا للتصرف بحق الملك والولاية (وقوله) ولا يصح توكيل المرأة في عقد النكاح معلم - بالحاء - لما اشتهر عن مذهبه.

[16]

قال (الركن الثالث الوكيل ويشترط فيه صحة العبارة وذلك بالتكليف. ولا يصح (ح) توكيل الصبي الا في الاذن في الدخول وايصال الهدية على رأى. ولا يصح توكيل المرأة (ح) والمحرّم (ح) في عقد النكاح. والاطهر جواز توكيل العبد والفاسق في ايجاب النكاح. وكذا المحجور بالسفه والغلس إذ لا خلل في عبارتهم. ومنع استقلالهم بسبب أمور عارضة). كما يشترط في الموكل التمكّن من مباشرة التصرف للموكل فيه بنفسه يشترط في الوكيل التمكّن من مباشرته بنفسه وذلك أن يكون صحيح العبارة فيه فلا يصح توكيل المجنون والصبي في التصرفات واستثنى في الكتاب الاذن في دخول الدار والملك عند ايصال الهدية ففي اعتبار عبارته في صورتين وجهان سبق ذكرهما في أول البيع فان جاز ذلك فهو وكيل من جهة الاذن والمهدى واعلم أن تجوزهما إذا كان على سبيل التوكيل فلو أنه وكل بأن يوكل غيره فامتاز تخريجه على الخلاف في أن الوكيل هل يوكل فان جاز لزم أن يكون الصبي أهلا للتوكيل أيضا وعند ابي حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى يصح توكيل الصبي المميز والمرأة والمحرّم مسلوبا العبارة في النكاح فلا يتوكلان فيه كما لا يوكلان خلافا لابي حنيفة وذكر في التتمة أنه لا يجوز توكيل المطلقة الرجعية في رجعية نفسها ولا توكيل المرأة امرأة اخرى لان الفرج لا يستباح بقول النساء وأنه لا يجوز توكيل المرأة في الاختيار في النكاح إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة وفي الاختيار للفراق وجهان سبق ذكرهما في باب معاملة العبيد وفي توكيله في قبول النكاح بغير إذن السيد وجهان (أصحهما) الجواز وانما لم يجز قبوله لنفسه

[17]

لما أن يتعلق به المهر ومؤون النكاح وفي توكيله في طرف الايجاب وجهان (أحدهما) المنع لانه لا يجوز أن يزوج ابنة غيره (والثاني) الجواز لصحة عبارته في الجملة وانما لم يل امرابنته لانه لا يتفرغ للبحث والنظر ههنا وتم البحث والنظر من جهة الموكل وهذا أظهر عند صاحب الكتاب والاول أظهر عند المعظم وربما لم يذكروا غيره وتوكيل المحجور عليه بالسفه في طرفي النكاح كتوكيل العبد وتوكيل الفاسق في ايجاب النكاح كتوكيلهما إذا سلنا الولاية بالفسق ولا خلاف في جواز قبوله بالوكالة والمحجور عليه بالفلس يتوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة وكذا فيما يلزم عهدة على الاصح من الوجهين كما أن شراءه صحيح على الصحيح ويجوز توكيل المرأة في طلاق زوجة الغير على أصح الوجهين كما يجوز أن يقوض الزوج طلاق زوجته إليها وقوله في الكتاب ومنع استقلالهم بأمور عارضة أي هم صحيحو العبارة كاملو الحال وانما منعناه لامور تعرض فيمنع استقلالهم بالتصرف لا مطلق التصرف على ما مر.

[18]

(فرع) توكيل المرتد في التصرفات المالية يبني على انقطاع ملكه وبقائه إن قطعناه لم يصح وان ابقيناه صح وان قلنا إنه موقوف فكذلك التوكيل ولو وكل ثم اريد ففى ارتفاع التوكيل الاقوال ولو وكل مرتدا أو ارتد الوكيل لم يقدح في الوكالة لان التردد في تصرفه لنفسه لا لغيره هكذا نقل الاصحاب عن ابن سريج وفي التتمة أنه يبني على أنه هل يصير محجورا عليه ان قلنا نعم انعزل عن الوكالة والا فلا. قال (الركن الرابع الصيغة ولا بد من الايجاب. وفي القبول ثلاثة أوجه. الا عدل هو الثالث وهو أنه لو أتى بصيغة عقد كقوله وكلتك أو فوضت بشرط القبول. وان قال بع أو أعتق فيكفى القبول بالامتنال كما في اباحة الطعام. وإذا لم يشترط قبوله ففى اشتراط علمه مقرونا بالوكالة خلاف. ولا خلاف في أنه يشترط عدم الرد منه. فان رد انفسخ لانه جائز. وفي تعليق الوكالة بالاغرار خلاف مشهور. فان منع فوجد الشرط فقد قيل يجوز التصرف بحكم الاذن. وفائدة فساده سقوط الجعل المسمى والرجوع إلى الاجرة. ولو قال وكلتك في الحال ولا تتصرف الا بعد شهر فهو جائز (و) يلزمه الامساك. ومهما صحنا التعليق فقال مهما عزلتك فانت وكلتي فطريقه في العزل أن يقول ومهما عدت وكلتي فانت معزول حتى يتقاوما في الدور ويبقى أصل (الحج).

[19]

الفصل يشتمل على مسألتين (أحدهما) لا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له والا فكل أحد ممنوع عن التصرف في حق غيره وذلك مثل أن يقول وكلتك بكذا وفوضته اليك وانبتك فيه وما أشبههما ولو قال بع وأعتق ونحوهما حصل الاذن وهذا لا يكاد يسمى إيجابا وانما هو أمر وإذن والايجاب هو قوله وكلتك وما يضاويه وعلى هذا فقوله في الكتاب ولا بد من الايجاب أي وما يقوم مقامه وأما القبول فانه مطلق بمعنيين (أحدهما) الرضا والرغبة فيما فوض إليه ونقيضه الرد (والثاني) اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الاول حتى لو رده وقال لا أفعله أو لا أفعل بطلت الوكالة ولو ندم وأراد أن يفعل لا ينفع بل لا بد من إذن جديد وذلك لان الوكالة جائزة ترتفع في الدوام بالفسخ فلان يزيد في الابتداء بالرد كان أوجه وأما بالمعنى الثاني فقد نقل الامام طريقتين (أحدهما) أن في اشتراطه وجهين (أحدهما) المنع لانه إباحة ورفع حجر فأشبهه اباحة الطعام ولا يفنقر إلى القبول اللفظي (والثاني) الاشتراط لانه إثبات حق التسليط والتصرف للوكيل فليقبل كما في سائر التمليكات والثانية عن

[20]

القاضي الحسين أن الوجهين فيما إذا أتى بصيغة عقد بأن قال وكلتك أو فوضت اليك فأما في صيغ الأمر نحو بع وأشتر فلا يشترط القبول باللفظ جزما بل يكفي الامتنال على المعتاد كما في إباحة الطعام وإذا اختصرت خرج من الطريقتين ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب والطريقة الثانية هي التي ذكرها في التتمة وجعل قوله أذنت لك بمثابة قوله بع وأعتق لا بمثابة قوله وكلتك وان كان ادنا على صيغ العقود قال والمذهب أنه لا يعتبر في

الوكالة القبول لفظا وهذا ما أجاب به في التهذيب وآخرون وإن مال صاحب الكتاب إلى الوجه الفارق وسماه أعدل الوجوه (التفريع) إن شرطنا القبول فهل يجب أن يكون على الفور ظهر المذهب أنه لا يجب لأنه عقد يحتمل ضربا من الجهالة فيحتمل فيه تأخير القبول كالوصية وعن القاضي أبي حامد أنه يكتفى وقوعه في المجلس هذا في القبول اللفظي (فاما) بالمعنى الاول فلا يجب التعجيل بحال ولو خرج على أن الامر هل يقتضى الفور لما بعد وإن لم يشترط الفور فلو وكله والوكيل لا يشعر به هل تثبت وكالته قال في النهاية فيه وجهان يقربان

[21]

من القولين في أن العزل هل ينفذ قبل بلوغ الخبر الوكيل فلو كالة أولى بان لا تثبت لأنه تسلط على التصرفات فان لم يثبتها فهل نحكم بنفوذها حالة بلوغ الخبر كالعزل أم لا وفيه وجهان عن رواية الشيخ أبي محمد ان لم نحكم به فقد شرطنا اقتران علمه بالوكالة والاطهر ثبوت الوكالة وان لم يعلم وعلى هذا فلو تصرف الوكيل وهو غير عالم بالتوكيل ثم تبين الحال خرج على الخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حى وكان ميتا ومن فروغ هذا الخلاف أنا حيث لا نشترط القبول نكتفى بالكتابة والرسالة ونجعله مأذونا في التصرف وحيث اشترطناه فالحكم كما لو كتب بالبيع الذى أجاب به القاضي الرويانى في الوكالة بالجواز (ومنها) إذا اشترطنا القبول في الوكالة فلو قال وكلنى بكذا فقال الموكل وكلتك هل يشترط القبول أم يقام مقامه قوله وكلنى فيه خلاف كما في البيع ونحوه ثم قيل الوكالة أحوج للاشتراط لأنها ضعيفة ولو عكس موجهها بان الوكالة يحتمل في البيع فكانت أولى بعدم الاشتراط لكان أقرب (الثانية) إذا علق الوكالة بشرط فقال إذا قدم زيد

[22]

أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك بكذا أو أنت وكيلى ففيه وجهان (أحدهما) ويحكى عن أبي حنيفة وأحمد أنها تصح لأنها استنابه في التصرف فاشتبهت عقد الامارة فانها تقبل التعليق على ما قال عليه الصلاة والسلام فان أصيب جعفر فزيد (وأطرهما) المنع كما أن الشركة والمضاربة وسائر العقود لا تقبل التعليق وخرج بعضهم الخلاف على أن الوكالة هل تفتقر إلى القبول (إن قلنا) لا تفتقر جاز التعليق وإلا لم يجز لان فرض القبول في الحال والوكالة لم تثبت بعد بعيد وتأخرها إلى أن يحصل الشرط مع الفصل الطويل خارج عن قاعدة التخاطب ولو نجز الوكالة وضرب للتصرف شرطا بأن قال وكلتك الآن ببيع عبدى هذا ولكن لا تبعه حتى بجئ رأس الشهر صح التوكيل بالاتفاق ولا يتصرف الا بعد حصول الشرط وتصح الوكالة المؤقتة مثل أن يقول وكلتك إلى الشهر قاله العبادي في الرقم ويتعلق بالخلاف في تعليق الوكالة قاعدتان (إحدهما) إذا أفسدنا الوكالة بالتعليق فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط ففي صحة التصرف وجهان (أصحهما) الصحة لان الاذن حاصل وإن فسد العقد فصار كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا فقال بع كذا على أن لك العشر من ثمنه تفسد

الوكالة لكن لو باع صح (والثاني) وبه قال الشيخ أبي محمد انه لا يصح
لفساد العقد ولا اعتبار

[23]

بالاذن الذي يتضمنه العقد الفاسد ألا ترى أنه لو باع بيعا فاسدا وسلم
المبيع لا يجوز للمشتري التصرف فيه وان تضمن البيع والتسليم الاذن في
التصرف والتسليم عليه قال في التتمة وأصل المسألة ما إذا كان عنده
رهن لدين مؤجل فاذن المرتهن في بيعه على أن يجعل حقه من الثمن
وفيه اختلاف قد تقدم وهذا البناء يقتضى ترجيح الوجه الثاني لان النص
وظاهر المذهب هناك فساد الاذن والتصرف (فان قلنا) بالصحة فأثر فساد
الوكالة أنه يسقط الجعل المسمى ان كان قد سمى له جعلا ويرجع إلى
أجرة المثل وهذا كما أن الشرط الفاسد في النكاح الفاسد يفسد الصداق
ويوجب مهر المثل وإن لم يؤثر في النكاح (الثانية) إذا قال وكتك بكذا
ومهما عزلتك فأنت وكيلى ففى صحة الوكالة في الحال وجهان (أصحهما)
الصحة ووجه المنع اشتمالها على الشرط الفاسد وهو الزام العقد الجائر
(فان قلنا) بالصحة أو كان قوله مهما عزلتك مفصولا عن الوكالة فإذا عزله
نظر ان لم يشعر به الوكيل واعتبرنا شعوره في نفوذ العزل فهو على
وكالته وان لم نعتبره أو كان شاعرا به ففى عوده وكيليا بعد العزل وجهان
مبينان على أن الوكالة

[24]

هل تقبل التعليق لانه علق التوكيل ثانيا بالعزل (أظهرهما) المنع (والثاني)
وبه قال أبو حنيفة رحمه الله أنه يعود وكيليا فعلى هذا ينظر في اللفظة
الموصولة بالعزل ان قال عزلتك أو مهما أو متى لم يقتض ذلك عود الوكالة
الامرة واحدة وان قال كلما عزلتك اقتضى العود مرة بعد أخرى لان كلما
تقتضى التكرار دون غيرها على ما ستعرفه في أبواب الطلاق ان شاء الله
تعالى فلو أراد أن لا يعود وكيليا فسيبيله أن يوكل غيره بعزله فينعزل لان
المعلق عليه عزل نفسه فان كان قد قال عزلتك أو عزلك أحد من قبلى
فالطريق أن يقول كلما عدت وكيلى فأنت معزول فإذا عزله ينعزل لتقاوم
التوكيل والعزل بالاصل وهو الحجر في حق الغير قال الامام رحمه الله
وفيه نظر على بعد متلقى عن استصحاب الوكالة. واعلم أن الخلاف في
الوكالة هل تقبل التعليق جار في أن

[25]

العزل هل يقبله ولكن بالتريب والعزل أولى بقبوله لانه لا يشترط فيه
القبول واشتراطه في الوكالة مختلف فيه وتصحيح ارادة الوكالة والعزل
جميعا مبنى على قبولهما التعليق ثم قال الامام رحمه الله إذا نفذنا العزل
وقلنا تعود الوكالة فلا شك أن العزل ينفذ في وقت وان لطف ثم تترتب

عليه الوكالة فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف هل ينفذ فيه وجهان للأصحاب وإنما كان يصح هذا الفرض والتصوير أن لو وقع بينهما ترتب زماني حيث يتصور وقوع التصرف بينهما لكن الترتيب في مثل هذا لا يكون إلا عقليا (وقوله) في كتاب وفي تعليق الوكالة بالاغرار الاغرار الاخطار وإنما يقع هذا اللفظ بالاستحقاق على ما فيه خطر كقدوم زيد ومجئ المطر وان لم يكن في الحكم فرق فيمن بينه وبين ما يوثق به كمجئ الشهر (وقوله) ويلزم الامتثال أي لا يجوز له التصرف في الشهر لأنه يجب عليه خارج الشهر فان الامر إلى اختياره.

[26]

(الباب الثاني في حكم الوكالة) قال (ولها ثلاثة أحكام (الاول) صحة ما وافق من التصرفات وبطلان ما خالف. وتعرف الموافقة باللفظ مرة. وبالقرينة أخرى. وبيانه بصور سبع (الاولى) إذا قال بع مطلقا فلا يبيع بالعرض (ح) ولا بالنسيئة (ح) ولا بما دون ثمن المثل (ح) الا قدرا يتغابن الناس بمثله كالواحد في عشرة). للوكالة الصحيحة أحكام منها صحة تصرف الوكيل إذا وافق إذن الموكل والموافقة والمخالفة يعرفان بالنظر إلى اللفظ تارة وبالقرائن التي تنضم إليه أخرى فان القرينة قد تقوى فيكون لها اطلاق اللفظ الا ترى إذا أمره في الصيف بشراء الجمد لا يشتريه في الشتاء وقد يتعادل اللفظ والقرينة وينشأ من تعادلها خلاف في المسألة وهذا القول الجملي يوضحه صور ترشد إلى أخواتها منها إذا وكله ببيع شئ وأطلق لم يكن له أن يبيعه بغير نقد البلد من العروض والنقود وأن يبيعه بثمن مؤجل وبغبن فاحش وبه قال مالك رحمه الله تعالى وكذا أحمد في أظهر الروايتين وقال أبو حنيفة يجوز له جميع ذلك. لنا القياس على الوصي لانه لا يبيع له الا بثمن المثل من نقد البلد حالا وأيضا فإنه وكيل في عقد البيع فتصرفه بالغبن لا يلزم الموكل كالوكيل في الشراء إذا اشترى بغبن

[27]

فاحش وأيضا فإنه إذا باع وأطلق كان الثمن حالا فإذا وكل بالبيع وأطلق حمل على الثمن الحال ولنا قول أن البيع على الوجه المذكور يصح موقوفا على اجازة الموكل وهذا هو القول المنقول في بيع الفضولي والمذهب الاول ولو كان في البلد نقدان أحدهما أغلب فعليه أن يبيع به وان استويا في المعاملة باع بما هو أنفع للموكل فان استويا تخير على المشهور وقال صاحب التهذيب بعد نقل التخيير إذا استويا في المعاملة وجب أن لا يصح التوكيل ما لم يبين كما لو باع بدراهم وفي البلد نقدان متساويان لا يصح حتى يقيد بأحدهما ووجدت في كلام الشيخ أبي حامد مثل ما ذكره صاحب التهذيب ثم إذا باع الوكيل في أحد الوجوه المذكورة لم يصير ضامنا للمال ما لم يسلمه إلى المشتري فان سلم ضمن ثم القول فيه إذا كان المبيع باقيا أو تالفا في كيفية تغريم الموكل الوكيل والمشتري على ما بيناه فيما إذا باع العدل الرهن بالغبن الفاحش أو بغير نقد البلد بالنسيئة وأما البيع بالغبن اليسير فإنه جائز واليسير الذي يتغابن الناس بمثله ويحتملونه غالبا وبيع ما يساوي عشرة بتسعة يحتمل في الغالب وبيعه بثمانية غير محتمل قال الروائي ويختلف القدر المحتمل باختلاف أجناس الاموال من الثياب

والعبيد والعقارات وغيرها وكما يجوز أن ينقص الوكيل عن ثمن المثل لا يجوز أن يقتصر عليه وهناك طالب للزيادة ولو باع بثمن المثل ثم ظهر في المجلس طالب يزيد فالحكم ما مر في عدل الرهن.

[28]

(فرع) إذا قال الموكل عند التوكيل بعه بكم شئت جاز له البيع بالغبن ولايجوز بالنسيئة ولا بغير نقد البلد ولو قال بما شئت فله البيع بغير نقد البلد ولايجوز بالغبن والنسيئة فلو قال كيف شئت فله البيع بالنسيئة ولا يجوز بالغبن وبغير نقد البلد ولكن القاضي الحسين يجوز الكل ولو قال بع بما عزو وهان قال في التتمة هو كما لو قال بعه بكم شئت وقال العبادي له البيع بالعرض والغبن ولايجوز بالنسيئة وهو الاولى. (فرع) ذكرنا في الرهن والتفليس أن الحاكم يبيع المرهون ومال المفلس بنقد البلد وأنه لو لم يكن دين المستحقين من ذلك أو على تلك الصفة صرفه إلى مثل حقوقهم وقد يحتاج فيه إلى توسط معاملة أخرى إذا كان نقد البلد المكسور وحقوقهم الصحيح فلا يمكن تحصيل الصحيح بالمكسر الا ببذل زيادة وانه ربا فيشتري بالمكسر سلعة وبالسلعة الصحيح ولو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوقهم في الابتداء جاز وقد مر ذلك في الرهن قال القفال في الفتاوى والمرتهن عند امتناع الراهن عن أداء الحق يبيع الرهن ويقوم مقام الحاكم في توسط المعاملة الأخرى وفي بيعه بجنس الدين وعلى صفته واعلم أن مجرد امتناع الراهن عن أداء ما عليه لا يسلط المرتهن على بيع المرهون ولكنه قد يتسلط عليه على ما مر بيانه في الرهن وإذا الحق المرتهن حينئذ بالحاكم فيما ذكره أشبه أن يلحق وكيل الراهن ببيع المرهون وقضاء الحق منه بالمرتهن بل أولى قال لان نيابة المرتهن قهرية والموكل قد رضى تصرفه ونصبه لهذا الغرض.

[29]

قال (وببيع ح) على الاصح من أقاربه الذين ترد له شهادتهم. ولا يبيع من ينفسه). الوكيل بالبيع مطلقا هل يبيع من ابنه وأبيه وسائر أصوله وفروعهم فيه وجهان (أصحهما) نعم لانه باع بالثمن الذي لو باع به من أجنبي صح فاشبهه مالو باع من صديقه وأيضاً فانه يجوز للعم أن يزوج وليته من ابنه البالغ إذا أطلقت الاذن وقلنا لا يشترط تعيين الزوج فكذلك ههنا (والثاني) وبه قال أبو حنيفة لانه متهم بالميل إليهم ومن الجائز أن يكون هناك راعب باكثر من ذلك الثمن وأجرى الوجهين في الاصول والفروع المستقلين أما ابنه الصغير فلا يبيع منه وكذلك لا يبيع من نفسه لانه يستقصى لنفسه وطفله في الاسترخاص وغرض البائع الاستقصاء في البيع للاكثر وهما غرضان متضادان فلا يتأتى من الواحد القيام بهما وأيضاً فان التوكيل بالبيع مطلقا يشعر بالبيع من الغير والالفاظ المطلقة تحمل على المفهوم منها في العرف الغالب وفي كتاب القاضي ابن كج شيان غريبان في المسألة (أحدهما) أن أبا حامد القاضي حكى عن الاصطخري وجهان أن للوكيل أن يبيع من نفسه (والثاني) أنه حكى وجهين فيما لو وكل أباه بالبيع هل أن يبيع من نفسه لان للاب بيع مال ولده من نفسه بالولاية فكذلك بالوكالة وإذا قلنا بظاهر المذهب فلو صرح له بالاذن في بيعه من

نفسه فوجهان قال ابن سريج يجوز كما لو أذن له في البيع من أبيه وابنه
البالغ يجوز وكما لو قال لزوجه طلقني

[30]

نفسك على الف ففعلت صح وتكون نائية من جهته قابلة من جهة نفسها
وقال الاكثرون لا يجوز لما ذكرنا من تضاد الغرضين ولان وقوع الايجاب
والقبول من شخص واحد بعيد عن التخاطب ووضع الكلام وتجويزه في حق
الاب كان على خلاف القياس ولو صرح بالاذن في بيعها من ابنه الصغير
قال في التتمة هو على هذا الخلاف وقال صحاب التهذيب وجب أن يجوز
لانه رضى بالنظر للطفل وترك الاستقصاء وتولى الطرفين في حق الولد
معهود في الجملة بخلاف ما لو باع من نفسه ويجرى الوجهان فيما لو وكله
بالبهية وأذن له ليهب من نفسه أو يتزوج ابنته وأذن له في تزويجها من
نفسه وفي تولى ابن العم طرفي النكاح بان يتزوج ابنة عمه بأذنها حيث
انتهت الولاية إليه والنكاح أولى بالمنع لما روى موقوفا ومرفوعا أنه عليه
السلام قال (لأنكاح إلا بأربعة خاطب وولى وشاهدين) (1) وكذا فيما إذا وكل
مستحق الدين المدبون باستيفائه من نفسه أو وكل مستحق القصاص
الجاني باستيفائه من نفسه أما في النفس أو في الطرف أو وكل الامام
السارق ليقطع يده وحكى الامام رحمه الله إجراءه فيما لو وكل الزانى
ليجلد نفسه واستبعده من جهة أنه متهم في ترك الايلام بخلاف القطع إذ
لامدخل للثمة فيه وظاهر المذهب في الكل المنع وفي التوكيل
بالخصومة من الجانبين وجهان (أحدهما) الجواز لانه يتمكن من إقامة البينة
للمدعى عليه (وأصحهما) المنع لما فيه من اختلاف

[31]

عرض كل واحد منهما فانه يحتاج إلى العقد بل من جانب والى الجرح من
جانب وعلى هذا فالخيرة يخاصم أيهما شاء ولو توكل رجل في طرفي
النكاح أو البيع اطراد الوجهان ومنهم من قطع بالمنع لو وكل من عليه
بابراء نفسه ففيه طريقان (أحدهما) التخريج على الوجهين (والثانى)
القطع بالجواز كما لو وكل من عليه القصاص بالعفو والعبد باعتاق نفسه
والوكيل بالشراء كالوكيل بالبيع في أنه لا يشتري من نفسه ولا من مال
ابنه الصغير ويخرج شراؤه لابنه البالغ على الوجهين في سائر الصور
(وقوله) في الكتاب اجراه ابن سريج في تولى ابن العم طرفي النكاح اتبع
فيه ما رواه الامام فانه نسب طرد الخلاف فيها إلى سريج ورأيت للحناطى
نحو ذلك وعامة الكتب ساكنة عنه قال (فان أذن له في البيع من نفسه
ففى تولية الطرفين خلاف. أجراه ابن سريج في تولى ابن العم لطرفي
النكاح. وتولى من عليه الدين أو القصاص أو الحد استيفاءه من نفسه
بالوكالة. ويطرد في الوكيل من الجانبين بالخصومه ومن عقد النكاح والبيع.
كما إذا كان وكيلاً من جهة الموجب والقابل جميعاً. وان أذن له في البيع
بالاجل مقدارا جاز. وان أطلق فالاصح أن العرف يقيد بالمصلحة. وقيل انه
مجهول).

[32]

إذا أذن للوكيل في البيع إلى أجل نظر ان قدر الاجل صح التوكيل وان أطلق فوجهان (أحدهما) أنه لا يصح التوكيل لاختلاف الغرض بتفاوت الاجل طولا وقصرا وهذا ما أورده في التهذيب (وأصحهما) ما ذكره في الكتاب واختيار ابن كج أنه يصح التوكيل وعلى ما يحمل فيه ثلاثة أوجه (أظهرها) وهو المذكور في الكتاب أنه ينظر إلى المتعارف في مثله فان لم يكن فيه عرف راعى الوكيل الانفع للموكل (والثاني) له التأجيل إلى أيه مدة شاء لاطلاق اللفظ (والثالث) يؤجل إلى سنة ولا يزيد عليها لان الديون المؤجلة تتقدرها كالدين والحرية. قال (الثانية الوكيل بالبيع لا يملك تسليم المبيع قبل توفر الثمن. وبعد التوفير لا يجوز له المنع فانه حق الغير. والوكيل بالشراء يملك تسليم الثمن المسلم إليه ويملك قبض المشتري. والوكيل بالبيع هل يملك قبض الثمن من حيث أنه من توابعه ومقاصده وان لم يصرح به فيه خلاف. ويقرب منه الخلاف في أن الوكيل باثبات الحق هل يستوفى. وباستيفاء الحق يخاصم فقه ثلاثة أوجه. الا عدل أن الوكيل بالاثبات لا يستوفى. وبالاستيفاء يثبت ويخاصم سعيًا في الاستيفاء)

[33]

أول مذكور في الفصل أن الاصحاب نقلوا وجهين في أن الوكيل بالبيع مطلقا هل يملك قبض الثمن وربما نسبوها إلى ابن سريج (أحدهما) أنه لا يملك لانه إنما أذن في البيع وقبض الثمن أمر وراء البيع وليس كل من يرضاه للبيع يرضاه لاثبات اليد على الثمن (وأصحهما) أنه يملكه لانه من توابع البيع ومقتضياته فالاذن في البيع أذن فيه وان لم يصرح به وهل يملك تسليم المبيع إذا كان مسلما إليه أشار الاكثرون إلى الجزم بأنه يملكه تعليلا بأن البيع اقتضى إزالة الملك ووجوب التسليم وقال الشيخ أبو علي الوجهان في أنه هل يملك قبض الثمن يجريان في أنه يملك تسليم المبيع وكيف لا وتسليم المبيع دون قبض الثمن فيه خطر ظاهر ولو كان قد صرح له بهما لم يملك التسليم ما لم يقبض الثمن وعلى هذا جرى صاحب التهذيب وغيره ولا خلاف في أن الموكل بعقد الصرف يملك القبض والاقباض لانه شرط صحة العقد وكذلك في السلم يقبض وكيل المسلم إليه رأس المال ووكيل المسلم يقبضه إياه لامحاله إذا تقرر ذلك فينظر ان باع الوكيل بثمن مؤجل بحيث يجوز له ذلك سلم المبيع إذ لا ينسب للبائع حق الحبس عند تأجيل الثمن ويحى على ما ذكره

[34]

الشيخ وجه مانع من التسليم لا لغرض الحبس لكن لانه لم يفوضه إليه ثم إذا أجل الاجل لم يملك الوكيل قبض الثمن الا بأذن مستأنف وان اباعه بثمن حال وجوزنا القبض فلا يسلم المبيع حتى يقبض الثمن كما لو أذن فيها صريحا فله مطالبة المشتري بتسليم الثمن فان لم تجوز له القبض لم يكن له المطالبة وللموكل المطالبة بالثمن على كل حال خلافا لابي حنيفة رحمه الله تعالى ولو وكله بالبيع ومنعه من قبض الثمن لم يكن له القبض لا

محالة ولو منعه من تسليم المبيع فكمثل جواب الشيخ في شرح الفروع وقال قائلون هذا الشرط فاسد فان التسليم مستحق بالعقد ورووا عن أبي علي الطبري وغيره وجهين في أن الوكالة هل تفسد به حتى يسقط الجعل المسمى ويقع الرجوع إلى أجره المثل ووجه الامام رحمه الله تعالى وجه سقوطه بأن استحقاقه مربوط بالبيع والامتناع من التسليم وكان مقابلا بشئ صحيح وشئ فاسد فليفسد المسمى والحق أن يقال المسألة مبنية على أن في صورة الاطلاق هل للوكيل التسليم أم لا (ان قلنا لا فعند المنع أولى (وان قلنا) نعم فكذلك لانه من توابع العقد وتمامه كالقبض لا لان تسليمه مستحق بالعقد فان المستحق هو التسليم لا تسليمه والممنوع منه تسليمه نعم لو قال امنع

[35]

المبيع منه فهذا الشرط فاسد لان منع الملك عن المالك حيث يستحق اثبات اليد عليه غير جائز وفرق بين أن يقول لا تسلمه إليه وبين أن يقول امسكه وامنعه منه (وأما) الوكيل بالشراء فان لم يسلم الموكل الثمن إليه فاشترى في الذمة فسيأتي الكلام في أن المطالبة بالثمن على من توجه في الحكم الثاني من الباب فان سلمه إليه واشترى بعينه أو في الذمة فالقول في أنه هل يسلمه وهل يقبض المبيع بمجرد التوكيل في الشراء كالقول في أن الوكيل البائع هل يسلم المبيع ويقبض الثمن بمجرد التوكيل بالبيع هكذا هو في التهذيب والتتمة ولفظ الكتاب يشعر بالحزم بتسليمه الثمن وقبض المبيع ووجهه في الوسيط بان العرف يقتضى ذلك ويدل عليه وأيضا فان الملك في الثمن لا يتعين الا بالقبض فيستدعى اذنا جديدا وأما المبيع فانه متعين للملك ولمن طرد الخلاف أن يمنع العرف الفارق بين الطرفين وبين المعنى الثاني فلو كان به اعتبار لوجوب أن يحزم بقبض وكيل البائع الثمن إذا كان معينا ولم يفرقوا

[36]

في رواية الوجهين بين أن يبيع بثمن معين أو في الذمة (وقوله) في الكتاب وبعد التوفير لا يجوز له المنع فانه حق للغير أراد به ما ذكره الامام رحمه الله تعالى من أن المشتري إذا وفر الثمن على الموكل أو على الوكيل إذا جوزنا له القبض فالوكيل يسلمه المبيع وان لم يأذن له الموكل في تسليمه لان اداء الثمن إذا وفر صار قبض المبيع مستحقا وللمشتري الانفراد بأخذه فان أخذ المشتري فذاك وان سلمه الوكيل فالامر محمول على أخذ المشتري ولا حكم للتسليم ثم قرب من الخلاف في أن الوكيل بالبيع هل يقبض الثمن الخلاف في مسألة أخرى وهى أن الوكيل باستيفاء الحق هل يثبت ويقم البينة عند انكار من عيه فيه وجهان عند ابن سريج (أصحهما لا لانه لم يوكل الا بالقبض وقد يرضى للقبض من لا يرضاه للخصومة (والثانى) نعم لانه لا يتمكن من الاستيفاء عند انكار من عليه الاثبات فليمكن مما ينوسل به إلى الاستيفاء ولا فرق على الوجهين بين أن يكون الموكل باستيفائه عينا أو دينا وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان كان دينا ملك الاثبات وان كان عينا لم يملكه وأما أن الوكيل بالاثبات هل يستوفى بعد الاثبات فيه طريقان (أحدهما) أن فيه وجهين أيضا كالوجهين في أن

الوكيل بالبيع هل يملك قبض الثمن لانه من توابع الاثبات ومقاصده كقبض الثمن بالاضافة إلى البيع (وأظهرهما) القطع بالمنع لان الاستيفاء يقع بعد الاثبات فليس ذلك نفس المأذون فيه ولا واسطة بخلاف العكس وبخلاف مسألة قبض الثمن لانه إذا وكله بالبيع أقامه مقام

[37]

نفسه فيه وانه عقد يتضمن عهدا منها تسليم المبيع وقبض الثمن فجاز أن يكون من قضاياها وأما الاثبات فليس فيه ما يتضمن التزاما قال في التتمة الخلاف في الصورة الثانية في الاموال أما القصاص والحد فلا يستوفيهما بحال وحكى القاضى ابن كج عن ابن خيران أنه على الوجهين وإذا جمعت بن الامرين الاستيفاء والاثبات وقلت الوكيل باحدهما هل يملك الثاني حصل في الجواب ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب لكن تسمية الوجه الفارق أعدل الوجوه ربما أوهم ترجيحه والظاهر عند الاصحاب أنه لا يفيد واحد منهما الثاني. (فرع) عرفت أن الوكيل لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن فلو فعل للموكل قيمته إن كانت القيمة والثمن سواء أو كان الثمن أكثر وإن كانت القيمة أكثر بأن باعه بغبن محتمل فيغرمه جميع القيمة أو يحط عنه قدر الغبن لصحة البيع بذلك الثمن فيه وجهان (أصحهما) أولهما ولو باع بغبن فاحش بأذن الموكل فقياس الوجه الثاني أن لا يغرم إلا قدر الثمن ثم لو قبض الوكيل الثمن بعد ما غرم دفعه إلى الموكل واسترد المغروم. قال (الثالثة أن الوكيل بالشراء إذا اشترى معيبا بثمن مثله وجهل العيب وقع عن الموكل وان علم فوجهان. وان كان بغبن وعلم لم يقع عن الموكل. وان جهل فوجهان. ثم مهما جهل الوكيل فله الرد (و) الا إذا كان العبد معينا من جهة الموكل فوجهان في الرد. وحيث يكون

[38]

الوكيل عالما فلا رد له. وفي الموكل وجهان. إذ قد يقوم علم الوكيل مقام علم الموكل كما في رؤيته. ومهما ثبت الخيار لم يسقط برضا الوكيل حق الموكل ويسقط برضا الموكل رد الوكيل). الوكيل بالشراء أما أن يكون وكيفا بشراء شئ موصوف فلا يشتري الا السليم لان قضية الاطلاق السلامة ألا ترى أنه إذا أسلم في شئ موصوف استحق السليم منه وبخالف عامل القراض حيث يجوز له شراء المعيب وههنا المقصود الادخار إذ يجوز أن يكون الادخار والافتناء مقصودا وانما يقتنى السليم دون المعيب وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يجوز للوكيل شراء المعيب فلو خالف ما ذكرناه واشترى المعيب نظر ان كان مع العيب يساوي ما اشتراه به فان جهل العيب فان جهل العيب وقع عن الموكل وان علمه فثلاثة أوجه (أظهرها) أن لا يقع عنه لتقييد الاذن بالسليم (والثاني) يقع لانه لا نقصان في المالية والصيغة عامة (والثالث) يفرق بين ما يمنع من الاجزاء في الكفارة إذا كان المبيع عبدا وبينما لا يمنع حملا لقوله اشترى لى رقبة على ما حمل عليه قوله تعالى (فتحرير رقبة) قال الامام رحمه الله تعالى وصاحب هذا الوجه يستثنى الكفر فانه يمنع من الاجزاء في الكفارة ويجوز للوكيل شراء الكافر وان كان لا يساوي ما اشتراه به فان علم لم يقع عن الموكل وان جهل فوجهان (أصحهما) عند الامام أنه لا يقع ايضا عنه لان الغبن يمنع عن

الموكل مع سلامة المبيع وأن لم يعرف الوكيل فعند العيب أولى وأوفقهما
لكلام الاكثرين أنه يقع عنه كما لو اشترى لنفسه جاهلا

[39]

وبفارق مجرد الغبن فانه لا يثبت الخيار فلو صح البيع ورفع عن الموكل
للزم ولحقه الضرر والعيب يثبت الخيار والحكم بوقوعه عنه لا يورطه في
الضرر وحيث قلنا بوقوعه عن الموكل فينظر ان كان الوكيل جاهلا
فلموكل الرد إذا اطلع لانه المالك وأما الوكيل فعن صاحب التقريب رواية
وجه عن ابن سريج أنه لا ينفرد بالرد لانه كان مأذونا في الشراء دون
الفسخ وظاهر المذهب أنه ينفرد لمعنيين (أحدهما) أنه أقامه مقام نفسه
في هذا العقد ولواحقه (والثاني) أنه لو لم يكن له الرد إلى استئذان
الموكل فربما لا يرضى الموكل فيتعذر الرد لكونه على الفور ويبقى المبيع
كلا على الوكيل وفيه ضرر ظاهر وهذا هو المعتمد عند الاصحاب لكن فيه
اشكال لانا لو لم نثبت له الرد لكان كسائر الاجانب عن العقد فلا أثر لتأخره
وأیضا فان من له الرد قد يعذر في التأخير لاسباب داعية إليه فهلا كانت
مشاورة الموكل عذرا وأیضا فانه وان تعذر منه الرد فلا يتعذر بنفس الرد إذ
الموكل يرد إذا كان قد سماه في العقد أو نواه على ان في كون المبيع
للكوكل وفي الرد منه بتقدير تعذر كونه له خلافا وسيأتي جميع ذلك في
الفصل وان كان الوكيل عالما فلا رد له وفي الموكل وجهان (أحدهما) أنه لا
رد له أيضا لانه نزل الوكيل منزلة نفسه في العقد والاخذ فيكون اطلاعه
على العيب كاطلاع الموكل كما أن رؤيته كرؤيته واخراج العقد عن أن يكون
على قولى شراء الغائب (وأصحهما) أن له الرد لان اطلاعه ورضاه بعد العقد
لا يسقط حق الرد للموكل فكذلك اطلاعه في الابتداء وعلى هذا فينتقل
المالك إلى الوكيل أو يفسخ العقد من

[40]

أصله حكى الامام رحمه الله فيه وجهين قال من قال بالاول كانه يقول
انعقاد العقد موقوفا إلى أن يتبين الحال والا فيستحيل ارتداد الملك عن
الموكل إلى الوكيل وهذه الاختلافات مفرعة على وقوع العقد للوكيل مع
علم الوكيل بالعيب والمذهب خلافه (الحالة الثانية) أن يكون وكیلا بشراء
شئ معين فان لم ينفرد الوكيل في الحالة الاولى بالرد فهو ههنا أولى
وان انفرد فههنا وجهان (وجه المنع) أنه ربما يتعلق الغرض بعينه فينتظر
مشاورته (ووجه الجواز) وهو الاصح والمنصوص في اختلاف العراقيين أن
الظاهر أنه بعينه شرط السلامة ولم يذكروا في هذه الحالة أنه متى يقع
عن الموكل ومتى لا يقع والقياس أنه كما سبق في الحالة الاولى نعم لو
كان المبيع معينا يساوى ما اشتراه به وهو عالم فابقاعه عن الموكل ههنا
أولى لجواز تعلق الغرض بعينه وجميع ما ذكرنا في الحالتين مفروض فيما
إذا اشترى بثمن في الذمة أما إذا كان الثمن بعين مال الموكل فحيث قلنا
هناك لا يقع عن الموكل فههنا لا يصح أصلا وحيث قلنا يقع فكذلك ههنا
وهل للوكيل الرد فيه وجهان (أصحهما) لا ويمكن أن يكون الوجهان مبنیان
على المعنيين السابقين إن عللنا انفراده بالرد فانه أقامه مقام نفسه في
العقد ولو احقه فكذلك ههنا وان عللنا بأنه لو آخر ربما لزم العقد فصار

المبيع كلا عليه فلا لان المشتري بملك الغير لا يقع له بحال (واعلم) أنه إذا ثبت الرد للوكيل في صورة الشراء في الذمه فلو أطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل أو بعده ورضى سقط خيار الوكيل بخلاف الرد فإن رضى المالك بحضه فمن الربح ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره وإذا أصر أو صرح بالزام العقد فهل له العود إلى الرد لان أصل الحق باق بحاله وهو نائب أم لا وكأنه

[41]

بالتأخير أو الالزام عزل نفسه عن الرد وجهان (أظهرهما) الثاني وإذا قلنا به أو أثبتنا له العود ولم يعد فإذا أطلع الموكل عليه وأراد الرد فله ذلك إن سماه الوكيل في الشراء أو نواه وصدقه البائع عليه وإلا فوجهان (أحدهما) وهو المذكور في التهذيب والتتمة أنه يردده على الوكيل ويلزم المبيع لانه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل فيصرف إليه (والثاني) وهو الذي نقله الشيخ أبو حامد وأصحابه أن المبيع يكون للموكل والرد قد فات لتفريط الوكيل وما الذي يضمن قال أبو يحيى البلخي قدر نقصان قيمته من الثمن ولو كانت القيمة تسعين والتمن مائة يرجع بعشرة ولو تساويا فلا رجوع وقال الاكثرون يرجع بارش العيب لانه فات الرد بغير تقصيره فكان له الارش كما لو تعذر الرد بعيب حادث إلا أن هناك يوجد الارش من البائع لتلبيسه وههنا من الوكيل لتقصيره ولو أراد الوكيل الرد فقال البائع أجره حتى يحضر الموكل لم يلزمه الاجابة بل له الرد لئلا يصير المبيع كلا عليه أو يلزمه الغرم ولان الرد حيث ثبت له فلا يكلف تأخيره وإذا رد ثم حضر الموكل ورضيه احتاج إلى استئناف شراء ولو أخره كما التمس البائع فحضر الموكل ولم يرض به قال في التهذيب المبيع للوكيل ولا رد لتأخيره مع الامكان وقيل له الرد لانه لم يرض بالعيب قال وهو ضعيف ولك أن تقول له أنت وسائر النقلة متفقون على أنه إذا رضى الوكيل بالعيب ثم حضر الموكل وأراد الرد فله ذلك إذا كان الوكيل قد سماه أو نواه وههنا الوكيل والموكل والبائع يتصادقون على أن الشراء للموكل

[42]

فلا بد وأن يكون قد سماه ونواه ووجب أن يقال المبيع للموكل وله الرد ولو أراد فقال البائع إنه قد عرفه الموكل ورضى به وليس لك الرد نظر إن لم يحتمل بلوغ الخبر إليه لم يلتفت إلى قوله وإن احتمل وأنكر الوكيل حلف على نفي العلم برضى الموكل لانه لو أقر به للزمه حكم إقراره وعن أبي حامد القاضى وغيره وجه آخر أنه لا يخاف والمذهب الاول وقوله في المختصر وإن وكله بشراء سلعه فأصاب بها عيبا كان له الرد بالعيب وليس عليه أن يخلقه أنه ما رضى به الاموول عند الاصحاب محمول على ما إذا لم يكن ما يدعيه محتملا أو على ما إذا احتمل طلب اليمين منه على البت أو على ما إذا لم يجزم بالدعوى بل قال أجر فلعله بلغه الخبر ورضى به ومنهم من غلط المزني في النقل وقال انه أدخل جواب مسأله في مسأله إذا عرفت ذلك فإذا عرضنا اليمين على الوكيل لم يخل اما أن يخلف أو ينكل ان حلف رده فان حضر الموكل وصدق البائع فعن سريح أن له استرداد المبيع من البائع لموافقته اياه على الرضى قبل الرد وفى التتمة أن القاضى

الحسين قال لا يسترد وينفذ فسخ الوكيل فان مكل حلف البائع وسقط رد الوكيل ثم إذا حضر الموكل وصدق البائع فذاك وان كذبه قال في التهذيب لزم العقد للوكيل ولا رد له لا يبطاله الحق بالنكول وفيه من الاشكال ما قدمناه هذا كله في طرف الشراء أما الوكيل بالبيع إذا بالغ فوجد المشتري بالمبيع عيبا رده عليه ان لم يعلمه وكيلا وان علمه وكيلا رده عليه ان شاء ثم هو يرد على الموكل وعلى الوكيل ان شاء

[43]

وهل للوكيل حط بعض الثمن المعيب فيه قولان عن ابن سريج ولو زعم الموكل حدوث العيب في يد المشتري وصدق الوكيل المشتري رد المشتري على الوكيل ولم يرد الوكيل على الموكل. (فرع) سيأتي في القراض أن الوكيل بالشراء هل يشتري من يعتق على الموكل ان قلنا يشتريه فلو كان معيبا فللوكيل رده لانه لا يعتق على الموكل قبل الرضى بالعيب ذكره في التهذيب. قال (الرابعة الوكيل يتصرف معين لا يوكل الا إذا أذن له فيه. فلو وكل بتصرفات كثيرة وأذن في التوكيل وكل. وان اطلق فثلاثة اوجه. وفي الثالث يوكل في المقدار المعجوز عنه ويباشر الباقي. ثم لا يوكل الا أميناً رعاية للغيبة). مقصود الفصل الكلام في أن الوكيل هل يوكل لا يخلو اما أن ياذن له الموكل في التوكيل صريحا أو يسكت عنه ان سكت عنه فينظر ان كان أمرا يتأتى له الاتيان به لم يوكل فيه لانه لم يرض بتصرف غيره وان لم يتأت ذلك منه اما لانه لا يحسن أو لان الاتيان به لا يليق بمنصبه فله التوكيل فيه لان الشخص لا يقصد منه الا الاستئابة فيه وفيه وجه أنه لا يوكل لقصور قضية اللفظ ولو كثرت التصرفات التي وكله بها ولم يمكنه الاتيان بالكل لكثرتها ففيه ثلاثة طرق (أصحهما) أنه يوكل فيما يزيد على قدر الامكان وفي قدر الامكان وجهان (أحدهما) يوكل فيه أيضا لانه ملك التوكيل في البعض فيوكل في الكل كما لو أذن صريحا (وأصحهما) أنه لا يوكل في القدر المقدور له لانه لاضرورة إليه (والثانية) أنه لا يوكل في قدر الامكان وفيما يزيد عليه وجهان (الثالثة) اطلاق

[44]

الوجهين في الكل قال الامام رحمه الله تعالى والخلاف على اختلاف الطرق ناظر إلى اللفظ والقرينة وفي القرينة تردد في التعميم والتخصيص أما إذا أذن له في التوكيل فله أن يوكل ثم له ثلاث صور لانه اما أن يقول وكل عن نفسك أو وكل عنى أو يطلق (الصورة الاولى) إذا قال وكل عن نفسك ففعل انعزل الثاني بعزل الاول لانه نائبه وفيه وجه أنه لا ينعزل الا بالاذن واجري هذا الخلاف في انعزاله بموت الاول وجنونه (والاصح) الانعزال ولو عزل الموكل الوكيل الاول انعزل وفي انعزال الثاني بانعزاله هذا الخلاف ولو عزل الثاني ففي انعزاله وجهان (أحدهما) لا ينعزل لانه ليس بوكيل من جهته (وأصحهما) أنه ينعزل كما ينعزل بموته وجنونه والعبارة المعبرة عن هذا الخلاف أن الثاني وكيل الوكيل كما صرح به في التوكيل أو وكيل الاول ومعنى كلامه أقم غيرك مقام نفسك والاصح أنه وكيل الوكيل الوكيل لكنه إذا كان وكيل الوكيل كان فرع الفرع وفرع الفرع فرع الاصل فينعزل بانعزاله (الصورة الثانية) إذا قال وكل عنى ففعل

فالثاني وكيل الموكل كالاول وله عزل أيهما شاء وليس لواحد منهما عزل الآخر ولا ينعزل بانعزال الآخر (الثالثة) إذا قال وكتك بكذا واذنت لك في أن توكل به وكيلا ولم يقل عنى ولا عن نفسك ففيه وجهان (أحدهما) أن الحكم كما في الصورة الاولى لان المقصود في الاذن في التوكيل تسهيل الامر عليه (وأصحهما) أنه كالصورة الثانية لان التوكيل تصرف يتولاه باذن الموكل فيقع عنه وإذا

[45]

جوزنا للتوكيل أن يوكل في صورة سكوت الموكل عنه فينبغي أن يوكل عن موكله فلو وكله عن نفسه ففيه وجهان وهذا لان القرينة المجوزة للتوكيل كالاذن في مطلق التوكيل ويشترط على الوكيل حيث ملك التوكيل أن يوكل أمينا رعاية لمصلحة الموكل الا أن يعين له من ليس بأمين ولو وكل أمينا ففسق فهل له عزله فيه وجهان. (فرع) إذا وكله بتصرف وقال له افعل فيه ما شئت هل يكون ذلك كالاذن في التوكيل فيه وجهان عن ابن سريج (أصحهما) لا وقوله افعل ما شئت ينصرف إلى تصرفه بنفسه (وقوله) في الكتاب الوكيل بتصرف معين لا يوكل إلا إذا أذن فيه غير معمول بظاهره بل المعنى إلا إذا كان الموكل فيه مالا يتأتى للوكيل مباشرته فان الظاهر جواز التوكيل والحالة هذه كما تقرر (وقوله) فان أطلق فتلاثة أوجه هي حاصل ما يخرج من الطرق الثلاثة التي قدمناها واعلم أن الصورة المذكورة في أول الباب إلى هذه الغاية موضوعة في الوكيل المطلق ومن هذا الموضع إلى آخره في التوكيل المقرون بضرب من التقييد. قال (الخامسة) تتبع مخصصات الموكل. فلو قال بع من زيد لم يبع من غيره. وان خصص زمانا تعين. وان خصص سوقا يتفاوت بها الغرض تعين والا فلا. وإذا صرح بالنهي عن غير المخصوص امتنع قطعاً. ولو قال بع بمائة يبيع بما فوقه الا إذا نهاه عنه. ولا يبيع بما دونه بحال. ولو قال اشتر بمائة يشتري بما دونها الا إذا نهاه. ولا يشتري بما فوقها بحال. ولو قال بع بمائة نسيئة فباع نقدا بمائة. أو قال اشتر بمائة نقدا فاشترى بمائة فوجهان لان التفاوت فيه يشبه

[46]

اختلاف الجنس. ولا خلاف أنه لو قال بع بألف درهم فباع بألف دينار لم يجز وفيه احتمال). الاصل في هذه الصورة وما بعدها أنه يجب النظر بتقييدات الموكل في الوكالة ويشترط على الوكيل رعاية المفهوم منها بحسب العرف وفي الفصل صور (احدها) إذا عين الموكل شخصا بأن قال بع من زيد أو وقتاً بأن قال بع في يوم كذا لم يجز أن يبيع من غيره ولا قبل ذلك الزمان ولا بعده أما الاول فلان ذلك الشخص المعين قد يكون أقرب إلى الحل وأبعد عن الشبهة وربما يريد تخصيصه بذلك المبيع وأما الثاني فلانه ربما يحتاج إلى البيع في ذلك الوقت ولو عين مكانا من سوق ونحوها نظر ان كان له في المكان المعين غرض بأن كان الراغبون فيه أكثر أو النقد فيه أجود لم يجز أن يبيع من غيره وان لم يكن غرض ظاهر فوجهان (أحدهما) يجوز والتعيين في مثل ذلك يقع اتفاقاً هذا ما أورده في الكتاب وبه قال القاضي أبو حامد وقطع به الغزالي (والثاني) لا يجوز لانه ربما

يكون له عرض لا يطلع عليه وهذا أصح عند ابن الفطان وصاحب التهذيب ولو نهاه صريحا عن البيع في غير ذلك الموضع امتنع بلا خلاف وذكر ابن كج أن قوله بع في بلد كذا كقوله بع في سوق كذا حتى لو باعه في بلد آخر جاء في التفصيل المذكور وهذا صحيح ولكنه يصير ضامعا للمال لنقله من ذلك البلد وكذا الثمن يكون مضمونا في يده بل لو أطلق التوكيل بالبيع وهو في بلد فليبعه في ذلك البلد ولو نقله صار ضامنا (الثانية) لو قال بع بمائة درهم لم يبع بما دونها وله أن يبيع بما فوقها والمقصود من التقدير أن لا ينقص ثمنها عن المقدار نعم لو نهاه صريحا لم يبع بما فوقها وحكي العبادي أن

[47]

بعض البصريين من أصحابنا لم يجوز أن يبيع بما فوق المائة والمشهور الاول وهل له أن يبيع بمائة وهناك من يرغب بالزيادة على المائة فيه وجهان (أحدهما) نعم لموافقة صريح اذنه (والثاني) لا كما لو أطلق الوكالة فباع بثمن المثل وهناك من يرغب بالزيادة وذكر الائمة أنه لو كان المشتري معينا بأن قال بع كذا من فلان بمائة لم يجز أن يبيع بأكثر منها وكان المعنى فيه أنه ربما يقصد إرفاقه ولو قال بع كذا ولا تبعه بأكثر من مائة لم يبع بالأكثر ويبع بها وبما دونها ما لم ينقص عن ثمن المثل ولو قال بع بمائة ولا تبعه بمائة وخمسين فله أن يبيع بما فوق المائة دون المائة والخمسين ولا يبيع بالمائة والخمسين وفيما فوق ذلك وجهان عن ابن سريج (أصحهما) المنع لأنه لما نهى عن زيادة خمسين فعن ما فوقها أولى وكذلك في طرف الشراء لو قال اشتر بمائة له أن يشتري بما دونها إلا إذا نهاه ولا يشتري بما فوقها ولو قال اشتر بمائة ولا تشتري بخمسين يجوز أن يشتري بما بين المائة والخمسين ولا يشتري بخمسين وفيما دونها الوجهان (الثالثة) لو قال بعه إلى أجل وبين قدره أو قلنا لا حاجة إلى البيان وحملناه على المعتاد فخالف وباع حالا نظر إن باعه بما يساويه حالا لم يصح لأنه يكن ناقصا عن ما أمر به فان ما يشتري به الشيء نقدا أقل مما يشتري به نسئة ولو باعه بما يساويه إلى ذلك الأجل حالا نظر إن كان في وقت لا يؤمن فيه من نهب أو سرقة أو كان لحفظه مؤنة في الحال لم يصح أيضا وإن لم يكن شيء من ذلك

[48]

فوجهان (أحدهما) المنع أيضا فانه ربما كان يحتاج إلى الثمن في ذلك الوقت ويخاف من التعجيل خروجه في نفقته (وأصحهما) على ما ذكره في التهذيب الجواز لأنه زاد خيرا ولا فرق فيما ذكره بين ثمن المثل عند الإطلاق وبين ما يقدره من الثمن بأن قال بع بمائة نسئة نقدا كما صور في الكتاب ولو قال بع بكذا إلى شهرين فباعه إلى شهر ففيه وجهان ولو قال اشتر حالا فاشتره مؤجلا نظر إن اشتره بما يرغب به فيه حالا إلى ذلك الأجل فوجهان كما في طرف البيع (وجه) الجواز ما مر (وجه) المنع أنه ربما يخاف هلاك المال وبقاء الدين في ذمته قال أبو سعيد المتولي هذا إذا قلنا ان مستحق الدين المؤجل إذا عجل حقه يلزمه القبول (أما) إذا قلنا لا يلزمه القبول لا يصح الشراء ههنا للموكل بحال وذكر هو وغيره تخريجا على المسألة التي نحن فيها أن الوكيل بالشراء مطلقا لو اشترى نسئة

بشمن مثله جاز لانه زاد خيرا والموكل بسبيل من تفريع ذمته بالتعجيل (وقوله) في الكتاب لان التفاوت فيه نسيئة اختلاف الجنس أي في النقد ونسيئة وانما يشبهه باختلاف الجنس لما بين الدين والعين أو بين الحال والمؤجل من شدة اختلاف الاغراض وهذا توجيه وجه المنع في صورتي البيع والشراء ولذلك عقبه بقوله ولا خلاف أنه لو قال بع بألف درهم فباع بألف دينار لم يجر وانما كان كذلك لان المأني به ليس هو المأمور به ولا هو مشتمل على تحصيل ما أمر بتحصيله والوكيل متصرف بالاذن فإذا عزل عن المأذون فيه لغا تصرفه وأما قوله وفيه احتمال فقد أورد القاضي ابن كج نحواً منه وليس له

[49]

ذكر في الوسيط ولا في كتاب الامام رحمه الله تعالى ويمكن توجيهه بأنا عرفنا بالتوكيل رغبته في البيع ومن رغب في البيع بالدرهم فهو في البيع بمثل عددها من الدينار أرغب هذا هو العرف الغالب وكما أن البيع بالدينار غير المأذون فيه وهو البيع بالدرهم كذلك اللبيع بالمائتين غير المأذون فيه وهو البيع بالمائة ألا ترى أنه لو قال بعتك بمائة درهم لم يصح القبول بمائتي درهم كما لا يصح بمائتي دينار فإذا صحنا البيع بالمائتين اعتماداً على العرف فكذلك البيع بالدينار وعلى هذا الاحتمال فالبيع بعرض يساوي مائتي دينار يشبه أن يكون كالبيع بمائة دينار. قال (ولو سلم إليه دينارا ليشتري شاة فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما دينارا وباع احدهما بدينار ورد الدينار والشاة فقد فعل هذا عروة البارقي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا له فهو صحيح على أسد القولين. وفي بيع الشاة خلاف ظاهر. وتأويل الحديث أنه لعله كان وكيلاً مطلقاً). صور المسألة أن يسلم دينارا إلى وكيله ليشتري له شاة ووصفها فاشترى الوكيل شاتين بتلك الصفة بدينار فينظر إن لم تساوي كل واحدة منهما دينارا لم يصح الشراء للموكل وإن زادت معا على الدينار لانه ربما يبغي شاة تساوي دينارا فان كانت كل واحدة منهما تساوي دينارا فقولان (أصحهما) صحة الشراء وحصول الملك فيهما للموكل لانه اذن له في شراء شاة بدينار فإذا اشترى شاتين كل واحدة منهما تساوي دينارا بدينار فقد زاد خيرا مع تحصيل ما طلبه الموكل فأشبه ما إذا أمره ببيع شاة

[50]

بدرهم فباعها بدرهمين أو يشتري شاة بدرهم فاشترى بها نصف درهم (والثاني) أنه لا تقع الشاتان معا للموكل لانه لم يأذن الا في شراء واحدة ولكن ينظر ان اشترى في الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار والاخرى للوكيل ويرد على الموكل نصف دينار وللموكل أن ينزع الثانية منه ويقرر العقد فيهما لانه عقد العقد له وان اشترى بعين الدينار فكأنه اشترى واحدة باذنه واخرى بغير اذنه فينبى على أن العقود هل تتوقف على الاجازة (ان قلنا) لا تتوقف بطل العقد في واحدة وفي الثانية قولا تفريق الصفة (وان قلنا) تتوقف فان شاء الموكل أخذها بالدينار وان شاء اقتصر على واحدة ورد الاخرى على المالك والقول في وضعه مشكل لان تعيين واحدة للموكل أو بطلان العقد فيهما ليس باولى من الاخرى

والتخيير مشبه بما إذا باع شاة من شاتين على أن يتخير المشتري وهو باطل ونقل الامام رحمه الله تعالى فيما إذا اشترى في الذمة قولاً ثالثاً وهو أن الشراء لا يصح للموكل في واحدة منهما بل يقعان للوكيل وإذا قلنا بصحة الشراء فيهما للموكل فلو باع الوكيل أحدهما عن غير إذن الموكل ففي صحة البيع قولان عن ابن سريج (أحدهما) المنع لأنه لم يأذن في البيع فاشبه ما إذا اشترى شاة بدينار ثم باعها بدينارين (والثاني) أنه يصح لأنه إذا جاء بالشاة فقد حصل مقصود الموكل فلا فرق فيما زاد بين أن يكون ذهباً أو غيره وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة بدينار وباعها بدينارين ويقال هذا الخلاف هو بعينه القولان في بيع الفضولي فعلى القول الجديد يلغو وعلى القديم ينعقد موقوفاً على اجازة

[51]

الموكل واعلم أن صورة المسألة شراءً وبيعاً قد نقل في حديث عروة الباقي وهو مذكور في أول البيع في مسألة الفضولي واحتج بهذا الحديث لكل واحد من القولين في أصل المسألة أما للقول الاصح فلان النبي صلى الله عليه وسلم فرره على شرائهما وألزم العقد فيهما وأما للقول الثاني فلان الشاتين لو وقعتا للنبي صلى الله عليه وسلم لما باع أحدهما قبل مراجعته لان الانسان لا يبيع مال الغير كيف وقد سلم وتصرف الفضولي وان حكم بانعقاده فلا كلام في أنه ليس له التسليم قبل مراجعة المالك واجازته فلما باع أحدهما دل على أنها دخلت في ملكه وقد يقال هب أن واحدة منهما ملكه لكنها لاتتبع ما لم يختر الموكل واحدة منهما أو جرى فيهما اصطلاح في ذلك وإذا لم تكن التي ملكها معينة فكيف يبيع واحدة منهما على التعيين ثم القائلون بالقول الاول والاحتجاج الاول احتج من ذهب منهم إلى صحة بيع احدي الشاتين بالحديث ومن منع حمل القضية على أن عروة كان وكيلاً مطلقاً من جهة النبي صلى الله عليه وسلم في بيع أمواله إذا رأى رأى المصلحة فيه ولكن في هذا التأويل بحث لانه ان كان قد وكله في بيع أمواله وما سيملكه وقع في الخلاف المذكور في التوكيل ببيع ما سيملكه الا أن يقال ذلك الخلاف فيما إذا خصص ببيع ما سيملكه بالتوكيل أما إذا حصل تابعا لامواله الموجودة في الحال فيجوز وهذا كما أنه لو قال وقفت على من سيولد من أولادي لا يجوز ولو قال على أولادي ومن سيولد لي جاز.

[52]

(فرع) لو قال بع عبدي بمائة درهم فباعه بمائة درهم وعبد أو ثوب يساوي مائة درهم فعن ابن سريج أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين وأولى بالمنع لانه عدل عن الجنس الذي أمره بالبيع به ان منع فيمتنع في القدر الذي يقابل غير الجنس وهو الصنف أم في الجمع كيلا تتفرق الصفة فيه قولان (ان قلنا) في ذلك القدر خاصة ففي التتمة أنه لاخبار للبايع لانه إذا رضى ببيع الجميع بالمائة كان ارضى ببيع النصف بها وأما المشتري ان لم يعلم كونه وكيلا بالبيع بالدرهم فله الخيار فان علمه فوجهان لشروعه في العقد مع العلم بان بعض المعقود عليه لا يسلم له. قال (السادسة) الوكيل بالخصومة لا يفر على موكله كما لا يصالح. ولا يبرئ

الوكيل بالصلح عن الدم على خمر إذا فعل حصل العفو كما لو فعله الموكل. ولو صالح على خنزير ففيه تردد. والوكيل بالشراء الفاسد لا يستفيد به الصحيح فلا معنى لو كاتنه. وليس للوكيل بالخصومة ان يشهد لموكله الا إذا عزل قبل الخوض في الخصومة ثم شهد. وان كان قد خاض لم يقبل لانه متهم بتصديق نفسه وإذا وكل رجلين بالخصومة فهل لكل واحد الاستبداد وجهان). قال الشارح في أول هذه الصورة وفي آخرها مسائل تتعلق بالتوكيل بالخصومة في خلالها ما لا يتعلق بالخصومة ونحن نستوفي ما يتعلق بالخصومة ثم نذكر المدرج في مسائلها أما ما يتعلق بالخصومة فثلاث مسائل (احداها) الوكيل بالخصومة من جهة المدعى يدعى ويقوم البينة ويسعى في تعديلها

[53]

ويحلف ويطلب الحكم والقضاء ويفعل ما يقع وسيلة إلى الاثبات والوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه ينكر ويطعن في الشهود ويسعى في الدفع بما يمكنه ولو أقر وكيل المدعى بالقبض أو الابرأء أقبول الحوالة أو المصالحة على مال أو بأن الحق مؤجل أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق المدعى لم يقبل سواء أقر في مجلس الحكم أو غيره وبهذا قال أحمد وقال أبو حنيفة تقبل إذا أقر في مجلس الحكم وسلم أنه لا يقبل في دعوى النكاح والطلاق والقصاص والعفو (ولنا) القياس على ما سلمه وأيضا فانه لا يصلح ولا يبرئ لان اسم الخصومة لا يتناولهما فكذلك الاقرار ثم وكيل المدعى إذا أقر بالقبض أو الابرأء اعزل عن الوكالة وان لم يلزم اقراره الموكل وكذلك وكيل المدعى عليه إذا أقر بالحق لانه بعد الاقرار ظالم في الخصومة بزعمه وأطلق القاضي ابن كج وجهين في أنه هل تبطل وكالته بالاقرار وهل يشترط في التوكيل بالخصومة بيان من يخاصم. معه. (فرع) نقل في النهاية أن الوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه لا يقبل منه تعديل بينة المدعى لانه كالاقرار في كونه قاطعا للخصومة وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار وقال المصنف في الوسيط لاشك أن تعديله وحده لا ينزل منه منزلة اقرار الموكل بعد التهم لكن رده مطلقا بعيد لان التعديل غير مستفاد من الوكالة إلا أن يوجه بأنه بالتعديل مقصر في الوكالة وتارك حق النصح (الثانية) تقبل شهادة الوكيل على موكله ولموكله في غير ما هو وكيل فيه كما لو شهد له بعبد وقد وكله ببيع

[54]

دار وان شهد فيما هو وكيل فيه نظر إن كان ذلك قبل العزل لم تقبل لانه يثبت لنفسه محل ولاية التصرف وان كان بعده فان كان قد خاصم فه لم تقبل أيضا لانه متهم بتمشية قوله واطهار الصدق وإن لم يخاصم فوجهان (أحدهما) لاتقبل كما لو شهد قبل العزل (وأصحبهما) ويحكى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه تقبل لانه ما انتصب خصما ولا يثبت لنفسه حقا فأشبهه ما لو شهد قبل التوكيل هذه هي الطريقة المشهورة وقال الامام رحمه الله تعالى قياس المراوزة أنه يعكس فيقال إن لم يخاصم تقبل شهادته وإن كان قد خاصم فوجهان ورأى هذا التفصيل فيما إذا جرى الامر على تواصل فأما إذا طال الفصل فالوجه القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه

ويجوز أن يعلم لما ذكرنا قوله في الكتاب ثم يشهد - بالواو - (وقوله) فإن كان قد خصم إلى آخره في حكم المكرر لان فيما قبله ما يعني عنه (الثالثة) لو وكل رجلين بالخصومة ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما (فأصح) الوجهين أن كل واحد منهما لا يستقل بها بل يتساويان ويتناصران كما لو وكل رجلين ببيع أو طلاق أو غيرهما أو وصى إلى رجلين (والثاني) أن لكل واحد منهما الاستقلال لعسر الاجتماع على الخصومة ويقرب منهما الوجهان فيما إذا وكل رجلين بحفظ متاع فعلى الاصح لا ينفرد واحد منهما بحفظه بل يحفظانه في حرز بينهما وعلى الثاني ينفرد به كل منهما فان قبل القسمة قسم ليحفظ كل واحد منهما بعضه واعلم أنه إذا ادعى عند القاضي أنه وكيل فلان في خصومة فلان فان كان المقصود بالخصومة حاضرا وصدقة ثبتت الوكالة وله مخاصمته

[55]

وإن كذبه فأقام البينة على الوكالة ولا يحتاج أن يدعى حقا لموكله وإن كان غائبا وأقام المدعى البينة على الوكالة سمعها القاضي وانبعها ولا يعتبر حضور المقصود بالخصومة في اثبات الوكالة خلافا لابي حنيفة رحمه الله تعالى حيث قال لا تسمع البينة الا في وجه الخصم قال الامام رحمه الله تعالى هو بناء على امتناع القضاء على الغائب ثم حكى عن القاضي الحسين أنه لا يد وان ينسب القاضي مسخرا بنوب عن الغائب ليقيم المدعى البينة في وجهه ثم استبعده وقال لا أعرف لهذا أصلا فهما فيه من مخالفة الاصحاب وحكى ايضا عنه أن القضاة اصطلاحوا على أن من وكل في مجلس القاضي وكيفا بالخصومة يختص التوكيل بالخصومة في ذلك المجلس وقال الامام رحمه الله تعالى والذي نعرفه للاصحاب أنه يخاصمه في ذلك المجلس وبعده ولا نعرف للقضاة العرف الذي ادعاه. (فرغ) وكل رجلا عند القاش بالخصومة عنه وطلب حقوقه فللوكيل أن يخاصم عنه مادام حاضرا اعتمادا على العيان فإذا غاب وأراد الوكيل الخصومة عنه بناء على اسم وسبب يذكره فلا بد من اقامة البينة على أن فلان بن فلان وكله أو على أن الذي وكله هو فلان ابن فلان ذكره أصحابنا العراقيون والشيخ أبو عاصم العبادي وعبارة العبادي أنه لا بد وأن يعرف الموكل شاهدان يعرفهما القاضي ويثق بهما في أدب مختصر صفة القضاة ووراء ذلك شيئا (أحدهما) روى الامام رحمه الله

[56]

تعالى عن القاضي الحسين أن الحكام عادتهم التساهل في هذه البينة بالعدالة الظاهرة وترك البحث والاستزكاء تسهيفا على الغرماء (والثاني) قال القاضي أبو سعيد يمكن أن يكتفى بمعرفة واحد إذا كان موثوقا به كما ذكر الشيخ أبو محمد أن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها يحصل بمعرف واحد لانه اخبار وليس بشهادة وأما ما أدرجه في خلال مسائل الخصومة فمسألتان (احدهما) لو وكله الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل بنفسه وهذا لان في الصلح على الخمر وان كان فاسدا فيما يتعلق بالعوض ولكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص فيصح التوكيل فيما لو فعله بنفسه ليصح لا أنا نصح التوكيل في العقد

الفاسد ولو وكله بالصلح عن القصاص على خمر فصالح على خنزير ففيه جوابان عن ابن سريج أشبههما أنه لغو ويبقى القصاص على ما كان لانه مستند بما فعل غير موافق لأمر الموكل (والثاني) أنه كما لو عفا على خمر لان الوكالة بالصلح ثابتة والخمر لا تثبت وإن ذكرت وإنما ثبتت الدية فلا فرق فيما يصح ويثبت بين أن يذكر الخمر أو الخنزير وعلى هذا لو صالح على ما يصلح عوضا وعلى الدية نفسها يجوز ولا خلاف في أنه لو أجرى هذا الاختلاف

[57]

بين الموجب والقابل في المصالحة يلغو لعدم انتظام الخطاب والجواب ولو وكله بأن يخالغ زوجته على خمر فخالغ على خمر أو خنزير فعلى ما ذكرنا في الصلح عن الدم (الثانية) لو وكله ببيع أو شراء فاسد مثل أن يقول بع أو اشتر إلى وقت العطاء أو قدوم زيد لم يملك الوكيل العقد الصحيح لان الموكل ما أذن فيه ولا الفاسد لان الشرع ما أذن فيه وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يملك الصحيح. قال (السابعة) إذا سلم إليه ألفا وقال اشتر بعينه شيئا فاشترى في الذمة لم يقع عن الموكل. وإن قال اشتر في الذمة وسلم الألف فاشترى بعينه ففي صحته وجهان). لو سلم إليه ألفا وقال اشتر كذا بعينه فاشترى في الذمة لينقذ ما سلمه إليه في ثمنه لم يصح الشراء للموكل لانه أمره بعقد ينفس لو تلف ما سلمه اليه وقد لا يريد لزوم ألف آخر والوكيل أبى العقد لا يفسخ لو تلف ما سلم إليه ويلزم الرد ولو قال اشتر في الذمة وسلم هذا في ثمنه فاشترى بعينه فوجهان (أحدهما) أنه يصح للموكل لانه زاد خيرا حيث عقد على وجه لو تلف المسلم إليه لم يلزمه شيء آخر (وأصحهما) المنع لانه ربما يريد حصول ذلك المبيع لو سلم ما يسلمه إليه أو تلف ولو سلمه

[58]

إليه وقال اشتر كذا ولم يقل بعينه ولا قال في الذمة فوجهان (أحدهما) أنه كما لو قال اشتر بعينه لان قرينة التسليم تشعر به (وظهرهما) ان الوكيل يتخير بين ان يشتري بعينه أو في الذمة لانه على النقد يرين يكون اتيانا بالمأمور ويجوز ان يكون عرضه من تسليمه إليه مجرد انصرافه إلى ثمن ذلك الشيء. قال (ثم الوكيل مهما خالف في البيع بطل تصرفه. ومهما خالف الشراء بعين مال الموكل فكمثل. فان اشترى في الذمة وقع عن الوكيل الا إذا صرح بالاضافة إلى الموكل ففي وقوعه عن الوكيل وجهان). لما تكلم فيما اراد من صور مخالفة الوكيل الموكل وموافقته بين حكم البيع والشراء إذا وقعا مخالفين لأمر الموكل اما البيع فإذا قال بع هذا العبد فباع عبدا آخر فهو باطل لان المالك لم يرض بازالة ملكه عنه واما الشراء فان وقع بعين مال الموكل فهو كالبيع أو اشترى في الذمة نظر ان لم يسم الموكل فهو واقع عن الوكيل لان الخطاب جامعة وإنما ينصرف إلى الموكل بشرط كونه موافقا لادنه فاما إذا لم يوافق لغت النية وكان كأجنبي يشتري لغيره بالذمة وهذا كله جواب على الجديد في منع وقف العقود والغاء تصرف الفضولي واما على القديم فسيبيل الوكيل فيه سبيل الاجانب يتوقف الشراء في الذمة

[59]

على اجازته ان شاء وقع عنه والا فعن الوكيل وكذا القول في مخالفة الموكل في البيع على ما ذكرنا في اول البيع وكذا الشراء بعين ماله والبيع ينعقدان موقوفان على ذلك القول فيجوز ان يعلم قوله وقع عن الوكيل وقوله بطل تصرفه - بالواو - وكذلك القول وان سمي الموكل فوجهان (احدهما) انه يبطل العقد راسا لانه صرح باضافته إلى الموكل وامتنع ايقاعه عنه فيلغو (واظهرهما) يقع عن الوكيل وتلغو تسمية الموكل وهذا لان تسمية الموكل غيره معتبرة في الشراء فإذا سماه ولم يمكن صرف العقد إليه صار كأنه لم يسمه هذا فيما إذا قال البائع بعث منك وقال المشتري اشتريته لفلان يعنى موكله (اما) إذا قال البائع بعث من فلان يعنى موكله وقال المشتري اشتريت لفلان يعنى موكله فظاهر المذهب بطلان العقد لانه لم تجر بينهما مخاطبة وبفارق النكاح حيث يقع من الزوج ووكيل الزوج على هذه الصيغة بل لا يجوز الا كذلك لان للبيع احاما تتعلق بمجلس العقد كالخيار وغيره وتلك الاحكام انما يمكن الاعتبار فيها بالمتعاقدين فاعتبر جريان الخطابية بينهما والنكاح سفارة مخضنة. (فرع) في فتاوى القفال ان وكيل المتهم بالقبول يجب ان يسمى موكله والا وقع عنه لجريان الخطاب معه ولا ينصرف بالنية إلى الموكل لان الواهب قد يقصده بالتبرع بعينه وما لكل اخذ تسمح النفس بالتبرع عليه ويخالف الشراء فان المقصود فيه حصول العوض.

[60]

قال (الحكم الثاني للوكله العهد في حق الوكيل. ويده يد امانه في حق الموكل حتى لا يضمن سواء كان وكيلًا يجعل أو بغير جعل. ثم ان سلم إليه الثمن فهو مطالب به مهما وكل بالشراء. وان لم يسلم الثمن وتنكر البائع كونه وكيلًا طالبه. وان اعترف بوكالته ففيه ثلاثة اوجه. والظاهر انه مطالب به دون الموكل. وفي الثاني مطالب الموكل دونه. وفي الثالث مطالبهما. ثم ان طولب الوكيل فالصحيح رجوعه على الموكل. وكذلك لو تلف الثمن في يده بعد ان خرج ما اشتراه مستحقا فالمستحق مطالب البائع. وفي مطالبته الوكيل والموكل هذه الالوجه. وكذا الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن وتلف في يده فخرج المبيع مستحقا فرجع المشتري بالثمن على الوكيل أو على الموكل ففيه هذا الخلاف). ترجم الحكم بالعهد لانه قد مر على الكلام في العهدة اصل اخر جعله في الوسيط حكما براسه واشتغل الحكم على مقصودين (احدهما) ان يد الوكيل يد امانه فلو تلف المال في يده من غير تصرفه فلا ضمان عليه سواء كان وكيلًا يجعل أو بغير جعل وان تعدي فيه كان ركب الدابة أو

[61]

ليس الثوب ضمن وهل ينعزل عن الوكالة فيه وجهان (احدهما) نعم لانها امانه فترجع بالتعدي كالوديعة (واصحهما) لا وبه قطع بعضهم لان الوكالة امانه واذن في التصرف والامانة حكم يترتب عليه فلا يلزم من ارتفاع هذا الحكم بطلان أصل العقد وهذا كما ان الرهن لما كان القصود منه التوثيق ومن حكمه الامانة لا يلزم من الارتفاع حكم الامانة فيه بطلان أصل الرهن وتخالف الوديعة فانها ائتمان محض فلا تبقى مع التعدي فعلى هذا يصح تصرفه وإذا باع وسلم زال عنه الضمان لانه اخرج من يده باذن الملك وهل يزول الضمان بمجرد البيع فيه (احدهما) نعم لزوال ملك الموكل بالبيع (واصحهما) لا لانه ربما يرتفع العقد بتلفه قبل قبض المشتري فيكون التلف على ملك الموكل والتمن الذي يقبضه لا يكون مضمونا على لانه لم يتعد فيه ولو رد المشتري المبيع عليه بعيب عاد الضمان ولو دفع لوكيله دراهم ليشتري بها طعاما مثلا فتصرف فيها على ان تكون قرصا عليه صار ضامنا وليس له ان يشتري للموكل بدراهم نفسه ولا في الذمه ولو فعل كان ما اشتراه له دون الموكل وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى تكون للموكل ولو عادت الدراهم التي انفقها إلى يده فاراد ان يشتري بها للموكل فهو على الخلاف المذكور في ان الوكيل هل ينعزل بالتعدي والاصح انه لا ينعزل ولا يكون

[62]

ما اشتراه مضمونا عليه لانه لم يتعد فيه ولو رد ما اشتراه بعينه واسترد الثمن عاد مضمونا عليه ومتى طالب الموكل الوكيل برد ماله فعليه ان يخلي بينه وبينه فان امتنع صار ضامنا كالمودع (المقصود الثاني) الكلام في العهده ونقدم عليه اصلين (احدهما) الوكيل بالشراء إذا اشترى لموكله ما وكله بشراة فالملك يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل ام يثبت للموكل ابتداء فيه وجهان لابن سريج (احدهما) وبه قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى انه يثبت للوكيل اولا ثم ينتقل إلى الموكل لان الخطاب جرى معه واحكام العقد تتعلق به (واصحهما) انه يثبت للموكل ابتداء كما لو اشترى الاب للطفل يثبت الملك للطفل ابتداء ولانه لو ثبت للوكيل لعنق عليه ابوه إذا اشتراه لموكله ولا يعتق (الاصل الثاني) ان احكام العقد في البيع والشراء تتعلق بالوكيل دون الموكل حيث تعتبر رؤيه الوكيل دون الموكل وتلزم بمفارقة الوكيل مجلس العقد ولا تلزم بمفارقة الموكل ان كان حاضرا فيه وتسليم رأس المال في السلم والتقابض حيث يشترط التقابض يعتبران قبل مفارقه الوكيل والفسخ بخيار المجلس وخيار الرؤية ان اثبتناه ثبت للوكيل دون الموكل حتى لو اراد الموكل الاجازه كان للوكيل ان يفسخ ذكره في التتمه وفرق بينه وبين خيار العيب حيث قلنا لا رد للوكيل إذا رضى الموكل بمالا يكاد تسكن النفس إليه إذا تقرر ذلك ففي الفصل مسائل (احدهما) إذا اشترى الوكيل بثمن معين نظر ان كان في يده طالبه البائع به والا فلا وإذا اشترى في الذمه فان كان الموكل قد سلم

[63]

إليه ما يصرفه إلى الثمن طالبه البائع وان لم يسلمه نظر ان انكر كونه وكيفا أو قال لا ادري هل هو وكيل طالبه به وان اعترف بوكالته فمن الذي

يطالبه البائع بالثمن فيه ثلاثة اوجه (احدهما) ان المطالب الوكيل لا غير لان احكام العقد تتعلق به والالتزام وجد منه (والثاني) ان المطالب الموكل لا غير لان العقد له والوكيل سفير ومعبر (والثالث) انه يطالب من شاء منهما نظر إلى المعين وهذا اظهر عند صاحب التهذيب والامام وغيرهما وان رجح صاحب الكتاب الاول. (التفريع) ان قلنا بالاول فهل الوكيل مطالبة الموكل قبل ان يغرم فيه وجهان لان بعضهم قال يثبت الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل مثله على الموكل بناء على ان الوكيل يثبت له الملك ثم ينتقل الموكل فعلى هذا للوكيل مطالبة بما ثبت له وان لم يؤد ما عليه وقال آخرون ينزل الوكيل منزله المحال عليه الذي لادين عليه فعلى هذا ففى رجوعه قبل الغرم وجهان كالمحال عليه والاصح المنع وإذا غرم الوكيل للبائع فقياس تنزيله منزله المحال عليه الذي لادين عليه الخلاف المذكور هناك في انه هل في الرجوع كون الاداء بالاذن وبشرط الرجوع وذكر في النهاية ان المذهب القطع بالرجوع والا لخرج المبيع عن ان يكون مملوكا للموكل بالعوض وفي ذلك تغيير لوضع العقد (وان قلنا) بالوجه الثالث فالوكيل كالضامن والموكل كالمضمون عنه فيرجع الوكيل إذا غرم والقول في اعتبار

[64]

شروط الرجوع وفي انه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم كما سبق في الضمان وحكى الامام ان ابن سريج فرع على الخلاف في المسألة فقال لو سلم دراهم إلى الوكيل ليصرفها إلى الثمن الملتزم في الذمة ففعل ثم ردها البائع عليه بعيب (فان قلنا) بالوجه الثاني والثالث فعلى الوكيل رد تلك الدارهم باعيانها إلى الموكل وليس له امساكها وابدالها (وان قلنا) بالوجه الاول فله ذلك لان ما دفعه الموكل إليه على هذا الوجه كانه اقرضه منه لتبراً ذمته فإذا عاد إليه فهو ملكه وللمستقرض امساك ما استقرضه ورد مثله فهو ملكه ولك ان تقول للاخلاف ان للوكيل ان يرجع على الموكل في الجملة وانما الكلام في انه متى يرجع وبأى شئ يرجع وإذا كان ذلك فينتج ان يكون تسليم الدارهم دفعا له وبه التراجع لا اقرضا (المسألة الثانية) الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن اما باذن صريح أو بالاذن في البيع على راي وتلف المقبوض في يده وخرج المبيع مستحقا والمشتري معترف بالوكالة فحق رجوعه بالثمن يكون على الوكيل لانه الذي يتولى القبض وحصل التلف في يده أو على الموكل لان الوكيل سفير وبده وبده أو على من شاء منهما فيه الاوجه الثلاثة السابقة (فان قلنا) حق الرجوع على الموكل فإذا غرم لم يرجع على الوكيل وكذا إذا جعلناه على الوكيل فغرم لا يرجع على الموكل قاله الامام (وان قلنا) يرجع على من شاء منهما فتلاثة اوجه (اشهرها) انه ان غرم للموكل لم يرجع على الوكيل وان غرم الوكيل رجح على الموكل لان الموكل قد غر الوكيل

[65]

والمغرور يرجع على الغار دون العكس (والثاني) ان واحدا منهما لا يرجع على الاخر اما الموكل فلانه غارم واما الوكيل فلحصول التلف في يده (والثالث) ان الموكل يرجع على الوكيل دون العكس لحصول التلف في يد

الوكيل والذي يعنى به من هذه الاختلافات ان المشتري يغرم من شاء منهما والقرار على الموكل ولذلك اقتصرنا على هذا الجواب في عزل الراهن وان كان يطرد فيه الخلاف (الثالثة) وهى مقدمة على الثانية في الكتاب الوكيل بالشراء إذا قبض المبيع وتلف في يده ثم تبين انه كان مستحقا لغير البائع فللمستق مطالبة البائع بقيمة المبيع أو مثله لانه غاصب ومن يده خرج المال وفى مطالبة الوكيل والموكل الواجه الثلاثة قال الامام رحمه الله تعالى والا قيس في المسالتين انه لا رجوع له الا على الوكيل لحصول التلف عنده ولانه إذا ظهر الاستحقاق بان فساد العقد وصار الوكيل قابضا ملك الغير بغير حق ويجرى الخلاف في القرار في هذه الصورة ايضا (الرابعة) ولم يذكرها في الكتاب الوكيل بالبيع إذا باع بثمن في الذمة واستوفاه ودفعه إلى الموكل فخرج مستحقا أو معيبا ورده فللموكل ان يطالب المشتري بالثمن وله ان يرغم الوكيل لانه صار مسلما للمبيع قبل اخذ عوضه وفيما يرغمه وجهان (احدهما) قيمة العين لانه فوت عليه العين (والثانى) الثمن لان حقه انتقل من العين إلى الثمن بالبيع فان قلنا بالاول فإذا اخذ منه القيمة طالب الوكيل المشتري بالثمن فإذا اخذ

[66]

دفعه إلى الموكل واسترد القيمة (الخامسة) دفع إليه دراهم ليشتري بعينها عبدا ففعل وتلف في يده قبل التسليم انفسخ البيع ولا شئ على الوكيل وان تلف قبل الشراء ارتفعت الوكالة ولو قال اشتر في الذمة واصرفها إلى الثمن الملتزم فتلف في يد الوكيل بعد الشراء لم ينفسخ العقد لكنه ينقلب إلى الوكيل ويلزمه الثمن أو يبقى للموكل وعليه ان ياتي بمثلها فيه وجهان قال الفقهاء ووجه ثالث يحتمل وهو ان يعرض الحال على الموكل فان رغب فيه واتى بمصل تلك الدراهم فالشراء له والا وقع للوكيل وعليه الثمن ولو تلف قبل الشراء لم ينعزل فان اشترى للموكل فيقع له ام للوكيل فيه الوجهان (وقوله) في الكتاب فالصحيح رجوعه به على الموكل ليس الوجه الاخر انه لا يرجع اصلا وانما الخلاف في انه هل يشترط الرجوع بشرط الرجوع وكون الاداء بالاذن كما تقدم (وقوله) لو تلف الثمن في يده بعد ان خرج ما اشتراه الجمع بين اللفظين موحش فالوجه ان تطرح لفظه ما اشتراه. (فرع) إذا اشترى الوكيل شراء فاسدا وقبض وتلف المبيع اما في يده أو بعد تسليمه إلى الموكل فللماكل مطالبته بالضمان ثم هو يرجع على الموكل ولو ارسل رسولا ليستقرض له فاستقرض فهو وكيل كوكيل وفى مطالبته المشتري ما فى مطالبة وكيل المشتري بالثمن والظاهر انه يطالب ثم إذ اغرم رجع على الموكل. قال (الحكم الثالث للوكالة الجواز من الجانبين فينعزل بعزل الموكل اياه في حضرته وكذا في غيبته (ح) قبل بلوغ الخبر في اقيس القولين. كما ينعزل ببيع الموكل واعتاقه. ينعزل بعزل نفسه. وبرده الوكالة. وجوده مع العلم رد لها. ومع الجهل أو لغرض في الاخفاء ليس برد. وينعزل

[67]

بخروج كل واحد منهما عن اهلية كالموت والجنون. وكذا الاغماء على الاظهر. وفى انعزال العبد بالعتق والكتابة والبيع خلاف. لخروجه عن اهلية

الاستخدام. والامر في حقه منزل على الخدمة). الوكالة جائزة من جانب الموكل والوكيل جميعا لانها اذن وانابة وقد يبدو للموكل في الامر الذي اناب فيه او في نيابة ذلك الشخص وقد لا يتفرغ له الوكيل فالالزام يصير بهما جميعا ولا ارتفاعهما اسباب (فمنهما) ان يعزله الموكل في حضرته اما بلفظ العزل او بان يقول رفعت الوكالة او فسختها او اخرجته فينعزل سواء ابتدا بالتوكيل او وكل بمسالة الخصم كما إذا سألت المرأة زوجها ان يوكل بالطلاق أو الخلع أو المرتهن الراهن ان يوكل ببيع الرهن أو الخصم الخصم ان يوكل في الخصومة ففعل المسؤول التوكيل وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان التوكيل بمسالة الخصم لم ينعزل وان عزله في غيبته ففي انعزاله قبيل بلوغ الخبر إليه قولان (احدهما) وبه قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى انه لا ينعزل كما ان القاضي لا ينعزل ما لم يبلغه الخبر وحكم الفسخ لا يلزم المسكلفين قبل بلوغ الخبر ولان تنفيذ العزل قبل بلوغ الخبر إليه يسقط الثقة بتصرفه (واصحهما) الانعزال لانه رفع عقد لا يحتاج فيه إلى الرضا فلا يحتاج إلى العلم كالطلاق ولانه لوجن الموكل انعزل الوكيل وان لم يبلغه الخبر وكذا لو وكله ببيع عبد أو اعتاقه ثم باعه الموكل أو اعتقه نفذ تصرفه وانعزل الوكيل وان لم يشعر بالحال ضمنا لنفوذ تصرفه وإذا لم يعتبر بلوغ الخبر في العزل الضمني ففي صريح العزل أولى واما انعزال القاضي فمنهم من طرد الخلاف فيه وعلى التسليم وهو الظاهر فالفرق تعلق المصالح الكلية بعمله وأما الفسخ فلا فرق بينه وبين ما نحن فيه لان حكم الفسخ اما إيجاب امتثال الامر الثاني واما إحراج الاول عن الاعتداد به

[68]

فيما يرجع إلى الايجاب والا لزام ولا يثبت قبل العلم لاستحالة التكليف بغير المعلوم وهذا النوع لا يثبت الوكالة أصلا ورأسا لان امر الموكل غير واجب الامتثال (وأما) النوع الثاني فهو ثابت هناك أيضا قبل العلم حتى يلزمه القضاء ولا تبرأ ذمته بالاول وعن احمد روايتان كالقولين ومن أصحاب مالك اختلاف في المسألة فان قلنا لا ينعزل قبل بلوغ الخبر إليه فالمعتبر اخبار من تقبل روايته دون الصبي والفاسق إذا قلنا بالانعزال فينبغي ان يشهد الموكل على العزل لان قوله بع تصرف الوكيل كنت قد عزلته غير مقبول (ومنها) إذا قال الوكيل عزلت نفسي أو اخرجتها عن الوكالة أو رددت الوكالة انعزل وقال بعض المتأخرين ان كانت صيغة التوكيل بع أو اعتق ونحوهما من صيغ الامر لم ينعزل برد الوكالة وعزله نفسه لان ذلك اذن وإباحة فأشبهه ما إذا أباح الطعام لغيره لا يرتد برد المباح له وقد أورد الامام رحمه الله تعالى هذا الكلام على سبيل الاحتمال ولا يشترط في انعزال الوكيل بعزله نفسه حضور الموكل خلافا لابي حنيفة (ومنها) ينعزل الوكيل بخروجه أو خروج الموكل عن أهلية ذلك التصرف بالموت أو بالجنون الذي يطرأ أو يزول عن قرب حكاية تردد عن صاحب التقريب وضبط الامام موضع التردد بان لا يكون امتداده بحيث تعطل المهمات ويحوج إلى نصب قوام فليتحقق حينئذ بالاغماء وفي الاغماء وجهان (أظهرهما) وبه قال في الكتاب أنه كالجنون في اقتضاء الانعزال (والثاني) وهو الاظهر عند الامام رحمه الله تعالى وبه قال في الوسيط أنه لا يقتضى الانعزال واحتج له بأن المغمي عليه لا يلتحق بمن تولى عليه والمعتبر في الانعزال التحاق الوكيل أو الموكل بمن يولى عليه وفي على الجنون الحجر بالسفه أو الفس في كل تصرف لا ينفذ من السفه والمفلس وكذا

[69]

لو طرأ الرق بأن وكل حربيا فاسترق (ومنها) خروج محل التصرف عن ملك الموكل كما إذا باع العبد الذي وكله ببيعه وقد مر ذلك وإن وكله ببيع شيء آخر ثم أجره قال في التتمة ينعزل الوكيل لان الاجارة ان منعت البيع لم يبق مالكا للتصرف وان لم يمنعه فهو علامة الندم لان من يريد البيع لا يؤجر لقله الرغبات بسبب الاجارة وكذا تزويج الجارية وفي طحن الحنطة الموكل بيعها وجهان (وجه) اقتضائه الانعزال بطلان اسم الحنطة واشعاره بالامساك والعرض على البيع وتوكيل وكيل آخر لا يقتضى الانعزال (ومنها) لو وكل السيد عبده ببيع أو تصرف آخر ثم أعتقه أو باعه ففي انعزله وجهان عن ابن سريج مبنيان على أنه توكيل محقق أو استخدام وأمر (ان قلنا) بالاول ففي الاذن بحاله لانه صار أكمل حالا مما كان (وان قلنا) بالثاني ارتفع الاذن لزوال الملك وعلى الثاني فلو قال عزلت نفسي فهو لغو وفصل بعضهم وقال ان كانت الصيغة وكلتك بكذا ففي الاذن ان أمره به ارتفع الاذن بالعتق والبيع وان حكما ببقاء الاذن في صورة البيع فعليه استئذان المشتري لان منافعه صارت مستحقة له والكتابة كالبيع والاعتاق في جريان الوجهين ولو وكل عبد غيره باذن المالك للعبد فباعه مالكة ففي ارتفاع الوكالة وجهان أيضا وجه الارتفاع بطلان اذنه بزوال ملكه وعلى الثاني يلزمه استئذان المشتري ولو لم يستأذن في صورتين بعد تصرفه لدوام الاذن وان ترك واجبا قال الامام رحمه الله تعالى وفيه احتمال بقى علينا مما في متن الكتاب مسألة غفلنا عنها إلى الآن وهى أن الوكيل لو جحد الوكالة وأنكرها هل يكون ذلك ردا للوكالة روى في الوسيط فيها أوجهها (أصحها) وهو المذكور في الكتاب انه ان كان لنسيان أو غرض في الاخفاء فهو رد ولم أعر على المسألة في النهاية ولكنه أورد قريبا

[70]

من هذه الواجه في انكار الموكل التوكيل هل يكون عزلا أولا (اعلم) أن قولنا ان الجواز من أحكام الوكالة يرير به الوكالة الخالية عن الجعل فأما إذا شرط فيها جعلا معلوما واجتمع شرائط الاجارة وعقد العقد بصيغة الاجارة فهو لازم وان عقد بصيغة الوكالة فيمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها هذا شرح مسائل الكتاب ونختمه بصور نوردها على الاختصار. لو وكل رجلا بالبيع فباع ورد عليه المبيع بعيب أو أمره بشرط الخيار فشرط ففسخ البيع لم يكن له يبعه ثانيا خلافا لابي حنيفة رحمه الله تعالى ولو قال بع نصيبي من كذا أو اقسام مع شركائي أو خذ بالشفعة فانكر الخصم ملكه هل له الاثبات يخرج على الوجهين في أن الوكيل بالاستيفاء هل يثبت ولو قال بع واشترط الخيار فباع مطلقا لم يصح ولو أمره بالمبيع واطلق لم يكن للوكيل شرط الخيار للمشتري وكذا ليس للوكيل بالشراء شرط الخيار للبائع وفي شرطهما الخيار لنفسهما وللموكل وجهان فان اطلاق العقد يقتضى عقدا بلا شرط ولو أمره بشراء عبد أو بيع عبد لم يكن له ان يعقد على بعضه لضرر التبعض ولو فرضت فيه عبطة كما إذا أمره بشراء عبد بألف فاشترى نصفه بأربعمائة ثم نصفه الآخر بأربعمائة فكذلك ولا يتقلب الكل إليه بعد انصراف العقد عنه وفيه وجه ضعيف ولو قال اشتره بهذا الثوب فاشتره بنصف الثوب صح لانه إذا

رضى بزوال كل الثوب في مقابلته فهو بزوال بعضه اشد رضى ولو قال بع هؤلاء العبيد واشترى لي خمسة أعبد ووصفهم فله الجمع والتفريق إذ لا ضرر ولو قال اشترهم صفقة واحدة لم يفرق ولو فرق لم يصح للموكل ولو اشترى خمسة من مالكين لاحدهما ثلاثة وللآخر اثنان دفعة واحدة وصحنا مثل هذا العقد ففي وقوع شرائهم عن الموكل وجهان (أحدهما) وبه قال ابن سريج يقع حملا

[71]

لكلامه على الامر بتمليكهم دفعة واحدة ولو قال بع هؤلاء الا عبد الثلاثة بألف لم يبع واحدا منهم بما دون الالف لجواز أن لا يشتري الباقيان بالباقي من الالف ولو باعه بالف صح ثم هل يبيع الآخرين فيه وجهان (أصحهما) نعم ولو قال بع من عبيدي من شئت أبقي بعضهم ولو واحدا ولو وكله باستيفاء دينه على زيد فمات نظر إن قال وكتلك في طلب حقي من زيد لم يطالب الورثة وان قال بطلب حق الذي على زيد طالبتهم ولو أمره بالبيع نسيئة فباع لم يلزمه التقاضى بعد حلول الاجل ولكن عليه بيان المعامل حتى لا يكون مضيعا لحقه وكذلك لو قال ادفع هذا الذهب إلى صائغ فقال دفعته فطالبه الأمر ببيانه قال القفال عليه البيان ولو امتنع كان متعديا حتى إذا بينه من بعد وكان قد تلف في يد الصائغ يلزمه الضمان قال القفال والاصحاب كانوا يقولون لا يلزمه البيان ولو قال لغيره بع عبدك من فلان بالف وأنا أدفعه اليك فباعه منه قال ابن سريج يستحق البائع الالف على الأمر دون المشتري فإذا غرم الأمر رجح على المشتري ولو قال لغيره اشتر عبد فلان بثوبك هذا أو بدراهمك ففعل حصل الملك للأمر ويرجع المأمور عليه بالقيمة أو المثل وفيه أنه إذا لم يجر شرط الرجوع لا يرجع ومتى قبض وكيل المشتري المبيع وغرم الثمن من ماله لم يكن له حبس المبيع ليغرم الموكل له وفيه وجه ان له الحبس وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى بناء على أن الملك يحصل للوكيل ثم

[72]

ينتقل إلى الموكل ولو وكله باستيفاء دينه من زيد فقال زيد للوكيل خذ هذه العشرة واقض بها ديني عن فلان يعني موكله فاخذها صار وكيل زيد في قضاء دينه حتى يجوز لزيد استردادها مادامت في يد الوكيل ولو تلف عنده بقى الدين بحاله ولو قال زيد خذها عن الذي تطالبني به لفلان فاخذها كان قبضا للموكل وبرئت ذمة زيد وليس له الاسترداد ولو قال خذها قضاء عن دين فلان فهذا محتمل للوجهين جميعا ولو تنازع الموكل وزيد فالقول قول زيد مع يمينه ولو دفع عشرة إلى رجل فقال تصدق بها على الفقراء فتصدق بها ونوى نفسه لغت نيته وكانت الصدقة للأمر ولو وكل عبدا ليشتري نفسه أو مالا آخر من سيده ففي وجه لا يجوز لان يده يد السيد فاشبهه ماله وكل انسانا ليشتري له من نفسه والظاهر الجواز كما يجوز توكيله في الشراء من غير سيده وعلى هذا فعن صاحب التقريب أنه يجب أن يصرح بذكر الموكل فيقول اشترت نفسي منك لموكلتي فلان والا فقله اشترت نفسي صريح في اقتضاء العتق لا يندفع بمجرد النية ولو قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من سيدي ففعل قال صاحب التقريب

يجوز وبشروط التصريح بالاضافة إلى العبد فلو أطلق وقع الشراء للوكيل إذ البائع لا يرضى بعقد يتضمن الاعتراف قبل توفير الثمن ولو قال لغيره أسلم في كذا ورأس المال من مالك ثم ارجع على قال ابن سريج يصح ويكون رأس المال قرضا على الأمر وقيل لا يصح لان الاقراض لا يتم الا بالاقراض ولم يوجد من المستقرض قبض وإذا أبرأ وكيل المسلم المسلم إليه لم يلزم أبرأه الموكل لكن المسلم إليه لو قال لا أعرفك وكيفا وانما

[73]

التزمت لك شيئا فبرأتني عنه نفذ في الظاهر وتعطل بفعله حق المسلم وفي وجوب الضمان عليه قولا الغرم بالحيلولة (والاظهر) وجوبه لكن لا يغرم مثل المسلم فيه ولا قيمته كيلا يكون اعتياضا عن المسلم وانما يغرم له رأس المال حكاه الامام عن العراقيين وشهد له الحسن ورأيت في تعليق الشيخ أبي حامد أنه يغرم للموكل مثل المسلم فيه ولو قال اشترى لي طعاما بكذا نص الشافعي رضى الله عنه أن يحمل على الحنطة اعتبارا بعرفهم قال الرويانى وعلى هذا لو كان بطبرستان لم يجز التوكيل لانه لا عرف فيه لهذا اللفظ عندهم فيكون التوكيل في مجهول ولو قال وكلتك بأبراء غرمتني لم يملك الوكيل ابراء نفسه فان كان قد قال وان شئت تبرئ نفسك فافعل فعلى الخلاف السابق في أنه هل يجوز توكيل المديون بأبراء نفسه ولو قال فرق ثلثي مالي على الفقراء وان شئت أن تضعه في نفسك فافعل فعلى الخلاف فيما إذا أذن للوكيل في البيع من نفسه. (الباب الثالث في النزاع) قال (وهو في ثلاثة مواضع (الاول) في أصل الاذن وصفته وقدره. والقول فيه قول الموكل فإذا اشترى جارية بعشرين فقال ما أذنت إلا في الشراء بعشرة وحلف. فان كان اشتراه بعين مال الموكل وصدقه البائع في أنه وكيل فالبيع باطل وغرم له الوكيل العشرين. وان اشتراه في الذمة واعترف البائع بالوكالة فباطل. وان أنكر البائع الوكالة لم يقبل. فان أنكر الوكالة وبقيت الجارية في يد الوكيل فليتلطف الحاكم بالموكل حتى يقول للوكيل بعتك بعشرين. فان قال إن كنت أذنت لك فقد بعتك بعشرين صح على النص. فان امتنع والوكيل صادق في الباطن فالصحيح أنها لا تحل له ولا يملكها. ولكن له بيعها وأخذ العشرين من ثمنها لانه ظفر بغير جنس حقه. ومن له الحق لا يدعى عين المال فيقطع بجواز أخذه).

[74]

الاختلاف في الوكالة في مواضع (منها) أصل فإذا قال وكلتني في كذا فانكر فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاذن ولو توافقا على العقد واختلفا في الكيفيات أو المقادير كما إذا قال وكلتني ببيع كله أو ببيعه نسيئة أو بشرائه بعشرين وقال الموكل لا بل ببيع بعضه أو ببيع نقدا أو بشرائه بعشرة فالقول قول الموكل أيضا لان الاصل عدم الاذن فيما يدعيه الوكيل والموكل أعرف بحال الاذن الصادر منه ولانه لما كان القول في أصل العقد قوله وجب أن يكون في الصفة والمقدار كذلك كما أن الزوجين إذا اختلفا في عدد الاطلاق كان القول فيه قول الزوج لانهما لو اختلفا في أصله كان القول فيه قوله وفرقوا بينه وبين ما إذا قطع الخياط ثوب غيره

قبا وقال كذلك أمرتني وقال المالك بل أمرتك أن تقطعه قميصا حيث كان القول قول الخياط على قول مع أنهما لو اختلفا في أصل الاذن كان القول قول المالك بان المالك هناك يريد الزام الخياط الارش والاصل عدمه وههنا الموكل لا يلزم الوكيل غرامه وان لزمه الثمن وانما يلزمه بحكم اطلاق البيع على ما سيأتي. إذا تقرر ذلك فلو وكله بشراء حارية فاشتراها الوكيل بعشرين وزعم أن الموكل أذن فيه وقال الموكل ما أذنت إلا في الشراء بعشرة وحلفناه فحلف فينظر في الشراء أكان بعين مال الموكل أم في الذمه إن كان بعين مال الموكل فان ذكر في العقد أن المال لفلان والشراء له فهو باطل لان المال في يده لم يتعلق به حق الغير قبل الشراء فيقبل اقراره فيه وحينئذ يكون العقد واقعا بمال الغير وقد ثبت بيمين من له المال أنه لم ياذن في الشراء الذي باشره الوكيل فيلغو فان لم يذكره في العقد وقال بعد الشراء إنني اشتريت له فان صدقه البائع فالعقد باطل أيضا وإذا بطل الشراء كانت الجارية باقية على ملك البائع وعليه رد ما أخذه وان كذبه البائع وقال إنما اشتريت لنفسك والمال لك حلف على

[75]

نفى العلم بالوكالة وحكم بصحة الشراء للوكيل في الظاهر وسلم الثمن المعين إلى البائع وعزم الوكيل مثله للموكل. وان كان الشراء في الذمة نظر إن لم يسم الموكل ولكن نواه كانت الجارية للوكيل والشراء له ظاهرا وان سماه فان صدقه البائع بطل الشراء لاتفاقهما على كونه للغير وثبت كونه بغير إذنه بيمينه وان كذبه البائع وقال انت مبطل في تسميته فيلزم الشراء الوكيل ويكون كما لو اقتصر على النية أو يبطل الشراء من أصله فيه وجهان سبق ذكرهما في أخوات هذه الصورة (والاظهر) وبه قال أبو إسحق صحته ووقوعه للوكيل وحيث صححنا الشراء وجعلنا الجارية للوكيل ظاهرا وزعمه أنها للموكل قال المزني عن الشافعي رضى الله عنه يستحب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول له ان كنت امرته ان يشتريها بعشرين فقل بعته إياها بعشرين ويقول الآخر قد قبلت فيحل له الفرج قال الاثمة ان أطلق الموكل وقال بعتكها بعشرين وقال الوكيل اشتريت صارت الجارية له ظاهرا وباطنا وان علق كما ذكره المزني ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح البيع للتعليق والتعليق مما حكاه المزني من كلام الحاكم لا من الموكل (وأصحهما) الصحة لانه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط فلا يضر التعرض له كما لو قال هذا زكاة مالى الغائب ان كان سالما يجزئه لانه إنما يقع زكاة عن الغائب بهذا الشرط وسواء أطلق البيع أو علق فلا يجعل ذلك إقرارا بما قاله الوكيل وتكديبا لنفسه وان امتنع الموكل من الاجابة أو لم يرفق الحاكم به نظر ان كان الوكيل كاذبا لم يحل له وطؤها ولا التصرف فيها بالبيع وغيره وان كان الشراء بعين مال الموكل لان الجارية حينئذ تكون للبائع وإن كان الشراء في الذمة ثبت الحل لوقوع الشراء عن الوكيل ضرورة كونه مخالفا للموكل وذكر في التتمة أنه إذا كان كاذبا والشراء بمال الموكل فللوكيل بيعها اما بنفسه أو بالحاكم لان البائع حينئذ يكون أخذ مال الموكل

[76]

لا عن استحقاق وقد غرم الوكيل للموكل فله أن يقول للبائع رد مال الموكل أو اغرمه ان كان تالفا لكنه قد تعذر ذلك بسبب اليمين فله أخذ حقه من الجارية التي هي ماله ولو كان الوكيل صادقا ففيه اوجه (أحدها) ويحكى عن الاصطخرى أنها تكون للوكيل ظاهرا وباطنا حتى يحل له الوطئ وكل تصرف وبه قال أبو حنيفة رحمه الله بناء على أن الملك يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل فإذا تعذر نقله منه بقى على ملكه ومنهم من خص هذا الوجه بما إذا كان الشراء في الذمة ولم يطرده في الحالين واليه مال الامام رحمه الله تعالى (وثانيها) أنه ان ترك الوكيل مخاصمة الموكل فالجارية له ظاهرا وباطنا وكأنه كذب نفسه والا فلا (وثالثها) وهو الاصح أنه لا يملكها باطنا بل هي للموكل وللوكيل الثمن عليه فهو كمن له على رجل دين لم يؤده فظفر بغير جنس حقه من ماله فيجئ الخلاف أنه هل له بيعه وأخذ الحق من ثمنه (والاصح) أن له ذلك ثم مباشر البيع بنفسه أو يرفع الأمر إلى القاضى حتى يبيعه فيه وجهان (الاصح) ههنا أن له بيعها بنفسه لان القاضى لا يحببه إلى البيع ولان المظفور بماله في سائر الصور يدعى المال لنفسه وتسلط غيره عليه قد يستبعد وههنا الموكل لا يدعى المال لنفسه (وإذا قلنا) انه ليس له أن يأخذ الحق من ثمنها فتوقف في يده حتى يظهر مالكها أو يأخذها القاضى ويحفظها فيه وجهان نذكرهما في نظائره. ولو اشترى جارية فقال له الموكل ما وكلتك بشرائها وانما وكلتك بشراء غيرها وحلف عليه بقيت الجارية المشتراه في يد الوكيل ويتلطف كما مر (وقوله) في أول الباب القول فيه قول الموكل اطلاق لفظ الموكل على المشتري في الصورتين بالخلاف في صفة الاذن أو قدره قويم حسن لكنه في صورة الاختلاف في أصل الاذن غير مستحق وكيف ونحن نصدق به أنه غير موكل (قوله) صح على النص المراد منه ما حكيناه من كلام المزني وهو ظاهر في تصحيح البيع

[77]

يأبى عن قبول التأويل المذكور (وقوله) ولكن له بيعها واخذ العشرين من ثمنها معلم - بالواو - لما مر (وقوله) لا يملكها - بالحاء - (وقوله) لانه ظفر بغير جنس حقه اشارة إلى ما ذكرنا من أن الطافر ههنا أولى بالتمكن. (فرع) لو باع الوكيل بالبيع نسيته وقال كنت مأذونا فيه وقال الموكل ما أذنت لك الا في بيعه نقدا فالقول قول الوكيل كما مر ثم لا يخلو اما ان ينكر المشتري الوكالة أو يعترف بها (الحالة الاولى) أن ينكر الوكالة أو يقول إنما عرفت البائع مالكا فالموكل يحتاج إلى البينة فان لم تكن بينة فالقول قول المشتري على نفي العلم بالوكالة فان حلف قرر المبيع في يده والا ردت على الموكل فان حلف حكم ببطلان البيع ولا فهو كما لو حلف المشتري ونكل الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري لا يمنعه من الحلف على التوكيل فإذا حلف عليه فله أن يغرم الوكيل قيمة المبيع أو مثله ان كان مثليا والوكيل لا يطالب المشتري بشئ حتى يحل الاجل مؤاخذه له بموجب تصرفه فإذا حل نظران رجع عن قوله الاول فصدفه الموكل فلا يأخذ من المشتري الا أقل الامرين من الثمن أو القيمة لانه ان كان الثمن أقل فهو موجب عقده وتصرفه فلا يقبل رجوعه فيما يلزم زيادة على الغير وان كانت القيمة أقل فهو الذى غرمها فلا يرجع الا بما غرم لانه قد اعترف آخرافساد العقد فان لم يرجع وأصر على قوله الاول فيطالبه بالثمن بتمامه وان كان مثل القيمة أو أقل فذاك وان كان أكثر فالزيادة في يده للموكل ينكرها فيحفظها أو يلزم دفعها إلى القاضى فيه خلاف مذكور في موضعه وسأل الامام نفسه ههنا وقال إذا أنكر الموكل التوكيل بالبيع نسيته كان

ذلك عزلا للوكيل على رأى فكيف يملك الوكيل بعد استيفاء الثمن وأجاب عنه بأنه إنما استوفى الثمن لان الموكل ظلمه بتغريمه في زعمه واعتقاده والثمن على المشتري ملكه فان كان من جنس حقه فقد ظفر بجنس حقه من مال من ظلمه وان كان من غير الجنس

[78]

فياخذه أيضا ولا يخرج على القولين بالظفر بغير جنس الحق في غير هذه الصورة لان المالك يدعي لنفسه ويمنع الغير عنه والموكل لا يدعى الثمن ههنا وأول مصرف يعرض له التسليم إلى الغارم الوكيل وهذا ما أراد صاحب الكتاب بقوله في مسألة الجارية فيقطع بجواز أخذه والمذهب المشهور تخريجه على الخلاف في ذلك الاصل على ما مر ولك أن تعلم قوله ويقطع بجواز أخذه وعليك أن تعلم أن الظاهر خلافه (الحالة الثانية) أن يعترف المشتري بالوكالة فينظر ان صدقة الموكل فالباع باطل وعليه رد المبيع ان كان ياقيا وان تلف فالموكل بالخيار ان شاء غرم الوكيل لتعديه وان شاء غرم المشتري لتفرغ يده على يد مضمونه وقرار الضمان على المشتري لحصول الضمان في يده (نعم) يرجع بالثمن الذي دفعه إلى الوكيل لخروج المبيع مستحقا وان صدق الوكيل فالقول قول الموكل فان حلف أخذ العين وان نكل حلف المشتري وبقيت له. قال (الثاني في المأذون فإذا قال تصرفت كما أدنت من بيع أو عتق فقال الموكل بعد لم تتصرف فقولان (أحدهما) القول قول الوكيل لانه أمين وقادر على الانشاء والتصرف إليه (والآخر لا فانه اقرار على الموكل ملزم والاصل عدمه. وأما إذا ادعى تلف المال فالقول قوله لانه يبغى دفع الضمان عن نفسه. وكذا إذا ادعى رد المال سواء كان بجعل أو بغير جعل. وذكر العراقيون في تصديق الوكيل بالجعل وجهين). في الفصل مسألتان (الاولى) إذا وكله ببيع أو هبة أو صلح أو طلاق أو إعتاق أو إبراء فقال الوكيل تصرفت كما أدنت وقال الموكل لم تتصرف بعد نظر ان جرى هذا الخلاف بعد انعزال الوكيل لم يقبل قوله إلا ببينة لانه غير مالك للتصرف حينئذ وان وقع قبله فقولان (أحدهما) أنه يصدق

[79]

الوكيل بيمينه لانه ائتمنه فعليه تصديقه ولانه مالك لانشاء التصرف ومن يملك الانشاء يقبل إقراره كالولي المجبر إذا أقر بنكاح موليته وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلا في النكاح إذا اختلف فيه الوكيل والموكل فالقول قول الموكل (والثاني) ان القول قول الموكل لان الاصل عدمه ولان الوكيل مفر عليه بزوال الملك عن السلعة فوجب أن لا يقبل بخلاف ما إذا ادعى الرد أو التلف فانه يبغى دفع الضمان عن نفسه لا إلزام الموكل شيئا وما الاصح من القولين وما كيفيتهما (أما الاول) فكلام أكثر الاصحاب ترجيح تصديق قول الموكل وهو اختيار ابن الحداد ورجحه الشيخ أبو على من جهة القياس (وأما الثاني) فان قول تصديق الموكل منقول عن الشافعي رضى الله عنه في مواضع واختلف الناقلون في القول الآخر فذكر الرويانى وغيره أنه منصوص عليه في الرهن الكبير قال الشيخ أبو على انه مخرج خرج ابن سريح على هذه الطريقة وربما أبدلوا لفظ

القولين بالوجهين وفي المسألة وجه ثالث وهو أن ما يستقل به الوكيل كالطلاق والاعتاق والابراء يقبل ففيه قوله مع يمينه وما لا يستقل كالبيع لا بد فيه من البينة ولو صدق الموكل في البيع ونحوه ولكن قال كنت عزلتك قبل التصرف وقال الوكيل بل كان العزل بعد التصرف فهو كما لو قال الزوج راجعتك قبل انقضاء العدة وقالت انقضت عدتي قبل أن تراجعني ولو قال الموكل قد باع الوكيل فقال الوكيل لم أبيع فان صدق المشتري الموكل حكم بانتقال الملك إليه وإلا فالقول قوله (الثانية) دعوى الوكيل تلف المال مقبول مع يمينه كما في المودع وكذا دعواه الرد على اختلاف ذكرناه في الرهن والظاهر القبول أيضا وقد ذكر صاحب

[80]

الكتاب حكم دعواه الرد مرة في باب الرهن إلا أن لفظه في حكاية طريقة العراقيين هناك جواب على أحد وجهيهما وهو أن الوكيل بالجعل غير مصدق وههنا نص على الوجهين كما ذكرناهما في شرح طريقتهما هناك وقد بينا ثم أن تسويته بين دعوى التلف والرد في نقل الخلاف على خلاف ما أورده الجمهور ولفظه ههنا صالح لما ذكره هناك ولما هو الحق أن يفصل بين قوله وكذا إذا ادعى رب المال عما قبله وكل ما ذكرناه ههنا وهناك فيما إذا ادعى الأمين الرد على من أئتمنه أما إذا ادعى الرد على غيره فقد ذكره صاحب الكتاب في الوديعة وستأتي إن شاء الله تعالى ومن مسائله دعوى القيم الرد على اليتيم الذي كان يقوم بأمره وهي مذكورة في هذا الباب من بعد (ومنها) أن يدعى الوكيل الرد على رسول المالك لاسترداد ما عنده فلا خلاف في أن الرسول إذا أنكر القبض كان القول قوله مع يمينه وأما الوكيل فالمذهب أنه لا يلزمه تصديق الوكيل لأنه يدعى الرد على من لم يئتمنه فليقم البينة وفي وجه عليه التصديق لأنه معترف برسالته ويدرسوله يده فكأنه ادعى الرد عليه. قال (وكذلك لو قال قبضت الثمن وتلف في يدي وكان ذلك بعد التسليم فالقول قوله لان الموكل يريد أن يجعله خائنا بالتسليم قبل الاستيفاء. فأما إذا كان قبل التسليم فالقول فيه قول الموكل والاصل بقاء حقه). إذا وكل وكبلا باستيفاء دين له على إنسان فقال استوفيته وأنكر الموكل نظر إن قال استوفيته وهو قائم في يد فحده فعليه أخذه ولا معنى لهذا الاختلاف ولو قال استوفيته وتلف في يدي فالقول قول الموكل مع يمينه على نفى العلم باستيفاء الوكيل لان الاصل بقاء حقه فلا يقبل قول الوكيل

[81]

والمديون إلا بينة هذا ظاهر المذهب وجعله بعضهم على الخلاف المذكور فيما إذا اختلفا في البيع ونحوه وعلى الاول فإذا حلف الموكل أخذ حقه ممن كان عليه ولا رجوع له على الوكيل لاعترافه أنه مظلوم ولو وكله بالبيع وقبض الثمن أو البيع مطلقا وقلنا الوكيل بالبيع يملك قبض الثمن واتفقا على البيع واختلفا في قبض الثمن فقال الوكيل قبضته وتلف في يدي وأنكر الموكل فهذه مسألة الكتاب وفي معناها ما إذا قال قبضته ودفعته اليك فأنكر الموكل القبض ففي المصدق منهما طريقان (أحدهما) أنه على الخلاف المذكور في البيع وسائر التصرفات (وأظهرهما) أن هذا

الاختلاف ان كان قبل تسليم المبيع فالقول قول الموكل كما في المسألة السابقة وان كان بعد تسليمه فوجهان (أحدهما) الجواب هكذا لان الاصل بقاء حقه (وأصحهما) وبه قال ابن الحداد أن القول قول الوكيل لان الموكل ينسبه إلى الخيانة قبل قبض الثمن ولزوم الضمان والوكيل ينكر فاشبه ما إذا قال للوكيل طالبتك برد الثمن الذي دفعته اليك أو بئس المبيع الذي قبضته فامتنعت مقصرا إلى أن تلف فقال الوكيل لم تطالبني ولم أكن مقصرا فان القول قوله وهذا التفصيل فيما إذا أذن في البيع مطلقا أو حالا فان أذن في التسليم قبل قبض الثمن أو أذن في البيع بئس مؤجل وتنازعا في القبض بعد الاجل فههنا لا يكون خائنا بالتسليم قبل القبض والاختلاف كالاختلاف قبل التسليم فإذا صدق الوكيل فحلف فهل تبرأ ذمة المشتري فيه وجهان (أحدهما) نعم لانا قبلنا قول الوكيل في قبضه الثمن فاكتمى بموجبه (والثاني) لا لان الاصل عدم الاداء وإنما قبلناه من الوكيل في حقه لائتمانه إياه

[82]

وهذا أصح عند صاحب التهذيب والاول عند الامام وعلى الاول فإذا حلف الوكيل وبرأنا المشتري ثم وجد المشتري عيبا فان رده على الموكل وغرم الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعترافه بان الوكيل لم يأخذ شيئا وان رده على الوكيل وغرمه لم يرجع على الموكل والقول قوله مع يمينه في أنه لم يأخذ شيئا ولا يلزم من تصديقنا الوكيل في الدفع عن نفسه بئسنا أن نثبت بها حقا على غيره ولو خرج المبيع مستحقا قال في التهذيب يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لانه دفعه إليه ولا رجوع له على الموكل لما مر ولو اتفقا على قبض الوكيل الثمن فقال الوكيل دفعته إليك وقال الموكل بل هو باق عندك فهو كما لو اختلفا في رد المال المسلم إليه والظاهر أن القول قول الوكيل ولو قال الموكل قبضت الثمن فادفعه لي وقال الوكيل لم أقبضه بعد فالقول قول الوكيل مع يمينه وليس للموكل طلبه الثمن فهو متعد بفعله وللموكل أن يغرمه قيمة المبيع قال (الثالث إذا وكله بقضاء الدين فليشهد فان قصر ضمن بترك الاشهاد. وكذا قيم اليتيم لا يصدق (و) في دعوى رد المال. قال الله تعالى (فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم). ومن يصدق في الرد إذا طول بالرد هل له التأخير بقدر الاشهاد وجهان). ذكر في أول الباب أن نزاع الموكل والوكيل في ثلاثة مواضع (ونالنها) في الوسيط النزاع في القبض وهو ما سبق في الفصل المتقدم على هذا الفصل وههنا جعل الثالث مما يشرع فيه الآن وترتيب الوسيط أحسن لان أكثر المسائل من هذا الموضوع إلى آخر الباب لاتعلق له بالاختلاف وفي الفصل الثالث ثلاث صور (احداها) إذا دفع إليه مالا ووكله بقضاء دينه ثم قال الوكيل دفعته إلى رب

[83]

الدين وأنكر رب الدين فالقول قوله مع يمينه لانه لم يأنم الوكيل حتى يلزمه تصديقه والاصل عدم الدفع فإذا حلف طالب الموكل بحقه وليس له مطالبة الوكيل وهل يقبل قول الوكيل على الموكل فيه قولان (أحدهما) نعم خرجه ابن سريج ويحكى عن أبي حنيفة لان الموكل قد ائتمنه فاشبه

ما إذا ادعى الرد عليه (وأصحهما لا بل لابد من البينة لانه أمره بالدفع إلى من لم يأت منه فكان من حقه الاشهاد عليه فعلى الاول يحلف الوكيل وتنقطع مطالبة المالك عنه ولا يغنيه تصديق المدفوع إليه عن اليمين وعلى الاصح ينظر إن ترك الاشهاد على الدفع فان دفع بحضور الموكل فلا رجوع للموكل عليه في أصح الوجهين وإن دفع في غيبته فله الرجوع ولا فرق بين أن يصدقه الموكل على الدفع أو لا يصدقه وعن أبي الطيب وجه أنه لا يرجع عند التصديق وإن اختلفا فقال الوكيل دفعت بحضرتك وأنكر الموكل فالقول قول الموكل مع يمينه وإن كان قد أشهد عليه لكن مات الشهود أو جنوا أو غابوا فلا رجوع وإن كان قد أشهد شاهدا واحدا أو فاسقين فيه خلاف وكل ذلك على ما ذكرنا في رجوع الضامن على الاصيل فإذا عرفت ذلك اعلمت قوله ضمن بترك الاشهاد وتنزله على الحالة التي يجب التنزيل عليها ولو أمره بايداع ماله ففي لزوم الاشهاد وجهان المذكوران في الوديعة (الثانية) إذا قيم اليتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ فظاهر المذهب أنه لا يقبل قوله بل يحتاج إلى البينة لان الاصل عدم الدفع وهو لم يأت منه حتى يكلف تصديقه واحتج له أيضا بأن الله تعالى قال (فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) أمر بالاشهاد ولو كان قوله مقبولا لما أمر لكن يجوز أن يكون الامر بالاشهاد إرشادا أو ندبا إلى التورع عن اليمين وعن رواية ابن المرزبان وغيره وجه آخر أنه يقبل قوله

[84]

مع يمينه لانه أمين (الثالثة) إذا طلب المالك من في يده المال بالرد فقال لا أرد إلا بالاشهاد ينظر إن كان ممن يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل ففيه وجهان (أشهرهما) وهو الذي أورده العراقيون أنه ليس له ذلك لان قوله في الرد مقبول فلا حاجة إلى البينة (والثاني) ويروى عن ابن أبي هريرة رحمه الله أن له الامتناع كيلا يحتاج إلى اليمين فان الامناء يتحرزون عنها ما أمكنهم وفيه وجه ثالث أنه إن كان التوقف إلى الاشهاد يورث تأخيرا أو تعويقا في التسليم لم يكن له الامتناع وإلا فله ذلك وإن كان ممن لا يقبل قوله كالعاصب فان كان عليه بينة بالاخذ فله الامتناع إلى الاشهاد لانه يحتاج إلى بينة الاداء إن توجهت عليه بينة الاخذ وإن لم تكن عليه بينة بالاخذ فوجهان (أصحهما) عند صاحب التهذيب أن له أن يمتنع إلى الاشهاد لان قوله في الرد غير مقبول (والثاني) المنع لانه يمكنه أن يقول ليس عندي شيء ويحلف عليه هذا ما أورده المشايخ العراقيون والمديون في هذا الحكم كمن لا يقبل قوله في رد الاعيان. قال (ولمن عليه الحق (ح و ز) أن لا يسلم إلى الوكيل المستحق إلا بالاشهاد وإن اعترف به وإن كان في يده تركه وأقر لانسان بانه لا وراث سواء لزمه (و) التسليم. ولم يجز له تكليفه شهادة (و) على أن لا وارث سواء. ولو اعترف لشخص بأنه المستحق الفاعل عن جهة الحوالة ولكن خاف انكار المحيل فهو كخوف انكار الموكل فعلى وجهين). إذا كان له دين في ذمة غيره أو عين في يد غيره فأتى ذلك الغير إنسان وقال أنا وكيل بقبضه فله حالتان (إحدهما) أن يصدقه في دعوى الوكالة فله دفعه إليه وإذا دفع ثم ظهر المستحق وأنكر

[85]

الوكالة فالقول قوله مع يمينه فإذا حلف فإن كان الحق عينا أخذها فإن تلف فله تعريم من شاء منهما ولا رجوع للغارم منهما على الآخر لأنه مظلوم بزعمه والمظلوم لا يؤخذ إلا من ظلمه قال في التتمة هذا إذا تلف من غير تعريط منه فإن تلف بتعريط من القابض فينظر ان غرم المستحق القابض فلا رجوع وان غرم الدافع فله الرجوع لان القابض وكيل عنده والوكيل يضمن بالتعريط والمستحق ظلمه بأخذ القيمة منه وماله في ذمة القابض فيستوفيه بحقه. وان كان الحق ديناً فله مطالبة الدافع بحقه وإذا غرمه قال المتولي ان كان المدفوع باقياً فله استرداده وان صار ذلك للمستحق في زعمه لانه ظلمه بتعريمه وذلك مال له ظفر به وان كان نالفاً فان فرط فيه غرم والا ففلا وهل للمستحق مطالبة القابض ينظر ان تلف المدفوع عنده فلا لان المال للدافع بزعمه وضمانه له وان كان باقياً فوجهان عن أبي اسحق أن له مطالبته بتسليمه إليه لانه انما دفعه إليه ليدفعه إلى المستحق فكأنه انتصب وكيلاً في الدفع من جهته وبهذا اجاب الشيخ أبو حامد في التعليق (وقال الاكثرون لا مطالبة لان الاخذ فضولي بزعمه والمأخوذ ليس حقاً له وانما هو مال المديون فلا تعلق للمستحق به (فان قلنا) بالاول فأخذه برئ الدافع عن الدين وهل يلزم من عنده الحق دفعه إليه بالتصديق أم له الامتناع إلى قيام البينة على الوكالة نص أنه لا يلزمه الا بعد البينة ونص فيما إذا أقر بدين أو عين من تركه انسان أنه مات ووارثه فلان أنه يلزمه الدفع إليه ولا يكلف البينة وللأصحاب طريقان (أحدهما) ونقل عن أبي اسحق أن المسألتين على قولين في قول يلزم الدفع إلى الوكيل والوارث لانه اعترف باستحقاقه الاخذ فلا يجوز له منع الحق عن المستحق وفيه قول لا يلزمه الدفع إلى واحد منهما الا بالبينة (أما) في الصورة الاولى

[86]

فلاحتمال انكار الموكل (وأما) في الثانية فلاحتمال استناد اقراره بالموت إلى ظن خطأ (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب تقرير النصين والفرق حصول اليأس بزعمه عن عود الموت وصبرورة الحق للوارث وعدم اليأس عن انكار الموكل الوكالة وبقاء الحق له (الثانية) أن لا يصدقه فلا يكلف الدفع إليه فان دفع ثم حضر الموكل وحلف على نفى الوكالة وغرم كان له أن يرجع على القابض ديناً كان أو عيناً لانه لم يصرح بتصديقه وانما بنى الامر على ظاهر قوله فإذا تبين خلافه غرم ما غرم ولو أنكر الوكالة أو الحق وكان الوكيل مأذوناً في اقامة البينة أو قلنا ان الوكيل بالقبض مطلقاً يملك اقامه البينة فله أن يقيم البينة ويأخذ فان لم تكن بينة فهل له التحليف يبنى على أن إذا صدقه هل يلزمه الدفع إليه (إن قلنا) نعم فله تحليفه فلعله يصدقه إذا عرضت اليمين عليه (ان قلنا) لا يبنى على أن النكول ورد اليمين كاقامة البينة من المدعى أو كالاقرار من المدعى عليه (إن قلنا) بالاول فله تحليفه طمعاً في أن ينكل فيحلف الوكيل (وان قلنا) بالثاني فلا ولو جاء رجل وقال لمن عليه الدين أحالني عليك فلان فصدقه وقلنا إذا صدق مدعى الوكالة لا يلزمه الدفع إليه فوجهان (أحدهما) أنه لا يلزم أيضاً لانه قد ينكر صاحب الحق كما ينكر صاحب الوكالة (وأصحهما) اللزوم لا اعترافه بانتقال الحق إليه كالوارث وينبنى على الوجهين أنه لو كذبه ولم تكن بينة هل له تحليفه إن ألزمناه الدفع إليه له تحليفه والا فكما سبق. ولو قال مات فلان وله عندي كذا فهذا وصية فهو كما لو قال هذا وارثه ولو قال مات وقد أوصي به لهذا الرجل فهو كما لو أقر بالحوالة وإذا أوجبنا الدفع إلى الوارث والوصى أو لم نوجب فدفع ثم بان أن المالك حي

ثم غرم الدافع فله الرجوع على المدفوع إليه بخلاف صورة الوكالة لانه صدقه على الوكالة وانكار صاحب الحق لا يرفع بتصديقه وصدق الوكيل لاحتمال أنه وكله ثم جحد وهل هنا بخلافه والحوالة في ذلك كالوكالة (وقوله) في الكتاب ولمن عليه الحق أن لا يسلم إلى الوكيل المستحق له الا بالاشهاد كان الاحسن أن يقول إلى من يدعى الوكالة عن المستحق ولفظ الاشهاد ههنا بعيد عما هو المراد أن أراد

[87]

به البينة لان المفهوم من الاشهاد ما استعمل اللفظ له في المسائل قبل هذا الفصل ويمكن أن يراد اشهاد الوكيل على الموكل (قوله) وان اعترف معلم - بالواو - لما نقلناه من طريقة القولين والحالان عند أبي حنيفة يجب دفع الدين إلى من أقر بوكالته ولا يجب دفع العين وفرق بينهما بأنه في الدين أقر بثبوت المطالبة المدعى الوكالة في ماله وفي العين يقر بمال الغير فلا يلتفت إليه وبالزاي لان أبا اسحق الشيرازي وغيره حكوا عن المزني أنه يلزمه تسليم الحق إليه ولم يفرقوا بين الدين والعين (وقوله) في مسألة الوارث لزمه التسليم معلم - بالواو - لما مر. قال (ولو ادعى على الوكيل قبض الثمن فجدد فاقيم عليه بينة بالقبض فادعى تلفاً أو رداً قبل الجحود للقبض لم يقبل قوله لانه خائن ولا بينته (و) لانه لا تسمع دعواه. ولو ادعى بعد الجحود رداً سمع الدعوى (و) ولا يصدق لانه خائن. ولكن تسمع البينة. ولو ادعى التلف صدق ليرأى من العين ولكنه خائن فيلزمه الضمان). إذا ادعى على انسان أنه دفع إليه متاعاً لبيعه ويقبض ثمنه وطلبه برده أو قال بعته وقبضت الثمن فسلمه إلى فأنكر المدعى عليه فأقام المدعى بينة على ما ادعاه فادعى المدعى عليه أنه كان قد تلف أو رده فينظر في صيغة جحوده ان قال مالك عندي شيء أو لا يلزمني تسليم شيء اليك قبل قوله في الرد والتلف لانه إذا كان قد تلف أو رده كان صادقاً في انكاره ولم يكن بين كلاميه تناقض وان أقام عليه بينة سمعت بينة وان كان صيغة جحوده أنك ما وكلتني أو ما دفعت إلي شيئاً أو ما قبضت الثمن وهذه صورة مسألة الكتاب فينظر ان ادعى التلف أو الرد قبل أن يجحد لم يصدق لانه مناقض

[88]

لقوله الاول ولزمه الضمان وان أقام بينة على ما ادعاه فوجهان (أولاهما) أنها تسمع لانه لو صدقة المدعى لسقط عنه الضمان فكذلك إذا قامت الحجة عليه وأيضاً فلما يذكر في الوديعه (الثاني) وهو الاظهر عند الامام وهو الذي أورده في الكتاب أنها لا تسمع لان جحوده الاول كذب هذه البينة وعلل في الكتاب عدم سماع البينة بعدم سماع الدعوى ونجى فيه نحو الامام فانه قال كل بينة تقام فان قيامها يستدعى دعوى من يقيمها فان فسدت الدعوى استقلت البينة وهي غير مسموعة من غير دعوى لكن من يقول بسماع الدعوى كيف يسلم عدم سماع الدعوى إذ الدعوى قد تسمع بمجرد تحليف الخصم لما سبق في باب الرهن وقبله وان ادعى الرد بعد الجحود لم يصدق لصيرورته خائناً لكن لو أقام بينة فالمشهور في هذا الباب أنها تسمع ورأى الامام رحمه الله تعالى أن يكون سماع البينة على

الوجهين السابقين لتناقص دعوى الرد والجحود وهو حسن موافق لما ذكرناه في باب الوديعة وان ادعى التلف بعد الجحود صدق بيمينه لتقطع عنه المطالبة برد العين ولكن يلزمه الضمان لخيانته وهذا كما إذا ادعى الغاصب التلف. (فرع) لو قال بع هذا ثم هذا لزمه رعاية الترتيب قاله القفال ولو جعل للوكيل بالبيع جعلا فباع استحقه وان تلف الثمن في يده لان استحقاقه بالعمل وقد عمل وإذا ادعى خيانة عليه لم تسمع حتى يتبين القدر الذي خان به بأن يقول بعث بعشرة وما دفعت إلى الا خمسة وإذا وكل بقبض دين أو استرداد وديعة فقال المديون أو المودع دفعت وصدقة الموكل والوكيل منكر هل يعرم الدافع بترك الاشهاد فيه وجهان كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الاشهاد ومن قال أنا وكيل في بيع أو نكاح وصدقه من يعامله صح العقد فلو قال الوكيل بعد العقد لم أكن مأذونا فيه لم يلتفت

[89]

إلى قوله ولم يحكم ببطلان العقد وكذا لو صدقة المشتري بحق من يوكل عنه الا أن يقيم المشتري بينة على اقراره بانه لم يكن مأذونا من جهته في ذلك التصرف والله أعلم. (كتاب الاقرار. وفيه أربعة أبواب) (الباب الاول في أركانه) وهي أربعة (الركن الاول) المقر وهو ينقسم إلى مطلق ومحجور. فالمطلق ينفذ إقراره بكل ما يقدر على انشائه. والمحجور عليه سبعة أشخاص. الصبي واققراره مسلوب مطلقا. نعم لو ادعى أنه بلغ بالاحتلام في وقت إمكانه يصدق اذلا يمكن معرفته الا من جهته. ولو ادعى البلوغ بالسن طولب بالبينة. والمجنون وهو مسلوب القول مطلقا. والسكران وهو ملتحق بالمجنون أو الصاحي فيه خلاف مشهور والمبذر والمفلس وقد ذكرنا حكمهما). الاقرار أصله الاثبات من قولك قر الشيء بقر وقررته إذا أقر به القرار ولم يسم ما يسوغ فيه اقرارا من حيث إنه افتتاح اثبات ولكن لانه اخبار عن ثبوت ووجوب سابق والاصل فيه من حيث الكتاب قوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم) قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقراره وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال (قولوا الحق ولو على أنفسكم) ولا شك أن في الاقرار

[90]

مقرا ومقرا به وصيغة تترتب عليها المؤاخذه وهذه الامور سماها في الكتاب أركاننا له ثم المقر به قد يكون مالا وقد يكون غيره وعلى التقديرين فأما أن يعقب الاقرار بما يرفعه أو لا يعقب وإذا لم يكن المقر به مالا قد يكون عقوبة من قصاص أو حد وقد يكون نسباً أو غيره فجعل أبواب الكتاب أربعة (الاول) في الاركان (والثاني) في الاقارير المجملة (والثالث) في تعقب الاقرار بما يرفعه (والرابع) في الاقرار بالنسب وأما ما عدا النسب فما يقع في قسم ما عدا المال فلم يورده قدما الاصحاب في هذا الباب فنجرى على أمثالهم (الركن الاول) من الباب المقر وهو إما مطلق أو محجور أما المطلق وهو المنفك عن أنواع الحجر فاققراره صحيح (وقوله) ينفذ اقراره بكل ما يقر به على اسبابه كالدخيل في هذا الركن فان الكلام فيه في المقر وهذا لا يضبط المقر به والضبط ما ينفذ اقرار المقر فيه

على أنه يحتاج إلى استثناء صور أقر بها بناء على أن الوكيل إذا قال تصرفت كما أدنت لى فقال الموكل لم تتصرف لم يقبل قول الوكيل على أحد القولين مع قدرته على الانشاء وكذا لو قال استوفيت ما أمرتني باستيفائه ونازعه الموكل (ومنها) أن انشاء نكاح البنت إلى وليها فإقراره غير مقبول ويمكن أن يزداد فيه فيقال ينفذ إقرار

[91]

الانسان في التصرفات المتعلقة به التي يستقل بأسبابها أو يقال ما يقدر على أسبابه ويؤخذ المقر بموجب الإقرار به ولا يلزم نفوذه في حق الغير فتخرج المسائل (وأما) المحجور فقد ذكرنا في كتاب الحجر أقسامه فمنها حجر الصبي وأقاريره لأغية خلافاً لابي حنيفة رحمه الله تعالى حيث قال ان كان مميزاً مادونا من جهة الولي صح إقراره كتصرفاته ولنا قول في صحة تدبيره ووصيته فعلى ذلك القول يصح إقراره بهما ولو ادعى أنه بلغ بالاحتلام أو ادعت الجارية البلوغ بالحيض في وقت إمكانها وقد سبق بيانه صدقاً وان فرض ذلك في خصومة لم يحلفهما لانه لا يعرف ذلك الا من جهتهما فأشبهه ما إذا علق العتق على مشيئة الغير فقال شئت يصدق من غير يمين وأيضاً فإنهما ان صدقا فلا تحليف وان كذبا فكيف يحلفان واعتقاد المكذب أنهما صغيران وقرب الامام رحمه الله تعالى المسألة من الدائرات الفقهية فان في تحليفه تصديق الصبي وبتصديق الصبي لا يحلف فإذا لو حلف لما حلف هذا ما نقله صاحب الكتاب وشيخه وبه قال أبو زيد وعلى هذا فإذا بلغ مبلغاً يتقن بلوغه قال الامام رحمه الله تعالى انه لا يحلف أيضاً على أنه كان بالغاً حينئذ لانا إذا حكمنا بموجب قوله فقد أنهينا الخصومة نهايتها فلا عود إلى تحليفه وفي التهذيب وغيره أنه إذا جاء واحد من الغزاة يطلب سهم المقاتلة وذكر أنه احتلم حلف واخذ السهم فان لم يحلف فوجهان عن صاحب التخليص تخريجا انه لا يعطى وقال غيره يعطى لان الظاهر اسحقاقه بحضور الواقعة ولو ادعى البلوغ بالسن طولب بالبينة لامكانها نعم لو كان غريباً حامل الذكر فليحق بدعوى الاحتلام أو يطالب بالبينة لامكانها من حيث المدعى وينظر في الاثبات لتعذر معرفة التاريخ كما في صبيان الكفار فيه ثلاثة احتمالات للامام رحمه الله تعالى (والظاهر) الثاني لانه إذا أمكن

[92]

اقامة البينة كلف اقامتها ولم ينظر إلى حال المدعى وعجزه هذا فقه المسألة ولفظ الكتاب يشعر بأنه عد دعوى الاحتلام إقراراً فان قوله نعم لو ادعى أنه بلغ بالاحتلام إقراراً كالاستدراك لقوله قبله وإقراره مسلوب مطلقاً لكن عدّها إقرار بعيد فان المفهوم من الإقرار الاخبار عن ثبوت حق عليه للغير ونفس البلوغ ليس كذلك ولهذا يطالب مدعى البلوغ بالسن بالبينة واختلفوا في تحليف مدعى البلوغ بالاحتلام والمقر لا يكلف البينة ولا اليمين نعم لو قال أنا بالغ فقد اعترف بثبوت الحقوق المنوطة بالبلوغ فهو من هذا الوجه يكون متضمناً للإقرار لا أن نفسه إقرار وبتقدير كونه إقراراً فليس ذلك كإقرار الصبي بأنه إذا قال أنا بالغ يحكم ببلوغه سابقاً على قوله فلا يكون إقراره إقرار الصبي حتى يحتاج إلى الاستدراك (ومنها)

حجر المجنون وهو مسلوب القول أيضا بلا استثناء والسكران بين الصاحي والمجنون فبايهما يخلق في إقراره وتصرفاته فيه طرق للأصحاب تبسط في كتاب الطلاق (ومنها) حجر المبذر والمفلس وقد بينا حكم إقرارهما في بايهما ويقبل إقرار المفلس المحجور عليه في النكاح دون السفه المحجور اعتبارا للاقرار بالانشاء قال الامام رحمه الله تعالى واقرار السفهية بأنها منكوحة فلان كإقرار الرشيدة إذ لا أثر للسفه في النكاح من جانب المرأة (قال) وفيه احتمال من جهة ضعف قولها وخبل عقلها والعلم عند الله. قال (والرقيق واقرار مقبول بما يوجب عليه عقوبة. ولو أقر بسرقة مال ووجب عليه القطع ففي قبوله في وجوب المال قولان. ولو أقر باتلاف مال وكذبه السيد لم يتعلق برقبته بل يطالب به بعد العتق. ولو كان مأذونا فأقر بدين معاملة قبل وأدى من كسبه. ولو لم يستند إلى معاملة بل

[93]

أطلق ففي القبول خلاف. ولو أقر بعد الحجر بدين أسنده إلى حال الادن فالظاهر رده لانه في الحال عاجز عن انشائه). أحد المحجورين الرقيق وإذا أقر اما أن يقر بما يوجب عليه عقوبة أو بغيره (اما) القسم الاول كالإقرار بالزنا وشرب الخمر والسرقه والقذف وما يوجب القصاص في النفس والطرف فذلك مقبول ويقام عليه موجب ما أقر به خلافا لاحمد والمزني حيث قال لا يقبل إقراره على نفسه بالعقوبات لانه ملك السيد والاقرار في ملك الغير لا يقبل ويروى عن احمد أنه لا يقبل إقراره بما يوجب القتل ويقبل بما يوجب سائر العقوبات. لنا ماروي (1) أن عليا رضى الله عنه قطع عبدا بإقراره وأيضا فانه لو ظهر الحال بالبينة لاقبمت عليه العقوبات فإذا ظهر بالاقرار كان أولى لانه أبعد عن التهمة فان كل نفس مجبولة على حب الحياة والاحترار عن الالم وإذا أقر بسرقة توجب القطع قبل في القطع وفي قبوله في المال قولان إذا كان المقر بسرقة تالفا (أحدهما) أنه يقبل ويتعلق الضمان برقبة لان إقراره لما تضمن عقوبة القطع انقطعت التهمة عنه (وأصحهما) أنه لا يقبل كما لو أقر بمال ويتعلق الضمان بدمته اما أن يصدق السيد فيقبل وان كان المقر بسرقة باقيا نظر ان كان في يد السيد لم ينزع من يده الا بتصديقه كما لو أقر حر بسرقة ودفعه إليه وان كان في يد العبد فطريقان عن ابن سريج أن في انتزاعه القولين في التالف (فان قلنا لا تنزع ثبت بدله في ذمته ويروى هذا عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ومالك رحمه الله تعالى ويروى عنهما أنه لا يوجب القطع أيضا والحالة هذه ومن الاصحاب من قطع بنفى القبول في المال كما لو كان في يد السيد لان يده يد السيد ويخالف مالو كان تالفا

[94]

لان غاية ما في الباب فوات رقبته على السيد إذا بيع في الضمان والاعيان التي تفوت عليه لو قبلنا إقراره منها لا ينضبط فيعظم ضرر السيد ومنهم من عكس وقال ان كان المال باقيا في يد العبد قبل إقراره بناء على ظاهر اليد وان كان تالفا لم يقبل لان الضمان حينئذ يتعلق بالرقبة وهو محكوم بها للسيد وإذا اختصرت قلت في قبول إقراره بالمال أربعة أقوال يقبل

مطلقا لا يقبل مطلقا يقبل إذا كان المال باقيا يقبل إذا كان المال تالفا وقد أوردتها صاحب الكتاب مجموعة هكذا في السرقة واقتصر ههنا على القولين الاولين. ولو أقر ثم رجع عن الاقرار كان كما لو أقر بسرقة لا توجب القطع ولو أقر بالقصاص على نفسه فعفى المستحق على مال أو عفى مطلقا وقنا انه يوجب المال فوجهان (أصحهما) عند صاحب التهذيب أنه يتعلق برقبته وان كذبه السيد لانه إنما أقر بالعقوبة والمال يؤخذ بالعفو ولا ينظر احتمال أنه واطأه المستحق على أن يقر ويعفو المستحق لتفوت الرقبة على السيد لان هذه التهمة ضعيفة إذ المستحق ربما يموت أو لا يفي فيكون المقر مخاطرا بنفسه (والثاني) أن الجواب هكذا ان قلنا موجب العمد القصاص (أما) إذا قنا موجبه أحد الامرين ففي ثبوت المال قولان بناء على الخلاف في ثبوت المال إذا أقر بالسرقة الموجبة للقطع وينسب هذا إلى صاحب الافصاح (وأما القسم الثاني) فإذا أقر بدين خيانة من جهة غضب أو سرقة لا توجب القطع أو اتلاف فصدقه السيد يتعلق برقبته كما لو قامت عليه بينة فيباع فيه الا أن يختار السيد الفداء وإذا بيع فيه وبقي شئ من الدين فهل يتبع به إذا عتق فيه قولان المذكوران في الجنایات وان كذبه السيد لم يتعلق برقبته ولكن يتعلق بذمته يتبع به إذا عتق ولا يخرج على الخلاف فيما إذا بيع في الدين وبقي شئ لانه إذا ثبت التعلق

[95]

في الذمة فكان الحق الحصر فيها وتعينت محلا للاداء وفي النهاية أن القياسيين خرجوه على ذلك الخلاف وقالوا الفاضل عن قدر الدين غير متعلق بالرقبة كما أن أصل الحق غير متعلق بها ههنا. ولو أقر بدين معاملة نظر ان لم يكن مأذونا له في التجارة فلا يقبل اقراره على السيد ويتعلق المقر به بذمته يتبع به إذا عتق ولا فرق فيه بين أن يصدقه السيد أو يكذبه وان كان مأذونا له في التجارة قبل وأدى من كسبه وما في يده الا إذا كان مما لا يتعلق بالتجارة كالقرض فلو أطلق المأذون الاقرار بالدين ولم يبين جهته فينزل على جهة دين المعاملة أو لا ينزل على ذلك لاحتمال أنه أراد دين الاتلاف فيه وجهان (وأظهرهما) الثاني ولا فرق في دين الاتلاف بين المأذون وغيره ولو أقر عليه فأقر بعد الحجر بدين معاملة أسنده إلى حال الاذن ففيه وجهان مبنيان على القولين فيما لو أقر المفلس بدين لزمه قبل الحجر هل يقبل في مزاحمته الغرماء (والاظهر) ههنا المنع لعجزه عن الانشاء في الحال وتمكن التهمة. وإذا عرفت ما ذكرناه لم تخف عليك المواضع التي ينبغي أن تعلم بعلامات الاختلاف ورأى الامام رحمه الله تعالى أن يخرج وجوب القطع في مسألة الاقرار بالسرقة إذا نقبله في المال على الخلاف فيما إذا أقر الحر بسرقة مال زيد هل يقطع قبل مراجعة زيد وذلك لارتباط كل واحد منهما بالآخر وعلى هذا يجوز اعلام قوله ووجب عليه القطع - بالواو - (فرع) قال في التتمة من نصفه حر ونصفه رقيق إذا أقر بدين جنابة لم يقبل فيما يتعلق بالسيد إلا أن يصدقه ويقبل في نصفه وعليه قضاؤه مما في يده وان أقر بدين معاملة فمتى صححنا تصرفه قبلنا اقراره عليه وقضيناها مما في يده ومتى لم نصححه فأقراره كإقرار العبد.

[96]

(فرع) اقرار السيد على عبده بما يوجب عقوبته مردود وبدين الجنابة مقبول الا أنه إذا بيع منه شيء لم يتبع به بعد العتق الا أن تصدقه وكذا اقراره بدين المعاملة لا يقبل على العبد. قال (والمريض وهو غير محجور عليه عن الاقرار في حق الاجانب. وفي حق الوارث أيضا على الصحيح. وقيل فيه قولان. ولو أقر بانه كان وهب من الوارث في الصحة فالظاهر أنه لا يقبل لعجزه عن الانشاء في الحال. ولو أقر بدين مستغرق فمات وأقر وارثه عليه بدين مستغرق فيتزاحمان أو يقدم اقرار المورث لوقوع اقرار الوارث بعد الحجر فيه قولان. ولو أقر بعين ماله في المرض لشخص ثم أقر بدين مستغرق سلم العين للاول ولا شيء للثاني لانه مات مفلسا. وان أقر الاقرار بالعين فكمثل. وفيه وجه آخر أنه إذا تأخر يتزاحمان). ومن المحجورين المريض مرض الموت وفي اقراره مسألتان (أحدهما) يصح اقراره بالنكاح بموجبات العقوبات وكذا لو أقر بدين أو عين لاجنبي وفي اقراره للوارث طريقان (أحدهما) أنه على القولين (أحدهما) انه لا يقبل وبه قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله لانه موضع التهمة لقعد حرمان بعض الورثة فاشبه الوصية للوارث (وأصحهما) القبول كما لو أقر في حال الصحة والظاهر أنه لا يقر الا عن حقيقة ولا يقصد حرمانا فانه انتهى إلى حال يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر (والثاني) القطع بالقبول وحمل قول الشافعي رضي الله عنه فيمن أجاز الاقرار لوارث اجازته ومن أبي رده على حكاية مذهب الغير وهذه الطريقة أصح عند صاحب الكتاب والاكثر رجحوا

[97]

طريقة القولين ونقلوا عن الاملاء نصه على المنع وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه رجح إليها بعد ما كان يقول بطريق القطع بالقبول وقال مالك رحمه الله ان كان المقر منهما لم يقبل اقراره والا قبل ويجتهد الحاكم فيه واختاره القاضي الروياني لفساد الزمان. (التفريع) ان قلنا لا يقبل فالاعتبار في كونه وارثا بحال الموت أم بحال الاقرار قيل فيه وجهان وقيل قولان (الجديد) أن الاعتبار بحال الموت كما في الوصية وهذا لان المنع من القبول كونه وارثا والوراثة تتعلق بحالة الموت وبهذا قال أبو حامد (والقديم) وبه قال مالك رحمه الله الاعتبار بحال الاقرار لان التهمة حينئذ تمكن (والاول) أظهر في المذهب وأشهر (وبالثنائي) قال أبو إسحق واختاره القاضي الروياني فعلى الاول لو أقر لزوجته ثم أبانها أو لاخته ثم ولد له ابن صح الاقرار ولو أقر لاجنبيه ثم نكحها أو لاخته وله ابن فمات لا يصح وعلى الثاني الحكم فيهما بالعكس ولو أقر في المرض انه كان قد وهب من وارثه وأقبض في الصحة أشار الامام رحمه الله إلى طريقين (أحدهما) القطع بالمنع لذكره ما هو عاجز عن انشائه في الحال (والثاني) أنه على القولين في الاقرار للوارث ورجح صاحب الكتاب ههنا عدم القبول واختار القاضي الحسين القبول لانه قد يكون صادقا فيه فليكن ذلك له طريق إلى ايصال الحق إلى المستحق ولو أقر لوارثه ولاجنبي معا هل يصح في نصفه للاجنبي إذا لم يقبل فيه قولان لابن سريج الظاهر الصحة (المسألة الثانية) أقر في صحته بدين لانسان وفي مرضه بدين لآخر فهما سواء كما لو ثبتا بالبينة وكما إذا أقر بهما في الصحة أو المرض وقال أبو حنيفة رحمه الله يقدم ما أقرب به في الصحة حتى لو لم يفضل عنه شيء له ولو أقر في صحته أو مرضه بدين ثم مات

[98]

فاقر وارثه عليه بدين آخر فوجهان (أحدهما) أنهما سواء يتضاربان بان في التركة كما لو ثبت الدينان بالبينة وكما لو أقر بهما في حياته فان الوارث خليفته واقراراه كاقراراه (والثاني) أنه يقدم مايقرب به المورث لانه بالموت تعلق بالتركة فليس للوارث صرف التركة عنه والوجهان جاريان فيما لو أقر لوارث بدين عليه ثم أقر لآخر بدين آخر عليه وهما مبنيان على أن المحجور عليه بالفلس إذا أقر بدين أسنده إلى ما قبل الحجر هل يقبل اقراره في زحمة الغرماء فيه قولان والتركة كمال المحجور عليه من حيث ان الورثة ممنوعون من التصرف فيها وهذا معنى قوله في الكتاب لوقوع اقرار الوارث بعد الحجر واطلاقه القولين في المسألة خلاف رواية الجمهور فانهم جعلوها وجهين ويمكن تنزيلهما على أنهما مخرجان من مسألة الفلس (وقوله) في تصوير المسألة بدين مستغرق غير محتاج إليه بل الخلاف ثابت فيما إذا زادت التركة على قدر الدين الاول ففي وجه يوزع عليهما وفي وجه يوفى الاول بتمامه ويصرف الفاضل إلى الثاني ولو ثبت عليه دين في حياته بالبينة ثم مات فافر وارثه عليه بدين جرى الخلاف أيضا فاذن ليس من الشرط أن يكون بوت الدين الاول بالاقرار وماله الاظهر من الخلاف أشار بعضهم إلى ترجيح وجه التقديم وقال في التهذيب التسوية أصح وهو موافق لما مر في مسألة المفلس وان ثبت عليه دين في حياته أو موته ثم تردت بهيمة في بئر كان قد احتقرها في محل عدوان ففي مزاحمة صاحب البهيمة رب الدين القديم ما سبق فيما إذا جني المفلس بعد الحجر عليه قاله في التتمة وإذا مات وخلف الف درهم فجاء وادعى أنه أوصى له بثلث ماله فصدقه الوارث ثم جاء آخر وادعى عليه الف درهم دينا فصدقه الوارث قيل يصرف الثلث إلى الوصية لتقدمها وقيل يخرج على قولنا بأن اقرارى

[99]

الوارث والموروث يتساويان ولو صدق مدعى الدين أولا صرف المال إليه على قياس الوجهين جميعا ولو صدق المدعين معا فالحكاية عن الاكثر أنه يقسم الالف بينهما أرباعا لانا نحتاج إلى الالف للدين وإلى ثلث الالف للوصية فيتراحم على الالف وثلث الالف فيخص الوصية بثلث عائل وهو الربع وعن الصيدلاني أنه تسقط الوصية ويقدم الدين كما لو ثبتا بالبينة وهذا هو الحق سواء قدمنا عند ترتيب الاقرارين الاول منهما أو سويها بينهما ولو أقر المريض بعين ماله لانسان ثم أقر بدين آخر مستغرق أو غير مستغرق سلمت العين للمقر له بها ولا شئ للثاني لانه مات المقر ولا يعرف له مال ولو أقر بالدين أولا ثم أقر بعين ماله فوجهان (أصحهما) أن الحكم كما في الصورة الاولى لان الاقرار بالدين لا يتضمن حجرا في العين ألا ترى أنه تنفذ تصرفاته فيه (والثاني) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله أنهما يتزاحمان لان لاحد الاقرارين قوة السابق وللآخر الاضافة إلى العين فاستويا ولا يخفى أن التعرض للاستغراق في المسألة اتفاق غير محتاج إليه والله أعلم. ويشترط في المقر الاختيار فاقرار المكره على الاقرار باطل كسائر تصرفاته. قال (الركن الثاني المقر له وله شرطان (الاول) أن يكون أهلا للاستحقاق. ولو قال لهذا الحمار على الف بطل قوله. ولو قال بسببه على الف لزمه لمالكة على تقدير الاستئجار. ولو أقر لعبد

[100]

لزم الحق لمولاه. ولو قال لحمل فلانة على الف من إرث أو وصية قبل. ولو أطلق ولم يذكر الجهة فظاهر النص أنه لا يقبل. وفيه قول أنه يقبل وينزل على هذا الاحتمال. وكذلك إذا قال للمسجد أو للمقبرة على الف أن أضاف إلى وقف عليه قبل. وإن أطلق فعلى الخلاف). يشترط في المقر له أهلية استحقاق الحق المقر به وإلا كان الكلام لغوا وهزوا وفيه ثلاثة صور (إحداها) لو قال لهذا الحمار أو لدابة فلان علي الف بطل إقراره ولو قال بسبها على الف صح ولزمه حملا على أنه جني عليها أو اكتراها وعن الشيخ أبي عاصم العبادي وجه أنه لا يصح لأن الغالب لزوم المال بالمعاملة ولا تتصور المعاملة معها ولو قال لعبد فلان علي أو عبدي كذا صح وكان الإقرار لسببه ويخالف مسألة الدابة لأنه لا تتصور المعاملة معها وتتصور مع العبد والإضافة إليه كالأضافة في الهبة وسائر الإنشاءات (وقوله) في الكتاب ولو قال بسببه علي الف لزمه لمالكه المراد ما إذا قال لمالكه بسببه علي الف فاما إذا اقتصر على اللفظ المذكور في الكتاب لم يلزم أن يكون الالف لمالك الدابة في الحال ولكن يسأل ويحكم بموجب بيانه (الثانية) إذا قال لحمل فلانة على الف أو عندي الف فله ثلاثة أحوال (إحداها) أن يسنده إلى جهة صحيحة بان يقول ورثه من أبيه أو يقول أوصى به فلان له فيعتبر إقراره ثم إن انفصل الحمل ميتا فلا حق له بل هو لورثته من قال انه ورثه منه أو للموصى أو ورثته ان

[101]

أسنده إلى وصيته وإن انفصل حيا فإن انفصل لما دون ستة أشهر من يوم الإقرار استحق لانا تيقنا وجوده يومئذ وإن انفصل لأكثر من أربع سنين فلا لانا تيقنا عدمه يومئذ وإن انفصل لسته أشهر أو أكثر ولما دون أربع سنين فإن كانت مستغرشة لم يستحق لاحتمال تجدد العلق بعد الإقرار والأصل عدم الاستحقاق وعدمه عند الإقرار فإن لم تكن مستغرشة فقولان (أحدهما) أنه لا يستحق لانا لا تيقن وجوده عند الإقرار (وأظهرهما) الاستحقاق إذ لا سبب في الظاهر يتجدد به العلق والظاهر وجوده وقت الإقرار لحكم ثبوت نسبه ممن كانت فراشا له وإذا ثبت الاستحقاق فإن ولدت تلك المرأة ذكر فهو له وإن ولدت ذكرا ففصاعدا فلهم بالسوية وإن ولدت أنثى فهو لها إن أسنده إلى وصية وإن أسنده إلى الإرث من الأب فنصفه لها وإن ولدت ذكرا وأنثى فهو بينهما بالسوية إن أسنده إلى وصية وثلاثه إن أسنده إلى الإرث من الأب (وقوله) ونصفه لها وهذا إذا اقتضت جهة الوراثة ما ذكرنا فإن اقتضت التسوية بان يكونا ولدي الام كان ثلثه بينهما بالسوية قال الامام رحمه الله تعالى ولو أطلق الإرث سألناه عن الجهة وحكمنا بمقتضاها (الحالة الثانية) أن يطلق الإقرار فقيه قولان (أحدهما) وهو نصه في المختصر أنه باطل لأن المال في الغالب إنما يجب المعاملة أو جنابة ولامتناع المعاملة مع الجهل ولا الجنابة عليه (وأصحهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله وأبو إسحق أنه يصح ويحمل

[102]

على الجهة الممكنة في حقه وان كانت نادرة (الثالثة) أن يسنده إلى جهة فاسدة بان يقول الف أقرضنيه أو ثمن ما باعه منى فان لم نصصحه بالاقرار المطلق فهذا أولى وان صححناه فطريقان (أحدهما) أنه على القولين في تعقيب الاقرار بما يرفعه (وأظهرهما) الصحة لانه عقبه بما هو غير مقبول ولا منتظم فاشبه ما إذا قال لفلان على الف لا يلزمني وإذا صححنا الاقرار في الحالتين الاخيرتين فان انفصل الحمل ميتا فلا حق له ويسأل المقر عن جهة اقراره من الميراث أو الوصية ويحكم بموجبه قال في النهاية وليس لهذا السؤال والبحث طالب معين فكان القاضي يسأل حسبة ليصل الحق إلى المستحق فان مات قبل البيان كان كما لو أقر لانسان فرده وفي تعليق الشيخ أبى حامد أنه يطالب ورثته ليفسروا فان انفصل حيا للمدة التي قدرنا من قبل فالكل له ذكرنا كان أو أنشى وان انفصل ذكرا وأنشى فهو لهما بالسوية لان ظاهر الاقرار يقتضى التسوية ومن المحتمل أن تكون الجهة الوصية ومنى انفصل حي وميت فيجعل الميت كان لم يكن وينظر في الحي على ما ذكرنا ولو أقر بحمل جارية أو بهيمة لانسان ففيه التفصيل المذكور فيما إذا أقر للحمل فان قال أنه أوصى له به صح وينظر كم بين انفصاله وبين الاقرار من المدة على ما سبق وفي حمل البهيمة يرجع إلى اهل الخبرة وان أطلق أو أسند إلى جهة فاسدة خرج على ما تقدم من الخلاف ولو أقر بالحمل لرجل وبالام لآخر إن جوزنا الاقرار بالحمل صح الاقرار

[103]

والا فلا قال صاحب التهذيب هما جميعا للآخر وهذا البناء على أن الاقرار بالحامل إقرار بالحمل وفيه خلاف يأتي من بعد (الصورة الثالثة) لو أقر لمسجد أو مقبرة أو نحوها بمال وأسنده إلى جهة صحيحه كغلة وقف عليه صح وان أطلق فعلى وجهين تخريجا من القول في مسألة الحمل وعلى قياسه ما إذا أضاف إلى جهة فاسدة. قال (الثاني) أن لا يكذبه المقر له فان كذبه لم يسلم إليه ويترك في يد المقر في وجه. ويحفظه القاضي في وجه. فان رجع المقر له عن الانكار سلم إليه. فان رجع المقر في حال انكار المقر له فالأظهر أنه لا يقبل لانه أثبت الحق لغيره بخلاف المقر له فانه اقتصر على الانكار). يشترط في الحكم بالاقرار عدم تكذيب المقر له في انكاره وان لم يشترط قبوله لفظا على رسم الايجاب والقبول في الانشاءات فان كذبه نظر ان كان المقر به مالا لم يدفعه إليه وفيما يفعل به ثلاثة أوجه (أظهرها) أنه يترك في يد المقر كما كان لان يده تشعر بالملك ظاهرا والاقرار الثاني عارضه انكار المقر له فيسقط وأيضا فانا لا نعرف مالكة ونراه في يده المقر فهو أولى الناس بحفظه (وثانيها) واختاره صاحب التهذيب والتممة أنه ينتزع القاضي ويتولى حفظه إلى أن يظهر مالكة فانه في حكم مال ضائع فيحتاج لمالكة فان رأى استحفاظ صاحب اليد فهو كما لو أستحفظ عدلا آخر (وثالثها) أنه يخير المقر له على القبول والقبض وهو بعيد وقال الشيخ أبو محمد موضع الخلاف ما إذا قال صاحب اليد هذا لفلان وكذبه

[104]

فلان فأما إذا قال صاحب اليد للقاضي في يدي مال لا أعرف مالكة فالوجه القطع بأن القاضي يتولى حفظه وأبعد بعضهم فلم يجوز انتزاعه ههنا ولو رجع المقر له عن الإنكار فصدق المقر فقد حكى الإمام رحمه الله الجزم بقوله وتسليم المقر به إليه لكن الأظهر وهو الذي أورده المتولي وغيره تغريعه على الخلاف السابق (ان قلنا) يترك في يد المقر فهذا حكم منا يبطلان ذلك الإقرار فلا يصرف إلى المقر له إلا بإقرار جديد (وان قلنا) انه ينتزعه القاضي ويحفظه فكذلك لا يسلم إليه بل لو أراد إقامة البينة على أنه ملكه لم تسمع وإنما يسلم له إذا فرغنا على الوجه البعيد فان الظاهر أنه لا يسلم إليه على خلاف ما ذكر في الكتاب ولو رجع المقر في حال إنكار المقر له وقال غلطت أو تعمدت الكذب لم يقبل رجوعه ان قلنا ينتزعه القاضي وان تركناه في يده فعلى وجهين رواهما الإمام رحمه الله (أظهرهما) عنده وعند صاحب الكتاب أنه لا يقبل أيضا بناء على أنه لو عاد المقر له إلى التصديق قبل منه فإذا كان ذلك متوقعا لم يلتفت إلى رجوعه (والثاني) أنه يقبل بناء على أن الترتيب في يده ابطال الإقرار وقضية كلام الأكثرين ترجيح هذا الوجه ويعزى إلى ابن سريج ومن قال به لا يسلم لصاحب الكتاب قوله لانه أثبت الحق لغيره بل يقول يشترط كونه اثباتا سلامته مع معارضة الإنكار وجميع ما ذكرناه فيما إذا كان الإقرار بثوب ونحوه أما إذا كان إقراره بعيد فأنكر ففيه وجهان (أحدهما) يحكم بعقده لان صاحب اليد لا يدعيه والمقر له ينفيه فيصير

[105]

العبد في يد نفسه فيعتق وهذا كما إذا أقر اللقيط بعد البلوغ بأنه مملوك زيد فأنكر يحكم بحريته (وأظهرهما) المنع لانه مملوك بالرق فلا يرفع إلا بيقين وتخالف صورة اللقيط فانه محكوم بحريته بالدار فإذا أقر ونفاه المقر له بقي على أصل الحرية فعلى هذا الحكم فيه ما ذكرنا في الثوب وغيره فان كان المقر قاصدا أو حد قذف وكذبه المقر له سقط الإقرار وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع فأنكر رب المال السرقة فلا قطع وفي المال ما سبق وان أقرت بالنكاح وأنكر سقط حكم الإقرار في حقه. (فرع) لو قال من في يده عبدان أحد هذين لفلان طولب بالبيان فلو عين أحدهما فقال المقر له ان عبدي هو الآخر فهو مكذب للمقر ففي المعين ومدع في العبد الآخر. (فرع) ادعى على آخر الفان من ثمن مبيع فقال المدعى عليه قد أقبضتكَ الألف وأقام بينة على إقراره بالقبض يوم كذا وأقام المدعى بينة على إقرار المشتري بعد بينته بانه ما أقبضه الثمن بعد سمعت وألزم المشتري الثمن لانه وان قامت البينة على إقراره بالقبض فقد قامت أيضا على أن صاحبه كذبه فيبطل حكم الإقرار ويبقى الثمن على المشتري ويعتبر في المقر له شرط آخر وهو أن يكون معينا فلو قال لانسان أو لواحد من بني آدم أو من أهل البلد على الف هل يصح إقراره خرجه الشيخ أبو علي على وجهين بناء على أنه إذا أقر لمعين بشئ وكذبه المقر له هل يخرج من يده (إن قلنا)

[106]

نعم لانه مال ضائع فكذا هاهنا ويفيد الاقرار (وان قلنا لا لم يصح هذا الاقرار وهو الصحيح قال في التتمة ولو جاء واحد وقال أنا الذي أردتني ولى عليك الالف فالقول قول المقر مع يمينه في نفي الارادة ونفى الالف ويخالف الاقرار على هذا الابهام ما إذا قال عصبت هذا من أحد هذين الرجلين أو هولاء الثلاثة حيث يعتبر ذلك على ما سنذكره ونفرعه من بعد والفرق أنه إذا قال هو لأحد هذين فله مدع وطالب فلا يبقى في يده مع قيام الطالب واعترافه بأنه ليس له وإذا قال لواحد من بنى آدم فلا طالب له فيبقى في يده وكان الشرط أن يكون المقر له معيناً ضرب تعين تتوقع معه الدعوى والطلب. قال (الركن الثالث المقر به ولا يشترط أن يكون معلوماً بل يصح الاقرار بالمجهول. ولا أن يكون مملوكاً للمقر بل لو كان ملكاً بطل اقراره. فلو قال دارى لفلان أو مالى لفلان فهو متناقض ولو شهد الشاهد أنه أقر له بدار وكان ملكه إلى أن أقر كانت الشهادة باطلة. ولو قال هذا الدار لفلان وكانت ملكى إلى وقت الاقرار أخذناه بأول كلامه ولم نقبل آخره لا يشترط أن يكون المقر به معلوماً بل يصح الاقرار بالمجاهيل على ما سيأتي ولا أن يكون مملوكاً له حين يقر لان الاقرار ليس ازالة ملك وإنما هو أخبار عن كونه مملوكاً للمقر له فلا بد من تقدم المخبر

[107]

به على الخبر فلو قال دارى هذه أو ثوبى الذى أملكه لفلان فهو متناقض والمفهوم منه الوعد بالهبة ولو قال مسكنى هذا لفلان يكون اقراراً لانه أضاف إلى نفسه السكنى وقد يسكن ملك الغير ولو شهدت بينة على أن فلانا أقر أن له دار كذا وكانت ملكه إلى أن أقر كانت الشهادة باطلة نص عليه ولو قال المقر هذه الدار لفلان وكانت ملكى إلى وقت الاقرار فاقراره نافذ والذي ذكره مناقض لاوله فليغو كما لو قال هذه الدار لفلان وليست له هذا في الاعيان وكذلك في الديون إذا كان له دين على غيره في الظاهر من قرض أو أجرة أو ثمن مبيع فقال دينى الذى لى على زيد لعمرى فهو باطل ولو قال الدين الذى لى على زيد لعمرى واسمى في الكتاب عارية فهو صحيح فلعله كان وكيلاً عنه في الاقراض والاجارة والبيع ثم عمرو ويدعى المال على زيد لنفسه فان أنكر فهو بالخيار بين أن يقيم البينة على دين المقر على زيد ثم على اقراره له بما على زيد وبين أن يقيم البينة أولاً على الاقرار ثم على الذين ذكره القفال واستثنى صاحب التلخيص ثلاثة ديون ومنع الاقرار بها (أحدها) الصداق في ذمة الزوج لا يقر المرأة به (والثانى) بدل الخلع في ذمة المرأة لا يقر الزوج به (والثالث) أورش الجنابة لا يقر به المجنى عليه لان الصداق لا يكون الا للمرأة وبديل الخلع الا للزوج وأورش الجنابة الا للمجنى عليه نعم لو كانت الجنابة على عبد أو مال آخر جاز أن يقر به الغير لاحتمال كونه له يوم الجنابة قال

[108]

الائمة هذه الديون وان لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداء وتقديرا بوكالة ولكن يجوز انتقالها إلى الغير بالحوالة وكذلك في البيع على قوله فيصح الاقرار بها عند احتمال جريان الناقل وحملوا ما ذكره صاحب التخليص على ما إذا أقر بها عقيب ثبوتها بحيث لا يحتمل جريان الناقل لكن سائر الديون كذلك فلا ينتظم الاستثناء بها بل الاعيان أيضا يترد المستثنى به حتى لو أعتق عبده ثم أقر له السيد أو غيره عقيب العتق بدين أو عين لم يصح لان أهلية الملك لم تثبت له الا في الحال ولم يحز بينهما ما يوجب المال وزاد أبو العباس الجرجاني في الفصل شيئا فقال ان أسند الاقارير الثلاثة إلى جهة حوالة أو بيع ان جوزناه فذلك والا فعلى قولين بناء على مالو أقر للحمل بمال وأطلق. قال (نعم يشترط أن يكون المقر به تحت يده وتصرفه. فلو أقر بحرية عبد في يد غيره لم يقبل. فلو أقدم على شرائه صح تعويلا على قول صاحب اليد. ثم قيل انه شراء. وقيل انه فداء من جانبه ببيع من جانبه البائع. والصحيح أن خيار الشرط والمجلس لا يثبت فيه. كما لا يثبت في بيعه عبده من نفسه. ولا يثبت في بيع العبد من قريبه الذي يعتق عليه على الصحيح. ثم يحكم بعتق العبد على المشتري ولا يكون الولاء له ولا للبائع. فان مات العبد وله كسب فللمشتري أن يأخذ من تركته قدر الثمن لانه ان كذب فكله له. وان صدق فهو للبائع وله الولاء وقد ظلمه بالثمن. وقد ظفر هو بماله هكذا ذكره المزني رحمه الله. ومن الاصحاب من خالفه لانه غير مصدق في هذه الجهة).

[109]

قوله يشترط أن يكون المقر به تحت يده وتصرفه أراد به أنه إذا لم يكن تحت يده لم يسقطنا اقراره على الحكم بثبوت الملك للمقر له بل يكون ذلك دعوى أو شهادة وليس معناه أنه يلغو قوله من كل وجه بل لو حصل المقر به في يده يوما من الدهر يؤمر بتسليمه إليه فقال فلو قال العبد الذي في يد زيد مرهون عند عمرو بكذا ثم حصل العبد في يده يؤمر ببيعه في دين عمرو ولو أقر بحرية عبد في يد غيره أو شهد بحريته فلم تقبل شهادته لم يحكم بحريته في الحال ولو أقدم المقر على شرائه صح تنزيلا للعقد على قول من صدقه الشرع وهو صاحب اليد البائع وبخالف ما إذا قال فلانه اختى من الرضاع ثم أراد أن ينكحها لا يمكنه منها لان في الشراء عرض استنقاذه من أسر السرقة ومثل هذا العرض لا يوجد هناك فيمنع من الاستمتاع بفرج اعترف بأنه حرام ثم إذا اشتراه حكم بحرية العبد وأمر برفع اليد عنه ثم للاقرار حالتان (أحدهما) أن تكون الصيغة أنك اعترفته وتسترقه ظلما وهي التي تكلم بها في الكتاب فالعقد الجارى بينه وبين البائع ما حكمه أهو شراء أم افتداء حكى صاحب الكتاب فيه أوجهها ثلاثة (أصحهما) أنه بيع من جهة البائع وافتداء من جهة المقر (والثاني) أنه بيع من الجانبين (والثالث) أنه افتداء من الجانبين وهذا الثالث مما ينبو الطبع عنه في جانب البائع وكيف ينتظم أن يقال انه يأخذ المال لينقذ من يسترقه ويعرفه حرا يفتديه بل لو قيل فيه المعنيان جميعا والخلاف في أن الاغلب منهما ما إذا كان أو بما رآه والمعتمد الذي رواه الاكثرون أنه بيع من جانب البائع لا محالة ومن جانب المشتري وجهان (أحدهما) أنه شراء كما في جانب البائع (وأصحهما) أنه افتداء لاعترافه بحريته وامتناع شراء الحر وينبنى على هذا الخلاف الكلام في ثبوت الخيار في هذا العقد أما البائع فيثبت له خيار المجلس والشرط بناء على ظاهر

[110]

المذهب في أنه بيع من جانبه ولو كان المبيع بثمن معين فخرج معيبا ورده كان له أن يسترد العبد بخلاف مالو باع عبدا أو أعتقه المشتري ثم خرج الثمن المعين معيبا ورده لا نسترد العبد بل يعدل إلى القيمة لاتفاقهما على العتق هناك وأما المقر المشتري فان جعلناه شراء في حقه فيه الخيار وان جعلناه فداء فلا وعلى الوجهين لارد له لو خرج العبد معيبا لكن يأخذ الارش على وجه الشراء ولا يأخذ على الوجه الآخر وذكر الامام رحمه الله أنه إذا لم يثبت خيار المجلس والشرط لا يثبت فيه إلى آخره يشعر بآثبات الخلاف فيه نعم مع الحكم بكونه شراء وبيعا لاستعقابه العتق كالخلاف في شراء القريب واعلم أن مسألتي بيع العبد من نفسه وبيعه من قريبه قد ذكرناهما بما فيهما في البيع وتبين أن كلامه في شراء القريب بخلاف كلام الاكثريين والحكم بان الصحيح ههنا منع الخيار غير مسلم على اطلاقه بل الصحيح ثبوتهما في طرف البائع نعم في طرف المشتري الفتوى بالمنع بناء على أنه فداء والله أعلم. ثم إذا حكمنا بالعتق والحالة هذه فلا نقول بان ولاءه للمشتري لاعترافه انه لم يعتقه ولا للبائع لزعمه أنه ليس بعتق بل هو موقوف فان مات وقد اكتسب مالا فان كان له وارث بالنسب فهو له والا فينظر إن صدق البائع المشتري أخذه ورد الثمن وان كذبه وأصر على كلامه الاول فظاهر النص أنه بوقف المال كما كان الولاء موقوفا وأعرض المزني فقال للمشتري أن يأخذ قدر الثمن مما تركه فان فضل شيء كان الفاضل موقوفا وعلمه بان المشتري إذا كان كابا فالमित رقيق وجميع أكسابه له أو صادقا فالاكساب للبائع إرثا بالولاء وهو قد ظلمه بأخذ الثمن وتعذر استرداده فإذا ظفر بماله كان له أن يأخذ به حقه وافترض الاصحاب في المسألة فذهبت فرقة إلى تقرير النصين تخطئة المزني فالتوجيه من

[111]

وجهين (أحدهما) أنه لو أخذ شيئا فاما أن يأخذه بجهة أنه كسب مملوكه وقد نفاه باقراره أو بجهة الظفر بمال من ظلمه وهو ممتنع لانه إنما بذله تقريبا إلى الله تعالى باستنقاذه حرا فيكون سبيله سبيل الصدقات والصدقات لا يرجع فيها (والثاني) لا ايدرى أنه يأخذه بجهة الملك أو بجهة الظفر بمال من ظلمه فيمتنع من الاخذ إلى ظهور جهته وقال ابن سريج وأبو إسحق وأكثر مشايخ المذهب الامر كما ذكره المزني وعن ابن سريج والقاضي أبي حامد أن الشافعي رحمه الله نص عليه في غير هذا الموضوع وحملوا ما ذكره ههنا على أن ما يأخذه بجهة الولاء لا يكون موقوفا وهو ما زاد على قدر الثمن فاما المستحق بكل حال فلا معنى للتوقف فيه قالوا ويجوز الرجوع في المبذول على جهة الغدية كما لو فدى أسيرا في يد المشركين ثم استولى المسلمون على بلادهم ووجد الباذل عين ماله أخذه (وأما) اختلاف الجهة فلا يسلم أنه يمتنع أخذه بعد الاتفاق على أصل الاستحقاق (الحالة الثانية) أن يكون صفة إقراره أنه حر الاصل وأنه عتق قبل ان اشتريته فإذا اشتراه فهو فداء من جهته بلا خلاف كذلك ذكره صاحب التهذيب وإذا مات وقد اكتسب مالا وليس له وارث فالمال لبيت المال وليس للمشتري أن يأخذ منه شيئا لان تقدير صدقه لا يكون المال للبائع حتى يأخذ عوضا عن الثمن ولو مات العبد قبل أن يقبضه المشتري لم يكن للبائع أن يطالبه الثمن لانه لاحرية في زعمه والمبيع قد تلف قبل القبض هذا شرح المسألة

وقد اندرج فيه بعض ما يتعلق بلفظ الكتاب خاصة (وقوله) لم يحكم بعق العبد على المشتري على من صلة الحكم لامن صلة العتق فانا لانحكم بانه عتيق على المشتري وانما نحكم على المشتري بانه عتيق (وقوله) لانه غير مصدق في الجهة أراد به ما ذكرنا في التوجيه الثاني وشبه هذا الخلاف فيما إذا قال عليك الف ضمنته فقال ما ضمننت شيئا ولكن لك على الف قيمة متلف والاصح الثبوت وقطع النظر عن الجهة.

[112]

(فرع) لو أستاذ العبد المقر بحريته بدلا عن الشراء لم يحل له استخدامه والانتفاع به وللمكربى مطالبته بالاجرة ولو أقر بحرية جارية ثم قبل نكاحها منه لم يحل له وطؤها وللزوج مطالبته بالمهر. (فرع) لو قال العبد الذي في يدك عصيته من فلان ثم اشتراه منه ففي صحة العقد وجهان نقلهما الامام رحمه الله (أصحهما) الصحة كما لو أقر بحريته ثم اشتراه (والثاني) المنع لان الصحيح ثم الافتداء والانقاذ من الرق ولا يتجه مئاه في تخلص ملك الغير (ثالث) لو أقر بعبد في يده لزيد وقال العبد بل أنا ملك لعمر وسلم إلى زيد دون عمرو لانه في يد من يسترقه لافى يد نفسه فلو أعتقه لم يكن لعمرو تسليم رقبته والتصرف فيها أيضا لما فيها من ابطال الولاء على المعتق وهل له أخذ اكسابه فيه وجهان (وجه المنع) ان استحقاق الاكساب فرع الربح وأنه لم يثبت. قال (الركن الرابع الصيغة فإذا قال لفلان على أو عندي الف فهو اقرار. ولو قال المدعى لى عليك الف فقال زن أو خذ لم يكن اقرار. وكذا إذا قال زنه أو خذه (و) ولو قال بلى أو أجل أو نعم أو صدقت أو أنا مقر به أو لست منك له فهو اقرار. ولو قال أنا مقر ولم يقل به فلا يكون اقرار به. ولو قال أنا أقر به قيل أنه اقرار. وقيل انه وعد بالاقرار. ولو قال اليس لى عليك الف فقال بلى لزمه. ولو قال نعم قيل إنه لا يلزمه والاصح التسوية. ولو قال اشتر منى هذا العبد فقال نعم فهو اقرار بالعبد). في الفصل صور (أحدهما) قول القائل كذا لفلان صيغة إقرار (وقوله) لفلان على أو ذمتي إقرار بالدين ظاهرا (وقوله) عندي أو معي إقرار بالعين ولو قال له قبلى الف قال في التهذيب هو

[113]

دين وبشبه أن يكون هو صالح للدين والعين جميعا (الثانية) إذا قال لغير لى عليك الف وقال في الجواب زن أو خذ لم يكن إقرارا لانه لم توجد منه صيغة التزام وقد يذكر مثل ذلك من يستهزئ ويبالغ في الجحود ولو قال استوف أو اتزن فكذلك وفي التتمة نقل وجه في قوله اتزن أنه اقرار لانه يستعمل في العادة فيما يستوفيه الانسان لنفسه بخلاف قوله زن ويقال هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله ولو قال خذه أو زنه فظاهر المذهب أنه ليس باقرار أيضا وقال الزبيري انه اقرار ووجهه أن الكناية تعود إلى ما تقدم في الدعوى ولو قال سده في همننا بك أو اجعله في كسبك أو اختم عليه فهو كقوله زنه أو خذه واعلم أن الوجه الذي روينا عن الزبيري نسبه صاحب الكتاب في الوسيط إلى صاحب التخليص فلم يورد فيه المسألة ولو قال المدعى عليه في الجواب بلى أو نعم أو أجل أو صدقت فهو اقرار لان هذه الالفاظ موضوعة للتصديق والموافقة ومثله أجابوا فيما إذا قال

لعمرى ولعل العرف يختلف فيه ولو قال أنا مقر به أو بما يدعيه ولست بمنكر له فهو اقرار ولو قال أنا مقر ولم يقل به أو قال لست بمنكر أو أنا أقر لم يكن اقرارا لجواز ان يريد الاقرار ببطلان دعواه أو بأن الله تعالى واحد وهذا يدل على أن الحكم بأن قوله انى مقر به اقرار فيما إذا خاطبه فقال أنا مقر لك به والا فيجوز أن يريد الاقرار به لغيره ولو قال أنا أقر لك به فوجهان (أحدهما) أنه ليس باقرار لجواز أن يريد به الوعد بالاقرار في ثنى الحال (والثانى) أنه اقرار لان قرينة الخصومة تشعر بالتمييز ونسب الامام رحمه الله الثانى للاكثرين واختاره كذلك القاضيان الحسين والرويانى ولا يحكى الثانى الا نادرا فضلا عن الذهاب إليه (وأما) المختار فهو مؤيد بأنهم اتفقوا على أنه لو قال لا أنكر ما تدعيه كان اقرارا غير محمول على الوعد ورأيت بعض أصحاب أبى عاصم العبادي أجاب عن هذا الالزام

[114]

بأن العموم إلى النفس أسرع منه إلى الاثبات ألا ترى ان النكرة في معرض النفي تعم وفي معرض الاثبات لاتعم ولك ان تقول هب ان هذا الفرق بين لكن لا ينفى الاحتمال وقلدة الاقرار بالخذ بالقين قال الامام رحمه الله ويتقدير حمله على الوعد فالقياس ان الوعد بالاقرار اقرار كما انا نقول التوكيل بالاقرار اقرار ولو قال في الجواب لا انكر ان يكون محقا لم يكن مقرا بما يدعيه لجواز ان يريد في شئ آخر فلو قال فيما تدعيه فهو اقرار ولو قال لا اقر به ولا انكر فهو كما لو سألت فيجعل منكرا وتعرض عليه اليمين ولو قال ابرأتني عنه أو قبضته فهو اقرار وعليه بينة القضاء أو الابراء وعن بعض الاصحاب ان قوله ابرأتني ليس باقرار لقوله تعالى (فبرأه الله مما قالوا) وتبرئته عن عيب الادرة لا يقتضى اثباته له ولو قال اقررت بأنك ابرأتني واستوفيت مني لم يكن اقرارا ولو قال في الجواب لعل أو عسى أو اظن أو أحسب أو أقدر لم يكن مقرا وههنا مباحثة وهو أن اللفظ وان كان صريحا في التصديق فقد تنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والكذب ومن جملة الاداء والابراء وتحريك الرأس على شدة التعجب والانكار ويشبه أن يحمل قول الاصحاب ان صدقت وما في معناه اقرار على غير هذه الحالة اما إذا اجتمعت القرائن فلا يجعل إقرارا أو يقال فيه خلاف لتعارض اللفظ والقرينة كما لو قال لى عليك ألف فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء لك على ألف فان أبا سعيد المتولي حكى فيه وجهين (الثالثة) لو قال اليس لى عليك ألف فقال بلى كان مقرا ولزمه الالف ولو قال نعم فوجهان (أحدهما) أنه لا يلزمه لان نعم تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام وبلى تكذيب له من حيث أن أصل بلى بل وزيدت عليها الياء وهو الرد والاستدراك وإذا كان كذلك فقوله بلى رد لقوله اليس لى عليك ألف فانه الذى أدخل عليه حرف الاستفهام ونفى له ونفى النفى اثبات فكأنه قال لى

[115]

عليك لك على ألف وقوله نعم تصديق فكأنه قال ليس لى لك على عليك ألف هذا تلخيص ما نقل عن الكسائي وغيره من أئمة اللغة وعلى وفاقه

ورد القرآن قال الله (الست ربكم قالوا بلى) وقال تعالى (أم يحسبون أنا لا نسمع سرهم ونجواهم بلى ورسلنا لديهم يكتبون) وقال تعالى (أحسب الانسان أن لن نجوع عظامه بلى قادرين على أن نسوي بنانه) وقال تعالى في لفظه نعم (فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم) وقال تعالى (إن لنا لأجرا إن كنا نحن الغالبين قال نعم) والوجه الثاني أن يكون مقرا بان كل واحد منهما يقام مقام الآخر في العرف والوجه الاول هو الذي أورده صاحب التهذيب وغيره لكن الثاني أصح عند الامام وصاحب الكتاب وبه أجاب الشيخ أبو محمد وأبو سعيد المتولي ووجهه بان الاقرارير تحمل على معهود العرف لاعلى حقائق العربية ولو قال هل لى عليك الف فقال نعم فهو اقرار (الرابعة) إذا قال اشتر منى عبدى هذا فقال نعم فهو اقرار به للقاتل كما لو قال اعتق عبدى هذا فقال ويمكن أن يجئ فيه خلاف ما ذكرنا في الصلح فيما إذا قال بعني هذا العبد هل هو اقرار بالعبد للمخاطب وليس في لفظ الكتاب في المسألة اضافة العبد إلى نفسه ولكن المراد ما إذا أضاف وكذلك صور في الوسيط ولو كان اللفظ اشتر منى هذا العبد كما في الكتاب فالنصديق بنعم يقتضى الاعتراف بملكية البيع لا بانه يملك المبيع ولو ادعى عليه عبدا في يده فقال اشتريته من وكيلك فلان فهو اقرار له ويحلف المدعى عليه أنه ما وكل فلانا بالبيع ثم انا نردف شرح صور الفصل بصور تقرب منها لو قال له على كذا في علمي أو فيما أعلمه وأشهد فهو اقرار ولو قال كان على الف لفلان أو كانت هذه الدار في السنة الماضية له فوجهان (أحدهما) أنه اقرار في الحال بحكم الاستصحاب

[116]

(والثاني لا لانه لم يعرف في الحال بشئ والاصل براءة الذمة ويقرب منه الخلاف فيما إذا قال هذه دارى أسكنت فيها فلانا ثم أخرجته منها قيل هو اقرار باليد لانه اعترف بثبوتها من قبل وادعى زوالها وعن أبى على الزجاجي في جواب الجامع الصغير أنه ليس اقراره بالملك لزيد ودعوى انتقالها منه لانه لم يعترف بيد فلان الا من جهته ولو قال ملكتها من زيد فهو اقرار فان لم يصدقه زيد أمر بالرد إليه وقول قال اقض الالف الذى لى عليك فقال نعم فهو اقرار ولو قال فى الجواب اعطني غدا أو ابعت من يأخذه أو امهلني يوما أو حتى اصرف الدراهم أو حتى افتح باب الصندوق أو أقعد حتى تأخذ أو لا أجد اليوم أو لا تزال تتقاضى أو قال ما أكثر ما تتقاضى والله لا قضيتك فجميع هذه الصور اقرار عند أبى حنيفة رحمه الله والاصحاب فيه مضطربون واللميل إلى موافقته في أكثر الصور اكثر وتردد بعضهم في قوله اقض الالف الذى لى عليك فقال نعم أيضا وكذا لو قال اسرح دابة فلان هذه فقال نعم أو قال متى تقضى حقي فقال غدا ولو قال له قائل غصبت ثوبي فقال ما غصبت من أحد قبلك ولا بعدك لم يكن مقرا لان نفي الغصب من غيره لا يوجب الغصب منه وكذا لو قال ما لزيد أكثر من مائة درهم لان نفي الزائد على المائة لا يوجب اثبات المائة وفيه وجه آخر أنه اقرار بالمائة ولو قال معسر لفلان على الف درهم ان رزقني الله ما لا قيل ليس باقرار للتعليق وقيل هو اقرار وذلك بيان لوقت الاداء والاصح أن يستفسر فان فسر بالتأجيل صح وان فسر بالتعليق لغا ولو شهد عليه شاهد فقال هو صادق أو عدل لم يكن مقرا وان قال صادق فيما شهد به أو عدل فيه كان مقرا قاله في التهذيب ولو قال ان شهد على فلان وفلان أو شاهدان بكذا فهما صادقان قال في الحيلة فيه قولان (أصحهما) أنه اقرار وان لم يشهدا وبه أجاب صاحب التلخيص في المفتاح

(والثاني) أنه ليس باقرار لما فيه من التعليق فان قال ان شهدا صدقتهما
لم يكن مقرا لان غير الصادق قد يصدق

[117]

(الباب الثاني في الاقارير المجملة) قال (وهي سبعة (الاول) إذا قال لفلان
على شئ يقبل تفسيره بأقل ما يتمول (ح) لانه محتمل. وهل يقبل بحبة من
الحنطة فيه خلاف. وهل يقبل بالكلب والسرجين وجلد الميتة فيه خلاف.
والاطهر القبول لانه شئ لازم. ولا يقبل بالخمير والخنزير لانه لا يلزم
ردهما. ولا يقبل برد جواب السلام والعيادة فانه لا مطالبة بهما. وان قال
عصبت شيئا قبل بالخمير والخنزير. ولو قال له عندي شئ لم يقبل بالسلام
لانه لا يملك. وفيه وجه). المقر به يكون مفصلا وقد يكون مجملا مجهول
الحال وانما احتمل فيه الاجمال لانه اخبار عن سابق والشئ يخبر عنه
مفصلا تارة ومجملا تارة ويخالف الانشاءات حيث لا تحتمل الجهالة
والاجمال في أغلبها احتياطا لابتداء الثبوت وتحريزا عن الغرر ولا فرق في
الاقارير المجملة بين أن تقع ابتداء أو في جواب دعوى معلومة كما إذا
ادعى عليه الف درهم وقال لك على شئ والالفاظ التي تقع فيها الجهالة
والاجمال لاحصر لها فاشتغل الشافعي رضي الله عنه والاصحاب ببيان ما
هو اكثر استعمالا ودوراننا على الالسنه ليعرف حكمهما ويقاس بها غيرها
(منها) إذا قال لفلان على شئ رجعنا في التفسير إليه فان فسره بما
يتمول قبل قليلا كان أو كثيرا كفلس ورغيف وتمره حيث يكون لها قيمة
وان فسره بما لا يتمول فاما أن يكون من جنس ما يتمول أو لا يكون ان كان
كحبة من الحنطة والشعير والسمسم وقمع الباذنجانة ففيه وجهان
(أحدهما) لا يقبل التفسير به لانه لاقيمة له فلا يصح التزامه بكلمة على
ولهذا لا تصح الدعوى به (وأصحهما)

[118]

القبول لانه شئ يحرم أخذه وعلى من أخذه رده (وقوله) ان الدعوى به لا
تسمع ممنوع والتمره الواحدة حيث لاقيمة لها من هذا القبيل وعن
القاضي أن الخلاف فيها بالترتيب وهو أولى بالقبول وان لم يكن من جنس
ما يتمول فاما أن يجوز اقتناؤه... أولا يجوز (القسم الاول) لكلب المعلم
والسرجين وجلد الميتة القابل للذباغ ففي التفسير بها وجهان (أحدهما) لا
يقبل لانها ليست بمال وظاهر الاقرار المال (وأصحهما) القبول لانها أشياء
يثبت فيها الحق والاختصاص ويحرم أخذها ويجب ردها ومن هذا القسم
الخمير المحترمة والكلب القابل للتعليم ومثال الثاني الخمره التي لاحرمه
لها والخنزير وجلد الميتة والكلب الذي لا منفعة به ففي التفسير بها
وجهان لكن الاصح ههنا المنع وهو الذي ذكره في الكتاب لانه ليس فيه حق
اختصاص ولا يلزم ردها (وقوله) على مقتضى ثبوت حق المقر له ولو فسره
بوديعة قبل لان عليه ردها عند الطلب وقد يتعدى فتكون مضمونة عليه
وروى الامام رحمه الله وجهان أنه لا يقبل لانها في يده لا عليه ولو أقر بحق
الشفعة يقبل ذكره القاضي الرويانى وبالعيادة

[119]

ورد السلام لا يقبل لانه بعيد عن الفهم في معرض الاقرار إذ لا مطالبة بهما والاقرار في العادة يجرى بما يطلب المقر ويدعيه قال في التهذيب ولو قال له على حق قبل التفسير بهما وطني أن الفرق بينهما عسير وكيف لا والحق أخص من الشئ ويعد أن يقبل تفسير الاخص بما لا يقبل به الاعم ويتقدير ان يكون الامر كما ذكره فيتنقض التوجيه المذكور (وقوله) في الكتاب لا يقبل برد جواب السلام أخذ اللفظين من الرد والجواب كاف والآخر زائد ولو كان الاقرار بلفظ الغضب فقال غصبت منه شيئا فيما يقبل تفسيره في الصورة السابقة يقبل ههنا بطريق الاولى إذا احتمله اللفظ وهذا القيد لتخرج الوديعة وحق الشفعة ويقبل أيضا بالخمير والخنزير نص عليه في الام لان الغضب لا يقتضى الا الاخذ قهرا وليس في لفظه ما يشعر بالتزام وثبوت حق بخلاف قوله على ولو قال له عندي شئ فكذلك يقبل التفسى بالخمير والخنزير على المشهور لانه شئ مما عنده وقال الشيخ أبو محمد لا يقبل واختاره

[120]

الامام وصاحب الكتاب ووجهه بان قوله عندي يشعر بثبوت ملك أو حق وللاولين أن يمنعوا ذلك ويحتجوا عليه بانتظام قو القائل لفلان عندي خمير أو خنزير ثم لهم أن يدعوا مثل ذلك في قوله غصبت من فلان. قال (ثم ان امتنع عن التفسير حبس إلى أن يفسر على رأى. وجعل نا كلا عن اليمين على رأى حتى يحلف المدعى. فلو فسر بدرهم فقال المدعى بل أردت عشرة لم يقبل دعوى الارادة بل عليه أن يدعي نفس العشرة. والقول قول المقر في عدم الارادة وعدم اللزوم). عرفت أنه بم يقبل تفسير الاقرار بالشئ وبم لا يقبل وفي الفصل وردت مسألتان لا اختصاص لهما بلفظ الشئ بل يعمان سائر المبهمات وانما أوردهما في هذا الموضع لان الاقرار بالشئ أول ما ذكره من الاقارير المحملة (المسألة الاولى) إذا اقر بمجمل وطالبناه بالتفسير فامتنع ففيه ثلاثة أوجه جمعها الامام رحمه الله اظهرها انا نحسبه حبسا إياه إذا امتنع من أداء الحق لان التفسير والبيان حق واجب (والثاني) أنه لا يحبس بل ينظر ان وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير جعل

[121]

ذلك انكارا منه وتعرض عليه اليمين فان أصر جعل نا كلا عن اليمين وحلف المدعى وان أقر ابتداء قلنا للمقر له ادعى عليه حقا فإذا ادعاه وأقر بما ادعاه أو أنكر فذاك وأجرينا عليه الحكم وان قال لا أدري جعلناه منكرا فان أصر جعلناه نا كلا وذلك انه إذا أمكن تحصيل الغرض من غير حبس لا يحبس (والثالث) عن حكاية صاحب التقريب انه ان أقر بغضب وامتنع من بيان المصوب حبس وان أقر بدين مبهم فالحكم كما ذكرنا في الوجه الثاني وذكر أبو عاصم العبادي انه إذا قال على شئ وامتنع من التفسير لم يحبس وان قال على ثوب أو فضة ولم يبين يحبس وأشار من شرح كلامه إلى أن

الفرق مبني على قبول التفسير بالخمير والخنزير فانه لا يتوجه بذلك مطالبته وحبسه (الثانية) إذا فسر اقراره المبهم بتفسير صحيح وصدقه المقر له فذاك والا فليبين جنس الحق وقدره وليدعيه والقول قول المقر في نفيه ثم لا يخلو اما أن يكون ما ادعاه من جنس ما فسرهم المقر أو من غير جنسه فان كان من جنسه كما إذا فسر اقراره بمائة درهم وقال المقر له لى عليه مائتان فان صدقه على ارادة المائة فهي ثابتة بالانفاق ويحلف المقر على نفي الزيادة ولو قال أراد به المائتين حلف المقر على أنه ما أراد مائتين وليس عليه إلا مائة ويجمع بينهما في يمين واحدة وعن ابن المرزبان أنه لا بد من يمينين والمشهور الاول فلو نكل حلف المقر له على استحقاق المائتين ولا يحلف على الارادة لانه لا يطلع

[122]

عليها بخلاف ما إذا مات المقر وفسر الوارث وادعى ليقر له زيادة حيث يحلف الوارث على نفي ارادة الموروث لانه قد يطلع من حال مورثه على ما لا يطلع عليه غيره قال صاحب التهذيب ومثله لو أوصى بمجمل ومات فبينه الوارث فزعم الموصي له أنه أكثر يحلف الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة ولا يتعرض للارادة والفرق أن الاقرار اخبار عن سابق وقد يعرض فيه اطلاق والوصية انشاء أمر على الجهالة وبيانه إذا مات الموصى إلى الوارث وان كان ما ادعاه من غير جنس ما فسر به المقر نظر ان صدقه في الارادة وقال ليس لى عليه ما فسر به إنما لى عليه كذا بطل حكم الاقرار برده وكان مدعيا في غيره وان كذبه في دعوى الارادة وقال إنما أراد ما ادعيت حلف المقر على نفي الارادة ونفى ما يدعيه ثم إن كذبه في استحقاق المقر به بطل الاقرار فيه والا ثبت ولو اقتصر المقر على نفي دعوى الارادة وقال ما أردت بكلامك ما فسرتة وانما أردت كذا اما من جنس المقر به أو من غيره لم يسمع منه ذلك لان الاقرار والارادة لا يثبتان حقا له بل الاقرار اخبار عن حق سابق وعليه أن يدعى الحق لنفسه وقال الامام وفيه وجه ضعيف أنه تقبل دعوى الارادة المجردة وهو كالخلاف فيمن ادعى على خصمه أنه أقر بألف درهم هل تسمع منه أم عليه أن يدعى بعين الالف (وقوله) في

[123]

الكتاب لم تقبل منه دعوى الارادة بل عليه أن يدعى نفس العشرة ربما يفهم منه أن دعوى الارادة لا التفات إليها أصلا وليس كذلك وانما المراد أنها وحدها غير مسموعة فأما إذا ضم إليها دعوى الاستحقاق فيحلف المقر على نفيهما على التفصيل الذي تبين الذي انفقت النقلة عليه ويدل عليه من لفظ الكتاب قوله والقول قول المقر في نفي الارادة ونفي اللزوم ولكن فيه كلام وهو انا حكينا في البيع وجهين وهو أن المشتري إذا ادعى عيبا قديما بالمبيع وقال البائع بعته أو قبضته سليما يلزمه أن يحلف كذلك أم يكفيه الاقتصار على أنه لا يستحق به الرد فليجئ ههنا وجه أنه يكفيه نفس اللزوم ولا يحتاج إلى التعرض للارادة. (فرع) لو مات المبهم قبل التفسير طولب به الوارث فان امتنع فقولان (أحدهما) أنه يوقف مما ترك أقل ما يتمول (وأظهرهما) أنه يوقف الكل لان الجميع وان لم يدخل

في التفسير فهو مرتهن بالدين. قال (الثاني إذا قال على مال يقبل بأقل ما يتمول ولا يقبل بالكلب وجلد الميتة. والاطهر قبول المستولدة. ولو قال مال عظيم أو نفيس أو كثير أو مال كان كما لو قال مال وحمل على عظم الرتبة بالاضافة. فلو قال مال أكثر من مال فلان أو مما شهد به الشهود على فلان قبل تفسيره بما دونه. ومعناه أن الدين أكثر بقاء من العين أو الحلال أكثر من الحرام).

[124]

في الفصل ثلاث صور (إحداها) إذا قال له على مال قبل تفسيره بأقل ما يتمول ولا يقبل بما ليس بمال كالكلب وجلد الميتة والوجه القبول بالتمرة الواحدة ولو كان بحيث يكثر التمر وتوجيهه أنه مال وان لم يتمول في ذلك الموضوع هكذا يذكره العراقيون ويقولون كل ما يتمول مال ولا ينعكس وتلتحق الحبة من الحنطة بالتمرة الواحدة وفي قبول التفسير بالمستولدة وجهان حكاهما الشيخ أبو محمد (أظهرهما) وهو اختيار الشيخ القبول لأنه ينتفع بها وتستأجر وان كانت لاتباع وان فسر بوقف عليه فيشبه أن يخرج على الخلاف في أن الملك في الوقف هل للموقوف عليه (الثانية) إذا قال على مال عظيم أو كبير أو كثير أو جليل أو نفيس أو خطير أو غير تافه أو مال وأي مال قبل تفسيره بأقل ما يتمول لأنه يحتمل أن يريد به عظيم خطره يكفر مستحله أو وزر غاصبه والخائن فيه وقد قال الشافعي رضى الله عنه أصل ما أبني عليه الاقرار أن لا الزم الا اليقين وأطرح الشك ولا استعمل الغلبة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقبل في العظيم والكثير بأقل من عشرة دراهم وپروى مائتا درهم وساعدنا في الجليل والنفيس والخطير وعن مالك رحمه الله أنه لا يقبل التفسير بأقل مما تقطع فيه يد السارق وذهب بعض الاصحاب فيما حكاه القاضي الحسين وغيره إلى أنه يجب أن يزيد تفسير المال العظيم على تفسير مطلق المال ليكون لوصفه بالعظيم فائدة واكتفى بعضهم بالعظيم من حيث

[125]

الجرم والجنه ولو قال على مال قليل أو حقير أو خسيس أو طفيف أو تافه أو نذر أو يسير فهو كما لو قال مال وتحمل هذه الصفات على استحقرار الناس إياه أو على أنه فان زائل فكثيره بهذا الاعتبار قليل وقليله بالاعتبار الاول كثير (وقوله) في الكتاب وحمل على عظم الرتبة بالاضافة إلى أحوال الناس وطبا عهم فقد يستعظم الفقير ما يستحقه السرى (الثالثة) قال لزيد على مال أكثر مما لفلان قبل تفسيره بأقل ما يتمول وان كثر مال فلان لأنه يحتمل أن يريد به أنه دين لا يتطرق إليه الهلاك وذلك عين متعرض الهلاك أو يريد أن ما لزيد على حلال ومال فلان حرام والقليل من الحلال أكثر بركة من الحرام وكما أن القدر مبهم في هذا الاقرار فكذلك الجنس والنوع مبهمان ولو قال له على أكثر من مال فلان عددا فالابهام في الجنس والنوع ولو قال له على من الذهب أكثر مما لفلان فالابهام في القدر والنوع ولو قال من صواح الذهب فالابهام في القدر والنوع ولو قال من الذهب فالابهام في القدر وحده ولو قال لزيد على أكثر مما شهد به الشهود على فلان قبل تفسيره بأقل ما يتمول أيضا لاحتمال أن يعتقد

أنهم شهدوا زورا ويريد أن القليل من الحلال أكثر بركة ولو قال أكثر مما قضى به القاضى على فلان فوجهان (أحدهما) أنه يلزمه القدر المقضى به لان قضاء القاضى محمول على الصدق والحق (وأظهرهما) أنه كما قال أكثر مما شهد به الشهود لان قضاء القاضى قد يستند إلى شهادة الزور والحكم الظاهر لا يغير ما عند الله تعالى ولو قال لفلان على أكثر مما ففى يد فلان قبل تفسيره

[126]

باقل ما يتمول كما لو قال من مال فلان ولو قال له على أكثر مما في يد فلان من الدراهم لا يلزم التفسير من جنس الدراهم لكن يلزمه بذلك العدد من أي جنس شاء وزيادة بأقل ما يتمول هكذا ذكره في التهذيب لكنه يخالف ما سبق من وجهين (أحدهما) التزام ذلك العدد (والثاني) التزام زيادة عليه فان التأويل الذي تقدم الاكثرية يتبعهما جميعا ولو قال على من الدراهم أكثر مما في يد فلان من الدراهم وكان في يد فلان ثلاثة دراهم فجواب صاحب التهذيب أنه يلزمه ثلاثة دراهم وزيادة باقل مما يتمول (والاظهر) ما نقله الامام رحمه الله وهو أنه لا يلزمه زيادة جملا للاكثر على ما سبق وحكى عن شيخه أنه لو فسر بما دون الثلاثة يقبل أيضا ولو كان في يده عشرة دراهم وقال المقر لم أعلم وطمنت أنها ثلاثة قبل قوله مع يمينه (وقوله) في الكتاب إذ الحلال أكثر من الحرام أي أكثر بركة أو رغبة وما أشبه ذلك. قال (الثالث إذا قال له على كذا فهو كالمشئ. وإذا قال كذا كذا درهم فهو تكرار. ولو قال كذا درهم (ح و) يلزمه درهم واحد. وكذلك كذا وكذا (ح) درهم. ولو قال كذا وكذا درهما نقل المزي رحمه الله قولين (أحدهما) أنه تفسير لهما فهما درهما (ح) (والثاني) أنه درهم (ح و) واحد. وهذا في قوله درهما بالنصب. وفي قوله درهم بالرفع الاصح انه درهم واحد).

[127]

إذا قال لفلان على كذا فهو كما لو قال شئ ويقبل تفسيره بما يقبل به تفسير الشئ ولو قال كذا كذا فهو كما لو قال كذا والتكرار للتأكيد لا للتحديد ولو قال كذا وكذا فعليه التفسير بشيئين مختلفين أو متفقين يقبل كل واحد منهما في تفسير كذا من غير عطف وكذا لو قال على شئ أو قال شئ وشئ ولو قال على كذا درهما يلزمه درهم واحد وكان الدرهم تفسيراً لما أبهم وفي النهاية أن عند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه عشرون لانه أول اسم مفرد ينتصب الدرهم المفسر عقبه وان أبا اسحق المروزي وافقه فيما إذا كان المقر عارفا بالعربية وأجاب الاصحاب في أن تفسير الالفاظ المبهمة لا ينظر إلى الاعراب ولا توازن المبهمات بالمبينات بدليل أنه لو قال على كذا درهم صحيح لا يلزمه مائة درهم بالاتفاق وان كانت الموازنة المذكورة تقتضي لزوم مائة والتقييد بالصحيح لئلا يحمل على نصف درهم أو ثلث درهم لكن نقل البندنجي ان الطحاوي حكى عن بعض اصحاب أبي حنيفة أنه يلزمه مائة درهم والمشهور أنه لا يلزمه الا درهم واحد كما هو قولنا ولو قال كذا درهم من غير صفة الصحة فكذلك وفيه وجه أنه يلزم بعض درهم وهو اختيار ابن الصباغ ولو قال كذا درهم بالرفع

فلا خلاف أنه يلزمه درهم واحد ولو قال كذا درهم ووقف فهو كما لو خفض
ولو قال كذا كذا درهم لم يلزمه أيضا إلا درهم وقال أبو حنيفة رحمه الله
يلزمه احد عشر درهما ووافقه أبو إسحق في العالم بالعربية ولو قال كذا
وكذا

[128]

درهم أو درهم فكذلك لا يلزمه إلا درهم ويحى في الحفض الوجه الذي مر
ولو قال على كذا وكذا درهما قال في المختصر يعطيه درهمين لان كذا يقع
درهم يعنى لما وصل الخمس بالدرهم كان كل واحد من المعطوف
والمعطوف عليه واقعا على درهم وكناية عنه هكذا قال المزني وقال في
موضع آخر إذا قال على كذا وكذا درهما قيل اعطه درهما أو أكثر من قبل
ان كذا يقع على أقل من درهمين (وقوله) أكثر إذا فسر بأكثر من درهم
لزمه والا فالدرهم تعيين هذا ما نقله المزني واختلف الاصحاب في
المسألة على طريقين (أشهرهما) أنه على قولين وبه قال ابن خيران وأبو
سعيد (وأصحهما) أنه يلزمه درهما لانه أقر بحملين مبهمتين وعقبهما
بالدرهم منصوبا والظاهر كونه تفسيرا (والثاني) وهو اختيار المزني أنه لا
يلزمه الا الدرهم لجواز أن يريد تفسير اللفظين معا بالدرهم وحينئذ يكون
المراد من كل واحد نصف درهم ومنهم من زاد قولنا ثالثا وهو أنه يلزمه
درهم شئ فاما الدرهم فلتفسير الجملة الثانية وأما الشئ فلان الاولى
باقية على ابهاما وهذا ينطبق على رواية من روى اعطه درهم وأكثر
(والطريق الثاني) وبه قال أبو إسحق القطع بأنه يلزمه درهما واختلفوا في
نقل المزني والتصرف فيه من وجوه (أحدها) حمل ما نقل عن موضع آخر
على ما إذا قال كذا وكذا درهم بالرفع كانه يقول وكذا والعرض أبهمته
درهم (الثاني) أنه حيث قال درهما أراد ما اذا أطلق اللفظ وحيث

[129]

قال درهم أراد به ما إذا نواه ويصرف اللفظ عن ظاهره بالنية (والثالث) أنه
حيث قال درهم أراد ما إذا قال كذا وكذا درهم فشك ان الذي يلزمه شيئا
أو شئ واحد (والرابع) أنه حيث قال يلزمه درهم صور فيما إذا قال كذا وكذا
درهما وقال أبو حنيفة رحمه الله يلزمه احد وعشرون درهما للموازنة
السابقة وبه قال أبو إسحق في العارف بالعربية وخصص اختلاف الطرق
وتفرق الاصحاب بغيره ولو قال كذا وكذا درهم بالرفع فطريقان (أحدهما)
طرد القولين لانه يسبق إلى الفهم أنه تفسير لهما وان أخطأ في اعراب
التفسير (وأصحهما) القطع بانه لا يلزمه الا درهم واحد لما سبق وكذا لو
قال كذا وكذا درهم بالخفض لم يلزمه الا واحد ويمكن أن يخرج مما سبق
أنه يلزمه شئ وبعض درهم أولا يلزمه الا بعض درهم ولو قال كذا وكذا وكذا
درهما (فان قلنا) لو ذكر مرتين لزمه درهما فهنا يلزمه ثلاثة (وان قلنا)
يلزمه درهم فكذلك ههنا وإذا عرفت ما ذكرناه أعلمت قوله ثم كذا درهما
يلزمه درهم - بالحاء - والواو - كما ذهب إليه أبو إسحق وكذا قوله وكذا كذا
كذا درهما ويجوز اعلام قوله فهما درهما وقوله أنه درهم في مسألة كذا
وكذا درهما بهما أيضا (وقوله) وهذا في قوله درهما بالنصب أي موضع
القولين ذلك فاما إذا رفع فاصح الطريقين القطع بلزوم درهم.

[130]

قال (ولو قال على الف ودرهم فالالف مبهم وله تفسيره بما شاء بخلاف ما لو قال الف وخمسة عشر درهما أو الف ومائة وخمسة وعشرون درهما فان الدرهم لم يثبت بنفسه فكان تفسيراً للكل ولو قال درهم ونصف ففي النصف خلاف). إذا قال لفلان على الف ودرهم أو درهم أو الف وثوب أو الف وعبد فهذا عطف مبين على مبهم فله تفسير الالف بغير جنس المعطوف وقال أبو حنيفة رحمه الله ان كان المعطوف مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً يفسر الالف به وان كان متقوماً كالثوب والعبد بقى على ابهامه. لنا القياس على ما سلمه وعن مالك رحمه الله مثل مذهبنا. واختلف أصحاب أحمد فمنهم من ساعدنا ومنهم من قال يفسر بالمعطوف بكل حال. ولو قال خمسة عشر درهما فالكل دراهم لانه لا عطف وانما هما اسمان جعلاً واحداً فالمذكور تفسير له ولو قال خمسة وعشرون درهما فظاهر المذهب ان الكل دراهم لان لفظ الدراهم فيه لا يجب به شئ زائد بل هو تفسير لبعض الكلام والاصطخري يحتاج إلى التفسير فيكون تفسيراً للكل وقال ابن خيران والاصطخري الخمسة جملة والعشرون مفسرة بالدراهم لمكان العطف وعلى هذا الخلاف قوله مائة وخمسة وعشرون درهما وقوله الف ومائة وخمسة وعشرون درهما والف وثلاثة أثواب ومائة وأربعة دنائير وقوله مائة ونصف درهم. ولو قال درهم ونصف أو عشرة دراهم ونصف فوجهان أيضاً (قال) الاصطخري وجماعة من الاصحاب النصف مبهم لانه معطوف على ما تقدم مفسر به فلايتأتى فيه (وقال) الاكثرون الكل دراهم لجريان العادة به حتى انه من قال درهم ونصف درهم عد ذلك تطويلاً منه زائداً على قدر الحاجة. ولو قال نصف ودرهم فالنصف مبهم ولو قال مائة وقفيز حنطة فالمائة مبهمة بخلاف قوله مائة وثلاثة دراهم لان الدراهم تصلح تفسيراً للكل والحنطة لا تصلح تفسيراً للمائة لانه لا يصلح ان يقال مائة حنطة ولو قال على الف درهم برفعهما وتنوينهما فسر الالف بما لا تنقص قيمته عن درهم كأنه قال الالف مما قيمة الالف منه درهم.

[131]

قال (الرابع إذا قال على درهم يلزمه درهم فيه ستة دوانيق عشرة منه تساوى سبعة مثاقيل وهى دراهم الاسلام. فان فسر بالناقص في الوزن متصلًا قبل (ح). وان كان منفصلاً لم يقبل إلا إذا كان التعامل به غالباً ففيه وجهان. وعليه يخرج التفسير بالدراهم المغشوشة. ولو فسر بالفلوس لم يقبل بحال. وكذا لو قال على دربهما أو دراهم صغار وفسر بالناقص لم يقبل. ولو قال على درهم يلزمه ثلاثة). ذكرنا في الزكاة ان الدرهم الاسلامي المعتبر به نص الزكاة والديات وغيرها عشرة من الدراهم سبع مثاقيل وكل واحد منها ستة دوانيق ونزيد الآن ان كل دانق ثمان حبات وخمسا حبة فيكون الدرهم الواحد خمسين حبة وخمسي حبة والمراد من الحبة حبة الشعير المتوسطة التي لم نقشر لكن قطع من طرفها مادي وطال والدينار اثنان وسبعون حبة منها كذا نقل عن رواية أبي عبيد القاسم وحكاة الخطابي عن ابن سريج وفي حلية الروياني ان الدانق ثمان حبات فعلى هذا يكون الدرهم ثمانية وأربعون حبة. إذا عرفت ذلك ففي الفصل مسائل (احداها) إذا قال على درهم أو الف درهم ثم قال وهى

ناقصة فدراهم طبرية الشام الواحد منها أربعة دوانيق فأما أن يتفق
الاقرار في بلد دراهمه تامة أو بلد دراهمه ناقصة ان كان الاول فاما أن
يذكره منفصلا أو متصلا فان ذكره متصلا فطريقان (أصحهما) القبول كما
لو استثنى وكانه استثنى من كل درهم دانقين (والثاني) وبه قال ابن
خيران أنه علي قولين بناء على أن الاقرار هل يتبعض وقد يوجه القبول بما
سبق والمنع بأن اللفظ صريح فيه وما كل لفظ يتضمن نقصانا يصلح
للاستثناء ألا ترى أنه لو قال علي الف بل خمسمائة يلزمه الالف وان ذكره
منفصلا لم يقبل وعليه وزن درهم الاسلام إلا أن يصدقه المقر له لان لفظ
الدراهم صريح في القدر المعلوم وعرف البلد مؤيد له واختار الروياني أنه
يقبل لان اللفظ محتمل له والاصل براءة الذمة وحكاه عن جماعة من

[132]

الاصحاب وهو غريب وان كان الثاني فان ذكره متصلا قبل لان اللفظ
والعرف يصدقان وان ذكره منفصلا فوجهان (أحدهما) لا يقبل ويحمل
مطلق قراره على وزن الاسلام وهذا كما أن نصب الزكاة لا تختلف باختلاف
البلاد (وأظهرهما) وهو المحكى عن نصه أنه يقبل حملا لكلامه على نقد
البلاد لان للعرف أثرا بينا في تقييد الالفاظ باهل العرف وصار كما في
المعاملات ويجرى الخلاف فيما إذا أقر في بلد وزن دراهمه أكثر من وزن
دراهم الاسلام مثل غزته انه يحمل اقراره على دراهم البلد أو على دراهم
الاسلام (ان قلنا) بالاول فلو قال عنيت دراهم الاسلام منفصلا لم يقبل
وان قاله متصلا ففيه الطريقان السابقان (والاصح) القبول مطلقا وقد
ذكرنا فيه خلافا إذا كان الاقرار في بلد وزن دراهمه كامل (وقوله) وان كان
منفصلا لم يقبل يجوز اعلامه - بالواو - كما قاله الروياني (الثانية) الدراهم
عند الاطلاق إنما تستعمل في النقرة فلو أقر بدراهم وفسرها بالفلوس لم
يقبل والتفسير بالدراهم المعشوشة كالتفسير بالناقصة لان نقرتها لا تبلغ
وان الدراهم فيعود فيه التفصيل المذكور في الناقصة ولو فسر بجنس
ردئ من الفضة أو قال أردت من سكة كذا وهي غير جارية في تلك البلد
قبل كما لو قال علي ثوب ثم فسره بجنس ردئ أو بمالا يعتاد أهل البلد
لبسه ويخالف مالمو فسر بالناقصة لان يرفع شيئا مما أقر به وههنا بخلافه
ويخالف البيع حيث يحمل على سكة البلد لان البيع انشاء معاملة والغالب
أن المعاملة في كل بلد تقع بما يروج فيها ويتعامل الناس بها إقراره اخبار
عن سابق ربما ثبت بمعاملة في تلك البلدة وربما ثبت بغيرها فوجب
الرجوع إلى ارادته ولانه لا بد من صيانة البيع عن الجهالة والحمل على ما
يروج في البلد اصلح طريق تنتفى به الجهالة والاقرار لا تجب صيانتها عن
الجهالة وقال المزني لا يقبل تفسيره بغير سكة البلد وحكاه الشيخ أبو
حامد عن غيره من الاصحاب (الثالثة) إذا قال علي دريهم أو دريهمات أو
درهم صغير أو دراهم صغار ففيه اضطراب رواية الذي ذكره الامام رحمه
الله وصاحب الكتاب أنه كما لو

[133]

قال درهم أو دراهم فيعود في التفسير بالنقص التفصيل السابق وليس
التقييد بالصغر كالتقييد بالنقصان لان لفظ الدراهم صريح في الوزن

والوصف بالصغر يجوز أن يكون من حيث الشكل ويجوز أن يكون بالاضافة إلى الدراهم البغلية وساعدهما صاحب التهذيب على ما ذكره في الدرهم وقال في قوله درهم صغير ان كان بطبرية لزمه نقد البلد وان كان ببلد وزنه وزن مكة فعليه وزن مكة وكذلك ان كان بغزنة ولك أن تقول الجواب فيما إذا كان بطبرية لا يلائم الجواب فيما إذا كان بغزنة لانه اما أن يعتبر اللفظ أو عرفت البلد ان اعتبرنا اللفظ فيجب الوزن بالطبرية وان اعتبرنا عرف البلد فيجب نقد البلد نفرة وقال الشيخ أبو حامد ومن تابعه إذا قال درهم أو درهم صغير لزمه درهم من الدراهم الطبرية لانها أصغر من دراهم الاسلام وهي أصغر من البغلية على ما بينا في الزكاة فهي صغر الصغيرين باليقين فيؤخذ باليقين ولم يفرق بين بلدة وبلدة ويشبه أن يكون الاظهر من هذه الاختلافات ما تضمنه الكتاب ولانا لا نفرق بين أن يقول مال وبين أن يقول مال صغير وكذلك في الدراهم وهو ظاهر ما ذكره في المختصر وولو قال على درهم كبير فعلى قياس ما في الكتاب هو كما لو قال درهم ونقله الشيخ أبو حامد وهو أفقه وقال في التهذيب ان كان ببلد وزنه وزن مكة أو طبرية لزمه وزن مكة وان كان بغيره لزمه من نقد البلد وفيه الاشكال الذي ذكرناه (الرابعة) عرفت أن قدر الدراهم وجنسه ماذا أما من حيث العدد فإذا قال على دراهم يلزمه ثلاثة ولا يقبل تفسيره بأقل منها وكذلك لو قال على دراهم كثيرة أو عظيمة ويحى فيه الوجه المذكور في المال العظيم والكثير ولو قال على أقل اعداد الدراهم لزمه درهمان لان العدد هو المعدود وكل معدود متعدد فيخرج عنه الواحد ولو قال على مائة درهم عددا لزمه مائة درهم بوزن الاسلام صحاح قال في التهذيب ولا يشترط أن يكون كل واحد ستة دوانق وكذلك في البيع ولا يقبل مائة من العدد ناقصة الوزن

[134]

الا أن يكون نقد البلد عدده ناقصة فظاهر المذهب القبول ولو قال على مائة عدد من الدراهم فهنا يعتبر العدد دون الوزن. قال (ولو قال على من واحد إلى عشرة فالاصح أنه يلزمه تسعة وقيل ثمانية وقيل عشرة ولو قال درهم في عشر ولم يرد الحساب لم يلزمه إلا واحد). إحدى مسألتني الفصل إذا قال له على من درهم إلى عشرة ففيما يلزمه ثلاثة أوجه (أحدها) عشرة ويدخل الطرفان فيه كما يقال من فلان إلى فلان لا يرضى أحد بكذا (والثاني) تسعة لان الملتزم زائد على الواحد والواحد مبدأ العدد والالتزام فيبعد اخراجه عما يلزمه (والثالث) ثمانية ولا يدخل الطرفان كما لو قال بعثك من هذه الجدار إلى الجدار لا يدخل الجداران في البيع والاول أصح عند صاحب التهذيب وقال الشيخ أبو حامد والعراقيون الاصح الثاني ووافقهم صاحب الكتاب واحتج له الشيخ أبو حامد بأنه لو قال لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة تدخل النخلة الاولى في الاقرار دون الاخيرة وما ينبغي أن يكون الحكم في هذه الصورة كما ذكر بل هو كما لو قال بعثك من هذا الجدار إلى هذا الجدار (وقوله) في الكتاب ثمانية وعشرة معلمان - بالحاء - لان مذهب أبي حنيفة رحمه الله كالوجه الثاني وبه قال أحمد رحمه الله. ولو قال على ما بين درهم إلى عشرة فالمشهور أنه يلزمه ثمانية توجيهها بأن ما بمعنى الذي كأنه قال له العدد الذي يقع بين الواحد والعشرة وهو صريح في اخراج الطرفين وذكره ابن الحداد حكاية عن نصه ونقل في المفتاح عن نصه أنه يلزمه تسعة ووجه بأن الحد إذا كان من جنس المحدود يدخل فيه فيضم الدرهم العاشر إلى الثمانية وحكى أبو خلف السلمى عن القفال أنه يلزمه عشرة والمقصود بيان غاية ما عليه فحصل في المسألة

ثلاث أوجه كما في الصورة الاولى ولم يفرقوا بين أن يقول ما بين واحد إلى عشرة وبين أن يقول ما بين واحد وعشرة

[135]

وربما سووا بينهما ويجوز أن يفرق ويقطع بالثمانية في الصيغة الاخرى (الثانية) إذا قال على درهم في عشرة ان أراد الطرف لم يلزمه الا واحد وان أراد الحساب فعليه عشرة وان أراد المعية فعليه احد عشر درهما وان أطلق لم يلزمه الا واحد أخذا باليقين وفيما إذا قال أنت طالق واحدة في اثنتين في قول آخر أنه يحمل على الحساب وان أطلق لانه أظهر في الاستعمال وذلك القول عائد ههنا وان لم يذكره ولفظ الكتاب يفتقر إلى تأويل لانه حكم بأنه لا يلزمه الا واحد إذا يرد الحساب وله شرط وهو أنه يريد المعية. قال (الخامس إذا قال له عندي زيت في جرة أو سيف في عمد لا يكون مقرا بالطرف (ح). ولو قال له عندي عمد فيه سيف أو جرة فيها زيت لم يكن مقرا الا بالطرف. وعلى قياس ذلك قوله فرس في اصطبل. وحمار على ظهره اكاف. وعمامة في رأس عبد ونطائره. ولو قال له عندي خاتم وجاء به وفيه فص وقال ما أردت الفص فالظاهر انه لا يقبل. ولو قال جارية فجاء بها وهي حامل ففي استثناء الحمل وجهان). الاضافة إلى الطرف صور تبينها فصول هذا النوع والاصل المقرر فيها أن الاقرار بالمظروف لا يقتضى الاقرار بالطرف وبالعكس أيضا وأصل هذا الاصل البناء على اليقين فإذا قال لفلان عندي زيت في جرة أو سيف في عمد لا يكون مقرا بالجرة والعمد وكذا لو قال ثوب في منديل أو تمره في جراب أو لبن في كوز أو طعام في سفينة لاحتمان أن يريد في جرة أو منديل لى وكذا لو قال عصبت زيتا ثم رأيتاه في جرة لا يكون مقرا الا بعصب الزيت ولو قال عندي عمد فيه سيف أو جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر فهو اقرار بالطرف دون المظروف وعلى هذا القياس إذا قال فرس في اصطبل أو حمار على ظهره اكاف أو دابة عليها سرج أو زمام أو عبد على رأسه عمامة أوفى وسطه منطقة أو في رجله خف فلا

[136]

يكون مقرا الا بالدابة والعبد وعند أبي حنيفة الاقرار بالمظروف في الطرف يكون اقرارا بهما إذا كان مما يحرز في الطرف غالبا كالزيت في الجرة والتمر في الجراب دون الفرس في الاضطبل وقل صاحب التلخيص إذا قال عبد على رأسه عمامة أو عليه قميص أو في رجله خف فهو اقرار بما مع العبد لان العبد له يد على ملبوسه وما في يد العبد فهو في يد سيده فإذا أقر بالعبد للغير كان ما في يده لذلك الغير بخلاف المنسوب إلى الفرس وعمامة الاصحاب على أنه لا فرق بينهما وذكر الامام رحمه الله أنه قال ذلك في التلخيص وفي المفتاح أجاب بما يوافق قول الجمهور وهو وهم بل جوابه في المفتاح كجوابه في التلخيص ولو قال عندي دابة مسرحة أو دار مفروشة لم يكن مقرا بالسرج ولا الفرش بخلاف ما إذا قال سرجها وفرشها وبخلاف ما لو قال ثوب مطرز لان الطراز جزء من الثوب ومنهم من قال ان ركب عليه بعد النسيج فهو على وجهين نذكرهما في أخوات المسألة ولو قال فص في خاتم فهو اقرار بالفص دون الخاتم ولو

قال خاتم فيه فص ففى كونه مقرا بالفص وجهان (أصحهما) ما ذكره في التهذيب أنه ليس بمقر لجواز أن يريد فيه فص لى فصار كالصورة السابقة (والثانى) أنه يكون مقرا بالفص لان الفص من الخاتم حتى لو باعه دخل فيه بخلاف تلك الصورة ولو اقتصر على قوله عندي خاتم ثم قال بعد ذلك ما أردت الفص فد ذكر صاحب الكتاب فيه وجهين (أحدهما) أنه يقبل منه لان اسم الخاتم يطلق مع نزع الفص (وأصحهما) الذى ينبغى أن يقطع به أنه لا يقبل لان الفص متناول باسم الخاتم فهو رجوع عن بعض المقر به ولو قال حمل في بطن جارية لم يكن مقرا بالجارية وكذا لو قال نعل في حافر دابة وعروة على قمممة ولو قال جارية في بطنها حمل أو دابة في حافرها نعل وقمممة عليها عروة فوجهان كما في قوله خاتم فيه فص وبشبهه أن يترتب الوجهان في مسألة الكتاب على الوجهين في صورة الحمل وهى ماذا قال هذه الجارية لفلان وكانت حاملا

[137]

يتناول الاقرار الحمل فيه وجهان (أحدهما) نعم كما في البيع وبه أجاب القفال (وأظهرهما) لا وله ان يقول لم أرد الحمل بخلاف البيع لان الاقرار اخبار عن سابق وربما كانت الجارية له دون الحمل بان كان الحمل موصى به وسلم القفال أنه لو قال هذه الجارية لفلان إلا حملها يجوز بخلاف البيع (فان قلنا) الاقرار بالجارية يتناول الحمل ففيه الوجهان المذكوران في الصورة السابقة والا فيقطع بانه لا يكون مقرا بالحمل كما إذا قال جارية في بطنها حمل ولو قال ثمرة على شجرة لم يكن مقرا بالشجرة ولو قال شجرة عليها ثمرة فليترتب ذلك على أن الثمرة هل تدخل في مطلق الاقرار بالشجرة وهى لا تدخل بعد التأبير كما في البيع وفى فتاوى القفال أنها تدخل وهو بعيد وقيل التأبير وجهان (أظهرهما) وهو الذى أطلقه في التهذيب أنها لا تدخل أيضا لان الاسم لا يتناولها في البيع والبيع ينزل على المعتاد وذكر القفال وغيره لضبط الباب أن ما يدخل تحت البيع المطلق يدخل تحت الاقارير ومالا فلا قال القفال

[138]

إلا الثمار المؤبرة وما ذكرنا من المسائل يقتضى أن يقال في الضبط مالا يتبع في البيع ولا يتناول الاسم ففيه وجهان (وقوله) في الكتاب لا يكون مقرا بالظرف معلم - بالحاء - لان عند أبى حنيفة رحمه الله الاقرار بالمظروف في الظرف اقرار بهما إذا كان ذلك مما يحرز في الظرف غالبا كالتمر في الجراب والزيت في الجرة بخلاف الفرس في الاصطبل. قال (ولو قال الف في هذا الكيس ولم يكن فيه شئ لزمه الالف. فان كان الالف ناقصا يلزمه الاتمام عند القفال. ولا يلزمه عند أبى زيد للحصر. ولو قال الالف الذى في الكيس لا يلزمه الاتمام. فان لم يكن فيه شئ فهل يلزمه الالف فوجهان).

[139]

إذا قال على الف في هذا الكيس لزمه سواء كان فيه شيء أو لم يكن فيه شيء أصلا لان قوله على يقتضى اللزوم ولا يكون مقرا بالكيس على ما عرفت وان كان فيه دون الالف ففيه وجهان قال أبو زيد لا يلزمه إلا ذلك القدر لحصر المقر به وقال الفقهاء يلزمه الاتمام كما أنه لو لم يكن فيه شيء يلزمه الالف وهذا أقوى ولو قال على الالف الذى في هذا الكيس فان كان فيه دون الالف لم يلزمه إلا ذلك القدر لجمعه بين التعريف والاضافة إلى الكيس وعن أبى على وجه آخر ضعفوه أنه يلزمه الاتمام ويمكن أن يخرج هذا على الخلاف في أن الإشارة تقدم أم اللفظ وان لم يكن في الكيس شيء ففيه وجهان ويقال قولان بناء على ما إذا حلف ليشربن ماء من هذا الكوز ولا ماء فيه هل تنعقد يمينه ويحنت أم لا.

[140]

قال (ولو قال له في هذا العبد الف درهم إن فسر بارش الجناية قبل. وان فسر يكون العبد مرهونا فالظاهر أنه يقبل. ولو قال وزن في شراء عشرة الفا وأنا اشتريت جميع الباقي بألف قبل ولا يلزمه إلا عشر العبد). إذا قال لفلان في هذا العبد الف درهم فهذا لفظ مجمل فيسأل عنه إن قال أردت أنه جنى عليه أو على ماله جناية أرشها الف قبل وتعلق الالف برقبته وان قال انه رهن عنده بألف على ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يقبل لان اللفظ يقتضى كون العبد محلا للالف ومحل الدين الذمة لا المرهون وانما المرهون وثيقة له وعلى هذا إذا نازعه المقر له وأخذناه بالالف الذى ذكره في التفسير وطالبناه للاقرار الجملى بتفسير صالح (وأظهرهما) القبول لان الدين وان كان في الذمة فله تعلق ظاهر بالمرهون فصار كالتفسير بأرش الجناية ولو قال انه وزن في شراء عشرة الفا وأنا اشتريت الباقي بألف أو بما دون الالف قبل لانه محتمل ولا يلزمه بهذا الاقرار الا عشر العبد وان قال أردت انه وزن في ثمنه الفا قبل

[141]

له هل وزنت شيئا فان قال لا فالعبد كله للمقر له وان قال نعم سئل عن كيفية الشراء أكان دفعة واحدة أم لا فان قال دفعة واحدة سئل عن قدر ما وزن فان قال وزنت الفا أيضا فالعبد بينهما وان قال وزنت الفين فثلثا العبد له والثلث للمقر له وعلى هذا القياس ولا نظر إلى قيمته خلافا لمالك رحمه الله حيث قال لو كان يساوى الفين وقد زعم أنه وزن الفين والمقر له الفا يكون العبد بينهما بالسوية ولا يقبل قوله انى وزنت الفين في ثلثه وقد يعبر عن مذهبه بأن المقر له من العبد ما يساوى الفا وان قال اشتريناه دفعتين ووزن في شراء عشرة مثلا الفا وأنا اشتريت تسعة اعشاره بألف قبل لانه يحتمل ولو قال أردت به أنه أوصى له بألف من ثمنه قبل البيع ودفع له الف ثمنه وليس له دفع الالف من ماله وان فسرنا به دفع إليه الالف ليشتري له العبد ففعل فان صدقه المقر له فالعبد له وان

[142]

كذبه فقد رد اقراره بالعبد وعليه رد الالف الذي أخذه وان قال أردت أنه أقرضه ألفا فصرفته إلى ثمنه قبل ولزمه الالف وتوجيه الخلاف المذكور فيما إذا فسرته بالرهن يقتضى عوده ههنا ولو قال له على من هذا العبد الف درهم فهو كما لو قال في هذا العبد ولو قال من ثمن هذا العبد الف درهم فكذلك ذكره في التهذيب ولو قال على درهم في دينار فهو كما لو قال الف في هذا العبد فان أراد النفي معه لزمه. قال (ولو قال له في هذا المال الف أو في ميراث أبى الف لزمه ولو قال له في مالى الف أو في ميراثى من أبى الف لم يلزمه للتناقض). قال الشافعي رضى الله عنه في المختصر لو قال له في ميراث أبى الف درهم كان اقرارا منه على أبيه بدين ولو قال له في ميراثى من أبى الف درهم كانت هبة الا أن يريد اقرارا وما الفرق

[143]

قيل انه الصورة الثانية أضاف الميراث إلى نفسه وما يكون له لا يصيره لغيره بالاقرار فكان كما لو قال دارى أو مالى لفلان وفي الاول لم يصف الميراث إلى نفسه فكان مقرا بتعلق الالف بالتركة وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله للتناقض ولك أن تمنع التناقض بين اضافة الميراث إلى نفسه وبين تعلق دين الغير به فان تركه على كل مديون مملوكه لورثته على الصحيح والدين يتعلق بها وقال الاكثرون الفرق أنه إذا قال في ميراث أبى فقد أثبت حق المقر له في التركة وذلك لا يحتمل الا شيئا واجبا فان التبرعات التى لا تلزم ترتفع بالموت ولا تتعلق بالتركة وإذا قال في ميراثى من أبى فقد أضاف التركة إلى نفسه ثم جعل المقر به شيئا منها وأضافه إليه وذلك قد يكون بطريق لازم وقد يكون بطريق التبرع وإذا فسر بالتبرع قبل واعتبره فيه شرطه وعن صاحب التفرير الإشارة إلى النسوية بين صورتين كأنه قل وخرج فان كان كذلك جاز إعلام قوله في الكتاب أو في ميراث أبى - بالوار - والمذهب المشهور الفرق بمثله ولو قال له في هذه الدار نصفها فهو إقرار وان قال له في دارى

[144]

نصفها فهو وعد هبة حكاه الشيخ أبو علي عن النص أيضا واشتهر عن نصه أنه لو قال له في مالى الف درهم كان اقرارا ولو قال من مالى كان وعد هبة لا اقرارا وهذا الموضوع البحث فيه من وجهين (أحدهما) أن هذا النص في قوله في مالى يخالف ما نقلناه في قوله في ميراثى وفي دارى فما حال هذه النصوص (والثانى) انه لا فرق بين في ومن وهل المذهب الظاهر ما نص عليه أم الاول فللاصحاب طريقين فيما إذا قال في مالى الف درهم منهم من قال فيه قولان (أحدهما) أنه وعد هبة لاضافة المال إلى نفسه (والثانى) أنه اقرار لان قوله له يقتضى الملك وبوعد الهبة لا يحصل الملك

ومنهم من قطع بأنه وعد هبة وحمل ما روى عن النص الاخير على خطأ النسخ وربما تأوله على ما إذا أتى بصيغة التزام فقال على في مالي ألف درهم فانه يكون إقرارا على ما سيأتي وإذا أثبتنا الخلاف فعن الشيخ أبي على أنه يطرد فيما إذا قال في داري نصفها وامتنع من طرده فيما إذا قال في ميراثي من أبي وعن صاحب التقريب وغيره أنه يلزمه تخريجه فيه بطريق الاولى لان قوله في ميراثي من أبي أولى بأن يجعل

[145]

اقرارا من قوله في مالي أو في داري لان التركة مملوكة للورثة مع تعلق الدين بها فيحسن اضافة الميراث إلى نفسه مع الاقرار بالدين بخلاف المال والدار (واما) الثاني فمنهم من قال لافرق ولم يثبت هذا النص أو أوله ومنهم من فرق بان في تقتضي كون مال المقر طرفا لمال المقر له وقوله من مالي يقتضي الفصل والتبعيض وهو ظاهر في الوعد بأنه يقطع شيئا من ماله فإذا فرقنا بينهما لزمه مثله في الميراث والدار لا محالة والظاهر انه لافرق بينهما وان الحكم في قوله في مالي كما ذكرنا أولا في ميراثي واستبعد الامام رحمه الله ان تخريج الخلاف فيما إذا قال له في داري نصفها لانه إذا أضاف الكل إلى نفسه لم ينتظم الاقرار ببعضه كما لا ينتظم منه الاقرار بكله بأن يقول داري لفلان وتخصص طريقة الخلاف بما إذا لم يكن المقر به جزءا من مسمى ما أضافه إلى نفسه كقوله في مالي ألف درهم أو في داري ألف ولا يخفى عليك مما ذكرنا حاجة قوله في الكتاب لم يلزمه التناقض إلى الاعلام - بالواو - وحيث قلنا في هذه الصورة إنه وعد هبة لاقرارا فذلك فيما لم يذكر كلمة التزام فأما إذا ذكر بأن يقول على ألف درهم في هذا المال أو في مالي أو في

[146]

ميراث أبي أو في ميراثي أو داري أو عدي أو في هذا العبد فهو إقرار بكل حال ولو قال له في ميراثي عن أبي أو في مالي كذا بحق لزمني أو بحق ثابت وما أشبهه فهو كما لو قال على فيكون اقرارا بكل حال ذكره ابن القاص (واعلم) أن قضية قولنا ان قوله على في هذا المال أو في هذا العبد ألف درهم قرار له بالالف وان لم يبلغ ذلك المال الفعا وربما يخطر ذلك الخلاف المذكور فيما إذا قال لفلان على ألف في هذا الكيس وكان فيه دون الالف إلا أن طرفية العبد للدراهم ليست كطرفية الكيس لها فيمكن أن يختلفا في الحكم لكن لو قال في هذا العبد ألف درهم من غير كلمة على وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه فلم يبلغ ثمنه الفعا فلا ينبغي أن يجب عليه تنمة الالف بحال. قال (السادس) إذا قال له على درهم درهم درهم لم يلزمه الا درهم واحد لاحتمال التكرار. ولو قال درهم ودرهم أو درهم لزمه درهما لامتناع التكرار. ولو قال درهم مع درهم أو درهم تحت درهم أو فوق درهم لا يلزمه إلا واحد تقديره مع درهم لى بخلاف نظيره من الطلاق. ولو قال

[147]

درهم قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان إذ التقدم والتأخر لا يحتمل إلا في الوجوب. ولو قال درهم ودرهم ودرهم وقال أردت بالثالث تكرار الثاني قبل. ولو قال أردت بالثالث تكرار الأول لم يقبل لتخلل الفاصل. وكذا في قوله طالق وطالق وطالق. فإذا أطلق ففي الطلاق قولان (أحدهما) يلزمه ثلاثة لصورة اللفظ (والثاني) ثنتان لجرى العادة في التكرار. والظاهر في الإقرار أنه يلزمه عند الإطلاق ثلاثة لأنه أبعد عن قبول التأكيد اعتيادا. ولو قال على درهم فدرهم يلزمه درهم واحد. ولو قال أنت طالق فطالق يقع طلقتان. وتقدير الإقرار فدرهم لازم. وقيل بتخريج فيه من الطلاق ولو قال درهم بل درهمان فدرهمان. ولو قال درهم بل ديناران فدرهم وديناران. إذ إعادة الدرهم في الدينار غير ممكن). في الفصل صور نذكرها مع ما يناسبها وإن احتجنا إلى تقدير وتأخير فعلناه (الأولى) لو قال له على درهم درهم لم يلزمه إلا درهم واحد لاحتمال ارادة التأكيد بالتكرار وكذا لو كرر عشرا فصاعدا

[148]

ولو قال درهم ودرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان لاقتضاء العطف المغايرة ولو قال درهم ودرهم ودرهم لزمه بالأول والثاني درهمان وأما الثالث فإن أراد به درهما آخر لزمه وإن قال أردت به تكرار الثاني قبل ولا يلزمه إلا درهمان وإن قال أردت به تكرار الأول فوجهان ذكرهما في النهاية (وأظهرهما) وهو المذكور في الكتاب أنه لا يقبل ويلزمه ثلاثة لأن التكرار إنما يؤكد به إذا لم يتخلل بينهما فاصل وهذا الحكم فيما إذا قال أنت طالق وطالق وطالق ففي الطلاق قولان ينظر في أحدهما إلى صورة اللفظ وفي الثاني إلى احتمال التكرار وجرى العادة وسيعود ذكرهما في الطلاق وفي الإقرار طريقان (قال) ابن خيران أنه على قولين في الطلاق (وقطع) الأكثرين بأنه يلزمه ثلاثة وفرقوا بأن دخول التأكيد في الطلاق أكثر منه في الإقرار لأنه لا يقصد به التخويف والتهديد ولأنه يؤكد بالمصدر فيقال هي طالق طلاقا والإقرار بخلافه وعلى هذا لو كرر عشر مرات أو أكثر لزمه من الدراهم بعدد ما كرر ولو قال على درهم ثم درهم ثم درهم فهو كما لو قال درهم ودرهم ودرهم ولو

[149]

قال درهم ودرهم ثم درهم لزمه ثلاثة لا محالة (الثانية) إذا قال على درهم مع درهم أو معه درهم أو فوق درهم أو فوقه درهم أو تحت درهم أو تحته درهم فرواية المزني في المختصر أنه لا يلزمه إلا درهم واحد لجواز أن يريد مع درهم لى أو فوق درهم لى وأيضا فقد يريد فوقه الجودة وتحت الرداء وبهذه الرواية أخذ أكثر الأصحاب وهي التي أوردها في الكتاب ووراء هذا مذهبان للأصحاب (أحدهما) أنه يلزمه درهمان واختلف القائلون به فمن ناسب له إلى النص في رواية الربيع ومن قائل أنه مخرج واختلف هؤلاء فقيل هو مخرج من الطلاق فانه لو قال أنت طالق طلقه مع طلقه أو

فوق طلقة تقع طلقتان وقيل هو مخرج مما لو قال علي درهم قبل درهم فانه يلزمه درهمان ومن قال بالاول فانه يعتذر عن قوله قبل درهم وأما الطلاق فالفرق أن لفظه الصريح موقع فإذا أنشأه عمل عمله والاقرار اخبار عن سابق فإذا كان فيه اجمال روج حتى يبين أنه عم اخبر (والذهب الثاني) قال الداركي ان قال درهم معه درهم أو فوجه درهم لزمه درهمان لرجوع الكناية إلى الاول الذي التزمه ولو قال درهم على عليه درهم أو على درهم فهو كما لو قال

[150]

فوجه درهم أو فوق درهم ولو قال علي درهم قبل درهم فرواية المزني وبها أجاب الاكثرون انه يلزمه درهمان بخلاف الصورة السابقة والفرق ان الفوقية والتحتية يرجعان إلى المكان ويتصف بهما نفس الدرهم فلا بد من امر يرجع إليه التقديم والتأخير وليس ذلك الا الوجوب عليه وفيه قول آخر انه لا يلزمه الا درهم منهم من حكاه نصا عن رواية الربيع ومنهم من خرجه من الصورة السابقة وسوى بينهما جميعا فجعلهما على قولين ولمن قال به ان يقول القبلية والبعدية كما يكونان بالزمان يكونان بالرتبة وغيرها ثم هب أنهما زمانيان وان نفس الدرهم لا يتصف بهما لكن يجوز رجوعهما إلى غير الواجب بان يريد درهما مضروبا قبل درهم وما أشبهه ثم هب انهما راجعان إلى الواجب لكن يجوز أن يريد درهم وجب له قبله وجوب درهم لعمره وفي المسألة وجه آخر عن ابن خيران وغيره انه ان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه درهمان وان قال قبل درهم وبعده درهم لم يلزمه الا درهم واحد لاحتمال

[151]

ان يريد قبل لزوم درهم أو بعد درهم كان لازما (وقوله) في الكتاب لا يلزم الا واحد يجوز اعلامه مع - الواو - بالحاء والالف - اما الحاء فلان عند أبي حنيفة رحمه الله يلزم درهمان فيما إذا قال فوق درهم واما الالف فلان عند احمد يلزمه في جميع الصور درهمان (الثالثة) إذا قال له على أو عندي درهم فدرهم ان أراد العطف لزمه درهمان والا فالنص أنه لا يلزمه الا درهم ونص فيما إذا قال انت طالق فطالق انه يقع طلقتان فنقل ابن خيران الجواب من كل واحدة إلى الاخرى وجعلهما على قولين (أحدهما) يلزمه ودرهمان يقع طلقتان لان الفاء حرف عطف كالواو وتم (والثاني) لا يلزمه الا واحد ولا يقع إلا طلقه لان الفاء قد تستعمل لغير العطف فيؤخذ باليقين وذهب الاكثرون إلى تقرير النصين وفرقوا بوجهين (أحدهما) أنه يحتمل في الاقرار أن يريد فدرهم لازم أو فدرهم أجود والاقرار اخبار والانشاء أقوى وأسرع نفوذا ولهذا لو أقر اليوم بدرهم وغدا بدرهم لا يلزمه الا درهم ولو تلفظ بالطلاق في اليومين وقعت طلقتان وهذا أظهر في المذهب لكن لابن خيران ان يمنع الفرق الاول ويقول يجوز أن يريد فطالق مهجورة

[152]

أو لاتراجع ويجوز أن يريد فطالق حرمتك وما أشبهه (وأما) الثاني فانه يناقض الفرق المذكور في مسألة درهم ودرهم وطالق وطالق (وقوله) في الكتاب يلزمه درهم واحد معلم - بالحاء والالف - لان عندهما يلزمه درهمان (وقوله) يقع طلقان يجوز اعلامه - بالواو - لانه لم يذكر طريقة النقل والتخريج بتامها حتى يستغنى عن الاعلام وانما ذكر التخريج من الطلاق في الاقرار ورأيت في بعض الشروح ان ابن أبي هريرة حكى قولاً منصوصاً للشافعي رضى الله عنه أنه يلزمه درهمان ويتأيد هذا القول بما إذا قال درهم ودرهم فانه يلزمه درهمان ولا يمتنع فيه مثل التقديرات المذكورة في الفاء ولو قال على درهم فقفيز حنطة فلا يلزمه الا درهم أو يلزمانه جمعياً فيه هذا الخلاف وذكر أبو العباس الرويانى في الجرجانيات ان قياس ما ذكرنا في الطلاق أنه إذا قال بعثك بدرهم فدرهم يكون بائعاً بدرهمين لانه انشاء (الرابعة) قال على درهم بل درهم لم يلزمه الا درهم لجواز أن يقصد الاستدراك فيتذكر أنه لا حاجة إليه فيعيد الاول ولو قال درهم لابل درهم اولا درهم فكذلك ولو قال درهم لابل درهمان أو قفيز حنطة لابل قفيزان لم يلزمه الا درهمان وقفيزان لان بل للاستدراك ولا يمكن ان يكون المقصود

[153]

هاهنا نفى المذكور اولا لاشتمال الدرهمين على الدرهم والقفيزين على القفيز وانما المقصود نفى الاقتصار على الواحد واثبات الزيادة عليه وهذا يشكل بما إذا قال انت طالق طلقة بل طلقتين فانه يقع الثلاثة ولا أدري لم لم يتصرفوا فيهما ههنا تصرفهم فيما سبق من المسائل ثم ما ذكرناه مفروض فيما إذا أرسل ذكر المقر به أما إذا قال له عندي هذا القفيز بل هذان القفيزان لزمه الثلاث لان القفيز المعين لا يدخل في القفيزين المعينين وكذلك لو اختلف جنس الاول والثاني مع الارسال بان قال على درهم بل ديناران أو قفيز حنطة بل قفيزا شعير لزمه الدرهم والديناران أو قفيز الحنطة وقفيز الشعير لان الاول غير داخل في الثاني فهو راجع عن الاول مثبت الثاني والرجوع لا يقبل وما أقر به ثانياً يلزمه ولو قال درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة يلزمه الدرهمان والعشرة لان الرجوع عن الاكثر لا يقبل ولا يدخل الاقل فيه ولو قال دينار بل ديناران بل ثلاثة يلزمه ثلاثة ولو قال دينار وديناران بل قفيز بل قفيزان لزمه ديناران وقفيزان ولو قال دينار وديناران بل قفيز وقفيزان فنلاثة دنانير وثلاثة أقفزة وقس على ما ذكرنا ما شئت.

[154]

قال (السابع) إذا قال يوم السبت على ألف وقال ذلك يوم الاحد لم يلزمه الا ألف واحد. الا أن يضيف إلى سببين مختلفين. فلو أضاف أحدهما إلى سبب وأطلق الآخر نزل المطلق على المضاف. وكذلك لو قامت الحجة على اقرارين بتاريخين جمع بينهما. وكذلك إذا كان بلغتين احدهما بالعجمية

والاخرى بالعربية. وكذلك لو شهد على كل واحد شاهد واحد فالاصح أنه يجمع نظرا إلى المخبر عنه. وفي الافعال لا يجمع أصلا. القول الجملي في الفصل أن تكرير الاقرار لا يقتضى تعدد المقر به لان الاقرار إخبار ألا ترى أنه يحتمل فيه الابهام ولو كان انشاء لما احتمل وتعدد الخبر لا يقتضى تعدد المخبر عنه فيجمع إلا إذا عرض ما يمنع الجمع والتنزيل على واحد فحينئذ يحكم بالمغايرة وفيه مسألتان (إحداهما) إذا أقر لزيد يوم السبت بألف وأقر له يوم الاحد بألف لم يلزمه إلا ألف واحد سواء اتفق الاقراران في مجلس واحد أو مجلسين وسواء كتب به صكا وأشهد عليه شهودا على التعاقب أو كتب صكا بألف وأشهد عليه ثم

[155]

كتب صكا بألف وأشهد عليه وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله خلافا لابي حنيفة رحمه الله فيما إذا كتب صكين وأشهد عليهما وفيما إذا أقر في مجلسين ومن أصحابه من لا يفرق بين المجلس والمجلسين ولو أقر في أحد اليومين بالالف وفي الآخر بخمسمائة دخل الاقل في الاكثر ولو أقر مرة بالعربية وأخرى بالعجمية لم يلزمه إلا واحد ولا اعتبار باختلاف اللغات والعبارات. وإذا لم يمكن الجمع كما إذا أقر في يوم السبت بألف من ثمن عبد ويوم الاحد بألف من ثمن جارية أو قال مرة صحاح ومرة مكسرة لزمه الالفان ولم يجمع وكذا لو قال قبضت منه يوم السبت عشرة ثم قال قبضت منه يوم الاحد عشرة أو طلقها يوم السبت طلاقة ثم قال طلقها يوم الاحد طلاقة ولو قال يوم السبت طلقها طلاقة ثم أقر يوم الاحد بطلقتين لم يلزمه إلا طلقتان ولو أضاف أحد الاقرارين إلى سبب أو وصف الدرهم بصفة وأطلق الاقرار الآخر نزل المطلق على المضاف لامكانه (وقوله) في الكتاب وكذا لو قامت الحجة على الاقرارين بتاريخين جمع بينهما كان الغرض منه الاشارة إلى تكرير الاشهاد والصك لا تأثير له والا فالحجة على الاقرارين لا توجب

[156]

تعدد المقر به (المسألة الثانية) لو شهد شاهد على أنه أقر يوم السبت بألف أو بغصب تلك الدار وآخر يوم الاحد لفقنا بين الشهادتين وأثبتنا الالف والغصب لان الاقرار لا يوجب حقا بنفسه انما هو اخبار عن ثابت فينظر إلى المخبر عنه وإلى اتفاهما على الاخبار عنه وكذا لو شهد أحدهما على اقراره بألف بالعربية والآخر على اقراره بالعجمية ولو شهد شاهد أنه طلق يوم السبت وآخر أنه طلقها يوم الاحد لم تثبت شهادتهما لانهما لم يتفقا على شئ واحد وليس هو اخبار حتى ينظر إلى المقصود والمخبر عنه وعن صاحب التقريب ان من الاصحاب من جعل الاقرارين والطلاقين على قولين بالنقل والتخريج قال الامام رحمه الله (أما) التخريج من الطلاق في الاقرار فهو قريب في المعنى وان بعد في النقل لان الشاهدين لم يشهدا على شئ واحد بل شهد هذا على اقرار وشهد ذاك على اقرار آخر والمقصود من اشتراط العدد في الشهادة زيادة التوثق والاستظهار وإذا شهد كل واحد على شئ لم يحصل هذا المقصود فاتجه أن لا يحكم بقولهما (وأما) التخريج من الاقرار في الطلاق فبعيد نقلا ومعنى لان من

[157]

طلق اليوم ثم طلق غدا والمرأة رجعية فزعم أنه أراد طلقة واحدة لم يقبل منه فكيف يجمع بين شهادة شاهد على طلاق اليوم وشهادة آخر على طلاق الغد حتى لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت أو بالعربية والثاني على أنه قذف يوم الأحد أو بالعجمية لم يثبت بشهادتهما شيء أو شهد أحدهما على إقراره بأنه يوم السبت قذف أو بالعربية قذفه والثاني على إقراره بأنه يوم الأحد قذفه أو بالعجمية قذفه فلا تليق أيضا لأن المقر به شيان مختلفان وقد قطع به الشيخ أبو محمد ولو شهد شاهد بالف من ثمن مبيع وآخر بالف من قرض أو شهد أحدهما بالف استقرضه يوم السبت وآخر بالف استقرضه يوم الأحد لم تثبت شهادتهما لكن للمدعى أن يعين أحدهما ويستأنف الدعوى عليه ويحلف مع الذي شهد له وله أن يدعيهما ويحلف مع كل واحد من الشاهدين وإن كانت الشهادتان على الإقرار شهد أحدهما أنه أقر بالف من ثمن مبيع وشهد الثاني على إقراره بالف من قرض ففي ثبوت الالف وجهان (الظاهر) أنه لا يثبت أيضا وربما بنو الوجهين على الوجهين فما إذا ادعى عليه الف من ثمن مبيع فقال المدعى عليه لك على ألف ولكن من قرض هل يحل للمدعى أخذ الالف لاتفاقهما على ولاختلافهما في

[158]

الجهة (ان قلنا) اختلاف الجهة يمنع الاخذ لم يثبت الالف والا ثبت ولو ادعى الف فشهد أحد الشاهدين على أنه ضمن الف والثاني على أنه ضمن خمسمائة في ثبوت خمسمائة قولان عن ابن سريج وهذا قريب من التخرج المذكور في الانشاءات أو هو هو ولو شهد أحد شاهدي المدعى عليه أن المدعى استوفى الدين والآخر على أنه أبراه فلا يلق على المذهب ولو شهد الثاني على أنه برئ إليه منه قال أبو عاصم العبادي يلق لان اضافة البراءة إلى المديون عبارة عن ايقائه وقيل بخلافه. (فرع) أورده في هذا الموضوع ادعى رجل ألفين وشهد له شاهد بألفين وآخر بالف ثبت الالف وله أن يحلف مع الذي شهد بالالفين وبأخذ الكل وكذا الحكم لو كانت الشهادتان على الإقرار وقال أبو حنيفة رحمه الله أنه لا يثبت الالف وسلم أنه لو شهد أحدهما بثلاثين والآخر بعشرين العشرون كالألف والالفين وفيه وجه لان لفظ الثلاثين لا يشتمل على العشرين ولفظ الالفين يشتمل على الالف وربما سمع أحد الشاهدين بالالف وغفل عن الآخر ولو ادعى الف فشهد له شاهد بالف والآخر بألفين فالثاني شهد بالزيادة قبل أن يستشهد ففي مصيره بذلك مجروحا وجهان

[159]

ان لم يصر مجروحا فشهادته في الزيادة مردودة وفي المدعى قولا تبعض الشهادة وقطع بعضهم بثبوت الالف وخص الخلاف بالتبعض بما إذا

اشتملت الشهادة على ما يقتضى الرد كما إذا شهد لنفسه ولغيره فأما إذا زاد على المدعى فقوله في الزيادة ليس بشهادة بل هو كما لو أتى بلفظ الشهادة في غير مجلس الحكم (وان قلنا) انه يصير مجروحا فقد ذكر في التهذيب أنه يحلف مع شاهد الالف ويأخذه قال الامام رحمه الله تعالى انه على هذا الوجه بما يصير مجروحا في الزيادة فاما الالف المدعى فلا جرح في الشهادة عليه لكن إذا ردت الشهادة في الزائد كانت الشهادة في المدعى على قولى التبعض فان لم نبعضها فلو اعاد الشهادة بالف قبلت لموافقها الدعوى وهل يحتاج إلى إعادة الدعوى قال فيه وجهان (أظهرهما) المنع ونختم الباب بخاتمتين (أحدهما) في فروع لائقة بالباب (منها) لو أقر بجميع في يده أو ينسب إليه صح فلو تنازعا في شئ انه هل كان في يده يومئذ فالقول قول المقر وعلى المقر له البينة ولو قال ليس لي مما في يدك الالف صح وعمل

[160]

بمقتضاه ولو قال لاحق لي في شئ مما في يد فلان ثم ادعى شيئا منه وقال لم اعلم كونه في يده يوم الاقرار صدق بيمينه ولو قال لفلان على درهم أو دينار لزمه أحدهما وطولب بالتعيين وعن رواية الشيخ أبى على وجه ضعيف انه لا يلزمه شئ ولو قال على الف أو على زيد أو على عمر ولم يلزمه شئ وكذا لو قال على سبيل الاقرار انت طالق أولا فان ذكره في معرض الانشاء طلقت كما لو قال أنت طالق طلاقا لا يقع عليك ولو قال على الف درهم والا لفلان على الف دينار لزمه وهذا للتأكيد والاقرار المطلق يلزمه ويؤخذ به المقر على المذهب المشهور وخرج فيه وجه أنه لا يلزمه حتى يسأل المقر عن سبب اللزوم لان الاصل براءة الذمة والاقرار ليس موجبا في نفسه وأسباب الوجوب مختلف فيها فربما ظن ما ليس بموجب موجبا وهذا كما أن الجرح المطلق لا يقبل وكما لو أقر بان فلانا وارثه لا يقبل حتى يبين جهة الورثة ولو قال وهبت منك كذا أو خرجت منه إليك لم يكن مقرا بالقبض لجواز أن يريد الخروج منه بالهبة وعن القفال أنه مقر بالقبض لانه نسب إلى نفسه ما يشعر بالاقباض بعد العقد المفروغ عنه ولو أقر الآن بعين مال لابنه فيمكن أن يكون مستندا اقراره ما يمنع الرجوع

[161]

ويمكن أن يكون مستنده ما لا يمنع وهو الهبة فهل له الرجوع عن الماوردى وأبى الطيب أنهما أفتيا بثبوت الرجوع تنزيلا الاقرار على أضعف الملكين وأدنى السببين لما ينزل على أقل المقدارين عن الشيخ العبادي أنه لا رجوع لان الاصل بقاء الملك للمقر له ويمكن أن يتوسط فيقال أن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن فالامر كما قال القاضيان وان أقر بالملك المطلق فالامر كما قال العبادي ولو أقر في وثيقة انه لا دعوى له على فلان ولا طلب بوجه من الوجوه ولا سبب من الاسباب ثم قال انما اردت في عمامته أو قميصه لافى داره وكرمه قال القاضى أبو سعيد بن يوسف هذا موضع تردد والقياس أنه يقبل لان غايته تخصيص عموم وهو محتمل (الثانية) المقر به المجهول قد تمكن معرفته من غير رجوع إلى المقر

وتفسيره وذلك بان يحيله على معروف وذلك ضربان (أحدهما) أن يقول له على من الدراهم بوزن هذه الصنجة أو بالعدد المكتوب في كتاب كذا أو بقدر ما باع به فلان عبده وما أشبه ذلك فيرجع إلى ما أحال عليه (والثاني) أن يذكر ما يمكن استخراجه من الحساب فمن أمثله مسألة المفتاح وهو أن يقول لزيد على الف درهم إلا نصف مالا بينه على ولا بينه على الف إلا ثلث ما لزيد على ولمعرفته طرق (أحدها) أن يجعل لزيد شيئا ويقول للابن الف إلا ثلث شيء فيأخذ نصفه وهو خمسمائة الا سدس شيء ويسقط من الالف يبقى خمسمائة وسدس شيء وذلك يعدل شيئا فالمفروض لزيد لانه جعل له الف إلا نصف ما لابنه

[162]

فسقط سدس شيء لسدس شيء يبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسمائة فيكون الشيء التام ستمائة وهو ما لزيد فإذا أخذت ثلثها وهو مائتين وأسقطته من الالف بقي ثمانمائة وهي ما أقر به للابن (والثاني) أن يجعل لزيد ثلاثا أشياء لاستثنائه الثلث منه ويسقط ثلثها من الالف المضاف إلى الابن فيكون لهما الف ناقص شيء، ثم تأخذ نصفه وهو خمسمائة قصة نصف شيء وتزيده على ما فرضناه لزيد وهو ثلاثة أشياء تكون خمسمائة وستين ونصف شيء وذلك يعدل الالف درهم فسقط خمسمائة بخمسمائة تبقى خمسمائة في مقابلة ستين ونصف شيء فيكون الشيء ما بين وقد كان لزيد ثلاثة أشياء فهي اذن ستمائة (والثالث) أن تقول استثنى من أحد الاقرارين النصف ومن الآخر الثلث فيضرب مخرج احدهما في مخرج الآخر يكن سنة ثم ينظر في الجزء المستثنى من الاقرارين وكلاهما واحد فتضرب واحدا في واحد يكون واحد اتقصه من السنة يبقى خمسة فتحفظها وتسميها المقسوم عليه ثم تضرب ما يبقى من مخرج كل واحد من الجزئين بعد اسقاطه في مخرج الثاني وذلك بان تضرب ما يبقى في مخرج النصف بعد النصف وهو واحد في مخرج الثلث وهو ثلاثة يحصل ثلاثة تضربها في الالف المذكور في الاقرار يكون ثلاثة آلاف تقسمها على العدد المقسوم عليه وهو خمسة يخرج نصيب الواحد وهو ستمائة وهو ما لزيد وتضرب ما يبقى في مخرج الثلث بعد الثلث وهو اثنان في مخرج النصف وهو اثنان يكون اربعة تضربها في الالف يكون اربعة آلاف تقسمها على الخمسة يخرج من القسمة ثمانمائة فهو ما للابن. ولو قال لزيد على عشره إلا ثلثي ما لعمره ولعمره عشرة

[163]

إلا ثلاثة أرباع ما لزيد تضرب المخرج في المخرج يحصل اثني عشر ثم تضرب أحد الجزئين في الباقي وهو اثنان في ثلاثة يكن ستة تسقطها من اثني عشر يبقى ستة تضرب الباقي في مخرج الثلث بعد اخراج الثلثين وهو واحد في اربعة يكون اربعة تضربها في العشرة المذكورة في الاقرار يكون اربعين تقسمها على الستة يكون ستة وثلثين وذلك ما أقر به لزيد ثم يضرب واحد وهو الباقي في مخرج الربع بعد اخراج الارباع الثلاثة في ثلاثة يكون ثلاثة تضربها في العشرة يكون ثلاثين تقسمها على الستة يكون خمسة وهو ما أقر به لعمره والطريقان الاولان يجريان في أمثال هذه

الصور بأسرها (وأما) الطريق الثالثة فانه لا تطرد فيما إذا اختلف المبلغ المذكور في الاقرايين وتخرج فيما إذا كانت الاقارير ثلاثة فصاعدا مثل أن يقول لزيد عشرة الا نصف ما لعمره ولعمره عشرة الا ثلث ما ليكبر وليكبر عشرة الاربع ما لزيد إلى تطويل لا يؤثر ذكره في هذا الموضوع. ولو قال لزيد على عشرة الا نصف ما لعمره ولعمره ستة الا ربع ما لزيد يكون مقرا لزيد بثمانية ولعمره باربعة ولو قال لزيد على عشرة الا نصف ما لعمره ولعمره عشرة الاربع ما لزيد يكون مقرا لزيد بخمسة وخمسة أسباع ولعمره ثمانية وأربعة أسباع وقد يصور صدور كل اقرار من شخص بان يدعى مالا على زيد وعلى عمرو فيقول زيد لك على عشرة الا نصف مالك على عمرو ويقول عمرو لك على عشرة الا ثلث ما على زيد فطريق الحساب لا يختلف.

[164]

(الباب الثالث. في تعقيب الاقرار بما يرفعه) قال (وله صور (الاولى) إذ قال على الف من ثمن خمر أو خنزير أو من ضمان شرط فيه الخيار ففي لزومه قولان يجريان في تعقيب الاقرار بما ينتظم لفظا في العادة ويبطل حكمه. وكذلك إذا قال على الف من ثمن عبد ان سلم سلمت. فعلى قول لا يطالب الا بتسليم العبد. وعلى قول يؤخذ بأول الاقرار. ولو قال الف لا يلزم يلزمه لانه غير منتظم. وقيل قولان. ولو قال على الف قضيته فالاصح انه يلزمه. وقيل قولان. ولو قال الف ان شاء الله فالاصح أنه لا يلزمه. وقيل قولان. ولو قال الف مؤجل فالاصح أنه لا يطالب في الحال. وقيل قولان. ولو ذكر الاجل بعد الاقرار لم يقبل. ولو قال الف مؤجل من جهة تحمل العقل قبل قولا واحدا. ولو قال من جهة القرض لم يقبل قولا واحدا. ولو قال على الف ان جاء رأس الشهر فهو على القولين إذ وقع لزوم الاقرار بالتعليق. ولو قال ان جاء رأس الشهر فعلى الف لم يلزمه أصلا. لان الاقرار المعلق باطل (الثانية) إذا قال له على الف ثم جاء بالف وقال هو وديعة عندي قبل. لانه يتصور أن يكون مضمونا عليه بالتعدي وكان لازما عليه. ولا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف بعد الاقرار وفيه قول آخر أنه لا يقبل تفسيره بالوديعة أصلا فيلزمه الف آخر. وهو اظهر فيما إذ قال على وفي ذمتي أو قال الف ديننا).

[165]

يعقب الاقرار بما ينافيه اما بالاستثناء أو غيره (والثاني) ينقسم إلى ما يرفعه أصلا وإلى غيره (والاول) ينقسم إلى ما لا ينتظم لفظا فيلغو وإلى ما ينتظم فان كان مفصولا لم يقبل وان كان موصولا ففيه خلاف بالترتيب هذا عقد الباب وإذا مرت بك مسائله عرفت أن كل واحدة من أي قبيل هي (أما) الاستثناء فسيأتي حكمه فمن المسائل إذا قال لفلان على الف من ثمن خمر أو كلب أو خنزير نظر ان وقع قوله من ثمن خمر منفصلا عن قوله على الف فتلزمه الالف وان كان موصولا ففيه قولان (أحدهما) وهو اختيار المزني وأبي اسحق انه يقبل ولا يلزمه شيء لان الكل كلام واحد فيعتبر بآخره ولا يتبعض كلامه (والثاني) لا يقبل فيعتبر آله ويلغى آخره لانه وصل باقراره ما يرفعه فاشبه ما إذا قال على الف لا تلزمي أو فصل

قوله عن ثمن خمر عن الاقرار وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله فعلى هذا لو قال المقر كان ذلك من ثمن خمر وطننته لازما فله تحليف المقر له على نفيه ويجرى القولان فيما إذا وصل باقراره ما ينتظم لفظه في العادة ولكنه يبطل حكمه شرعا إذا أضاف المقر به إلى بيع فاسد كالبيع باجل مجهول وخيار مجهول أو قال تكفلت بيدن فلا شرط الخيار أو ضمننت لفلان كذا بشرط الخيار وما أشبه ذلك في كلام الائمة ذكر مأخذين لهذا الخلاف

[166]

(أحدهما) بناءه على القولين في تبعض الشهادة إذا شهد لابنه واجنبي ولك أن تقول هذا لا يشبه مسألة الشهادة لان الشهادة للاجنبي والشهادة للابن أمران لاتعلق لأحدهما بالآخر وإنما قرن بينهما الشاهد لفظا والخلاف فيها شبيه بالخلاف في تفريق الصفقة وأما ههنا فالمذكور أولا مستند إلى المذكور آخره ولكنه فاسد في نفسه مفسد للاول ولهذا لو قدم ذكر الخمر فقال لفلان على من ثمن الخمر الف لم يلزمه شئ بحال وفي الشهادة لافرق بين أن يقدم الابن أو الأجنبي ثم هب انهما متقاربان لكن ليس بناء الخلاف في الاقرار على الخلاف في الشهادة بأولى من القلب والعكس (والثاني) أنه يجوز بناء هذا الخلاف على الخلاف في حد المدعى والمدعى عليه (ان قلنا) المدعى من لو سكت ترك فههنا لو سكت عن قوله من ثمن خمر لترك فهو باضافته إلى الخمر مدع فلا يقبل قوله وبحلف المقر له (وان قلنا) المدعى من يدعى أمرا باطنا قبل قول المقر لان الظاهر معه وهو براءة الذمة والمقر له هو الذي يدعى أمرا باطنا وهو زوال أصل البراءة ولك أن تقول لو صح هذا البناء لما افترق الحال بين أن يضيفه إلى الخمر موصولا أو مفصولا ولوجب أن يخرج التعقب بالاستثناء على هذا الخلاف وقال الامام رحمه الله بعد ذكر القولين كنت أود لو فصل بين أن يكون المقر جاهلا بان

[167]

ثمن الخمر لا يلزم وبين أن يكون عالما فيعذر الجاهل دون العالم لكن لم يصر إليه أحد من الاصحاب. (ومنها) إذا قال على الف من ثمن عبد لم أقبضه إذا سلمه سلمت الالف ففيه طريقان (أحدهما) أن قبول قوله من ثمن عبد لم أقبضه على القولين السابقين وفي قول يقبل ولا يطالب بالالف الا بعد تسليم العبد وفي قول يؤخذ بأول الاقرار ولا يحكم بثبوت الالف ثمنا وهذا ما أورده في الكتاب (وأصحهما) القطع بالقبول وثبوته ثمنا ويفارق صور القولين فان المذكور آخره منها يرفع المقر به وههنا بخلافه وعلى هذا فلو قال على الف من ثمن عبد واقتصر عليه ثم قال مفصولا لم أقبض ذلك العبد قبل أيضا لانه علق الاقرار بالعبد والاصل فيه عدم القبض نعم لو اقتصر على قوله لفلان على الف ثم قال مفصولا هو من ثمن عبد لم أقبضه لم يقبل ولا فرق عندنا بين أن يعين العبد فيقول على الف من ثمن هذا العبد إذا سلمه سلمت الالف وبين أن يطلق فيقول من ثمن عبد وقال أبو حنيفة رحمه الله ان عين قبل وأن اطلق للم يقبل ولزمه الالف (ومنها) لو قال على الف قضيته ففيه طريقان (أحدهما) القطع بلزوم الالف لقرب اللفظ من الالتزام فان ما قضاه لا يكون عليه بخلاف قوله من ثمن

الخمير فانه ربما يظن لزومه وهذا أصح عند صاحب الكتاب (وأصحهما) عند الجمهور أنه على القولين لان مثله يطلق في العرف والتقدير كان له على الف فقضيته ويجرى الطريقان فيما إذا قال لفلان على الف أبرأني عنه ولو ادعى عليه الف فقال قد قضيته فالمشهور ما ذكرناه في الباب الاول وهو انه اقرار وجعله أبو علي البندنجي بمثابة ما لو قال على الف قضيته (ومنها) إذا قال على الف ان شاء الله فالصحيح أنه لا يلزمه شيء لانه لم يلزم بالاقرار وقد علقه على المشيئة وهي غيب عنا وأيضا فان الاقرار اخبار عن واجب سابق والواقع لا يتعلق بالغير وعن صاحب التقريب ان من الاصحاب

[168]

من جعله على الخلاف فيما إذا قال من ثمن خمير لانه لو اقتصر على أول الكلام لكان اقرارا جازما ولو خرجوا طريقا آخر جازما باللزوم لكان قريبا بناء على أن تعليق السابق لا ينتظم وبهذا قال احمد. ولو قال على الف ان شئت أو شاء فلان فالمشهور بطلان الاقرار وقال الامام رحمه الله الوجه تخريجه على القولين لانه نفي بأخر كلامه مقتضى أوله قال وليس ذلك كقوله ان شاء الله وان شاء زيد فان مثل هذا الكلام يطلق للالتزام في المستقبل ألا ترى أنه لو قال لك على كذا ان رددت عبدي الايق كان ذلك التزاما في المستقبل ولو قال على الف إذا جاء رأس الشهر أو إذا قدم فلان اطلق مطلقون أنه لا يكون اقرارا لان الشرط لا أثر له في ايجاب المال والواقع لا يعلق بالشرط وذكر الامام رحمه الله وغيره أنه على القولين لان صدر الكلام صيغة التزام والتعليق يرفع حكمه ويمكن أن يكون اطلاق من اطلق اقتصارا على الاظهر من القولين في المسألة وهذا إذا اطلق وقال قصدت التعليق أما إذا قال قصدت به كونه مؤجلا إلى رأس الشهر فسيأتي ولو قدم التعليق فقال ان جاء رأس الشهر قبل فعلى الف لم يلزمه شيء لانه لم توجد صيغة التزام جازمة نعم لو قال أردت به التأجيل برأس الشهر قبل وفي التتمة حكاية وجه أن مطلقه يحمل على التأجيل برأس الشهر وبهذا أجاب فيما إذا أخر صيغة التعليق فقال على الف إذا جاء رأس الشهر ولم يذكر غيره فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب لم يلزمه أصلا - بالواو - وكذا قوله في الصورة الاولى فهو على قولين أيضا ولعلك تقول ما حكيت في صورة التعليق افهمني أن ظاهر المذهب بطلان الاقرار فيما إذا قال من ثمن الخمير والخنزير ان الاصح عند العراقيين وغيرهم لزوم ما أقرب به فهل من فارق (والجواب) أنه يمكن أن يقال دخول الشرط على الجملة يصير الجملة جزءا من الجملة الشرطية والجملة إذا صارت جزءا من جملة أخرى

[169]

تغير معناها (وقوله) من ثمن خمير أو خنزير لا يغير معنى صدر الكلام وانما هو بيان جهته فلا يلزم من أن لايبعض الاقرار عند التعليق بل يلغى تحزرا من اتخاذ جزء الجملة جملة برأسها أن لا ينعض في الصورة الاخرى (ومنها) لو قال على الف مؤجل إلى وقت كذا نظر ان ذكر الاجل مفصولا لم يقبل وان ذكره موصولا ففيه طريقان كالطريقين فيما إذا قال ألف من ثمن عبد

لم أقبضه والظاهر القبول وبه قال أحمد وإذا قلنا لا يقبل فالقول قول المقر له مع يمينه في نفي الاجل وبه قال أبو حنيفة رحمه الله واعلم لذلك (قوله) في الكتاب لا يطالب في الحال بالحاء قال الامام وموضع الطريقتين ما إذا كان الدين المقر به مطلقا أو مستندا إلى سبب وهو بحيث يتعجل ويتأجل (أما) إذا استند إلى جهة لا تقبل التأجيل كما إذا قال ألف أقرضنيه مؤجلا فيلغو ذكر الاجل بلا خلاف وإن أسند إلى جهة يلزمها التأجيل كالدية المضروبة على العاقلة فإن ذكر ذلك في صدر إقراره بان قال قتل ابن عمي فلانا خطأ ولزمني من دية ذلك القتل كذا مؤجلا إلى سنة انتهاؤها كذا فهو مقبول لا محالة وإن قال علي كذا م جهة تحمل العقل مؤجلا إلى وقت كذا فطريقتان (أحدهما) القطع بالقبول لانه كذلك يثبت (والثاني) أنه على القولين والطريق الاول هو المذكور في الكتاب لكن الثاني أظهر لان أول كلامه ملزم لو اقتصر عليه وهو في الاسناد إلى تلك الجهة مدع كما في التأجيل. (فرع) لو قال بعنك أمس كذا فلم تقبل فقال قد قبلت فهو على قولي تبعض الاقرار ان بعضناه فهو مصدق بيمينه في قوله قبلت وكذا الحكم فيما إذا قال لعبدك أعنتك على ألف فلم تقبل ولامرأته خالعتك على ألف فلم تقبلي وقالا قبلنا. (فرع) إذا قال إني الآن بما ليس على لفلان على ألف أو ما طلقت امرأتي ولكن أقر بطلاقها فأقول طلقتها عن الشيخ أبي عاصم أنه لا يصح اقراره وقال صاحب التتمة الصحيح انه كما قال علي الف لا يلزمني لفلان ولو قال علي الف وزعم أنه وديعة فاما أن يذكر ذلك منفصلا أو متصلا (الحالة الاولى) وهي المذكورة في الكتاب أن يذكره منفصلا فان أتى بألف بعد اقراره وقال أردت هذا وهو وديعة عندي فقال المقر له هو وديعة ولي عليك الف آخر دينا وهو الذي

[170]

أردته باقرارك فغيه قولان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله وأحمد أن القول قول المقر له فما أتى به وديعة وعليه الف دينا لان كلمة علي تقتضي الثبوت في الذمة ولهذا ولو قال علي ما علي فلان كان ضامنا والوديعة لا تثبت في الذمة فلا يجوز التفسير بها (وأصحهما) أن القول قول المقر مع يمينه لان الوديعة يجب حفظها والتخلية بينها وبين المالك فلعله أراد بكلمة علي الاخبار عن هذا الواجب ويحتمل أيضا أنه تعدى فيها حتى صارت مضمونة عليه فلذلك قال هي علي وأيضا فقد تستعمل علي بمعنى عندي وفسر بذلك قوله تعالى مخبرا (ولهم على ذنب) وحكى الامام طريقة قاطعة بالقول الثاني والمشهور اثبات القولين وقد نسبهما الشيخ أبو حامد إلى نصح في الام ولو كان قد قال علي الف في ذمتي أو ألف دينا ثم جاء بألف وفسر كما ذكرنا فان لم تقبل في الصورة الاولى فهنا أولى وان قبلنا هناك فوجهان (أحدهما) يقبل لجواز أن يريد الالف في ذمته ان تلفت الوديعة لاني تعديت فيها (وأصحهما) أنه لا يقبل والقول قول المقر له مع يمينه لان العين لا تثبت في الذمة (وقوله) في الكتاب تفريعا على قبول التفسير بالوديعة فلا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف أراد به ما ذكره الامام من أن الاصحاب قالوا الالف مضمون وليس بأمانة لان قوله علي يتضمن الالتزام فلو ادعى تلف الالف الذي زعم أنه وديعة لم يسقط الضمان عنه ولو ادعى رده لم يصدق لانه ضامن وانما يصدق المؤمن والمفهوم من هذا الكلام أنه لا يصدق في دعوى تلفه بعد الاقرار أو رده لكن فيه إشكال توجيهها ونقلا أما التوجيه فان كلمة علي يجوز أن يريد بها صيرورتها مضمونة عليه لتعديه ويجوز أن يريد بها وجوب الحفظ والتخلية ويجوز أن يريد بها عندي كما سبق وهذان المعنيان لا ينافيان

الامانة وأما النقل فلان قضية ايراد غيرهما أنه ان ادعى أنه تلف أو رده قبل الاقرار لم يصدق لان التالف والمردود لا يكون عليه بمعنى من المعاني فان ادعى التلف بعد الاقرار فيصدق وقد صرح به صاحب الشامل في موضعين من الباب (الحالة الثانية) أن يذكره على الاتصال فيقول لفلان على الف وديعة وتأويل كلامه على ما مر وعن الشيخ أبي اسحق أنه على القولين فيما لو قال على

[171]

الف قضينه وهو متوجه تفريعا على عدم القبول حالة الانفصال (وإذا قلنا) القبول فإذا أتى بألف وقال هذا هو فبيع به وان لم يأت بشئ وادعى التلف أو الرد ففي القبول وجهان بناهما في التهذيب على تأويل كلمة على ان حملناها على وجوب الحفظ قبل وهو الاصح وان حملناها على صيرورته مضمونا عليه فلا يجوز ان يثبت في الحالة الاولى مثل هذا الخلاف نظرا إلى المعنيين ولو قال معى أو عندي الف فهو محتمل للامانة مصدق في قوله انه كان وديعة وفي دعوى التلف والرد ولو قال له عندي الف درهم مضاربة دينا أو وديعة دينا فهو مضمون عليه ولا يقبل قوله في دعوى التلف والرد نص عليه ووجهه بان كونه دينار عبارة عن كونه مضمونا فان قال أردت به أنه دفعه إلى مضاربة أو وديعة بشرط الضمان لم يقبل قوله لان شرط الضمان في الامانة لا يوجب الضمان هذا إذا فسر منفصلا وان فسره متصلا ففيه قولان تبعيض الاقرار ولو قال عندي الف عارية فهي مضمونة عليه صححنا اعارة الدارهم أو أفسدناها لان الفاسد كالصحيح في الضمان ولو قال دفع إلى الفا ثم فسره بوديعة وزعم تلفها في يده صدق بيمينه وكذا لو قال أخذت منه الفا وقال أبو حنيفة رحمه الله إذ قال أخذت منه الفا ثم فسره بوديعة وقال المأخوذ منه بل عصبته فالقول قول المقر له لان الاخذ منه قد لا يكون برضاه ودفعه يكون برضاه وعن القفال انه قال المذهب عندي انه يفرق بين اللفظين كما قال أبو حنيفة رحمه الله ولو ذكره على الاتصال فقال أخذت من فلان الفا وديعة فعند أبي حنيفة لا يقبل وعلى ما ذكره القفال يحى فيه القولان في تبعيض الاقرار وظاهر المذهب لا يخفى. قال (الثالثة) إذا قال هذه الدار لك عارية قبل لان الاضافة باللام تحتمل العارية إذا وصل به. وقيل وفيه قولان. ولو قال هي لك هبة ثم قال أردت هبة قبل القبض قبل أيضا ولو قال وهبت وأقبضت. أو رهنت أو قبضت ثم قال كذبت لم يقبل. ولو قال طنت أن القبض بالقول قبض. أو شهدت على الصك على العادة. وهل تقبل دعواه ليحلف الخصم فيه خلاف. ولو أقر ثم قال لقنت بالعربية وهو عجمي لا يفهم قبل دعواه بالتحليف).

[172]

الفصل يشتمل على ثلاث مسائل (احدها) إذا قال هذه الدار لك عارية فهو اقرار بالاعارة وله الرجوع عنها وقال صاحب القريب هي لك اقرار بالمالك لو اقتصر عليه وذكر العارية معه ينافيه فيكون على القولين في تبعيض الاقرار واجابوا عنه الاضافة باللام تقتضي الاختصاص بالملك أو غيره فان تجردت وامكن الحمل على الملك حمل عليه لانه اظهر وجوه الاختصاص وان وصل بها وذكر وجهها آخر من الاختصاص أو لم يمكن الحمل على الملك

كقولنا الجل للغريس حمل عليه ولو قال هذه الدار لك هبة عارية باضافة الهبة إلى العارية أو هبة سكني فهو كما لو قال لك عارية بلا فرق (الثانية) الاقرار بالهبة لا يتضمن الاقرار بالقبض على المشهور وفي الشامل ذكر خلاف في المسألة إذا كانت العين في يد الموهوب منه وقال اقبضتني ولو قال وهبته وخرجت منه إليه فقد مر ان الظاهر انه ليس باقرار بالقبض ايضا وكذا لو قال وهبت منه وملكها قاله في التهذيب اما إذا اقر بالقبض مع الهبة فقال وهبت واقبضت أو سلمته منه أو حازه مني لزمه الاقرار فلو عاد وانكر القبض وذكر لاقراره تأويلا أو لم يذكره فهو كما ذكرنا في الرهن إذا قال رهننت واقبضته ثم عاد وانكر المذكور في الرهن انه له تحليفه وقيل لا يحلفه الا ان يذكر للاقرار تأويلا (وقوله) في الكتاب أو رهننت واقبضت كالمكرر لانه اوردته ثم الا انه اورد الخلاف ههنا فيما إذا ذكر لاقراره تأويلا وهناك اجاب بالاصح وهو انه يحلف ولو اقر ببيع أو هبة وقبض ثم قال كان ذلك فاسدا واقررت لظني الصحة لم يصدق لكن له تحليف المقر له فان نكل حلف المقر وحكم ببطلان البيع والهبة ولو اقر باتلاف مال على انسان واشهد عليه ثم قال كنت عازما على الاتلاف فقدمت الاشهاد على الاتلاف لم يلتفت إليه بحال بخلاف ما لو اشهد على نفسه ثم قال كنت عازما على ان استقرض منه فقدمت الاشهاد على الاستقرض لان هذا معتاد وذلك غير معتاد (الثالث) اقرار اهل كل لغة بلغتهم إذا عرفوها صحيحة فلو اقر عجمي بالعربية أو بالعكس وقال لم افهم معناه ولكن لقننته فتلقننته صدق بيمينه ان كان ممن يجوز ان لا يعرفه وكذلك الحكم في جميع العقود والحلول وكذا لو اقر ثم قال كنت يوم الاقرار صغيرا وهو محتمل صدق بيمينه إذ

[173]

الاصل الصغير وكذلك لو قال كنت مجنونا وقد عهد له جنون ولو قال كنت مكرها وثم امارات الاكراه من حبس أو توكيل فكذلك وان لم تكن امارة لم يقبل قوله والامارة انما تثبت باقرار المقر له أو بالبينة وانما تؤثر إذا كان الاقرار لمن ظهر منه الحبس والتوكيل اما إذا كان في حبس زيد لم يقدر ذلك في الاقرار لعمره ولو شهد الشهود على اقراره وتعرضوا لبلوغه وصحة عقله واختياره فادعى المقر خلافه لم يقبل لما فيه من تكذيب الشهود ولا يشترط في الشهادة التعرض للبلوغ والعقل والطواعية والحرية الرشيد ويكتفي بان الظاهر وقوع الشهادة على الاقرار الصحيح وفي مجهول الحرية قول انه يشترط التعرض للحرية وخرج منه اشتراط التعرض لسائر الشروط والمذهب الاول قال الائمة وما يكتب في الوثائق انه اقرطائعا مع صحة عقله وبلوغه احتياط ولا تقيد به شهادة الاقرار لكون طائعا واقام الشهود عليه بينة على كونه مكرها قدم بينة الاكراه ولا تقبل الشهادة على الاكراه مطلقا بل لابد من التفصيل (وقوله) في الكتاب في مسألة التلقين تقبل دعواه التحليف انما قيد اللفظ فيما لا يصدق فيه الشخص لكنه يحلف فيه الخصم وههنا هو مصدق على ما بينا. قال (الرابعة) إذا قال الدار لزيد بل لعمره وسلم إلى زيد ويغرم لعمره في اقبس القولين. ولو قال غصبتها من زيد وملكها لعمره وبيرا بالتسليم إلى زيد فلعله مرتين أو مستاجر. فيها مسالتان (احدهما) إذا قال غصبت هذه الدار من زيد لابل من عمرو أو قال غصبت هذه الدار من زيد وغصبتها زيد من عمرو أو قال هذه الدار لزيد لابل لعمره فئسلم الدار لزيد وهل يغرم المقر قيمتها لعمره فيه قولان منصوصان (احدهما) وهو الذي نقله في المختصر في الصورة الاولى انه لا يغرم لانه اعترف للثاني بما يدعيه وانما

منع الحكم من قبوله وايضا فان الاقرار الثاني صادف ملك الغير فلا يلزمه شئ كما لو اقر لعمره بالدار التي هي في يد زيد لعمره (والثاني) انه يغرم وبه قال احمد لانه حال عمرو وبين داره باقراه الاول والحيلولة تثبت الضمان بالاتلاف الا ترى انه لو غصبت عبدا فابق من يده ضمنه وهذا اصح عند الاكثرين وفي الصورة الثالثة طريقة قاطعة بانه يجب الغرم المذكورة في التهذيب والتنمة موجهة بانه لم يقر بجناية في ملك الغير بخلاف الصورتين الاولتين فانه اقر فيهما بالغصب فضمن لذلك وقال أبو حنيفة رحمه

[174]

الله إذا قال غصبت هذه الدار من فلان بل من فلان غرم للثاني ولو قال هذه لفلان بل لفلان لا يغرم للثاني فيجوز ان يعلم لذلك (قوله) في الكتاب ويغرم لعمره بالحاء ويجوز ان يعلم (قوله) على اقيس القولين بالواو اشارة إلى الطريقة القاطعة بنفي الغرم واختلغوا في الموضع القولين حيث ثبتنا فقال قائلون هما مخصوصان بما إذا انتزعا الحاكم من يد المقر وسلمها إلى زيد فاما إذا سلمها إلى زيد بنفسه غرمها لعمره بلا خلاف وقال آخرون بحريان في الحاليين لان سبب انتزاع القاضي ايضا اقراره ولو باع عينا واقبضها واستوفى الثمن ثم قال كنت قد بعته من فلان أو غصبت له لم يقبل قوله على المشتري وفي غرامته القيمة للمقر له طريقان (احدهما) انه على القولين (اصحهما) عند صاحب التهذيب ورواه الماسرخسى عن ابن ابي هريرة القطع بانه يغرم لتفويته عليه بتصرفه وتسليمه لانه استوفى عوضه وللعوض مدخل في الضمان الا ترى انه لو غر بحرية امة فنكحها واحبلها ثم اجهضت بجناية جان يرغم المثرر المغرور الجنين لمالك الجارية لانه ياخذ العرة ولو سقط ميتا من غير جناية لا يغرم وينبى على هذا الخلاف ان المدعى العين المبعة هل له دعوى القيمة على البائع مع بقاء العين في يد المشتري (ان قلنا) لو اقر يغرمه القيمة فله دعواها والا فلا ولو كان في يد انسان عين فانتزعاها منه مدع بيمينه بعد نكول صاحب اليد ثم جاء آخر يدعيها هل له طلب القيمة من الاول (ان قلنا) النكول ورد اليمين كالبينة فلا كما لو كان الانتزاع بالبينة وان جعلناها كلاقرار ففي سماع دعوى الثاني عليه القيمة الخلاف (الثانية) إذا قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمره سلمت الدار إلى زيد لانه اعترف له باليد (والظاهر) كونه حقا فيها ثم الخصومة في الدار تكون بين زيد وعمره ولا تقبل شهادة المقر لعمره لانه غاصب وفي غرامته لعمره طريقان (احدهما) انه على القولين فيما إذا قال غصبتها من زيد المقر لا بل من عمرو واختاره في التهذيب (واصحهما) القطع بانه لا يرغم لان الاقرارين هناك متنافين والاقرار الاول مانع من الحكم بالثاني وههنا لا منافاة لجواز ان يكون الملك لعمره وتكون في يد زيد باجارة أو رهن أو وصية بالمنافع فيكون الآخذ منه غاصبا منه ولو اخر ذكر الغصب فقال هذه الدار ملكها لعمره وغصبتها من زيد فوجهان (اظهرهما) ان الحكم كما في الصورة الاولى لعدم التنافي

[175]

فتسلم إلى زيد ولا يغرم لعمره (والثاني) انه إذا اقر بالملك اولا لم يقبل إقراره باليد لغيره فتسلم إلى عمرو وفي الغرم لزيد القولان هكذا اطلقوه وفيه مباحة لانا إذا غرنا المقر في الصورة السابقة للثاني فانا نغرمه القيمة لانه اقر بالملك وههنا جعلناه مقرا باليد دون الملك فلا وجه لتغريمه القيمة بل القياس ان يسأل عن يد اكانت باجارة أو برهن أو غيرهما فان اسندها إلى الاجارة غرم قيمة المنفعة وان اسندها إلى الرهن غرم قيمة المرهون ليتوثق به في دينه وكانه اتلف المرهون ثم ان وفي الدين من موضع آخر فترد القيمة عليه (وقوله) في الكتاب يبرأ بالتسليم إلى زيد يجوز اعلامه بالواو لانه اراد البراءة عن الغرم لعمره على ما هو بين في الوسيط وقد عرفت الخلاف فيه. (فرع) إذا قال غصبت هذه العين من احدكما فيطالب بالتعيين فانه عين احدهما سلمت إليه وهل للثاني تحليفه ينبنى على انه لو اقر للثاني هل يغرم له القيمة (ان قلنا لا فلا وان قلنا) نعم فنعم لانه ربما يقر له إذا عرضت اليمين عليه فيغرم فعلى هذا ان نكل ردت اليمين على الثاني وإذا حلف فليس له الا القيمة ومنهم من قال (ان قلنا) النكول ورد اليمين كالاقرار ممن المدعى عليه فالجواب كذلك اما إذا قلنا كالبينة فتنتزع الدار من الاول وتسلم إلى الثاني ولا غرم عليه للاول وعلى هذا فله التحليف (وان قلنا لا يرغم القيمة لو اقر للثاني طمعا في ان ينكل فيحلف المدعى وياخذ العين وان قال المقر لا ادري من ايكما غصبت واصر عليه فان صدقاه فالعين موقوفة بينهما حتى يتبين المالك أو يصطلحا وكذا ان كذبا وحلف لهما على نفى العلم هذا ظاهر المذهب في الفرع وللشيخ ابي على فيه تطويل في شرح الفروع لكنه لم يتفح لى تنقيح كلامه فتركته. قال (الخامسة إذا استثنى عن الاقرار مالا يستغرق صح كقوله على عشرة الا تسعة يلزمه واحد. ولو قال عشرة الا تسعة الا ثمانية يلزمه تسعة لان الاستثناء من النفي اثبات كما انه ممن الاثبات نفى). الكلام من هذا الموضوع إلى آخر الباب في الاستثناء وهو جائز في الاقرار والطلاق وغيرهما بشرط ان يكون متصلا ولا يكون متفرقا فان سكت بعد الاقرار طويلا أو تكلم بكلام اجنبي عما هو فيه ثم استثنى لم ينفع الاستثناء ولو استغرق فقال عشرة الا عشرة فعليه العشرة

[176]

لان هذا الاستثناء غير منتظم في البيان ولو قال على عشرة الا تسعة أو سواء واحد صح الاستثناء ولزمه في الصورة الاولى درهم وفي الثانية تسعة ولا فرق بين استثناء الاقل من الاكثر وبين عكسه وعن احمد انه لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل (فقوله) في الكتاب يلزمه واحد يصح اعلامه بالالف لذلك يصح اعلامه بالميم لان في التثمة ان مالكا لا يصح عنده استثناء الأحاد من العشرات ولا المئين من الالوف وانما يصح استثناء العشرات من المئين والالوف وفي الذخيرة للبندنجي ان مالكا لا يصح الاستثناء في الاقرار اصلا ثم الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفي اثبات لانه مشتق من النفي وهو الصرف انما يكون من الاثبات إلى النفي وبالعكس فلو قال عشرة الا تسعة الا ثمانية فعليه تسعة المعنى الا تسعة لا يلزم الا ثمانية فتلزم فتكون الثمانية والواحد الباقي من العشرة والطريق فيه وفي نظائره ان يجمع كل ما هو اثبات وكل ما هو نفى فيسقط المنفى من المثبت فيكون الباقي هو الواجب فالعشرة في الصورة المذكورة والثمانية مثبتتان يجمعهما ويسقط التسعة المنفية من المجموع يبقى تسعة ولو قال عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة وهكذا إلى الواحد فعليه خمسة لان الاعداد المثبتة ثلاثون والمنفية خمسة وعشرون قال

الامام وطريق تمييز المثبتات من المنفيات ان ينظر إلى العدد المذكور اولا فان كان شفعا فالاوتار منفية والاشفعا مثبتة وان كان وترا فالعكس ولهذا شرط وهو ان تكون الاعداد المذكورة على التوالى الطبيعي أو يتلو كل شفعا منها وترا وبالعكس ولو قال ليس لفلان على شئ الا خمسة فعليه خمسة ولو قال ليس له على عشرة الا خمسة لم يلزمه شئ عند الاكثريين لان عشرة الا خمسة خمسة فكانه قال ليس على خمسة وفى النهاية وجه آخر انه يلزمه خمسة بناء على ان الاستثناء من النفي اثبات ولو أتى باستثناء بعد استثناء والثاني مستغرق صبح الاول وبطل الثاني مثاله قال على عشرة الا خمسة الا عشرة أو عشرة الا خمسة الا خمسة يلزمه خمسة وان كان الاول مستغرقا كقوله عشرة الا عشرة الا اربعة فيه ثلاثة اوجه (احدها) يلزمه عشرة وبطل الاستثناء الاول لاستغراقه والثاني يلزمه اربعة ويصح الاستثناء ان لان الكلام انما يتم باخره وآخره يخرج الاول عن كونه مستغرقا ويصيره كانه استثنى من

[177]

اول الكلام ستة قال في الشامل وهذا اقيس (والثالث) يلزمه ستة لان الاستثناء الاول باطل لاستغراقه فيكون وجوده كعدمه ويرجع الاستثناء إلى اول الكلام ولو قال على عشرة الا عشرة الا خمسة فعلى الوجه الاول يلزمه عشرة وعلى الاخيرين خمسة هذا إذا لم يكن في الاستثناء عطف اما إذا قال عشرة الا خمسة والا ثلاثة أو على عشرة الا خمسة وثلاثة فهما جمعا مستثنيان من العشرة ولا يلزمه الا درهما فان كان العدد ان بحيث لو جمعا حصل الاستغراق كما إذا قال على عشرة الا سبعة وثلاثة فيلزمه عشر لان الواو تجمعهما وتوجب الاستغراق أو يخص الثاني بالبطلان لان الاول صبح استثنائه والثاني مثل العدد الباقي فهو المستغرق فيه وجهان قال الشيخ أبو على (اصحهما) الثاني وراى ان يفرق بين قوله عشرة الا سبعة وثلاثة وبين قوله عشرة الا سبعة الا ثلاثة فيقطع في الصورة الثانية بالبطلان لانهما استثنى أن مستقلان فيحصل من ذلك وجه ثالث فارق ومهما كان في المستثنى والمستثنى منه عدد ان معطوف احدهما على الاخر ففي الجمع بينهما وجهان كما الصورة السابقة اصحهما ويحكى عن نصح في الطلاق وبه اجاب ابن الحداد والاكثرون انه لا يجمع لان الواو العاطفة وان اقتضت الجمع لكنها لا تخرج الكلام عن كونه ذا جملتين من جهة اللفظ والاستثناء ويدور على اللفظ مثاله إذا قال على درهما ودرهم الا درهما ان لم يجمعه لزمه ثلاثة لانه استثنى درهما من درهم وان جمعنا لزمه درهم فكان الاستثناء مستغرقا ولو قال ثلاثة الا درهما ودرهمين فان لم يجمع لزمه درهما وان جمعنا فثلاثة ولو قال درهم فدرهم الا درهما ودرهما ودرهما لزمه

[178]

ثلاثة على الوجهين لانا ان جمعنا جمعنا من الطرفين وان لم يجمع كان مستثنى درهما من درهم وحكم هذه الصورة في الطلاق كحكمها في الاقرار وقد ذكر صاحب الكتاب اكثرها في الطلاق ولو قال على عشرة الا خمسة أو ستة قال في التتمة يلزمه اربعة لان الدرهم الزائد مشكوك فيه

فصار كما لو قال خمسة أو ستة يلزمه الا خمسة ويمكن ان يقال يلزمه خمسة لانه اثبت العشرة واستثنى منه خمسة واستثنى درهم زاد مشكوك فيه فلو قال على درهم غير دائق فقضية النحو وبه قال بعض الاصحاب انه ان نصب غير فعلية خمسة دوائق لانه استثناء والا فعليه درهم تمام إذ المعنى عليه درهم لادائق وقال الاكثرون السابق إلى فهم اهل العرف منه الاستثناء فيحمل عليه وان أخطأ في الاعراب والله اعلم. قال (السادسة الاستثناء من غير الجنس صحيح كقوله على الف درهم لاوب معناه قيمة ثوب. ثم ليفسر بما ينقص قيمته عن الالف. فلو استغرق بطل تفسيره في وجه. واصل استثناءه في وجه). الاستثناء من غير جنس صحيح كما إذا قال على الف درهم الا ثوبا أو عبدا وقال مالك وابو حنيفة لا يصح الا المكيل والموزون والمعدود ويستثنى بعضها من بعض مع اختلاف الجنس وقال احمد لا يصح ذلك بحال ووجه المذهب مشهورة في الاصول ثم عليه ان يبين ثوبا وتستغرق قيمته الالف فان استغرق فالتفسير لغو وفي الاستثناء وجهان (احدهما) انه لا يبطل لانه صحيح من حيث اللفظ وانما الخلل

[179]

فيما فسر به اللفظ فيقال له هذا التفسير غير صحيح ففسره صحيح (والثاني) انه يبطل الاستثناء ويلزمه الالف لانه بين ما اراد باللفظ فكأنه تلفظ به والوجه الاول اصح عند صاحب التهذيب وقال الامام وغيره الثاني اصح وهو الاشبه ويصح استثناء المحمل من المحمل والمحمل من المفضل وبالعكس فالاول كما إذا قال الف الا شيئا فيبين جنس الالف أو لا ثم يفسر الشيء بما لا يستغرق الالف من الجنس الذي بينه المفسر به (والثاني) كما إذا قال شيء الا درهما يفسر الشيء بما يزيد على الدرهم وان قل وكذا لو قال الف الا درهما ولا يلزمه من استثناء الدرهم ان يكون الالف درهم ومهما بطل التفسير هذا الصورة ففي بطلان الاستثناء الوجهان وان اتفق اللفظ في المستثنى والمستثنى منه كما إذا قال على شيء الا شيئا أو مال الا مالا فقد حكى الامام الامام عن القاضي وجهين (احدهما) انه يبطل الاستثناء كما لو قال على عشرة الا عشرة (والثاني) لا يبطل لوقوعه على القليل والكثير فلا يمتنع حمل الثاني على اقل ما يتمول وحمل الاول على الزائد على اقل ما يتمول قال وفي هذا التردد غفلة لانا ان الغينا استثناءه اكتفينا باقل ما يتمول وان صحناه الزمناه ايضا اقل ما يتمول فيتفق الجوابان ويمكن ان يقال حاصل الواجب لا يختلف لكن التردد غير خال عن الفائدة فانما إذا ابطالنا الاستثناء لم نطالبه الا بتفسير اللفظ الاول وان يبطله طالباه بتفسيرهما وله آثار في الامتناع من التفسير وكون التفسير الثاني التفسير الثاني صالح للاستثناء الاول وما وما اشبه ذلك. قال (السابعة الاستثناء عن العين صحيح كقوله هذه الدار لفلان الا ذلك البيت. والخاتم

[180]

الا الفص. وهؤلاء العبيد الا واحدا. ثم له التعيين. فان ماتوا الا واحدا فقال هو المستثنى قبل. وقيل فيه قولان). صحته من المطلقان كما إذا قال هذه

الدار لفلان الا هذا البيت وهذا القميص الا كميه وهذه الدراهم الا هذا الواحد وهذا القطيع الا هذه الشاة ونطائره وفيه وجه انه لا يصح لان الاستثناء المعتاد هو الاستثناء من الاعداد المطلقة واما المعينات فالاستثناء فيها غير معهود ولانه اذا اقر بالمعين كان ناصا على ثبوت الملك فيه فيكون الاستثناء بعده رجوعا والاول ظاهر المذهب وقد نص عليه في بعض الصور المذكورة واقتصر فب الكتاب ههنا على ما هو الظاهر لكنه قال في الطلاق لو قال اربعتكن طوالق الا ثلاثة لم يصح هذا الاستثناء عند القاضى الحسين كما لو قال هؤلاء الا عبد الاربعة لفلان إلا هذا الواحد لم يصح لان الاستثناء في المعين لا يعتاد وأجاب بعدم الصحة من غير ذكر الخلاف والكلام في مسألة الطلاق يأتي في موضعه ولو قال هؤلاء العبيد لفلان الا واحدا فالمستثنى منه معين والمستثنى غير معين وهو الصحيح إذا جوزنا الاستثناء من المعين والرجوع إليه في غير المعين فان ماتوا إلا واحدا فقال هو الذى أردته بالاستثناء قبل قوله مع يمينه لانه محتمل وفيه وجه أنه لا يقبل للهمة وندرة مثل مثل هذا الاتفاق وهو ضعيف باجماع من نقله (وقوله) في الكتاب قبل وقيل فيه قولان يقتضى أولا أن يكون الخلاف قولاً وثانياً إثبات طريقين طريقة جازمة وطريقة خلافية وفيهما نظر من جهة النقل ولو قال غصبتهم إلا واحدا فماتوا الا واحدا فقال هو المستثنى قبل بلا خلاف لان أثر الاقرار ينفي

[181]

في الضمان وكذا لو قتلوا في الصورة الاولى الا واحدا لان حقه يثبت في القيمة فلو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت منها لى أو هذا الخاتم لفلان وقصه لى قبل لانه اخراج بعض مما يتناوله اللفظ فكان كالأستثناء وقد فرغنا من شرح أبواب الكتاب سوى الاخير ونذكر قبل الشروع فيه مسائل وفروع بقيت علينا مما يورد تعدد في الاقرار وان كان بعضها أجبا عنه (منها) جارية في يد انسان جاء غيره وقال بعثك هذه الجارية بكذا أو سلمتها اليك فأد الثمن وقال من في يده بل زوجتنيها على صداق كذا وهو على فاما أن يجرى هذا التنازع وصاحب اليد لم يولدها أو يجرى بعد أن أولدها (فاما) في الحالة الاولى فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر فان حلفا سقط دعوى الثمن والنكاح ولا مهر سواء دخل بها صاحب اليد أو لم يدخل لانه وان أقر بالمهر لمن كان مالكا فهو منكر له وتعود الجارية إلى المالك ثم أحد الوجهين أنها تعود إليه كما يعود المبيع إلى البائع كما لافلاس المشتري بالثمن (والثاني) أنها تعود بجهة أنها لصاحب اليد بزعمه وهو يستحق الثمن عليه فقد ظفر بغير جنس حقه من ماله فعلى هذا يبيعها ويستوفى ثمنها فان فضل شئ فهو لصاحب اليد ولا يحل له وطؤها وعلى الاول يحل له وطؤها والتصرف فيها ولا بد من التلفظ بالفسخ وان حلف أحدهما دون الآخر نظر ان حلف مدعى الثمن على نفي التزويج ونكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء حلف المدعى اليمين المردودة على المشتري ووجب الثمن وان حلف صاحب اليد على نفي الشراء ونكل الآخر على نفي التزويج حلف صاحب اليد المردودة على النكاح وحكم له بالنكاح وبان رقبتهما للآخر ثم لو ارتفع النكاح بطلاق أو

[182]

غيره حلت للسيد في الظاهر وكذا في الباطن ان كان كاذبا وعن القاضى الحسين أنه إذا نكل أحدهما عن اليمين المعروضة عليه اكتفى من الثانى بيمين واحدة يجمع فيها بين النفى والاثبات والمذهب الاول (الحالة الثانية) إذا كان قد أولدها صاحب اليد فالولد حر والجارية أم ولد باعتراف المالك القديم وهو يدعى الثمن فيحلف صاحب اليد على نفيه فان حلف على نفى الشراء لسقط عنه الثمن المدعى وهل يرجع المالك عليه بشئ فيه وجهان (أحدهما) أنه يرجع بأقل الامرين من الثمن أو المهر لانه يدعى الثمن وصاحب اليد مقر له بالمهر فالأقل منهما متفق عليه (والثانى) لا يرجع بشئ لان صاحب اليد أسقط الثمن عن نفسه بيمينه والمهر الذى يقربه لا يدعيه الآخر ولا يتمكن من المطالبة به وهل لصاحب اليد تحليف المالك على نفى الزوجية بعد ما حلف على نفى الشراء فيه وجهان (أحدهما) لا لانه لو ادعى ملكها وتزويجها يعد اعترافه بأنها أم ولد لآخر لم يقبل فكيف يحلف على ما لو أقر به لم يقبل (والثانى) نعم طمعا في أن ينكل فيحلف ويثبت له بالنكاح فلو نكل صاحب اليد عن اليمين على نفى الشراء حلف المالك القديم المردودة واستحق الثمن وعلى كل حال فالجارية مقررة في يد صاحب اليد فانها أم ولده أو زوجته وله وطؤها في الباطن وفي الظاهر وجهان (أحدهما) الحل ووجه المنع أنه لا بدري أنه يطاء زوجته أو أمته اعتذر الامام عن هذا النص فقال ليس المنع في هذه الصورة لاختلاف الجهة بل لان الملك في زمن الخيار للمشتري على قول وإذا ثبت الملك انفسخ النكاح والملك الثابت ضعيف لا يقيد حل الوطئ ونفقتها

[183]

على صاحب اليد إن جوزنا له الوطئ وإلا فوجهان ذكرهما أبو إسحق (أحدهما) أنه على المالك القديم لانها كانت عليه فلا يقبل قوله في سقوطها وإن قبل هما عليه وهو زوال الملك وزوال الاستيلاء (وأصحهما) أنها في كسب الجارية ولا يكلف بها المالك القديم كما لا يكلف بنفقة الولد وان كانت حريته مستفادة من قوله أيضا فعلى هذا لو لم يكن لها كسب كانت من محابيح المسلمين ولو ماتت الجارية قبل موت المستولد ماتت رقيقة وللمالك القديم اخذ الثمن مما تركته من اكتسابها لان المستولد يقول أنها باسرها له وهو يقول أنها للمستولدة وله عليه الثمن فيأخذ حقه منها والفاضل موقوف لا يدعيه أحد وإن ماتت بعد موت المستولد ماتت حرة وما لها لو ارتها النسب فان لم يكن فهو موقوف لان الولاء لا يدعيه واحد منهما وليس للمالك القديم أخذ الثمن من تركتها لان الثمن بزعمه على المستولدة وهى قد عتقت فلا يؤدى دينه بما جمعته بعد الحرية هذا كله فيما إذا أصرا على كلاهما أما إذا رجع المالك القديم وصدق صاحب اليد لم يقبل في حرية الولد وثبوت الاستيلاء ويكون اكتسابها له مادام المستولد حيا فإذا مات عتقت وكان اكتسابها له ولو رجع المستولد وصدق المالك القديم لزمه الثمن وكان ولاؤها له (ومنها) اقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول كإقراره ولو أقر بعض الورثة عليه بدين وانكر البعض فقولان القديم وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ان على المقر أيضا جميع الدين من نصيبه من التركة إن كان واقفا والاصرف جميع نصيبه إليه لان الدين مقدم على الميراث فإذا أقر بدين على الميت لا يحل له شئ

[184]

من التركة ما بقى شئ من الدين ويحكى هذا عن ابن سريج واختاره القاضى الرويانى والجديد أنه لا يلزمه من الدين الا نسبة نصيبه من التركة لان الوارث لا يقر بالدين على نفسه وانما يقر على الميت بحكم الخلافة عنه وأيضا فان أحد الشريكين في العبد المشترك إذا أقر بجنابة لم تلزمه الا حصته فكذلك ههنا وقال بعض المتلقين عن الشيخ ابن عاصم يجب القطع بأن على المقر توفية جميع الدين مما في يده عند الامكان فان المقر في نصيبه لا يتقاعد عن الأجنبي في جملة التركة ولو أقر أجنبي بدين في التركة يستغرقها لزمه اقراره حتى لو وقعت التركة يوما من الدهر الزم بصرفها إلى ذلك الدين والقولان محمولان على أن باقراره ثبت جميع الدين على الميت تبعاً لثبوته على المقر أم لا يثبت الا حصته وفائدته التقدم على الوصية فعلى قول يتقدم جميع الدين المقر به على الوصايا وعلى قول حصته والمشهور الاول (وإذا قلنا) بالجديد فلو مات المنكر ووارثه المقر فهل يلزمه جميع لنقر به الآن فيه وجهان (أصحهما) نعم لحصول جميع التركة في يده ويتفرع على القولين فرعان (أحدهما) لو شهد بعض الورثة بدين على المورث (ان قلنا) لا يلزمه بالاقرار الا حصته تقبل (وان قلنا) الجميع لم تقبل لانه منهم باسقاط بعض الدين عن نفسه ولا فرق بين أن تكون الشهادة بعد الاقرار أو قبله لانه متهم بالعدول من طريق الاقرار إلى طريق الشهادة وعليه اظهار ما على مورثه بأحد الطريقين وعند أبى حنيفة ان شهد قبل الاقرار قبل وان شهد بعده فلا (الثاني) كيس في يد رجلين فيه ألف درهم فقال أحدهما لثالث لك نصف ما في الكيس فيحمل اقراره على النصف الذى في يده أو على نصف ما في يده وهو ربع الجميع فيه وجهان بناء على القولين السابقين وبني على الخلاف فيما إذا أقر أحد الشريكين في العبد المشترك بالسوية بنصفه أنه يحمل على نصيبه أم يوزع النصف

[185]

المقر به على النصفين وهذا الخلاف الثاني مذکور في الكتاب في باب العتق (ومنها) مات عن اثنين فأقر أحدهما بأن أباه أوصى لزيد بعشرة فهو كما لو أقر عليه بدين فعلى القديم تتعلق كل العشرة بثلاث نصيبه وعلى الجديد يتعلق نصف العشرة بثلاث نصيبه وبه قال أبو حنيفة بخلاف ما قال في الاقرار بالدين ولو أقر أحدهما بأنه أوصى بربع ماله وانكر الآخر فعلى المقر أن يدفع ربع ما في يده إلى الموصى له ولو أقر بأنه أوصى بعين من أعيان أمواله نظر ان لم يفتسما التركة فنصيب المقر في تلك العين يصرف إلى الموصى له وان كانت في يد المنكر فللموصى له أخذ نصف القيمة من المقر لانه فوته عليه بالقسمة ولو شهد المقر للموصى له قبلت شهادته وبغرم المشهود عليه نصف قيمة العين كما لو خرج بعض أعيان التركة مستحقا (ومنها) لو قال لعبد أعتقتك على ألف وطالبه بالالف فأنكر العبد وحلف سقط دعوى المال ويحكم بعتق العبد لاقراره وكذلك لو قال بعت منك ابنك بكذا فأنكر فكذلك لا اعترافه بصيرورته حرا إذا دخل في ملك أبيه (ومنها) إذا قال لفلان عندي خاتم ثم جاء بخاتم وقال هذا الذى أقررت به فعن الشافعي رضى الله عنه أنه قال في موضع لا يلزمه التسليم قال الاصحاب الاول محمول على ما إذا صدقه المقر له والثاني على ما إذا قال الذى أقررت به غيره وليس هذا لى فلا يسلم ما جاء

[186]

به إليه والقول قول المقر في نفى غيره. (الباب الرابع في الاقرار بالنسب. ومن هو من أهل الاقرار) قال (إذا قال لغيره هذا ابني به شرط أن لا يكذبه الحسن بأن يكون أكبر سنا منه. أو الشرع بأن يكون مشهور النسب. أو المقر له بأن يكون بالغاً فينكر. فلو استلحق مجهولاً بالغاً ووافق له لحق. ولو كان صغيراً لحق في الحال حتى يتوارثان في الصغر. فلو بلغ وأنكر ففي اعتبار انكاره بعد الحكم به خلاف. ولو مات صبي وله مال فاستلحقه ثبت نسبه وورث. وان كان بالغاً فاستلحقه بعد الموت ففيه خلاف. لان تأخيرته إلى الموت يوشك أن يكون خوفاً من انكاره). الاقرار بالنسبة لا يصح الا إذا كان المقر بالصفات المعتمدة في المقرين كما سبق ثم لا يخلو اما ان يلحق النسب بنفسه أو بغيره (القسم الاول) ان يلحق النسب بنفسه فيشترط فيه أمور (أحدها) أن لا يكذبه الحسن ويكون ما لديه ممكناً فلو كان في ممن لا يتصور أن يكون ولداً للمستحق بأن كان أكبر سناً منه أو كان المستحق أكبر ولكن بقدر لا يولد لمثله فلا اعتبار باقراره ولو قدمت

[187]

امراه من الروم أو غيرها من بلاد الكفر ومعها صبي فادعاه رجل من المسلمين لحقه إن احتمل أنه خرج إليها أو أنها قدمت قبل ذلك وان لم يتقدح احتمال لم يلحقه (والثاني) ان لا يكذبه الشرع بان يكون المستلحق معروف النسب من غيره لان النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره ولا فرق بين أن يصدقه المستلحق أو يكذبه وفيما جمع من الفتاوى القفال أن المنفى باللعان لا يصح استلحاقه لان فيها شبهة للملاعن (والثالث) أن يصدقه المقر له إذا كان ممن يعتبر تصديقه فان استلحق بالغاً فكذبه لم يثبت النسب إلا أن يقيم عليه بينة فان لم تكن بينة حلفه فان حلف سقط دعواه فان نكل المدعى وثبت نسبه حتى يرث نسبه وكذا لو قال رجل لآخر أنت أبى فالقول قول المنكر مع يمينه وان استلحق صغيراً ثبت نسبه حتى يرث منه الصغير لو مات ويرث هو لو مات الصغير وان استلحق صغيراً فلما بلغ كذبه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يندفع النسب لانا إنما حكمنا به حين لم يكن إنكار (وأظهرهما) أنه لا يندفع لان النسب مما يحتاط له فإذا حكم بثبوت لم يتأثر بالانكار كما لو ثبت بالبينة وعلى هذا فلو أراد المقر تحليفه قال ابن الصباغ ينبغي أن لا يمكن منه لانه لو رجع لم يقبل فلا معنى لتحليفه ولو استلحق مجنوناً فافاق وأنكر فهو على الوجهين ولو استلحق مجنوناً فافاق وأنكر فهو على الوجهين ولو استلحق صبياً بعد موته لحقه كان له

[188]

مال أو لم يكن ولم ينظر إلى التهمة بطلب المال بل يورث لان أمر النسب مبني على التغلب ولهذا ثبتته لمجرد الامكان حتى أنه لو قتله ثم استلحقه قبل ويحكم بسقوط القصاص وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يلحقه (وأما) إذا

كان بالغا ففيه وجهان لان شرط لحقوق البالغ تصديقه ولا تصديق ولان تأخير الاستلحاق إلى موت يوشك ان يكون خوفا من انكاره وهذا أظهر عند القاضي الحسين وصاحب التهذيب والاكثرين على أنه يلحقه كالصغير ومنعوا كون التصديق شرطا على الاطلاق بل هو شرط إذا كان المستلحق أهلا للتصديق (وأما الكلام الثاني) فهو تمسك بالتهمة وقد بينا أنه لا اعتبار بها في النسب ويجرى الوجهان فيما إذا استلحق مجنونا طرأ جنونه بعد ما بلغ عاقلا ولو ازدحم اثنان فصاعدا على الاستلحاق نظران كان المستلحق بالغا ثبت نسبه ممن صدقه وان كان صبي لم يلحق بواحد منهما بل الحكم ما هو مذكور في الكتاب في باب اللقيط فإذا عدم زحمة الغير شرط رابع للحقوق وهذا كله فيما إذا كان ذكرا حرا (أما) استلحاق المرأة والعبد فسيأتيان في اللقيط ولو استلحق عبد الغير أو معتقته لم يلحقه ان كان صغيرا محافظة على حق الولاء للسيد بل يحتاج إلى البينة وان كان بالغا وصدقه ففيه خلاف نذكره هناك ولو استلحق عبدا في يده نظر ان لم يوجد الامكان بان

[189]

كان أكبر سنا منه كفى قوله وان وجد فان كان مجهول النسب لحقه إن كان صغيرا وحكم بعنقه وكذا إن كان بالغا وصدقه وان كذبه لم يثبت النسب وفي العتق وجهان وكذا لو كان المستلحق معروف النسب من غيره (وأما) لفظ الكتاب فقوله التحق به يجوز اعلامه - بالميم - لان البنديجي حكى عن مالك أنه ان شاع في الناس انه استلحق من ليس ولدا له لم يلحقه وان اجتمعت الشرائط التي ذكرناها (وقوله) أو المقر له ليس فيه الاعتبار عدم التكذيب وهو معتبر لكنه غير مكفى به بل المعتبر تصديقه عند الامكان صرح به صاحب الشامل وغيره وقضيته أنه لو سكت لم يثبت النسب (وقوله) فلو استلحق مجهولا بالغا لفظ المجهول لاضرورة إليه في هذا الموضوع فانه قد بين اشتراطه من قبل وإذا كنا في شرط لم نحتج فيه إلى التعرض لسائر الشرائط إلا للايضاح. (فرع) لو استلحق بالغا عاقلا وواقفه ثم رجعا قال ابن أبي هريرة رحمه الله يسقط النسب كما لو أقر بمال ورجع وصدقه المقر له وعن الشيخ أبي حامد أنه لا يسقط لان النسب المحكوم بثبوته لا يرتفع بالاتفاق كما لو ثبت بالفراش. قال (ولو كان له أمتان ولكل واحدة ولد ولا زوج لهما فقال أحدهما ابني علقته به أمه في

[190]

ملكي طولب بالتعيين. فان عين ثبت نسبه وعنقه وأميه الولد للام. فان مات كان تعيين الوارث كتعيينه. فان عجزنا عنه فالحاق القائف كتعيينه. فان عجزنا فيقرع بينهما فمن خرجت قرعته عتق ولم يثبت نسبه ولا ميراثه إذ القرعة لاتعمل إلا في العتق. وهل يقرع بين الامتين للاستيلاد فيه خلاف من حيث أن أميه الولد فرع النسب وقد أيس عنه. وهل يوقف نصيب ابن من الميراث فيه خلاف لانه نسب أيس من ظهوره فيمتنع التوريث به. ولو كانت له أمة لها ثلاثة أولاد فقال أحدهم ابني فان عين الاصغر تعيين. وان عين الاوسط عتق معه الاصغر وثبت نسبهما. الا أن يدعى استبراء بعد ولادة الاوسط ورأينا ذلك نافيا للنسب. فان مات قبل

البيان وعجزنا عن تعيين الوارث والقائف أقرع بينهم. وأدخل الصغير في القرعة. وفائدة خروج القرعة عليه اقتصار العتق عليه والا فهو عتيق في كل حال. وفي وقف الميراث الخلاف الذي مضى). في الفصل مسألتان تقدم أن من له جارية ذات ولد إذا قال هذا ولدى من هذه الجارية ثبت نسبه عند الامكان وهل تكون الحارية أم ولد فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما لا لاحتمال أنه استولدها بالنكاح ثم ملكها وحينئذ لا تكون أم ولد على أحد القولين (والثاني) نعم

[191]

لان الظاهر انه استولدها في الملك لانه حاصل محقق والنكاح غير معلوم والاصل فيه العدم وللمسألة خروج ظاهر على قول يقابل الاصل والظاهر وما الاظهر من الخلاف في المسألة ذكر الشيخ أبو حامد وجماعة أن الثاني أظهر وهو ظاهر نصه في المختصر لكن الاول أقرب إلى القياس وأشبه بقاعدة الاقرار وهي البناء على اليقين ولقربه أعرض الاكثرون عن الترجيح وأرسلوا ذكر الخلاف ومن ذهب اليه لم يصعب عليه جعل النص على الصورة الآتية ولو قال انه ولدى ولدته في ملكي فطريقان (أحدهما) القطع بثبوت أمية الولد لتصريحه بالولادة في الملك (وأصحهما) أنه على القولين لاحتمال أن يحبلها قبل الملك بالنكاح ثم يشتريها وتلد بالملك ولو قال انه ولدى استولدها به في ملكي أو علقته به في ملكي انقطع الاحتمال وكانت أم ولد له لا محالة وكذا لو قال هذا ولدى منها وهي في ملكي منذ عشرين سنة وكان الولد ابن سنة وهذا كله مفروض إذا لم تكن الام مزوجة ولا فراشا أما إذا كانت مزوجة لم ينسب الولد إلى السيد ولم يعتد باستلحاقه للحوقه بالزوج وان كانت فراشا له فان أقر بوطنها فالولد يلحقه بحكم الفراش لا بالاقرار ولا يعتبر فيه الا الامكان ولا فرق في الاقرار بالاستيلاء بين أن يكون في الصحة أو في المرض لان انشاءه نافذ في الحالتين إذ تبين ذلك فالمسألة

[192]

الاولى إذا كان له اتمان لكل واحدة منهما ولد فقال أحدهما ولدى فللامتين أحوال (أحدها) أن لا تكون واحدة منهما مزوجة ولا فراشا للسيد فيؤمر بالتعيين كما لو أقر بطلاق احدي امرأته فإذا عين أحدهما ثبت نسبه وكان حرا وورثه وهل أمه أم ولد له وان صرح بأنه استولدها في النكاح لم تصر أم ولد وان أضافه إلى وطني شبيهة ففيه قولان يذكران في موضعهما ولو قال استولدها بالزنا مفصولا عن الاستلحاق لم يقبل وكانت أمية الولد على القولين فيما إذا أطلق الاستلحاق وان وصله باللفظ قال في التهذيب لا يثبت النسب ولا أمية الولد ولك أن تقول ينبغي أن يخرج على قولي تبويض الاقرار ولو ادعت الامة الاخرى أن ولدها هو الذي استلحقه وأنها التي استولدها فالقول قول السيد مع يمينه ولو ان السيد مات قبل التعيين قام ورثته مقامه في التعيين وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب والحرية والارث وتكون أم المعين مستولدة ان ذكر السيد ما يقتضى ثبوت الاستيلاء والاستلوا وحكم بيانهم حكم بيان المورث فان قالوا لا نعلم أنه بما

استولدها فعلى الخلاف فيما إذا أطلق المستلحق استلحاقه ولو لم يكن وارث أو قال الورثة لا نعلم عرض الولدان على القائف فايهما الحق به

[193]

لحق والحكم في النسب والحرية والارث كتعين المورث أو الوارث وفي الاستيلاء كما وأطلق الاستلحاق ويجوز ظهور الحال للقائف مع موت المستلحق بان كان قد رآه أو بان يرى قبل الدفن أو بان يرى عصبته فيجد الشبه فان عجز عن الاستفادة من القائف لعدمه أو للاحاقه الولدين به أو نفسيهما أو أشكل الامر عليه أقرعنا بينهما لنعرف الحر منهما ولا ينتظر بلوغ الولدين حتى ينتسبا بخلاف ما لو تنازع اثنان في ولد ولا قائف لان الاشتباه ههنا في أن الولد أيهما فلو اعتبر الانتساب فريما انتسب كل واحد منهما إليه فلا يرتفع الاشكال ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث لان القرعة على خلاف القياس وانما ورد الخبر بها في العتق فلا تعمل في النسب والميراث. نعم هل يوقف نصيب ابن بين من خرجت القرعة له وبين الآخر فيه وجهان ثانى توجيههما (والاظهر) منهما في المسألة الثانية واختيار المزني أنه يوقف (واما الاستيلاء) فهو على التفصيل السابق فان لم يوجد من السيد ما يقتضيه لم يثبت وان وجد فهل تحصل أمية الولد في أم ذلك الولد بخروج القرعة حكى الامام فيه وجهين وقال المذهب أنها لا تحصل لانها تتبع النسب فإذا لم يجعله ولدا لم يجعلها أم ولد والذي أورده الاكثرون أنها تحصل لان المقصود العتق والقرعة عاملة فيه فكما تفيد حرته تفيد حريتها وعلى هذا الخلاف يحمل قوله في الكتاب وهل يقرع بين الامتين في الاستيلاء فيه خلاف وقد يتبادر إلى الفهم من ظاهره اخراج القرعة بهما مرة أخرى ولا يفعل ذلك إذ لا يؤمن خروج القرعة على غير التي خرج لولدها. (فرعان) أحدهما حيث يثبت الاستيلاء فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وحيث لا يثبت فعليه الولاء إلا

[194]

إذا نسبه إلى وطنٍ شبهه وقلنا انها لا تصير أم ولد إذا ملكها بعد ذلك (والثانى) إذا لم يثبت الاستيلاء ومات السيد ورث الولد أمه وعتقت عليه وهذا إذا تعين لا بالقرعة وان كان معه وارث آخر عتق نصيبه عليه ولم يشتر هذا تمام الكلام في الصورة الاولى وهى المذكورة في الكتاب (الثانية) إذا كانت الامتان مزوجتين لم يقبل قول السيد وولد كل أمة يلحق بزوجها وان كانت فراشا للسيد فان كان قد أقر بوطنها لحقه الولدان بحكم الفراش (الثالثة) إذا كانت أحدهما مزوجة لم يتعين أقراره في الاخرى بل يطالب بالتعيين فان عين ولد المزوجة لم يقبل وان عين ولد الاخرى قبل وثبت نسبه وان كانت أحدهما فراشا له لم يتعين أقراره في ولدها بل يؤمر بالتعيين فان عين في ولد الاخرى لحقه بالاقرار والولد الآخر ملحق به بالفراش (المسألة الثانية) إذا قال من له أمة لها ثلاثة أولاد أحد هؤلاء ولدى والتصوير فيما إذا لم تكن مزوجة ولا فراشا للسيد قبل ولادتهم فيطالب بالتعيين فمن عينه منهم فهو نسيب حر وارث والقول في الاستيلاء على التفصيل الذى مر ثم إذا كان المعين الاصغر فالاكبران رقيقان فلكل واحد منهما أن يدعى انه الولد والقول قول المنكر مع يمينه فان كان المعين

الايوسط فالاكبر رقيق وأمر الصبي مبنى على استيلاء الامة فإذا لم نجعلها مستولدة فهو رقيق كالام وان جعلناها مستولدة فينظر ان لم يدع الاستبراء بعد الاوسط فقد صارت فراشا له بالايوسط فيلحقه الاصغر وبرثه وادعى الاستبراء فيبنى على أن نسب ملك اليمين هل ينتفى بدعوى الاستبراء فيه خلاف مذكور في اللعان (وان قلنا لا ينتفى فهو كما لو لم يدع الاستبراء (وان قلنا) ينتفى فلا يلحقه الاصغر وفي حكمه وجهان (أظهرهما) انه كالام يعتق بوفاة السيد لانه ولد أم ولد

[195]

وأم الولد إذا ولدت من زوج أو زنا عنق بعثتها (والثاني) أنه يكون قنا لان ولد أم الولد قد لا يكون كذلك كما لو أحبل الراهن الجارية المرهونة وقلنا انها لا تصير أم ولد له فبيعت في الحق وولدت أولادا ثم ملكها وأولادها فانا نحكم بأنها أم ولد على الصحيح والاولاد أرقاء لا يأخذون حكمها وأيضا فانه إذا أحبل جاريه بالشبهة ثم أتت بأولاد من زوج أو زنا ثم ملكها وأولادها تكون أم ولد له على قول والاولاد لا يأخذون حكمها وإذا أمكن ذلك لم يلزمه من ثبوت الاستيلاء أن يأخذ الولد حكمها بالشك والاحتمال ولصاحب الوجه الاول أن يقول الاولاد في الصورتين ولدوا قبل الحكم بالاستيلاء فالاصغر ولد بعد الحكم بالاستيلاء على أن بعضهم حكى في صورة الرهن وجها أن الاولاد يأخذون حكمها ولا يبعد أن يجئ مثله في صورة الاحبال بالشبهة وذكر في التتمة وجها آخر فيما إذا لم يكن يدع الاستبراء أنه لا يثبت نسبه ويكون حكمه حكم الام يعتق بموت السيد لان الاستبراء حصل بالايوسط ولم أر لغيره ذكر وان كان المعين الاكبر فالقول في حكم الاوسط والاصغر كما ذكرناه في الاصغر إذا عين الاوسط ولو مات السيد قبل التعيين عين وارثه فان لم يكن وارث أو قال لأعرف عرضوا على القائف ليعين والحكم على التقديرين كما لو عين السيد فان تعذر معرفة القائف نص أنه يقرع بينهم لمعرفة الحرية وثبوت الاستيلاء على التفصيل الذي سبق واعترض المزني في المختصر بأن الاصغر حر بكل حال عند موت السيد لانه اما ان يكون هو المقر أو يكون أو يكون ولد أم الولد يعتق بموت السيد وان كان حرا بكل حال وجب أن لا يدخل في القرعة أيضا لاحتمال أنها لا تخرج على غيره فيلزم ارقاقه واختلف الاصحاب في الجواب عنه فسلم بعضهم حرته وقالوا انه لا يدخل في القرعة ليرق

[196]

ان خرج لغيره بل ليرق غيره ان خرجت عليه ويقتصر العتق عليه وهذا ما ذكره في الكتاب ومنعها آخرون بناء على أنها وان كانت أم ولد فولد أم الولد يجوز أن يكون رقيقا (والاظهر الاول) وهو عين الوجه الاول المذكور فيما إذا عين الاوسط وادعى الاستبراء بعده وقلنا انه ينتفى به النسب ثم إذا أقرعنا بينهم وخرجت القرعة لواحد منهم فهو حر والمشهور ان النسب والميراث لا يثبتان كما ذكرنا في المسألة الاولى وعن المزني في المختصر الكبير ان الاصغر نسبي بكل حال لانه بين أن يكون هو المراد بالاستلحاق وبين أن يكون ولد أمته التي صارت فراشا له بولادة من قبل وجرى الاصحاب على رأيهم في الطعن على اعتراضاته متبادرين لكن الحق

المطابق لما تقدم أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعى الاستبراء قبل ولادة الاصغر وبين ما إذا لم يدعه ويساعده في حاله الثانية وإذا ثبت النسب ثبتت الحرية لا محالة وحيث لانحكم بثبوت النسب فهل يوقف الميراث فيه وجهان (أحدهما) نعم لانا بتيقين ان أحدهما ابنه وان لم تقد القرعة تعيينه فأشبهه ما إذا طلق إحدى امرأته ومات قبل البيان حيث يوقف نصيب امرأة (والثاني) لا لانه اشكال دفع الناس من زوائه فأشبهه ما إذا عرق المتوارثان فلم يدر أيهما ماتا معا أو على التعاقب لا تورث ولا وقف وهذا أصح عند الاكثريين واختار المزني الوقف واختلف الرواية عنه في كفيته ففي رواية ابن خزيمة وجماعة أنه إذا كان له ابن معروف النسب يدفع إليه ربع الميراث ويدفع ربه إلى الاصغر ويوقف النصف وفي رواية ابن عبد ابن المروزي في آخرين أنه يدفع نصف الميراث إلى المعروف النسب ويوقف النصف للمجهول واعلم أن الرواية الاولى مبنية على ما ذهب إليه المزني من أن الاصغر نسب بكل حال فهو والمعروف ابنا يدفع النصف اليهما ويوقف النصف

[197]

بينهما وبين الاكبرين فيجوز أن يكون الاوسط ابنا دون الاكبر والرواية الثانية اختيار للشافعي رضى الله عنه جوابا على أنه لا يثبت نسب واحد منهم على التعيين ولكن يعلم أن فيهم ابنا فيقف النصف له ويدفع النصف إلى الابن المعروف وأما لفظ الكتاب (ف قوله) فقال أحدهم ابني أراد ما إذا ذكر معه ما يقتضى الاستيلاء على أمة صور في المسألة الاولى حيث قال فقال أحدهما انى علقته به في ملكى ألا ترى أنه حكم بعنق الاصغر عند تعيين الاوسط وانما يكون كذلك إذا ثبت الاستيلاء (وقوله) عتق معه الاصغر يجوز اعلامه بالواو للوجه المنقول عن التهذيب (وقوله) أقرع بينهم بالحاء لان الحكاية عن أبي حنيفة أن الاصغر حر كله ويعتق من الاوسط ثلثاه لانه حر في الحالتين وهما إذا عينه أو عين الاكبر فالاكبر رقيق في حاله وهى إذا عين الاصغر ومن الاكبر ثلثه لانه حر في حاله وهى إذا عين فيه رقيق في حالتين وهما إذا عين في الاوسط أو الاصغر قال ويعتق من الام ثلثاها لانه قد عتق ثلثا ولدها (وقوله) وان دخل الصغير في القرعة اعلم بالزاي لما تقدم ويجوز أن يعلم بالواو أيضا لانه نقل في النهاية وجها عن بعض الاصحاب أن الصغير يخرج عن القرعة قال وهو ضعيف لانه انما يقرع بين عبيدين يتعين ان فيهم حرا ومن الجائز أن يكون المستلحق الاصغر ويكون الاكبر ان رقيقان فكيف يقرع بينهما وقوله والا فهو عتق بكل حال معلم - بالواو - لما مر. قال (أما إذا أقر باخوة غيره أو بعمومته فهو اقرار بالنسب على الغير فلا يقبل إلا من وارث مستغرق. كمن مات وخلف ابنا واحدا فأقر باخ آخر ثبت نسبه وميراثه. وان كان معه زوجة اعتبر موافقتها (و) لشركتهما في الارث. وكذا موافقة المولى (و) المعتق. وان خلف بنتا واحدة وهى معتقة ثبت النسب باقرارها لانها مستغرقة. فان لم تكن معتقة فوافقها الامام فيه

[198]

خلاف لان الامام ليس بوارث انما هو نائب. ولو خلف اثنين فافر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الآخر لم يثبت النسب ولا الميراث (ح) على القول المنصوص. وقيل انه يثبت باطنا وفي الظاهر خلاف فلو مات وخلف ابنا مقرا فهل يثبت الآن فيه خلاف. لان اقرار الفرع مسبوق بانكار الاصل. وكذا الخلاف فيما إذا لم يخلف إلا الاخ المقر. ولو كان ساكتا فمات فافر ابنه ثبت لا محالة. والاخ الكبير مع الصغير لا ينفرد بالاقرار بالنسب على الاصح. ولو أقر بشخص فأنكر المقر له نسب المقر فقيل انه لا يشارك لان موجب قوله أن من أقر له ليس من أهل الاقرار. وقيل إنه يستحق الكل. القسم الثاني أن يلحق النسب بغيره مثل أن يقول هذا أخي ابن أبي أو ابن أمي أو بعمومة غيره فيكون ملحقا للنسب بالجد والكلام في فصلين (أحدهما) في ثبوت النسب ويثبت النسب بهذا اللاحق بالشرائط المقدمة فيما إذا لحق بنفسه وبشرائط آخر (أحدها) أن يكون الملحق به ميتا فما دام حيا ليس لغيره اللاحق به وان كان مجنونا (والثانية) أن لا يكون الملحق به قد نفى المقر به أما إذا نفاه ثم استلحقه وارثه بعد موته ففيه وجهان (أحدهما) للقوق كما لو استلحقه المورث بعد مانفاه بلعان وغيره (والثاني) المنع لانه نسب قد سبق الحكم ببطلانه ففي الحاقه بعد الموت الحاق عار بنسبه وشرط الوارث أن يفعل ما فيه حظ الموروث لا ما يضر به ولم يورد صاحب التهذيب من الوجهين الا الثاني ولا معظم العراقيين الا الاول وهو الاشبه (والثالثة) صدور الاقرار من الورثة الحائزين للتركة وفيه مسائل (أحدها) اقرار الاجانب لا يثبت به النسب ولو مات مسلم عن ابن كافر أو قاتل أو رقيق

[199]

لم يقبل اقراره عليه بالنسب كما لا يقبل اقراره عليه بالمال ولو كان له ابنان مسلم وكافر لم تعتبر موافقة الكافر ولو كان الميت كافرا كفى استلحاق الكافر ولا فرق في ثبوت النسب بين أن يكون المقر به كافرا أو مسلما (الثانية) لو مات وخلف ابنا واحدا وأقر بأخ آخر يثبت نسبه ولو مات وخلف ابنين أو ابنتين أو بنات فلا بد من اتفاقهم جميعا وكذلك تعتبر موافقة الزوج والزوجة لانهما من الورثة وفيهما وجه لان الزوجية تنصرم بالموت ولان المقر به النسب ولا شركة لهما في النسب ويجرى مثل هذا الخلاف في المعتق ولو خلف بنتا واحدة فان كانت حائزة بان كانت معتقه يثبت النسب باقرارها وان لم تكن حائزة ووافقها الامام فوجهان جاربان فيما إذا مات من لا وارث له فالحق الامام به مجهولا والخلاف مبني على أن الامام له حكم الوارث أم لا والذي أجاب به العراقيون انه يثبت النسب بموافقة الامام ثم هذا الكلام فيما إذا ذكر الامام ذلك لا على وجه الحكم أما إذا ذكر على وجه الحكم (فان قلنا) أنه يضى لعلم نفسه ثبت النسب والا فلا (الثالثة) لافرق بين أن تكون حيازة الملحق تركة الملحق به بغير واسطة أو بواسطة كما إذا أقر بعمومة مجهول وهو حائز لتركة أبيه الحائز لتركة جده الملحق به فان كان قد مات أبوه قبل جده والوارث ابن الابن فلا واسطة (الرابعة) البالغ من الوارثين لا ينفرد بالاقرار ونقل الامام وجهها أنه ينفرد ويحكم بثبوت النسب في الحال وربما يوجه بان أمر النسب خطر فالظاهر من حال كامل الحال من الورثة أن يعتنى به ولا يجازف فيه وعلى الاول ينتظر بلوغ الصبي فإذا بلغ الصبي ووافق البالغ ثبت النسب حينئذ فان مات قبل البلوغ نظر أن لم يخلف سوى المقر ثبت النسب وان لم يجدد اقراره وان خلف ورثة سواه اعتبر موافقتهم وإذا كان أحد الوارثين مجنونا

فهو كما لو كان أحدهم صيبا ولو خلف بالغين عاقلين وأقر أحدهما وأنكر الآخر ثم مات ولم يخلف

[200]

الا أخاه المقر فاطهر الوجهين أنه يثبت النسب لان جميع الميراث قد صار له وثانيهما المنع لان اقرار القرع مسبوق بانكار الاصل ويجرى الخلاف فيما إذا خلف المنكر وارثا فافر ذلك الوارث والوجهان عند القاضي الحسين مبنيان على الوجهين في استلحاق من نفاه المورث ولو أقر أحد الاثنيين وسكت الآخر ثم مات الساكت وابنه مقر ثبت النسب لا محالة لان اقراره غير مسبوق بتكذيب الاصل (الخامسة) لو أقر الوارث المستغرق بأخوة مجهول فأنكر المجهول نسب المعروف لم يتأثر بقوله النسب المشهور وفيه وجه أن المقر يحتاج إلى البينة على نسبه لاعترافه بنسب المجهول وانكاره اياه والمذهب الاول وفي ثبت نسب المجهول وجهان (وجه المنع) أن المقر ليس بوارث بزعمه (والثاني) وهو الاصح انه يثبت لحكمنا بأنه وارث حائز ولو أقر بأخوة مجهول ثم أنهما أقرتا بنسب ثالث وأنكر الثالث نسب الثاني ففي سقوط نسب الثاني وجهان (أصحهما) السقوط لانه ثبت بنسب الثالث فاعتبر موافقته لثبوت نسب الثاني ولو أقر بأخوة مجهولين فصدق كل واحد منهما الآخر ثبت نسبهما وان كذب كل واحد منهما الآخر فوجهان (أصحهما) ثبوت النسب لوجود الاقرار ممن يجوز التركة فان صدق أحدهما وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب هذا إذا لم يكن المجهولان توأمين فان كانا توأمين فلا أثر لتكذيب أحدهما الآخر فإذا أقر الوارث بأحدهما ثبت نسب كليهما (السادسة) إذا أقر بنسب من يحجب المقر كما إذا مات عن أخ أو عم فافر بان للميت فاحد الوجهين انه لا يثبت نسبه لانه لو ثبت لورث ولو ورث لحجب المقر وإذا حجب خرج عن الاهلية

[201]

للاقرار وإذا بطل الاقرار بطل النسب (وأصحهما) الثبوت لان ثبوت النسب بمجرد لا يرفع الاقرار وانما يلزم ذلك من التورث وسيأتى الكلام في الفصل الثاني ثم التورث قد ينتفى باسباب وموانع ولا يبعد أن يكون هذا منها. (الفصل الثاني في ثبوت الميراث) قال (والمقر يحتاج إلى البينة. ولو أقر الاخ بابن لآخيه الميت فالظاهر أنه يثبت النسب دون الميراث إذ لو ثبت لحرم الاخ وخرج عن اهلية الاقرار. وقيل انهما يثبتان. وقيل أنهما لا يثبتان). المقر به لا يخلو أما أن يكون ممن لا يحجب المقر عن الميراث أو ممن يحجبه أو يحجب بعض الورثة المقرين دون البعض (الحالة الاولى) إذا لم يحجب المقر فيشتركان في التركة على فرائض الله تعالى ولو أقر أحد الابنيين المستغرقين بأخ وأنكر الآخر فظاهر المذهب وهو المنصوص أنه لا يرث لان

[202]

الارث فرع النسب وانه غير ثابت كما سبق وإذا لم يثبت الاصل لم يثبت الفرع وعن صاحب التقريب حكاية وجه تخريج أن المقر له يرث ويشترك المقر بما في يده ورأيت ذلك لابن سريج وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ومالك وأحمد رحمهما الله ويتأيد بمسائل (منها) لو قال أحد الابنين فلانة بنت أبينا وأنكر الآخر حرم على المقر نكاحها مع أنه فرع النسب الذي لم يثبت ولو قال أحدهما لعبد في التركة إنه ابن ابينا هل يحكم بعنقه فيه وجهان (ومنها) لو قال أحد شريكي العقار لثالث بعث منك نصيبي فأنكر لا يثبت الشراء وفي ثبوت الشفعة للشريك خلاف (ومنها) لو قال لزيد على عمرو كذا وأنا به ضامن فأنكر عمرو ففي مطاللة المقر بالضمان خلاف (والاصح) المطالبة (ومنها) إذا اعترف الزوج بالخلع وأنكرت المرأة ثبتت البينة وان لم يثبت المال الذي هو الاصل (وإذا قلنا) بظاهر المذهب كذلك في ظاهر الحكم (فأما) في الباطن فهل على المقر إذا كان صادقا أن يشركه فيما في يده فيه وجهان (أحدهما) لا كما في الظاهر (والثاني) نعم قال ابن الصباغ وهو الصحيح لانه عالم باستحقاقه محرم عليه منع حقه منه وعلى فيه وجهان (أحدهما) بنصف ما في

[203]

يده لان قضية البنين التسوية فلا يسلم لاحدهما شئ والا ويسلم للآخر مثله والثالث بزعمهما غصبهما بعض حقهما وبها قال أبو حنيفة رحمه الله (وأصحهما) وبه قال مالك رحمه الله وأحمد بثلاث ما في يده لان حق الثالث بزعم المقر شائع فيما في يده ويد صاحبه فله الثلث من هذا وله الثلث من ذاك ويقال الوجهان مبنيان من القولين فيما إذا أقر أحد الابنين بدين على أبيه فأنكر الآخر هل على المقر توفية جميع الدين مما في يده أم لا يلزمه إلا القسط (فان قلنا بالثاني) لم يلزمه إلا الثلث لجعلنا الحق الثابت بالاقرار شائعا في التركة ولكل واحد من الوجهين عبارة تجرى مجرى الضابط لاخوات هذه الصورة فالعبارة على وجه النصف اننا ننظر في أصل المسألة على قول المنكر ونصرف إليه نصيبه منها ثم نقسم الباقي بين المقر والمقر به فان انكسر صحناه بالضرب فاصل المسألة في الصورة التي نحن فيها اثنان على قول المنكر يدفع إليه واحدا منهما يبقى واحد لا ينقسم على اثنين نضرب اثنين في أصل المسألة يكون أربعة سهمان منها من منكر ولكل واحد من الآخرين سهم وعلى وجه الثلث نأخذ أصل المسألة على قول المنكر وأصلها على قول المقر ونضرب أحدهما

[204]

في الآخر ونقسم الحاصل باعتبار مسألة الانكار فيدفع نصيب المنكر منه إليه باعتبار الاقرار ويدفع نصيب المقر منه إليه ويدفع الباقي إلى المقر به ومسألة الانكار فيما نحن فيه من اثنين ومسألة الاقرار من ثلاثة فنضرب أحدهما في الآخر يكون ستة ثلاثة منها للمنكر وسهمان للمقر وواحد للمقر له ولو كانت المسألة بحالها وأقر أحد الابنين باخرين فعلى الوجه الاول

المسألة على قول المنكر من اثنين يدفع نصيبه إليه يبقى واحد لا ينقسم على ثلاثة يضرب ثلاثة في اثنين يكون ستة ثلاث منها للمنكر ولكل واحد من الباقيين واحد وعلى الوجه الثاني أصلها على قول المنكر من اثنين وعلى قول المقر من أربعة يضرب أحدهما في الآخر يكون ثمانية أربعة منها للمنكر واثنان للمقر ولكل واحد من المقر بهما سهم وعن صاحب التقريب يصرف بالتوسط بين الوجهين وهو أن ينظر فيما حصل في يد المقر أحصل بقسمة اجبر المنكر عليها أم بقسمة وهو مختار فيها أما على تقدير الاجبار (فالجواب) ما ذكرنا في الوجه الثاني وأما على تقدير الاختيار فينظر ان كان عالما عند القسمة بان معهما ثالث مستحقا (والجواب) ما ذكرناه في الوجه الاول لانه معتد بتسليم نصف حقه الثابت إليه فيغرمه ما حصل في يد

[205]

صاحبه كما يغرم الحاصل في يده فان لم يكن عالما حينئذ ثم علم فوجهان يوجه أحدهما بانه لا تقصير منه (والثاني) بانه لا فرق بين العلم والجهل فيما يرجع الي الغرم (الحالة الثانية) إذا كان المقر به ممن يحجب المقرين عن الميراث أو بعضهم كما لو كان للوارث في الظاهر أخا أو ابن عم أو معتقا فأقر بابن للميت فان لم تثبت نسبة فذاك وان أثبتناه ففي الميراث وجهان (أظهرهما) المنع لانه لو ورث لحجب الاخ ولو حجب لخرج عن أهلية الاقرار وإذا بطل الاقرار فلا نسب ولا ميراث فإذا يلزم من توريثه منعه (والثاني) وبه قال ابن سريج أنه يرث ويحجب المقر وهو اختيار صاحب التقريب وابن الصباغ وجماعة ومنعوا لزوم بطلان الاقرار من حرمانه وقالوا المعتبر كونه وارثا لولا اقراره ذلك لا ينافي خروجه عن الوارثية بالاقرار كما أن المعتبر كونه حائزا للتركه لو أقر الابن المستغرق في الظاهر بأخوة غيره قبل وتشاركه في الارث كذلك ههنا ولو خلف بنتا هي مقتنعة فافرت بأخ ففي ميراثه وجهان تفريعا على الوجه الاول في المسألة (أحدهما) يرث ويكون المال بينهما اثلاثا لان توريثها لا يحجبها (والثاني) لانه عن عصوبة الولاء فصار كما لو خلف بنتا ومعتقا وأقر بابن للميت لا يثبت

[206]

لحجبه المعتق ولو ادعى المجهول على أخى الميت أنه ابن الميت فانكر الاخ ونكل عن اليمين فحلف المدعى المردودة ثبت نسبه ثم ان جعلنا النكول ورد اليمين كالبينة ورث وحجب الاخ وان جعلناهما كالاقرار ففيه الخلاف المذكور فيما إذا أقر الاخ ولو مات عن بنت وأخت فأقرنا بابن للميت فنصيب الأخت على الوجه الاظهر يسلم لها لانه لو ورث الابن لحجبها وعلى الثاني ياخذ متفى يدها كله وهذا الحكم فيما إذا خلف زوجة وأخا فأقر بابن يكون للزوجة الربع على الوجه الاظهر وهذا الابن لا ينقص حكمها كما لا يسقط الاخ ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب (أما) قوله فلا يقبل الامن وارث مستغرق معلم - بالحاء والميم - وكذلك قوله ثبت نسبه وميراثه لان عند أبي حنيفة في روايته المشهورة لا يشترط اقرار جميع الورثة وإنما المعتبر عدد الشهادة فإذا لم يكن الا ابن واحد لم يثبت النسب

باقراره فإذا خلف أبناء فأقر اثنان منهم كفى وبه قال مالك (وقوله) اعتبر موافقتها معلم - بالواو - وكذلك قوله موافقة المولى المعتمق (وقوله) ولان الامام ليس بوارث انما هو

[207]

نائب أي نائب المسلمين في أخذ حقهم وحفظه وهو اشارة إلى ما سبق أن الامام هل له حكم الوارث أم لا (وقوله) ولا الميراث عند قوله لم يثبت النسب ولا الميراث على القول المنصوص إلى الميراث معلم - بالالف - وحده وأما أن النسب لا يثبت فلا خلاف فيه (وأعلم) أن حاصل الخلاف في المسألة طريقان جمعهما صاحب التقريب (أحدهما) أن الارث يثبت باطنا وفي الظاهر خلاف (والثاني) أنه لا يثبت ظاهرا إلا أن المقابل للقول المنصوص هو المخرج الذي عزاه بعضهم إلى ابن سريج على ما بينه في الوسيط وانما خرج ابن سريج ذلك في الارث الظاهر وإذا كان جازما بشوته باطنا فيكون قوله بعد ذلك وقيل يثبت باطنا وفي الظاهر خلاف غير ما ذكره مرة فلا ينبغي أن بقول وقيل لا يثبت ظاهرا وفي الباطن خلاف إن اراد الطريقة الاخرى والوجه الثلاثة التي ذكرناها في الميراث إذا أقر لشخص وأنكر المقر له نسب المقر حاصله من الخلاف الذي أسلفناه في أن النسب المقر هل يتأثر بانكار المقر له وان لم يتأثر فهل يثبت نسب المجهول (فقوله) لا يشارك مبني على أن نسب المقر بحالة ونسب المقر له يثبت

[208]

(وقوله) وقيل انهما يشتركان ولا يبالي بتكذيبه مبني على أن نسب المقر بحاله ونسب المقر له يثبت والوجه الآخر مبني على أن نسب المقر يتأثر بانكار المجهول (وأما) الوجوه الثلاثة المذكورة فيما إذا أقر الاخ بابن لآخيه الميت فلا يخفى عليك خروجها مما مر إذا جمع بين النسب والميراث وقد وقع في شرح الفصل تغيير ترتيب بعض المسائل للحاجة إليه فلا يبالي به. (فرع) إقرار الورثة بزواج أو زوجة للميت مقبول وعلى القديم قول أنه لا يقبل فلو أقر أحد الابنين المستغرقين وأنكر الآخر فالتوريث على ما ذكرنا فيما إذا أقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر. (فرع) لو أقر انسان وقال فلان أختي ثم فسر بالاخوة من الرضاع حكى القاضى الرويانى عن أبيه أن الاشبه بالمذهب أن لا يقبل لانه خلاف الظاهر ولهذا لو فسر باخوة الاسلام لا يقبل. (فرع) في فتاوى القفال أنه إذا أقر على أبيه بالولاء فقال هو معتمق فلان ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقا كما في النسب والله تعالى أعلم بالصواب.

[209]

(كتاب العارية) قال (والنظر في أركانها وأحكامها * أما الأركان فأربعة (الأول المعير) ولا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للمنفعة غير محجور عليه في التبرع * فيصح من المستأجر ولا يصح من المستعير على الأظهر لأنه مستباح بالأذن كالضيف * نعم له أن يستوفى المنفعة بالوكيل بوكله لنفسه (الثاني المستعير) ولا يعتبر فيه إلا كونه أهلا للتبرع) قال في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لان طلبها عار وقال غيره منسوبة إلى العارة وهي مصدر يقال أعار يعير إعارة كما يقال أجاز يجب إجابة وجابة وأطاق إطاعة وطاعة وقيل هي من عار يعير أي جاء وذهب فسميت عارية لتحويلها من يد إلى يد وقال إنه من التعاور والاعتوار هو أن يتداول القوم الشيء بينهم وذكر الخطابي في الغريب أن لغة العارية بالتشديد وقد تخفف والأصل فيها قوله تعالى (ويمنعون الماعون) فسره بعضهم بما يستعيره بعض الجيران من بعض كالدلو والفأس والقدر وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال (العارية مضمونة والزعيم غارم) (1)

[210]

وروى أيضا أنه صلى الله عليه وسلم (أستعار درعا من صفوان فقال اغصبا يا محمد فقال عليه السلام بل عارية مضمونة) (1) قال صاحب الكتاب ولها أركان وأحكام أما الأركان (فأحدها) المعير والمعتبر فيه ملكه المنفعة وأن لا يكون محجورا عليه في التبرعات وإنما اعتبرت ملكية المنفعة دون العين لان الإعارة ترد على المنفعة دون العين وإنما اعتبر عدم الحجر في التبرعات لان الإعارة تبرع ويتعلق بقيد الملكية صورتان (أحدهما) أن المستأجر يجوز له أن يعير لانه مالك المنفعة ألا ترى أنه يجوز له أخذ العوض عنها بعقد الإجارة وكذا الموصى له بخدمة العبد وسكني الدار له أن يعيرهما (والثانية) أن المستعير هل يعير فيه وجهان (أحدهما) نعم كالمستأجر فان للمستأجر أن يؤجر فكذلك المستعير

[211]

له أن يعير ويحكي هذا عن أبي حنيفة (وأصحهما) المنع لانه غير مالك للمنفعة ألا ترى أنه لا يجوز له أن يؤجر وإنما أبيع له الانتفاع والمستباح لا يملك نقل الملك بالإباحة إلى غيره والضيف الذي أبيع له الطعام ليس له أن يبيع لغيره نعم للمستعير أن يستوفى المنفعة بنفسه وبوكيله (الركن الثاني) في المستعير قال في الكتاب ولا يعتبر فيه إلا كونه أهلا للتبرع أي يتبرع عليه وكأنه أراد التبرع بعقد يشتمل على الإيجاب والقبول أما بقول أو فعل والا فالصبي والبهيمة لهما أهلية التبرع والاحسان اليهما ولكن لا يوهل منهما ولا يعار. قال (الثالث المستعار وشرطه أن يكون منتفعا به مع بقائه. وفي إعارة الدنانير والدرهم لمنفعة التزيين خلاف لانها منفعة ضعيفة. فإذا جرت فهي مضمونة لانها عارية فاسدة. وأن يكون الانتفاع مباحا فلا تستعار الجوارى للاستمتاع. ويكره الاستخدام إلا لمحرم. وكذا يكره استعارة أحد الأبوين للخدمة. وأعره العبد المسلم من الكافر. ويحرم إعارة الصيد من المحرم). (الركن الثالث) المستعار وله شرطان (أحدهما) أن يكون منتفعا به مع بقاء عينه كالعبيد والدواب والدور والثياب أما الأطمعة فلا يجوز إعارتها لان منفعتها في استهلاكها وفي إعارة الدرهم

والدنانير وجهان (أحدهما) الجواز لانها تصلح للترزين بها على طبعها
(وأصحهما) المنع لان

[212]

هذه منفعة ضعيفة قلما تقصد ومعظم منفعتها في الانفاق والاخراج قال
الامام وما ذكرناه في الدراهم يجرى في استعارة الحنطة والشعير وما في
معناها ولك أن تبحث عن مواضع الخلاف أهو ما إذا صرح بالاعارة للترزين
أم إذا أطلق فالجواب ان الاسبق إلى الفهم من كلامهم في مسألة الدراهم
ان الخلاف في حالة الاطلاق فاما إذا صرح بغرض التزين فقد اتخذ هذه
المنفعة مقصدا وان ضعفت فينبغي أن يصح وبصحته أجاب في التتمة
وعلى هذا قوله في الكتاب لمنفعة التزين ليس هو من كلام المعير وانما
هو اشارة إلى صورة الجواز لكن هذا يتفرع على تصحيح الاعارة مطلقا أما
إذا شرطنا تعيين جهة الانتفاع فلا بد من التعرض للترزين أو غيره وسيأتى
الخلاف فيه وحيث قلنا انه لا يصح اعارتها فان جرت فهي مضمونة لان
العارية صحيحة مضمونة وللفاسدة حكم الصحيحة في الضمان وفيه وجه
أنها غير مضمونة لان العارية صحت أو فسدت تعتمد منفعة معتبره فإذا لم
توجد فما جرى بينهما ليس بعارية لأنه عارية فاسدة ومن قبض مال الغير
بأذنه لا لمنفعة كان أمانة في يده (الشرط الثاني) ان تكون المنفعة مباحة
فلا يجوز استعارة الجوارى للاستمتاع وأما للخدمة فيحوزان كانت الاعارة
من محرم أو امرأة والافلا يجوز لخوف الفتنة الا إذا كانت صغيرة لا تشتهي
أو قبيحة ففيها وجهان (وقوله) في الكتاب زيكره الاستخدام الا لمحرم
لفظ الكراهية يستعمل للتحريم تارة وللتنزيه أخرى وأراد ههنا التحريم
على ما صرح به الوسيط وهو جواب على نفى الفرق بين الصغيرة والكبيرة
ثم انه حكم في الوسيط بالصحة وان كانت الاعارة محظورة فيشبهه أن
يقال بالفساد

[213]

فالاجارة للمنفعة المحرمة ويشعر بهما ما أطلقه المعظم من نفى الجواب
ويكره استعارة أحد الابويين للخدمة لان استخدمهما مكروه ولفظ الامام
في مسألة نفى الحل ويكره اعارة العبد المسلم من الكافر وهي كراهة
تنزيه ولا يجوز للحلال اعارة الصيد من المحرم لانه يحرم عليه امساكه فلو
فعل وتلف في يد المحرم ضمن الجزاء لله تعالى والقيمة للحلال وان أعار
محرم من حلال (فان قلنا) ان المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له
على الحلال لانه أعار ما ليس ملكا له وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد
الحلال لانه متعد بالاعارة وكان من حقه الارسال (وان قلنا) لانزول صحت
الاعارة وعلى الحلال القيمة لو تلف الصيد عنده. (فرع) دفع شاة إلى رجل
وقال ملكتك درها ونسلها فهي هبة فاسدة ولما حصل في يده من الدر
والنسل كالمقبوض بالهبة الفاسدة والشاة مضمونة عليه بالعارية الفاسدة
ولو قال ابحت لك درها ونسلها فهو كما لو قال ملكتك على أحد الوجهين
(والثاني) أنها اباحة صحيحة والشاة عارية صحيحة وهذا ما أورده صاحب
التتمة وعلى هذا فقد تكون العارية لاستيفاء عين وليس من شرطها أن
يكون المقصود مجرد المنفعة بخلاف الاجارة ولو قال ملكت لك درها

وأبحثه لك على أن تعلقها قال في التهذيب العلف اجره وثمان الدر والنسل
والشاة غير مضمونة لانها مقبوضة باجارة فاسدة

[214]

والدر والنسل مضمون عليه بالشراء الفاسد وكذلك لو دفع قراضة إلى
سقاء وأخذ الكوز ليشرب فسقط من يده وانكسر ضمن الماء لانه مأخوذ
بالشراء الفاسد ولم يضمن الكوز لانه في يده باجارة فاسدة فان أخذه
مجانا فالكوز عارية والماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة (الثاني) قال في
التتمة تعيين المستعار ليس بشرط عند الاستعارة حتى لو قال أعرني
دايتك فقال المالك ادخل الاسطبل وخذ ما أردت صحت العارية بخلاف
الاجارة تصان عن مثلها لان الغرر لا يحتمل في المعاوضة. قال (الرابع
صيغة الاعارة وهو كل لفظ يدل على الاذن في الانتفاع. ويكفي القبول
بالفعل. ولو قال أعرتك حماري لتعير لي فرسك فهو اجارة فاسدة غير
صحيحة ولا مضمونة. ولو قال أغسل هذا الثوب فهو استعارة لبدنه. وان
كان الغاسل ممن يعمل بالاجرة اعتياديا استحق الاجرة) في الباب ما يدل
على الاذن في الانتفاع لقوله أعرتك أو خذه لتنتفع به وما أشبه ثم ظاهر
لفظ الكتاب انه يعتبر اللفظ من جهة المعير وانه لا يعتبر من جهة المستعير
وانما يعتبر منه القبول اما باللفظ واما بالفعل كما في الضيف وقد صرح
بهذا في الوسيط وقال صاحب التهذيب وغيره المعير في الاعارة اللفظ
من احد الطرفين والفعل من الآخر حتى لو قال المستعير أعرني فسلمه
المالك إليه صحت الاعارة وكان كما لو قال خذه لتنتفع به فأخذه تشبيها
للاجارة باباحة الطعام وذكر أبو سعيد المتولي ان اللفظ

[215]

لا يعتبر في أحد من الطرفين حتى لو رآه عاريا فاعطاه قميصا فلبسه تمت
العارية وكذلك لو فرش لضيغه فراشا أو بساطا أو مصلى أو القى به
وسادة فجلس عليها كان ذلك اعارة بخلاف ما لو دخل مجلسا على البسط
المفروشة لانه لم يقصد بها انتفاع شخص معين ولا بد في العارية من تعيين
الشخص المستعير وهذا الذي ذكره يشبه تمام الشبهة بالضيافة ويوافق ما
ذكره عن الشيخ ابي عاصم انه إذا انتفع بطرف الهدية المبعوثة إليه حيث
جرت العادة باستعمالها كل الطعام من القصعة فيها كان عارية لانه منتفع
بملك الغير بأذنه والاشهر الرواية الوسطى ولو أعلم قولة في الكتاب
وصيغة الاعارة - بالواو - لما ذكره في التتمة لكان صحيحا ثم الفصل
مسألتان (الاولى) إذا قال أعرتك حماري لتعيرني فرسك فهو اجارة فاسدة
على كل واحد منهما اجرة مثل دابة الآخر وكذلك الحكم إذا اعاره شيئا
بعوض مجهول كما لو أعار دابته ليعلقها أو داره ليطين سطحها وكذلك لو
كان العوض معلوما ولكن مدة الاعارة مجهولة كما لو قال لك أعرتك بعشر
دراهم أو لتعيرني ثوبك شهرا وفيه وجه أنه عارية فاسدة نظرا إلى اللفظ
فعلى هذا تكون مضمونة عليه وعلى الاول لا ضمان ولو بين مدة الاعارة
وذكر عوضا معلوما فقال أعرتك هذه الدار شهرا واليوم بعشرة دراهم
لتعيرني ثوبك شهرا من اليوم فهي اجارة

[216]

صحيحة مضمونه أو إعارة فاسدة فيه وجهان مبنيان على النظر إلى اللفظ أو المعنى ولو دفع دراهم إلى رجل وقال اجلس في هذا الحانوت واتجر عليها بنفسك أو دفع إليه بذرا وقال ازرع به هذه الارض فهو معير الحانوت والارض واما الدراهم والبذر فتكون هبة أو قرضا فيه وجهان (الثانية) لو قال لقصار اغسل هذا الثوب أو لخياط خطه مجانا ففعل فلا أجره له ولو قال اغسله أو خيطه وأنا أعطيك حنك أو أجرتك استحق أجره المثل وهذا اجارة فاسدة ولو اقتصر على قوله اغسله أو خيطه ففيه أوجه نذكرها في الاجارة فان ذلك الموضوع أحق بذكرها وصاحب الكتاب قد أعاد المسألة هناك وذكر بعض تلك الأوجه وأعرف في هذا المقام سببين (أحدهما) أن قوله فهو استعارة أراد به استعارة بدنه لذلك العمل ولا يعد في إطلاق الاستعارة والاعارة في منافع الحر كالاجارة (والثاني) أن حاصل جوابه في المسألة انه إن كان ممن يعتاد ذلك بالاجرة استحق الاجرة والا فلا وهذا أحد الوجوه المشار إليها لكن ظاهر المذهب غيره على ما سيأتي.

[217]

قال (أما أحكامها فأربعة (الاول الضمان) والعارية مضمونة الرد والعين بقيمتها (ح) يوم التلف. وقيل باقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف كالغصب. وما ينمحق من أجزائها بالاستعمال غير مضمون. والمستعير من المستأجر هل يضمن فيه خلاف. والمستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان إذا تلف تحت يده. ولو طوّل بأجرة المنفعة فما تلف تحت يده فلا خلاف في قرار ضمانه على المعير. وما تلف باستيفائه فقولان لانه مغرور فيه). من أحكام العارية الضمان والكلام في ضمان الرد والعين والاجزاء أما ضمان الرد فمعناه أن مؤنة الرد على المستعير وقوله عليه السلام (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) (1) وأيضا فان الاعارة نوع بر ومعروف فلو لم تجعل مؤنة الرد على المستعير لامتنع الناس من الاعارة (وأما) ضمان العين فانها إذا تلفت في يد المستعير ضمنها سواء تلفت بأفة سماوية أو بغفلة بتقصير أو من غير تقصير وبه قال أحمد

[218]

وقال أبو حنيفة لا يضمن الا إذا تعدى فيها وعن رواية الشيخ أبي على ان للشافعي رضى الله عنه قولا مثله في الامالى ووجه ظاهر المذهب الخبر المذكور في صدر هذا الباب وأيضا فانه مال يجب رده إلى مالكة فتجب قيمته عند التلف كالمأخوذ على سبيل السوم وأيضا فان المستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان ولو كانت العارية أمانة لما استقر كالمودع من الغاصب وذهب مالك إلى ان العارية مضمونة الا ان تكون حيوانا فهو أمانة ولو اعار بشرط ان تكون أمانة لعى الشرط وكانت مضمونة وإذا وجب الضمان فإى قيمة تجب فيه ثلاثة أوجه وسماها الزجاجي أقوالا وكذلك

فعل الوسيط (أحدها) أقصى القيم من يوم القبض إلى التلف لأنه لو تلف في حالة زيادة القيمة لوجب القيمة الزائدة فاشبه المغصوب (والثاني) قيمة يوم القبض تشبيها بالقرض يومئذ (والثالث) وهو الاصح قيمة يوم التلف لأن إيجاب أقصى القيم بمثابة ضمان الاجزاء التالفة بالاستعمال وهي غير مضمونة على الصحيح كما سيأتي ومن قال بالاول منع كون تلك الاجزاء غير مضمونة بالاستعمال على الاطلاق وقال انما لا يضمن إذا رد العين وينبى على هذا الخلاف ان العارية إذا ولدت في يد المستعير هل يكون الولد مضمونا في يده ان قلنا ان العارية مضمونة ضمان الغصب كان مضمونا عليه والا فلا وليس له استعماله بلا خلاف والخلاف المذكور في العارية انها كيف تضمن جار في المأخوذ على سبيل السوم الا ان الاصح هناك على ما ذكره في النهاية ان الاعتبار بقيمة يوم القبض لان تضمين اجزائه غير ممتنع وقال غيره الاصح فيه كهو في العارية وهذا كله فيما إذا تلفت العين لا بالاستعمال اما إذا تلفت بالاستعمال بأن انحق الثوب

[219]

باللبس فوجهان (أصحهما) أنه لا يجب ضمانها كالاجزاء (والثاني) يجب لان حق العارية ان تردد فإذا تعذر الرد لزم الضمان وعلى هذا فما الذي يضمن فيه وجهان (أحدهما) وهو المذكور في النهاية انه يضمن العين بجميع اجزائها (وأصحهما) وهو المذكور في التهذيب انه يضمن في آخر حالات التقويم وصححه في التتمة (واما) ضمان الاجزاء فما تلف منها بسبب الاستعمال المأذون فيه كانمحاق الثوب باللبس لا يلزم ضمانها لحدوثه عن سبب واذن فيه وفيه وجه ضعيف أنه يلزم لان العارية مؤداة فإذا تلف بعضها فات رده فيضمن بدله وما تلف منها بغير هذا السبب وفيه وجهان المذكوران في التهذيب (أحدهما) انه لا يلزم ضمانها أيضا كما لو تلف بالاستعمال ويكتفى برد الباقي (وأصحهما) اللزوم كما لو تلفت العين كلها وهلاك الدابة بسبب الركوب والحمل المعتاد كانمحاق الثوب وتعييبها به كالانمحاق كذا ذكره الامام وفيما جمع من فتاوى الفقهاء انه أو قرح ظهرها بالحمل وتلفت منه يضمن سواء كان متعديا بما حمل أو لم يكن لانه انما اذن في الحمل لافى الجراحة وردها إلى المالك لا يخرج عن الضمان لان السراية تولدت من مضمون فصار كما لو جرح دابة الغير في يده وهذا في الحمل الذي هو غير متعد به جوابا على وجوب الضمان في صورة تفسير الانمحاق والله أعلم. وجميع ما ذكرنا فيما إذا استعار من المالك ووراءه صورتان (إحدهما) إذا استعار من المستأجر أو الموصى له بالمنفعة فاحد الوجهين انه يضمن كما لو استعار من المالك (وأصحهما) أنه لا يضمن لان المستأجر لا يضمن وهو نائب المستأجر الا ترى أنه إذا انقضت مدة الاجارة ارتفعت

[220]

الاعارة وانه استقرت الاجرة على المستأجر بانتفاع المستعير ومؤنة الرد في هذه الاستعارة على المستعير إن رد على المستأجر وعلى المالك إن رد عليه كما لو رد عليه المستأجر (الثانية) إذا استعار المغصوب من العاصب وتلف في يده غرم المالك قيمته يوم التلف من شاء منهما فان الضمان

على المستعير لان المال حصل في يده بجهة مضمونة وان كانت قيمته يوم التلف أكثر نظران كانت الزيادة في يد المعير الغاصب لم يطالب بها غيره وان كانت في يد المستعير (فان قلنا) العارية تضمن ضمان العصب فهو كقيمه يوم التلف (وان قلنا لا تضمن ضمان المعسوب فغرامة الزيادة كغرامة المنافع وإذا طالبه المالك فغرامة المنافع وعرمها بالمنفعة التي تلفت في يده فرار ضمانها على المعير لان يد المستعير في المنافع ليست يد ضمان والتي استوفاهما بنفسه فيها قولان مشروحان في العصب النظر في احدهما إلى تغريب المعير اياه وفي الثاني إلى مباشرة الاتلاف وهو الاظهر والمستعير من المستأجر من الغاصب حكمه حكم المستعير من الغاصب إن ضمنا المستعير من المستأجر والا فليرجع بالقيمة التي عرّمها على المستأجر ويرجع المستأجر على الغاصب. قال (والمستعير كل طالب أخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاق. فلو أركب وكيله المستعمل في شغله دابته فتلفت فلا ضمان عليه. ولو أركب في الطريق فقير اتصدقا عليه فالأظهر أنه لا يضمن).

[221]

ذكر حد المستعير ليبنى عليه مسائل فقال والمستعير كل طالب أخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاق وزاد بعضهم فقال من غير استحقاق وتملك وقصد بهذه الزيادة الاحتراز عن المستقرض (وأما) نفى الاستحقاق والقصد منه الاحتراز عن المستأجر والحد مع هذه الزيادة ودونها معترض من وجهين (أحدهما) أنه منقوض بالمستام من الغاصب (والثاني) أن التعرض لكونه طالبا غير محتاج إليه إذ لافرق بين أن يلمس المستعير حتى يعير وبين أن يتدئ المعير بالاعارة (وأما) المسائل المشار إليها (فمنها) أنه لو أركب وكيله الذي استعمله في أشغاله دابته وسيره إلى موضع فتلفت الدابة في يده من غير تعد فلا ضمان عليه لانه لم يأخذها لغرض نفسه وكذلك لو سلمها إلى راض ليروضها أو كان عليها متاع نفيس فأركب انسانا فوقه احرازا للمال (ومنها) لو وجد من أعيب في الطريق فأركبه فالمشهور أنه يضمن سواء التمس المعيب أو ابتدأ المركب وقال الامام انه لا يضمن لان القصد من هذه العارية التصدق والقربة والصدقات في الاعيان تفارق الهبات ألا ترى أنه يرجع في الهبة ولا يرجع بالصدقة وكذلك يجوز أن تفارق العارية التي هي صدقة سائر العواري في الضمان وأقام صاحب الكتاب هذا وحكمه بانها أظهر. ولو أركبه مع نفسه فعلى الرديف نصف الضمان ورأى الامام أنه لا يلزمه شئ تشبيها بالضيف وعلى الاول لو وضع متاعه على دابة غيره وأمره أن يسير الدابة ففعل كان صاحب المتاع مستعيرا للدابة بقسط متاعه مما عليها حتى لو كان عليها مثل متاعه وتلف ضمن

[222]

نصف الدابة ولو لم يقل صاحب المتاع سيرها ولكن سيرها المالك لم يكن صاحب المتاع مستعيرا ودخل المتاع في ضمان صاحب الدابة لانه كان من حقه أن يطرحها وان كان لاحد الرفيقيين في السفر متاع وللآخر دابة فقال صاحب المتاع للآخر احمل متاعى على دابتك فاجابه فصاحب المتاع

مستعير لها ولو قال صاحب الدابة اعطني متاعك لاضعه على الدابة فهو مستودع متاعه ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع أورده في التهذيب. (فرع) لو استعار دابة ليركبها إلى موضع فجاوزه فهو متعد من وقت المجاوزة وعليه أجره المثل ذهابا ورجوعا إلى ذلك الموضع وفي لزوم الاجرة من ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذي استعار منه وجهان (وجه المنع) أنه مأذون فيه من جهة المالك (ووجه) اللزوم أن ذلك قد انقطع بالمجاوزة وعلى هذا فليس له الركوب من ذلك الموضع بل يسلمه إلى حاكم الموضع الذي استعار إليه (فرع) أودعه ثوبا وقال إن شئت تلبسه فالبسبه فهو قبل اللبس وديعة وبعده عارية وعن صاحب التقريب تخريج وجه آخر من السوم لأنه مقبوض على توقع عقد ضمان قال ولو قيل لا ضمان في السوم أيضا تخريجا مما نحن فيه لم يبعد.

[223]

(فرع) استعار صندوقا فوجد فيه دراهم فهي أمانة عنده كما لو طير الريح الثوب في داره. قال (الحكم الثاني التسلط على الانتفاع وهو بقدر التسليط فان أذن له في زراعة الحنطة لم يزرع ما ضرره فوقها وزرع ما ضرره مثلها أو دونها إلا إذا نهاه. ولو أذن في الغراس فبني أو في البناء فغرس فوجهان لاختلاف جنس الضرر. ولو أعار الأرض ولم يعين فسدت العارية فان عين جنس الزراعة كفاه) من أحكام العارية تسلط المستعير على الانتفاع بحسب اذن المعير وتسليطه وفيه مسائل (الاولى) إذا أعار أرضا للزراعة فاما يبين ما يزرعه أو يطلق كما إذا قال أعرتكها لزراعة الحنطة نظر ان لم ينه عن زراعة غيرها فله أن يزرع الحنطة وما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه وليس له أن يزرع ما ضرره فوق ضرره كالذرة والقطن فان نهاه عن زراعة غيرها لم يكن له زراعة غيرها وحيث زرع ما ليس له أن يزرعه فلصاحب الأرض قلعه مجانا وان أطلق ذكر الزراعة ولم يبين المزروع فوجهان (أصحهما) وهو المذكور في الكتاب ان الاعارة صحيحة وله أن يزرع ما شاء لاطلاق اللفظ (والثاني) أنها لا تصح للتفاوت الظاهر بين أنواع المزروع ولو قيل تصح الاعارة ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضررا لكان مذهبا (الثانية) إذا أعار للزراعة لم يكن له البناء ولا الغراس لان ضررهما أكثر والقصد منهما الدوام ولو أعار للغراس هل له أن يبني أو للبناء هل له أن يغرس فيه وجهان (أحدهما) نعم

[224]

لتقارب ضررهما فان كلا منهما للابد (وأصحهما) لا لاختلاف جنس الضرر فان ضرر الغراس في باطن الأرض أكثر لانتشار عروقه وضرر البناء في ظاهرها أكثر (الثالثة) ان كان المستعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة كالبيساط الذي لا يصلح الا أن يفرش فلا حاجة في اعارته إلى التعرض للانتفاع وان كان ينتفع به بجهتين فصاعدا كالارض تصلح للزراعة والبناء والغراس والدابة تصلح للحمل والركوب فهل تصلح اعارته مطلقا أم لابد من التعرض لجهة الانتفاع فيه وجهان (أحدهما) وهو الذي أورده الروياني وصاحب التهذيب انها تصح ولا يضر ما فيها من الجهالة بخلاف الاجارة يشترط فيها التعيين لانه يحتمل في العارية ما لا يحتمل في الاجارة (وأظهرهما) عند

الامام وهو المذكور في الكتاب انه لا بد من تعيين نوع المنفعة لان الاعارة معونة شرعية جوزت للحاجة فلتكن على حسب الحاجة ولا حاجة إلى الاعارة المرسله وعلى هذا فلو قال اعرتك كذا لتفعل به ما بدا لك أو لتتفع به كيف شئت فوجهان على الوجه الاول للمستعير أن ينتفع به كيف شاء لاطلاق الاذن وقال القاضي الرويانى ينتفع به على العادة فيه وهذا أحسن. قال (الحكم الثالث جواز الرجوع عن العارية. الا إذا أعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون. وإذا أعار جدارا لوضع الجذوع عليه فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئا إذ لا أجره له حتى يطالب به ولا يمكن هدمه والطرف الآخر في خاص ملك الجار.

[225]

الاصل في العارية الجواز حتى يجوز للمعير الرجوع متى شاء وللمستعير الرد متى شاء لانه مبره وتبرع فلا يليق بها الالتزام فيما يتعلق بالمستقبل ولا فرق بين العارية المطلقة والمؤقتة وعن مالك أنه لا يجوز الرجوع في المؤقتة واستثنى الاصحاب من الاصل المذكور صورتين (احدهما) إذا أعار أرضا لدفن ميت قال في النهاية وله سقى الاشجار التى فيها ان لم يقض إلى ظهور شئ من بدن الميت وله الرجوع قبل الحفر وبعده ما لم يوضع فيه الميت قال في التتمة كذا بعد الوضع ما لم يواره لتراب وذكر أن مؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن على ولى الميت ولا يلزمه الطم. واعلم أن الدفن في الارض احدى منافعها كالبناء والغراس وقد ذكرنا خلافا في أن التعرض للمنفعة يشترط في الاعارة أم اطلاق الاعارة تسليط عليه لما فيه من ضرر اللزوم ولو قدر تسليطه عليه لكان ذلك ذريعة إلى الزام عارية الارضين (الثانية) إذا أعار جدارا لوضع الجذوع عليه ففي جوز الجذوع وجهان (ان جوزناه) ففائدته طلب الاجرة للمستقبل أو التخيير بينه وبين القلع وضمان أرش النقصان فيه وجهان وكل ذلك بالشرح المذكور في كتاب الصلح والذي أجاب به صاحب الكتاب هناك جواز الرجوع وأورد تفريعا عليه الوجهين في فائدة الرجوع (وقوله) ههنا فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئا حاصله الجواب منع الرجوع لان اثر الرجوع اما طلب الاجرة أو الهدم أو ضمان النقصان وقد تفاهما جميعا في هذا الموضوع وكان ذلك منعا من الرجوع الا ترى انه لما امتنع في الصورة السابقة طلب الاجرة والنبش أطلقنا القول بمنع الرجوع إذا كان كذلك جاز اعلام قوله فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئا - بالواو - وكذلك قوله إذ لا أجره له وقوله ولا يمكن هدمه وقد بين في الصلح الاصح من الوجهين ماذا وحاول بعض

[226]

من شرح هذا الكتاب الجمع بين كلامه ههنا وبين قوله في الصلح فمهما رجع كان له النقص بشرط أن يغرم النقص فحمل ما ذكره في الصلح على ما إذا كان طرف الجذوع على المستعار وما ذكره ههنا على ما إذا كان أحد الطرفين على خاص ملك المستعير لكن فيه نظر من حيث ان الوجه الثاني هناك وهو قوله وقيل فائدة الرجوع المطالبة بالاجرة للمستقبل موجه في الوسيط وغيره بأن الطرف الآخر من خالص ملك المستعير فلا يمكن

تمكينه من نقضه فلو كان التصوير هناك فيما إذا كان الطرفان على ملك المعير انتظم ذلك وبالجملة فالائمة لم يفرقوا في حكاية الوجهين في ثبوت الرجوع والوجهين في فائدة الرجوع إذا أثبتناه بين أن يكون على ملك المعير أحد طرفي الجدوع أو كلاهما قال (فإن أعار البتاء والغراس مطلقا لم يكن له نقضه مجانا لأنه محترم بل يتخير بين أن يبقى باجرة أو ينقض بأرث أو يتملك ببدل فأبها أراد أجبر المستعير عليه. فإن أبى كلف تفرغ الملك. فإن بادر إلى التفرغ بالقلع ففي وجوب تسوية الحفر خلاف لأنه كالمأذون في القلع بأصل العارية. ويجوز للمعير دخول الأرض وبيعها قبل التفرغ. ولا يجوز للمستعير الدخول بعد الرجوع إلا لمرمة البناء على وجه. وفي جواز بيعه البناء خلاف لأنه معرض للنقض. ولو قال أعرتك سنة فإذا مضت قلعت مجابا فله ذلك. ولو لم يشترط القلع لم يكن له إلا التخيير بين الخصال الثلاثة كما في العارية المطلقة. وأذا أعار للزراعة ورجح قبل الإدراك لزمه الإبقاء إلى الإدراك. وله أخذ الاجرة من وقت الرجوع. وإذا حمل السيل نواة إلى أرض فأنبتت فالشجرة لمالك النواة. والظاهر أن لمالك الأرض قلعها مجانا إذ لا تسليط من جهته).

[227]

إعارة الأرض للبناء والغراس تنقسم إلى مطلقة وهي التي لم تبين لها مدة وإلى مؤقتة وهو التي تبين لها مدة (القسم الأول) المطلقة للمستعير فيها أن يبني ويغرس ما لم يرجع المعير فإذا رجع لم يكن له البناء والغراس ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع مجانا وكلف تسوية الأرض كالعاصب وإن كان جاهلا فوجهان كالوجهين فيما لو حمل السيل نواة إلى أرض فأنبتت وربما شبهها بالخلاف في تصرف الوكيل جاهلا بالعزل وأما ما بني وغرس قبل الرجوع فإن أمكن رفعه من غير نقصان يدخله رفع والا فينظر إن كان قد شرط عليه قلعه مجانا عند رجوعه وتسوية الحفر الزم ذلك فإن امتنع قلعة المعير مجانا وإن كان قد شرط القلع دون التسوية لم يجب على المستعير التسوية لأن شرط القلع رضاء بالحفر وإن لم يشترط القلع أصلا نظر إن أراد المستعير القلع مكن منه لأنه ملكه فله نقله عنه فإذا قلع فهل عليه التسوية فيه وجهان (أحدهما) لأن الإعارة مع العلم بأن للمستعير أن يقلع رضى بما يحدث من القلع (وأظهرهما) نعم لأنه قلع باختياره ولو امتنع منه لم يجبر عليه ويلزمه رد الأرض إلى ما كانت عليه وإن لم يختر المستعير القلع لم يكن للمعير قلعه مجانا لأنه بناء محترم ولكنه يتخير بين ثلاثة خصال (أحدها) أن يبقى باجرة يأخذها (والثانية) أن يقلع ويضمن أرش النقصان وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتا ومقلوعا (الثالثة) أن يتملكه عليه بقيمته فإن اختار القلع وبذل أرش النقص فله ذلك والمستعير يجبر عليه وإن اختار أحد الخصلتين الأخرين أجبر المستعير عليه أيضا فيما رواه جماعة منهم الامام وأبو الحسين العبادي وصاحب الكتاب وفي التهذيب أنه لا بد فيها من رضى المستعير لأن أحدهما بيع والأخرى إجارة ويمكن أن يقرر وجه ثالث فارق بين التملك بالقيمة فيقال إذا اختاره المعير أجبر المستعير وهو كتملك الشفيع الشفص بهذا وبين الإبقاء بالاجرة فيقال إنه لا بد فيه من رضى المستعير واستخرج هذا الفرق

[228]

من قول من يقول من الاصحاب بتخير المعير بين خصلتين القلع وضمنا الارش والتملك بالقيمة وهذا ما ذكره القاضي ابو على وأكثر العراقيين وغيرهم وبشبهه أن يكون هذا أظهر في المذهب والمعنى المرجوع إليه في الباب ان العارية مكرومة ومبرة فلا يليق بها منع المعير من الرجوع ولا تضييع مال المستعير فأثبتنا الرجوع على وجه لا يتضرر به المستعير وربطنا الامر لاختيار المعير لانه الذي صدرت منه هذه المكرومة ولان ملكه الارض وهى أصل والبناء والغراس فرع تابع لها وكذلك يتبعها في البيع. فإذا عرفت ما ذكرنا أعلمت قوله فايها أراد أجب المستعير عليه - بالواو - (وأما) قوله فان أبى كلف تفريغ الملك فاعلم أن من فوض الامر إلى أتيار المعير في الخصال الثلاثة قال منه الاختيار ومن المستعير الرضى واسعافه بما طلب فان لم يسعفه كلفناه تفريغ أرضه ومن أختار رضى المستعير والتملك بالقيمة والابقاء بالاجرة فلا يكلفه التفريغ بل يكون الحكم عنده كالحكم فيما إذا لم يختار المستعير شيئا مما خيرناه فيه وسيأتى فليكن قوله فان أبى كلف تفريغ الملك معلما - بالواو - أيضا ثم من قصر خيرة المعير على خصلتي القلع بشرط ضمان الارش والتملك لاقيمة قالوا لو امتنع من بذل الارش أو القيمة وبذل المستعير الاجره لم يكن للمعير القلع مجانا وان لم يبذلها فوجهان (أظهرهما) أنه ليس له ذلك أيضا وبه أجاب الذين خيروه بين الخصال الثلاثة إذا امتنع منها جميعا وما الذي يفعل قال بعض الاصحاب منهم أبو على الزجاجي يبيع الحاكم الارض مع البناء والغراس ليفاضل الامر وقال الاكثرون ويحكي عن المزني إنه يعرض الحاكم عنهما إلى أن يختارا شيئا ويجوز للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستئصال

[229]

بالبناء والشجر لانه جالس على ملكه وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير اذن المعير ويجوز لسقي الاشجار على أصح الوجهين صيانة لملكه عن الضياع ووجه المنع أنه يشغل ملك الغير إلى أن ينتهي إلى ملكه وعلى الاول لو تعطلت المنفعة على صاحب الارض لدخوله قال في التتمة لا يمكن الا بالاجرة ولكل واحد من المعير والمستعير بيع ملكه من الآخر وللمعير بيع الارض من ثالث ثم بتخير المشتري تخير المعير وهل للمستعير بيع البناء من ثالث فيه وجهان (أحدهما) لأنه في معرض النقص والهدم ولان ملكه عليه مستقر لان المعير بسبيل من تملكه (وأصحهما) لانه مملوك في الحال ولا اعتبار بمكنة تملك الغير كتمكن الشفيع من تملك الشفيع وعلى هذا فيزل المشتري منزلة المستعير وللمعير الخيرة على ما ذكرنا وللمشتري فسح البيع ان كان جاهلا بالحال. ولو أن المعير والمستعير اتفقا على بيع الارض بما فيها بثمن واحد فقد قيل هو كما لو كان لهذا عبد ولهذا عبد فباعهما بثمن واحد (والأظهر) الجواز للحاجة ثم كيف يوزع الثمن ههنا وفيما إذا باعاهما على أحد الوجهين في التتمة أنه على الوجهين المذكورين فيما إذا عرس الراهن في الارض المرهونة أشجارا والذي أورده في التهذيب أمه يوزع على الارض مشغولة بالغراس والبناء وعلى ما فيها وحده فحصة الارض للمعير وحصه ما فيها للمستعير وحكم الذخول والانتفاع والبيع على ما ذكرناه في ابتداء الرجوع إلى الاختيار فيما إذا امتنعا من الاختيار واعراض القاضي عنهما على وتيرة واحدة (القسم الثاني) المقيدة بمدة فللمستعير البناء والغراس في المدة الا أن يرجع المعير وله أن يجدد كل يوم عرسا كذا قاله في التهذيب وبعد مضى المدة

ليس له إحداث البناء والغراس وإذا رجع المعير عن العارية إما قبل مضى
المدة أو بعده فالحكم كما لو رجع في القسم

[230]

الاول ويختص هذا القسم بشئئين (أحدهما) أن فيما قبل مضى المدة وجها
أنه لا يتمكن من الرجوع كما قدمناه عن مالك (والثاني) أن أبا حنيفة
والمزني جوزا له القلع مجانا فإذا رجع بعد المدة ذهابا إلى أن فائدة ذهاب
المدة القلع بعد مضيتها مضبوطة ونقل أبو علي الزجاجي قولا مثله عن
رواية الساجي وهو اختيار القاضي الروياني ووجه ظاهر المذهب أنه مخير
ما لم يشترط نقضه فلا ينقض مجانا كما في العارية المطلقة وبيان المدة
كما يجوز أن يكون المنع من إحداث البناء والغراس بعدها أو طلب الاجرة
(وقوله) في الكتاب بل يتخير بين أن يبقى بأجره وينقض بأرش أو يمتلك
ببدل المراد من الارش ما مر والتفاوت بين قيمته ثابتا ومقلوعا ومن
الاجرة أجرة المثل ومن البديل القيمة عند من يقول باختيار المستعير على
ما اختاره المعير منها وما يتفقان عليه ومن الاجرة والابدال عند من يعتبر
رضى المستعير (وقوله) لانه معرض للنقل يمكن حمله على نقض الملك
بأن يملكه المعير وعلى نقض البناء بأن يقلعه وهو الذي اراد صاحب الكتاب
(وقوله) لم يكن له الا التخيير بين الخصال الثلاثة معلم - بالحاء والواو
والزاي - وسائر ما يحتاج إلى ذكره من الفاظ الكتاب قد اندرج في اثناء
الكلام. (فرع) قال أبو سعيد المتولي أحد الشريكين إذا بني أو غرس في
الارض المشتركة باذن صاحبه ثم رجع صاحبه لم يكن له أن ينقض ويغرم
ارش النقصان لانه يتضمن نقض بناء المالك في ملكه ولا أن يمتلك بالقيمة
في الارض مثل حقه فلا يمكننا أن نقول الاصل للمعير والبناء تابع له نعم
له التقرير بالاجرة فان لم يبذلها الثاني يباع أو يعرض عنهما فيه ما سبق
قال الرافعي رحمه الله تعالى في الفصل صورتان إذا أعار أرضا للزراعة
فزرعها ثم رجع قبل ادراك الزرع نظر ان كان مما يعتاد

[231]

قطعه كلف قطعه والا فقد ذكرنا للمعير خصالا عند رجوعه في البناء
والغراس واختلف الاصحاب ههنا فعن صاحب التقریب وجه أن له أن يقلع
ويغرم ارش النقصان تخريجا مما إذا رجع في العارية المؤقتة للبناء قبل
مضى المدة وعن الطبري انه يملكه بالقيمة وظاهر المذهب أنه ليس
كالبناء في هاتين الخصلتين لان للزرع أمدا ينتظر والغراس للتأييد فعلى
المعير ابقاؤه للمستعير إلى أوان الحصاد ثم فيه وجهان (أحدهما) ويحكى
عن المزني واختاره القاضي الروياني أنه يبقيه بالاجرة لانه انما أباح
المنفعة إلى وقت الرجوع فصار كما إذا أعاره دابة إلى بلد ثم رجع في
الطريق عليه نقل متاعه إلى مأمّن بأجرة المثل ولو عين المعير للزراعة
مدة فانقضت المدة غير مدرك نظر ان كان ذلك لتقصيرة في الزراعة
بالتأخير قلع مجانا والا فهو كما لو أعاره مطلقا وان أعار للفسيل قال
الشيخ أبو محمد ان كان ذلك مما يعتاد نقله فهو كالزرع والا فكالبناء. (فرع)
قال في التهذيب إذا أعار للزراعة مطلقا لم يزرع الا زرعا واحدا وكذا لو
أعار للغراس فغرس وقلع لا يغرس بعده الا باذن من جديد وهذا بين أن

المعنى من قولنا فيما إذا أعار للبناء والغراس مطلقا يبنى ويغرس ما لم يرجع المعير لان البناء المأذون فيه جائز له ما لم يرجع والمأذون فيه هو البناء مرة واحدة الا إذا كان قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى (الثانية) إذا حمل السيل حبات أو نويات لغيره إلى أرضه فعليه ردها إلى مالكها ان عرفه والا دفعها إلى القاضى فلو نبتت في أرضه فوجهان (أحدهما) ان مالكها لا يجبر على قلعها لانه لم يوجد منه تعد وعلى هذا هو كالمستعير فينظر في النبات أهو شجر أم زرع ويكون الحكم على ما سبق (وأصحهما) الاجبار لان المالك لم يأذن فيه كما لو انتشرت

[232]

أغصان شجره المعير الى هواء داره له قطعها ولو حمل مالا قيمة له من نواة واحدة أو حبة فنبتت فهي لمالك الارض في وجه لان التقويم والمالية حصل في أرضه ولمالك الاصل في وجه لانها كانت محرمة الاخذ فعلى هذا في قلع النبات الوجهان ولو قلع صاحب الشجرة الشجرة فعليه تسوية الارض لانه قصد تخلص ملكه. قال (الحكم الرابع فصل الخصومة فإذا قال راكب الدابة لمالكها أعرتنيها وقال المالك أجرتكها فالقول قول الراكب. ولو قال ذلك زارع الارض لمالكها فالقول قول المالك لان عارية الارض نادرة وقيل في المسألتين قولان بالنقل والتخريج. ولو قال بل عصبتنيها فالقول قول المالك إذا الاصل عدم الاذن. ولو قال الراكب أركبتنيها وقال المالك أعرتكها فالقول قول المالك إذا الاصل عدم الاجارة فيحلف حتى يستحق القيمة عند التلف وجواز الرجوع عند القيام). في ترجمة تساهل فان فصل الخصومة ليس حكما للعارية بخلاف الاحكام السابقة والمقصود بيان مسائل (احداها) إذا قال راكب الدابة لمالكها أعرتني هذه الدابة وقال المالك أجرتكها مدة كذا بكذا فاما أن يقرض هذا الخلاف والدابة باقية أو هالكة (الحالة الاولى) أن تكون باقية فاما أن يقع الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجرة والنص في المختصر أن القول قول الراكب مع يمينه ونص في باب الزراعة انه إذا زرع أرض الغير ثم اختلفا هكذا أن القول قول المالك مع يمينه وللأصحاب فيها طريقان (أحدهما) تقرير النصين لان الدواب يغلب فيها الاعارة وفي الاراضي ينذر فصدق في كل صورة

[233]

من الظاهر معه وذكر في الرقم أن هذا أظهر القفال (وأصحهما) عند الجمهور وبه قال الربيع والمزني وابن سريج أن الصورتين على القولين ثم منهم من يقول بحصولهما على النقل والتخريج ومنهم من يقول خما منصوصان في كل واحد من الصورتين (أصحهما) تصديق المالك وبه قال مالك وكما لو أكل طعام الغير وقال كنت أبحثه لى فأنكر المالك فالقول قوله (والثاني) تصديق الراكب والزارع ويحكى هذا عن أبى حنيفة لانهما اتفقا على أن المنفعة مباحة له والمالك يدعى عليه الاجرة والاصل برائة ذمته عنها والى هذا مال الشيخ أبو حامد وفرق الائمة بين هذه المسألة وبين ما إذا غسل ثوبه غسل أو خاطه خياط ثم قال فعلته بالاجرة وقال المالك بل مجاناً حيث كان القول قول مالك مع يمينه قولاً واحداً فان الغسال فوت منفعة نفسه ثم ادعى لها عوضاً على الغير وههنا المتصرف

فوت منعة مال الغير واراد أسقاط الصمان عن نفسه فلم يقبل (التفريع)
ان صدقنا المالك فعلى ما يحلف حكي الامام عن شيخه في طائفة أنه إنما
يحلف على نفى الاعارة التي تدعى عليه ولا يتعرض لاثبات الاجارة مع نفى
الاعارة وكان السبب فيه أن ينكر أصل الادلة حتى يتوصل إلى اثبات المال
بنفى الاذن ونسبته إلى الغصب وإذا اعترف باصل الاذن فانما يثبت بطريق
الاجارة فملكناه الحلف على اثباته

[234]

(فان قلنا لا يتعرض الالنفى الاعارة فإذا حلف أستحق أقل الامرين من
اجرة المثل أو المسمى لانه ان كان أجر المثل أقل لم تقم حجة على
الزيادة وان كان المسمى أقل فقد أقر أنه لا يستحق الزيادة (وان قلنا)
يتعرض لهما ففيما يستحقه وجهان (أحدهما) المسمى اتماما لتصديقه
(وأظهرهما) ويحكي نصا في الام اجرة المثل لانهما لو اتفقا على الاجارة
وأختلغا في الاجرة كان الواجب اجرة المثل وإذا أختلغا في أصل الاجارة
كان أولى والامام لم يحك الوجه الثاني هكذا ولكن حكي بدله أنه يستحق
أقل الامرين كما سبق والتعرض للاجارة على هذا ليس لاثبات المال الذي
يدعيه ولكن لينتظم كلامه من حيث انه اعترف باصل الاذن فحصل فيما
يستحقه ثلاثة أوجه كما ترى وان نكل المالك عن اليمين المعروضة عليه لم
ترد اليمين على الراكب والزارع لانهما لا يدعيان حقا على المالك حتى يثبتا
اليمين وانما يدعيان الاعارة وليست هي حقا لازما على المعير وعن أبي
الحسين رمز إلى انها ترد يخلص من الغرم ولو صدقنا الراكب والزارع فإذا
حلف على نفى الاجارة كفاه وبرئ وان نكل رد اليمين على المالك
واستحق بيمينه المسمى لان اليمين المردودة كالبينة أو كالاقرار وأيهما
كان يثبت به المسمى وفيه وجه ضعيف أنه يستحق أجره المثل لان الناكل
ينفي أصل الاجارة فيقع المدعى على اثباته (القسم الثاني) أن يقع
الاختلاف قبل مضي مدة لمثلها اجرة بل عقب العقد والقول قول الراكب
مع يمينه فإذا حلف على نفى الاجارة سقط دعوى الاجارة وردت

[235]

اليمين إلى المالك فان نكل حلف المالك اليمين المردودة ويستحق الاجرة
وانما لم يجئ القولان في هذه الصورة لان الراكب لا يدعى لنفسه حقا ولم
يتلف المنافع على المالك فالمدعى على الحقيقة هو المالك وهناك تلفت
المنافع تحت يد الراكب بعد القول باحاطتها فهو الذي جر الخلاف (الحالة
الثانية) أن تكون الدابة هالكة فان تلفت عقب الاخذ قبل أن يثبت لمثلها
اجرة فالراكب يقر بالقيمة والمالك ينكرها ويدعى الاجرة فتخرج على
خلاف ما تقدم في ان اختلاف الجهة هل يمنع الاخذ (إن قلنا) نعم سقطت
القيمة برده والقول قول من رد الاجرة فيه الطريقتان المذكوران في
الحالة الاولى (وان قلنا لا فان كانت الاجرة مثل القيمة أو أقل اخذها بلا
يمين وان كانت أكثر أخذ قدر القيمة وفي المصدق في الزيادة الخلاف
السابق (وقوله) في الكتاب فالقول قول الراكب معلم - بالميم والزاي -
(وقوله) والقول قول المالك معلم - بالحاء - ولا يخفى بعدما ذكرنا في لفظ
الكتاب في المسألة وأن كان مطلقا فالمراد منه القسم الاول من الحالة

الاولى (المسألة الثانية) إذا قال المتصرف أعرتني هذه الدابة والارض وقال المالك بل غصبتنيها فان لم تمض مدة لمثلها أجره فلا معنى لهذه المنازعة إذ لم تفت العين ولا المنفعة ويرد المال إلى المالك وان كان النزاع بعد مضي مدة لمثلها أجره نقل المزني أن القول قول المستعير وللأصحاب فيه طرق ثلاثة (أظهرها) أن الحكم على ما ذكرنا في المسألة الاولى فيفرق بين الدابة وبين الارض على طريق ويجعلان على قولين في طريق لان المالك ادعى أجره المثل

[236]

هاهنا كما يدعى المسمى هناك والاصل براءة لذمة (والثاني) القطع بأن القول قول المالك بخلاف تلك المسألة لانهما متفقان على الاذن هناك وههنا المالك منكر له والاصل عدمه ومن قال بهذا خطأ المزني في النقل قال أبو حامد لكنه ضعيف لان الشافعي رضى الله عنه نص في الام على ما نقله المزني (والثالث) القطع بأن القول قول المتصرف لان الظاهر من حاله أنه لا يتصرف إلا على وجه جائز هذا إذا تنازعا والعين باقية أما إذا كانت هالكة نظر إن هلكت بعد مضي مدة لمثلها أجره فالمالك يدعى أجره المثل والقيمة بجهة الغصب والمتصرف ينكر الاجرة ويقر بالقيمة بجهة العارية فالحكم في الاجرة على ما ذكرنا عند بقاء العين (وأما) القيمة فقد قال في التهذيب (إن قلنا) إن اختلاف الجهة يمنع الاخذ فلا يأخذها إلا باليمين (وان قلنا) لا يمنع فان قلنا العارية تضمن ضمان الغصب أو لم نقل به ولكن كانت قيمته يوم التلف أكثر أخذها باليمين وان كانت قيمته يوم التلف أقل أخذ بلا يمين وفى الزيادة يحتاج إلى اليمين وان هلكت عقيب القبض وقبل مضي مدة يثبت لمثلها أجره لزمه القيمة ثم قياس ما نقلناه عن التهذيب الآن أن يقال (ان جعلنا) اختلاف الجهة مانعا من الاخذ حلف والاخذ من غير يمين وقضية ما ذكره الامام أنه لا تخريج على ذكر الخلاف لا هذه الصورة ولا ما إذا كان الاختلاف بعد مضي مدة يثبت لمثلها أجره قال لان العين متحدة ولا وقع الاختلاف في الجهة

[237]

مع اتحاد العين (والظاهر) الاول (وقوله) في الكتاب والقول قول المالك معلم - بالواو - لما ذكرنا من اضطراب الطرق وربما أعلم - بالزاي - لانه قال في الوسيط قال المزني والقول قول الراكب وهذا ليس بقويم لان المزني لم يقل ذلك ولا صار إليه وانما نقله عن الشافعي رضى الله عنه كما تقدم ثم أخذ يعترض عليه واختياره في المسألة تصديق المالك كما اختار في المسألة الاولى ولو قال المالك غصبتنيها وقال المتصرف بل أجرنتي (فالجواب) تفريعا على الاصح أنه ان كانت العين باقية ولم تمض مدة لمثلها أجره فالمصدق المالك فان حلف استرد المال وان مضت مدة لمثلها أجره فالمالك يدعى أجره المثل والمتصرف يقر بالمسمى فان استويا أو كانت أجره المثل أقل أخذ بلا يمين وان كانت أجره المثل أكثر أخذ قدر المسمى بلا يمين والزيادة باليمين قال صاحب التهذيب ولا يجئ ههنا خلاف اختلاف الجهة كما لو ادعى المالك فساد الاجارة والمتصرف صحتها يحلف المالك ويأخذ أجره المثل وان كان بالاختلاف بعد بقاء العين

مدة في يد المتصرف وتلفها فالمالك يدعي اجرة المثل والقيمة
والمتصرف يقر بالمسمى وينكر القيمة فللمالك أخذ ما يقر به بلا يمين
وأخذ ما ينكره باليمين ولو قال المالك غصيني وقال صاحب اليد بل
أودعني فيحلف المالك على الاصح وبأخذ القيمة ان تلف المال وأجرة
المثل ان مضت مدة لمثلها أجرة (الثالثة) قال راكب الدابة أكرتنيها وقال
المالك بل أعرتكها فان اختلفا والدابة باقية

[238]

فالمصدق المالك في نفى الاجارة لان الراكب يدعي استحقاق المنفعة
عليه والاصل عدمه فإذا حلف استردها فان نكل الراكب واستحق الامساك
ثم ان كان قد مضى مدة لمثلها أجرة فالراكب يقر له بالاجرة والمالك
ينكرها ولا يخفى حكمه وان كان الاختلاف بعد هلاك الدابة فان هلكت عقيب
القبض فالمذهب أن المالك يحلف وبأخذ القيمة لان الراكب أتلف عليه ماله
ويدعى أنه أباحه له والاصل عدمه وخرج قول مما مر في المسألة الاولى
أن المصدق الراكب لان الاصل براءة ذمته وان هلكت بعد مدة لمثلها أجرة
فالمالك يدعى القيمة وينكر الاجرة والراكب يقر بالاجرة وينكر القيمة
(فان قلنا) اختلاف الجهة يمنع الاخذ حلف وأخذ القيمة ولا عبرة باقرار
الراكب (وان قلنا) لا يمنع وهو الاصح فان كانت القيمة والاجرة سواء أو
كانت القيمة أقل أخذها بلا يمين وان كانت القيمة أكثر أخذ الزيادة باليمين.
(فرع) إذا استعمل المستعير العارية بعد رجوع المعير وهو جاهل بالرجوع
لم تلزمه الاجرة ذكره القفال. (فرع) إذا مات المستعير. وجب على ورثته
الرد وان لم يطالب المعير.

[239]

(كتاب الغصب وفيه بابان) (الباب الاول في الضمان) (وفيه ثلاثة أركان
الاول الموجب) وهو ثلاثة. التفويت بالمباشرة أو التسبب أو إثبات اليد
العادية. وحد المباشرة إيجاد علة التلف كالقتل والاكل والاحراق. وحد
السبب إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما
يقصد لتوقع تلك العلة فيجب الضمان على المكروه على إتلاف المال. وعلى
حفر بئرا في محل عدوان فتردت فيه بهيمة إنسان. فان رده غيره فعلى
المردى تقديم المباشرة على السبب). للاصحاب طرق في التعبير عن
معنى الغصب (إحداها) أنه أخذ مال الغير على جهة التعدي وربما يقال
الاستيلاء على مال الغير (والثانية) وهي أعم من الاولى أنه الاستيلاء على
مال الغير بغير حق واختار الامام هذه العبارة وقال لا حاجة إلى التقييد
بالعدوان بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان كما إذا أودع ثوبا عند
إنسان ثم جاء وأخذ ثوبا للمودع على ظن أنه ثوبه أو لبسه المودع وهو يظن
أنه ثوبه (والثالثة) وهي أعم من الاولين حكى أبو العباس الرويانى عن
بعض الاصحاب اطلاق القول بأن كل مضمون على ممسكه فعو مغضوب
حتى المقبوض بالشراء الفاسد والوديعة إذا تعدى فيها المودع والرهن إذا
تعدى فيه المرتهن وأشبه العبارات وأشهرها الاولى وفى الصورة
المذكورة الثابت حكم الغصب لاحقيقته وفى الكتاب والسنة ما يدل على
تحريم الغصب ويشير إلى جمل من أحكامه قال الله تعالى (ولا تأكلوا

أموالكم بينكم بالباطل) وعن أبي بكره أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر (ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا) (1) وعن سمرة.

[240]

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) (1) وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ((من غصب شيئا من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة) (2) والاجماع منعقد على تحريم الغصب وتعلق الضمان به ثم المغصوب إما أن يتلف قبل العود إلى يد المالك أولا يتلف وحينئذ فاما أن يعود إلى المالك من غير تغيير فيه واما أن يتغير بطارئ فخص المصنف كلام الكتاب في باين (أحدهما) في الضمان عند التلف (والثاني) في الطوارئ وأحكماهما (أما الأول) فالحاجة فيه إلى معرفة ما يوجب الضمان وما يجب ضمانه وما يوجب ضمنا فهذه ثلاثة أركان (الأول) الموجب والغصب وان كان موجبا

[241]

للضمان فالموجب غير منحصر فيه بل الاتلاف أيضا موجب بل هو أقوى فانه بمجرده يوجب اشغال الذمة بالضمان والغصب بمجرده لا يوجبه وانما يوجب دخول المغصوب في ضمانه حتى اذا تلف اشتغلت الذمة بالضمان والاتلاف قد يكون بال مباشرة وقد يكون بالسبب فصارت الاسباب ثلاثة التفويت بالمباشرة والتفويت بالنسب واثبات اليد العادية وهو الغصب (أما التفويت) بالمباشرة والتسبب فاول مبدئه بيانها والفرق بينهما واعلم أن ماله مدخل في هلاك الشيء اما أن يكون بحيث يضاف إليه الهلاك في العادة إضافة حقيقة أولا يكون كذلك وما لا يكون كذلك فاما أن يكون بحيث يقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك أولا يكون كذلك فالذي يضاف إليه الهلاك يسمى علة والاتيان مباشرة وما لا يضاف إليه الهلاك ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه يسمى سببا والاتيان به تسببا وهو القصد والتوقع قد يكون لتأثير بمجرده فيه وهو علة العلة وقد يكون بانضمام أمور إليه هي غير بعيدة الحصول وقد يخص أسم السبب بالنوع الاول وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب في أول كتاب الجراح وأما ههنا فانه فسر السبب بمطلق ما يقصد به حصول العلة وفسره في الديات بما هو أعم من ذلك فقال السبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة سواه ولكن لولاه لما أثرت العلة فلم يعتبر الا أنه لا بد منه وعلى هذا التفسير فكل شرط سبب

[242]

ولما فسر في الابواب بتفاسير اختلف اعتبار الحفر مع التردى فسمى الحفر ههنا وفي الديات سببا وامتنع منه في أول الجراح واقتصر على تسميته شرطا وفي الجملة فيكفى للتأثير في الاموال ما لا يكتفى به

للتأثير في القصاص والحكم المقصود لا يختلف باختلاف التعبيرات والاصطلاحات ولكن كان الاحسن الاستمرار على تفسير واحد وتعليق الاحكام عليه ثم انه اندفع في بيان صور من مسمى المباشرة والتسبب والمباشرة لقتل والاكل والاحراق ومن التسبب الاكراه على ائتلاف مال الغير فان الاكراه مما يقصد لتحصيل الائتلاف ومنه ما إذا حفر بئرا في محل عدوانا فتدرت فيها بهيمة أو عبد أو حر فان رداه غيره لضمان على المردي لان المباشرة تتقدم على السبب والكلام فيه وفي موضع عد ان الحفر يستقصى في الجنايات ان شاء الله تعالى (وقوله) في الكتاب والموجب وهو ثلاثة طاهره يقتضى حصر أسباب الضمان في الثلاثة وقد يقال كيف حصرها في الثلاثة وله أسباب آخر الاستيلاء والاستعارة وغيرها (والجواب) انه يجوز أن يريد الاسباب الذي ضمنها قدما الاصحاب هذا الباب فاما ما عداها فلها مواضع مفردة (وقوله) التفويت المباشرة أو السبب أو إثبات اليد العادية إدخال أو في السبب حسن لانه طريق للتفويت كما أن المباشرة طريق لكن ادخالها في اثبات اليد العادية لا يحسن لانه سبب للضمان برأسه لا لانه طريق للتفويت (وقوله) وحد المباشرة إيجاد علة التلف أي مباشرة التفويت ولفظ اليجاد لا يستحبه المتكلم الا أن المعنى فيه مفهوم وأراد بعله التلف ما ذكرنا من أنه يضاف إليه التلف في العرف وانما قلنا انه اضافة حقيقية لان الهلاك قد يضاف إلى السبب فيقال هلك مال فلان بسعاية فلان لكنه مجاز بدليل

[243]

صحة النفي عنه (وقوله) إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لفظه عنده ههنا ليست للحصر والمقارنة وانما المراد عقبيه أو ما أشبه ذلك (وقوله) إذا كان السبب إعادة لفظ السبب في حد السبب وتفسيره مما لا يستحسن ولو طرحه لا نتظم الكلام. قال (ولو فتح رأس زق فهبت ريح وسقط وضاع فلا ضمان. لان الضياع بالريح ولا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب فهو كما لو فتح الحرز فسرق غيره. أو دل سارقا فسرق. أو بنى دارا فالقى فيه الريح ثوبا وضاع أو حبس المالك عن الماشية حتى هلكت فلا ضمان في شئ من ذلك وكذا إذا نقل صبيا حرا إلى مضيعة فافترسه سبع. ولو نقله إلى مسبعة أو فتح الزق حتى أشرقت الشمس وأذابت ما فيه ففي الضمان خلاف لان ذلك يتوقع فيقصد. وكذلك نقول إذا غصب الامهات وحدثت الزوائد والاولاد في يده مضمونة وكان ذلك تسببا إلى اثبات اليد. ولو فتح قفص طائر فوقف ثم طار لم يضمن لانه مختار. وان طار في الحال ضمن لان الفتح في حقه تنفير. وكذا البهيمة والعبد المحنون المقيد بمنزلة البهيمة. وان كان العبد عاقلا فلا يضمن من فتح باب السجن وان كان أبقا. ولو فتح رأس الزق فتقاطرت قطرات وابتل أسفله وسقط ضمن لان التقاطر حصل بفعله. ولو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب وضاع فالثاني بالضمان أولى. وقيل لا ضمان عليهما).

[244]

في الفصل مسألتان (إحدهما) لو فتح رأس زق فضاع ما فيه نظر ان كان مطروحا على الارض فاندفق ما فيه بالفتح ضمن وان كان منتصبا لا يضيع

ما فيه بالفتح لو بقى كذلك لكنه سقط نظر إن سقط بفعله كما لو فتح رأسه فأخذ ما فيه في التقاطر شيئا فشيئا حتى أميل أسفله وسقط ضمن لأن السقوط بالميلان الناشئ من الابتلال الناشئ من التقاطر الناشئ من الفتح وهو مما يقصد تحصيله بالفتح وإن سقط بامر عارض من زلزلة أو هبوب ريح أو وقوع طائر فلا ضمان لأن الهلاك لم يحصل بفعله ولا فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض وعن مالك فيما ذكره المسعودي أنه يجب الضمان لأنه لولا الفتح لما ضاع ما فيه بالسقوط ولو جاء انسان وأسقط فالضمان عليه لا على الفاتح ولو أنه لما فتح رأسه أخذ ما فيه في الخروج ثم جاء آخر ونكسه مستعجلا فضمن الخارج بعد التنكيس عليهما كالخارجين أو على الثاني وحده كالخارج مع الخارج فيه وجهان (أصحهما) الثاني هذا إذا كان ما في الزق مائعا أما إذا كان جامدا فشرقت الشمس فاذابته فضاع أو ذاب بمرور الزمان وتأثير حرارة الهواء فيه وجهان (أحدهما) أن الضياع إنما حصل بعارض الشروق فاشبه هبوب الريح (وأصحهما) الوجوب لأن الشمس تذيب ولا تخرج فيكون الخروج بفعله وكان الشمس كما يعلم شروقها فيكون الفاتح معرضا لما فيه للشمس وذلك تضييع بخلاف هبوب الريح فإنه ليس مما ينتظر وعن القاضي الحسين إجراء الوجهين فيما إذا أزال أوراق الكروم وجردها عنها فبقيتها للشمس حتى أفسدتها وطردها أيضا فيما إذا ذبح شاة انسان فهلكت سخلتها أو حمامته فهلك فرخها لفقدان ما يصلح لهما ولو جاء آخر وقرب نارا من

[245]

الجامد حتى ذاب وضاع فوجهان (أحدهما) أنه لا ضمان على واحد منهما (أما الأول) فلان مجرد الفتح لا يقتضي الضمان (وأما الثاني) فلأنه لم يتصرف في الطرف ولا في المظروف (وأظهرهما) وهو اختيار صاحب المهذب وجوب الضمان على الثاني لأن تقرب النار منه تصرف بالتضييع والاتلاف والوجهان جاريان في تقرب الفاتح النار منه وفيما إذا كان رأس الزق مفتوحا فجاء انسان وقرب منه النار ولو حل رباط سفينة فغرقت بالحل ضمن ولو غرقت بسبب حادث من هبوب الريح أو غيره لم يضمن وإن لم يظهر سبب حادث فوجهان المذكوران في المهذب والتهديب وليكن الأمر كذلك في مسألة الزق إذا لم يظهر حادث لسقوطه (الثانية) لو فتح قفصا عن طائر وهيجه حتى طار ضمنه لأنه أتلفه على مالكه وإن لم يزد على فتح القفص فطار الطائر فاما أن يطير في الحال أو يقف ثم يطير فاما في الحالة الأولى فطريقان (أظهرهما) أن في وجوب الضمان قولين (أحدهما) أنه لا يلزمه الضمان لأن للحيوان قصدا واختيارا ألا ترى أنه يقصد ما ينفعه ويتوقى المهالك وغاية الموجود من الفاتح التسبب إلى تضييعه فتقدم على مباشرة الطائر واختياره (وأظهرهما) اللزوم لأن الطائر ينفر ممن يقرب منه فإذا طار عقيب الفتح اشعر ذلك بأنه نفره (والثاني) القطع بالقول الثاني ومنهم من فرق بين أن يخرج الطائر من غير اضطراب وبين أن يضطرب ثم يخرج فيدل ذلك على فرجه وتنفره (وأما) في الحالة الثانية فطريقان أيضا (أحدهما) أنه على قولين (وأظهرهما) القطع بنفي الضمان لأن الطيران بعد الوقوف اشارة ظاهرة على أنه طار باختياره وإذا اختصرت قلت في المسألة ثلاثة أقوال (أحدها)

[246]

أن يضمن مطلقا وبه قال مالك وأحمد واختاره أبو خلف السلمى والقاضى الرويانى وغيره من الاصحاب (وثانيها لا يضمن مطلقا (وأظهرها) أنه يضمن إن طار في الحال ولا يضمن إن وقف ثم طار وروي عن أبي حنيفة مثله وأيضاً مثل القول الثاني وهو أشهر وذكر العراقيون أن الثاني هو قوله في القديم وفي التهذيب عن طريق القولين في الحالة الثانية أن القديم لا يضمن وفيما جمع من فتاوى القفال وغيره تقريرا على وجوب الضمان إذا طار في الحال أنه لو وثبت هرة كما لو فتح القفص ودخلت وقتلت الطائر لزمه الضمان كأنهم جعلوا الفتح اغراء للهرة كما أنه تنغير للطائر وأنه لو كان القفص مغلقا فاضطرب بخروج الطائر وسقط وانكسر وجب ضمانه على الفاتح وأنه لو كسر الطائر في خروجه قارورة انسان لزمه ضمانه لان فعل الطائر منسوب إليه وأنه لو كان شعير في جراب مسدود الرأس وبجنبه حمار ففتح فاتح رأسه فأكله الحمار في الحال لزمه الضمان وإذا حل رباط بهيمة أو فتح الاصطبل فخرجت فصاعت فالحكم على ما ذكرنا في فتح القفص وحكى الامام أن شيخه أبا محمد كان يثبت الفرق بين الحيوان النافر بطبعه والانسى ويجعل خروج الانسى على الاتصال كخروج النافر على الانفصال قال وهذا منقاس ولكني لم أره الا له وإذا خرجت البهيمة في الحال وأتلفت زرع انسان فعن القفال انه ان كان نهارا لم يضمن وان كان ليلا ضمن كما في دابة نفسه وقال العراقيون لا يضمن إذ ليس له حفظ بهيمة الغير من الزرع ولو حل قيد العبد المجنون أو فتح باب السجن فذهب فهو كما لو حل رباط البهيمة وان كان عاقلا نظر ان لم يكن أبقا فلا ضمان لان له اختيارا صحيحا وذهابه

[247]

محال عليه وان كان أبقا ففيه خلاف للاصحاب منهم من جعل حل قيده كحل رباط البهيمة لانه أطلقه وقد اعتمد المالك ضبطه فأنتفه عليه فعلى هذا يحى فيه التفصيل السابق وهذا ما اورده في التهذيب (والاظهر) أنه لا ضمان بحال كما في غير الأبق وهو المذكور في الكتاب ولو وقع طائر على جداره فنغره لم يضمن لانه كان ممتعا من قبل ولو رماه في الهواء فقتله ضمن سواء كان في هواء داره أو في غيره إذ ليس له منع الطائر من هواء ملكه هذا شرح المسألتين وكانت صورة المسألة الاولى مبددة في الكتاب فنظمناها وقد أدرج في خلالها صورا للاستشهاد لانهم لها وان كانت تأتي في الشرح في مواضعها (منها) لو فتح باب الجرذ فسرق غيره أو دل سارقا فسرق أو أمر غاصبا حتى غصب أو بنى دارا فألقت الريح فيها ثوبا فضاع لا ضمان عليه لانه لم يوجد منه اثبات يد على المال ولا مباشرة اتلاف ولا سبب يمكن تعليق الضمان به اما في الصورة الاخيرة فلا تسبب أصلا لانه لا يقصد بناء الدار ذلك وأما فيما سواها فلانه طرأ عليه مباشرة المحتار فانقطعت الاضافة إلى السبب (ومنها) لو حبس المالك عن ماشيته حتى تلفت لا ضمان عليه لانه لم يتصرف في المال وانما تصرف في المالك وكان هذا التصوير فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية وانما قصد حبسه فافضى الامر إلى هلاكها لان أبا سعيد المتولي أجرى الوجهين المذكورين فيما إذا فتح الزرق عن جامد فذاب ما فيه بشروق الشمس وضاع وفيما إذا كان زرع ونخيل وأراد سوق الماء اليهما فمنعه طالما من السقى حتى

فسدت هل يلزمه الضمان (ومنها) لو نقل صيا حرا إلى مضيعة فاتفق سبع
فافترسه لا ضمان عليه احالة للهلاك على

[248]

اختيار الحيوان ومباشرته وأنه لا يقصد بالنقل ذلك أما إذا كان نقله إلى
مسبعة فافترسه سبع فقد حكى صاحب الكتاب وجهين الحاقا بالوجهين
في مسألة شروق الشمس (والمشهور) من مذهبتنا أنه لا ضمان وإنما يوجه
أبو حنيفة (وأما) قوله وكذلك نقول إذا غصب الامهات وحدثت الزوائد
بالاولاد في يده مضمونة فهذا وان كان مذكورا على سبيل الاستشهاد لكنه
يشتمل على مسألة مقصودة في الباب وهي أن زوائد المغصوب منفصلة
كانت كالولد والثمرة والبيض أو متصلة كالسمن وتعلم الصنعة مضمونة
على الغاصب كالأصل سواء طالبه المالك بالردة أو لم يطالبه وبه قال أحمد
وقال أبو حنيفة هي أمانة لا يضمنها إلا بما يضمن سائر الامانات ويروى
مثله عن مالك. لنا ان غصب الام يتضمن منع حصول الولد من يد المالك
فليكن كازالة يده عنه كما أن من غر بحرية أمة فأحبها كان الولد حرا
وضمن من قيمته باعتقاد حرية الام يقع دخول الولد في ملكه فجعل
كإتلاف ملكه وأيضا فان اليد العادية مضمونة كالاتلاف ثم الاتلاف قد يكون
على سبيل المباشرة وقد يكون على سبيل التسبب وكذلك اليد واثبات اليد
على الاصول تسبب إلى إثبات اليد على الاولاد فينتقل به الضمان وهذا
معنى قوله في الكتاب وكان ذلك تسببا إلى إثبات اليد واستشهد بالمسألة
بقوله ان ذلك يتوقع فيقصد ولتطرد هذه القاعدة ذهب بعضهم إلى أنه إذا
غصب هادي القطيع فتبعه القطيع أو بقرة فتبعها العجل يضمن القطيع
والعجل.

[249]

قال (أما اثبات اليد فهو مضمن. وإذا كان عدوانا فهو غصب. والمودع إذا
جدد فهو من وقت الجحود غاصب. واثبات اليد في المنقول بالنقل الا في
الدابة فيكفي فيها الركوب (و). وفي الفراش الجلوس عليه فهو غاية
الاستيلاء. وفي العقار (ح) يثبت الغصب بالدخول وازعاج المالك. وان أزعج
ولم يدخل لم يضمن. وان ادخل ولم يزعج ولم يقصد الاستيلاء لم يضمن.
وان قصد صار غاصبا للنصف والنصف في يد المالك. والضعيف إذا دخل دار
القوى وهو فيها وقصد الاستيلاء لم يضمن. لان المقصود غير ممكن. وان
لم يكن القوى فيها ضمن لانه في الحال مستول وأثر القوة في القدرة
على الانتزاع. فهو كما لو غصب قلنسوة ملك ضمن في الحال). السبب
الثالث اثبات اليد العادية وينقسم إلى المباشرة بان يغصب الشيء ويأخذه
من مالكه وإلى التسبب وهو في الاولاد ويتأيد بالزائد كما مر أن اثبات اليد
على الاصول ينسب إلى اتباعها على الفروع (وقوله) في الكتاب اثبات اليد
فهو مضمن يعنى اثبات اليد العادية كما ذكر في أول الركن لا مطلق اثبات
اليد (وقوله) فإذا كان عدوانا فهو غصب يعنى إذ كان عدوانا بمباشرته
ويمكن أن يحمل قوله ان اثبات اليد مضمون على أنه جهة للضامن في
الجملة فإذا انضمت إليه العدوانية فهو غصب اما المباشرة أو التسبب وهذا
أحسن واللفظ إليه أقرب لكنه صرح بالاول في الوسيط والظاهر أنه أراد

ههنا ما صرح به هناك (وقوله) وإذا جحد فهو من وقت الجحود غاصب هذه الصورة وحكمها المذكورة في الوديعة والداعي إلى ذكرها في هذا الموضوع أن أبا حنيفة يقول غاصب الاصل وان أثبت اليد على الولد لكنه لم تزل يد المالك فيه والغصب عبارة عن ازالة يد المالك فممنع الاصحاب اعتبار قيد الازالة

[250]

في الغصب واحتجوا عليه أن المودع من وقت الجحود غاصب وبأنه لو طولب بولد المغصوب فامتنع كان غاصبا وان لم تزل يد المالك ولمن ينازع أن يقول لاغصب في الصورتين لكنه يضمن ضمان النغصوب لتقصيره في الامانة في الجحود والامتناع ثم تكلم فيما تثبت به اليد العادية في العقار والمنقول (أما المنقول) فالاصل فيه النقل لكن لو ركب دابة الغير أو جلس على فراشه ولم ينقله فقد حكي الامام فيه وجهين (أحدهما) أنه لايد من النقل كما أنه لايد منه في قبض المبيع وسائر العقود (واصحهما) وهو المذكور في الكتاب أنه يكون غاصبا لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء ولمن نصره أن يجب عن احتجاج الاول بأن القبض في البيع له حكمان دخوله في ضمانه وذلك حاصل بالركوب والجلوس من غير نقل (والثاني) تمكنه من التصرف فالركوب إما أن يكون باذن البائع أو دون إذنه فان إذن البائع فالتمكن حاصل وان لم يأذن فلا يتمكن لكن الحكم في النقل بغير إذنه مثله فإذا لافرق ويشبه أن تكون المسألة مصورة فيما إذا قصد الراكب أو الجالس الاستيلاء أما إذا لم يقصده ففي التتمة في كونه غاصبا وجهين قال وهذا إذا كان المالك غائبا أما إذا كان حاضرا فان زحجه وجلس على الفراش ضمن وكذا أن لم يزحجه وكان بحيث يمنعه من دفعه والتصرف فيه وقياس ما سيأتي في نظيره في العقار أن لا يكون غاصبا الا لنصفه وأما العقار فاما أن يكون مالكة فيه أو لا يكون ان كان فيه فأزعجه ظالم ودهل الدار باهله على هيئة من يقصد السكنى فهو غاصب سواء قصد الاستيلاء أم لم يقصد فان وجود نفس الاستيلاء يغنى عن قصده ولو سكن بيتا من الدار ومنع المالك عنه دون باقى الدار فهو غاصب لذلك البيت دون باقى الدار فان أزعج المالك لكنه لم يدخل الدار فقد أطلق ههنا وفى الوسيط أنه لا يضمن واعتبر دخول الدار في غصبها لكن قدم في البيع انه لا يعتبر في قبض العقار دخوله والتصرف فيه وانما المعتبر التمكن من التصرف بالتحلية وتسليم المفتاح

[251]

إليه وإذا كان حصول التمكين بتمكين البائع قبضا وجب ان يكون حصوله بالتسليط في أخذ المفتاح بالقهر غصبا وان لم يوجد الدخول وهذا ما يدل عليه كلام عامة الاصحاب فانهم لم يعتبروا الا الاستيلاء ومنع المالك عنه ولم يذكر الامام المسألة كما ذكرها صاحب الكتاب ولكن قال لا يحصل الغصب لنفس الازعاج فانه بمثابة منع المالك عن ماشيته وحمل هذا على ما ذكره الاكثرون هين ولو لم يزعج المالك ولكنه دخل واستولى مع المالك كان غاصبا لنصف الدار لاجتماع يدهما واستيلائهما عليه نعم لو كان الداخل ضعيفا والمالك قوى لابعده مثله مستوليا لم يكن غاصبا لشيء من الدار ولا

عبرة بقصد مالا يتمكن من تحقيقه أما إذ لم يكن مالك العقار فيه ودخل على قصد الاستيلاء فهذا غاصب وإن كان الداخل ضعيفا وصاحب الدار قويا لأن الاستيلاء حاصل في الحال وأثر قوة المالك سهولة إزالته والانتزاع من يده فكان كما لو سلب قلنسوة ملك يكون غاصبا وإن سهل على المالك انتزاعها وتاديبه وفيه وجه أنه لا يكون غاصبا لأن مثله في العرف يعد هرا لاستيلاء وإن دخله لأعلى قصد الاستيلاء لينظر هل يصلح له أو ليتخذ مثله لم يكن غاصبا قال في التتمة لكن لو انهدمت في تلك الحالة هل يضمنها فيه وجهان (وأصحهما) لا بخلاف المنقول وفرق بينهما بأثر اليد على المنقول حقيقة فلا يحتاج في إثبات حكمها إلى قرينة وعلى العقار حكمية فلا بد من تحقيقها من قرينة قصد الاستيلاء وهذا الفرق كأنه راجع إلى الاصح والا فوجهان جاريان في المنقول على ما سبق (وقوله) في الكتاب إلا في الدابة وفي الفراش ليس القصد من الاستيلاء الدابة والفراش ولا شئ في المنقولات فيكفي على وجه (وقوله) وفي العقار يثبت الغصب معلم - بالحاء - لأن عند أبي حنيفة لا يثبت فيه الغصب لنا إن العقار ثبت عليه اليد فيدخله الغصب كالمنقول (وقوله) بالدخول) وأزعاج المالك اعتبار الدخول والأزعاج جميعا وفي اعتبار الدخول ما ذكرنا فيجوز أن يعلم (قوله) بالدخول والواو وكذا (قوله)

[252]

لم يضمن (وأما) الأزعاج فهو غير معتبر في غصب العقار أيضا ألا ترى أنه لو كان المالك غائبا يوجد الغصب ولا إزعاج ولو استولى مع المالك صار غاصبا للنصف ولا إزعاج بل الاعتبار باليد والاستيلاء حتى لو اقتطع قطعة من أرض ملاصقة لأرضه وبني عليها حائطا وأضافها إلى ملكه يضمنها إلا أن الاستيلاء في الغالب يحصل بالدخول والأزعاج فلذلك ذكرهما. قال (وكل يد تبتنى على يد الغاصب فهي يد ضمان إن كان مع العلم. وإن كان مع الجهل بالغصب فهو أيضا يد ضمان. ولكن في إقرار الضمان تفصيل. وكل يد لو ابتنى على يد المالك اقتضى أصل الضمان كيد العارية والسوم والشراء. فإن ابتنى على يد الغصب مع الجهل اقتضى إقرار الضمان عند التلف. ومالا كيد الوديعة والاجارة والرهن والوكالة لا تقتضي إقرار الضمان). قد مر أكثر صور الفصل في باب الرهن من الكتاب مع الخلاف واقتصر ههنا على ذكر ظاهر المذهب وهو أن كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان حتى يتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف وبين أن يطالب من ترتبت يده على يده سواء علم الغصب أو لم يعلم لأنه أثبت يده على مال الغير بغير اذنه والجهل غير مسقط للضمان ثم الثاني إن علم بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب يطالب بكل ما يطالب به الغاصب وإن تلف المعصوب في يده فاستقرار ضمانه حتى لو غرم لم يرجع على الأول ولو غرم الأول رجع إليه إذا لم تختلف قيمته في أيديهما أو كانت في يد الثاني أكثر أما إذا كانت في يد الأول أكثر فلا يطالب بالزيادة إلا الأول ويستقر عليه وإن جهل الثاني الغصب فإن كان اليد في وضعها يد ضمان كالعارية فيستقر الضمان على الثاني وإن كانت يد أمانة كالوديعة فيستقر على الغاصب وإذا تأملت الشرح هناك أعلمت قوله وإن كان مع الجهل بالغصب فهو أيضا يد ضمان بالواو للوجه الذاهب إلى أن أيدي الأمانات لا تقتضي الضمان عند الجهل وكذا (قوله)

[253]

لا يقتضى قرار الضمان للوجه الذاهب فيها إلى القرار (1) واعلم أن الطريق المنسوب إلى العراقيين لم يورده الامام ههنا كما سبق في الرهن ولكن نقل عنهم فرقا بين ايدى الامانات على نحو ما تقدم عنهم من التصديق عند دعوى الرد والاعتماد على ما سبق هناك (وأما) ما يتعلق باللفظ فقوله وكل يد أثبتت على هكذا يوجد في الاكثر ويقرأ لكن الابتناء متعدد كالبناء فالوجه أن يقال اثبتت وقد تستعمل اللازمة الابتناء فيمكن أن تراعى الصورة ويقرأ اثبتت وقوله تقرير ضمان يعني بصفة الاستقرار (وأما) عند الجهل فهو يد ضمان وفي صفة الاستقرار التفصيل (وقوله) اقتضت أصل الضمان ينبغى أن يكون الضمان ههنا مفسرا باستقرار اليد عليه إذا حصل التلف في يده ثم البدل القيمة تارة والثمن أخرى وهذا لان الشراء معدود من أيدي الضمان فليكن التفسير ما يشمل الشراء والكلام في تفصيل ما يضمن المشتري من الغاصب وسائر ما يناسبه يأتي في الفصل الثالث من الباب الثاني ان شاء الله تعالى والقرض معدود من أيدي الضمان ولو وهب المغصوب من انسان فتلف في يده فالقرار على على الغاصب في أحد القولين لان يد الاتهاب ليست يد ضمان وعلى المتهب في أصحهما لانه أخذه للتمليك ولو زوج الجارية المغصوبة فتلفت عند الزوج ففي مطالبة الزوج بالقيمة طريقان قيل هو كالمودع ومنهم من قطع بأنه لا يطالب لان كون الزوجة في حباله الزوج ليس ككون المال في يد صاحب اليد قال في التهذيب وهو المذهب. قال (ومهما أتلف الأخذ من الغاصب فالقرار عليه أبدا. الا إذا كان مغرورا. كما لو قدم إليه ضيافة ففيه قولان لمعارضة الغرور والمباشرة. وكذا الخلاف فيما لو غر الغاصب المالك وقدمه إليه فأكله المالك. وههنا أولى بان يبرأ الغاصب. وكذلك يطرد الخلاف في الايداع والرهن والاجارة من المالك إذا تلف بيده. ولو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء وبرئ

(1) بياض بالاصل فحرر

[254]

الغاصب. وكذا لو وهبه منه فان التسليط تام. ولو قال هو عبدي فاعتقه فقد قيل لا ينفذ عتقه لانه مغرور. وقيل ينفذ ويرجع بالغرم. وقيل لا يرجع بالغرم). عرفت حكم قرار الضمان عند تلف المغصوب في يد من ترتبت يده على يد الغاصب أما إذا أتلفه فينظر ان استقل به فقرار الضمان عليه لان الاتلاف أقوى من اثبات اليد العادية فان حمله الغاصب عليه كما إذا غصب طعاما فقدمه إلى انسان ضيافة حتى أكله فالقرار عليه أيضا ان كان عالما وان كان جاهلا فقولان (أحدهما) أن القرار على الغاصب لانه غره حيث قدم الطعام إليه وأوهم أنه لاتبعة فيه ويروى هذا عن القديم وبعض كتب الجديد (وأصحهما) وهو المشهور من الجديد وبه قال أبو حنيفة والمزني ان القرار على الأكل لانه المتلف واليه عادت منفعتة فعلى هذا إذا غرم لم يرجع على الغاصب والغاصب إذا غرم يرجع على الأكل وعلى الاول الحكم بالعكس وهذا إذا قدم الطعام ولم يذكر شيئا أما إذا قدمه وقال هو ملكي ففي رجوع الأكل على الغاصب القولان ولو غرم الغاصب قال المزني يرجع على

الآكل وغلطه الاصحاب لان في ضمن قوله انه ملكى اعتراف بانه مظلوم بما غرم والمظلوم لا يرجع على غير الظالم ولو وهب المغصوب من غيره وأتلفه ففيه القولان وأولى بأن يستقر الضمان على المتهب لحصول الملك له ولو قدم الطعام المغصوب إلى عبد انسان فأكله فان جعلنا القرار على الحر إذا قدمه إليه فأكله فهذه جناية من العبد يباع فيها والا فلا يباع وانما يطالبه الغاصب كما لو قدم شعيرا معصوبا إلى بهيمة غيره من غير اذن مالکها ولو غصب شاه وأمر قصابا فذبحها جاهلا بالحال فقرار ضمان النقصان على الغاصب ولا يخرج على الخلاف في أكل الطعام لانه ذبح للغاصب وهناك انتفع به لنفسه ولو أمر الغاصب انسانا فأتلف المغصوب بالقتل والاحراق ونحوها ففعله جاهلا بالغصب فمنهم من جعله على القولين في أكل الطعام والاصح القطع بأن القرار

[255]

على المتلف لانه محذور بخلاف الاكل ولا وقع للتغريب مع الحظر ثم في الفصل صور (أحدها) لو قدم الطعام المغصوب إلى مالکة فأكله جاهلا بالحال فان قلنا في التقديم إلى الأجنبي ان القرار على الغاصب لم يبرأ الغاصب ههنا وان جعلنا القرار على الآكل برئ الغاصب ههنا وبه قال أبو حنيفة وربما نصر العراقيون الاول لكن قد سبق في المسألة المبنى عليها أن الاصح ثبوت الاستقرار على الآكل وحكى الامام عن الاصحاب انهم رأوا البراءة ههنا أولى من الاستقرار وههنا تصرف المالك في ضمن اتلافه يتضمن قطع علقه الضمان عن الغاصب وتابعه صاحب الكتاب على ذلك وبنيا على هذه الاولوية تردد الشيخ أبى محمد فيما إذا أودع أو رهن أو أجر المالك وهو جاهل بالحال فتلف المغصوب عنده لان يد المالك إذا ثبتت قطعت أثر الضمان وظاهر المذهب أن الغاصب لا يبرؤ في هذه الصور كما أن الضمان لا يتقرر على الأجنبي وعلى عكسه لو باع أو أقرض أو أعار من المالك فتلف عنده يبرأ الغاصب ولو دخل المالك دار الغاصب فأكل طعاما على اعتقاد أنه طعام الغاصب فكان طعامه المغصوب يبرأ الغاصب لانه أتلف مال نفسه في جهة منفعته من غير تغريب من الغاصب ولو صال العبد المغصوب على مالکة فقتله المالك لم يبرأ الغاصب من الضمان سواء علم أنه عبده أو لم يعلم لان الاتلاف بهذه الجهة كاتلاف العبد نفسه ولهذا لو كان العبد لغيره لا يضمه وفيه وجه أنه يبرأ عند العلم لاتلافه مال نفسه في مصلحته (الثانية) لو زوج الجارية المغصوبة من مالکها وهو جاهل فتلفت عنده فهو كما لو أودع المغصوب عنده فتلف ثم لو استولدها نفذ الاستيلاء وبرئ الغاصب ومنهم من أثبت فيه خلافا وهو قريب من الخلاف الذى نذكره في إعتاقه (الثالثة) لو قال الغاصب لمالك العبد المغصوب أعتقه فاعتقه جاهلا بالحال ففي نفوذ العتق وجهان (أحدهما) أنه لا ينفذ لانه لم يرض باعتاق عبده (وأصحهما) النفوذ لاضافة العتق إلى رقيقه والعتق لا يدفع بالجهل وعلى هذا فوجهان

[256]

(أحدهما) أنه لا يبرأ الغاصب عن الضمان بل يرجع المالك عليه بالغرم لانه لم يرض بزوال ملكه (وأصحهما) البراءة لا نصرافه إلى جهة صرفه إليها

بنفسه وعادت مصلحتها إليه ولو قال أعتقه عنى وفعل جاهلا ففي نفوذ العتق الوجهان ان نفذ ففي وقوعه عن الغاصب وجهان قال في التتمة الصحيح المنع ولو قال المالك للغاصب أعتقه عنى أو مطلقا فاعتق وبرئ الغاصب. قال (الركن الثاني في الموجب فيه. وهو كل مال مغصوب. وينقسم إلى الحيوان وغيره. فالحيوان يضمن بقيمته حتى العبد يضمن عند التلف والاتلاف بأقصى قيمته ولو قطع الغاصب إحدى يدي العبد التزم أكثر الامرين من نصف قيمته أو أرش النقصان لانه تلف تحت يده إذا قلنا جراح العبد مقدر. ولو سقطت يده بأفة سماوية لا يضمن إلا أرش النقصان. ولا يجب في عين البقرة والفرس إلا أرش النقص. ولا يضمن الخمر لذمي ولا مسلم. ولكن يجب ردها إن كانت محترمة. ولا يراق على أهل الذمة إلا إذا أظهروها. فان أريق فلا ضمان. وكذلك الملاهي إذا كسرت. فان أحرقت وجب قيمة الرضاخ لانه غير جائز. وكذا في الصليب والصنم والمستولدة والمدبر. والمكاتب ملحق في الضمان بالعبد القن). في الموجب فيه قال حملة المذهب المضمونات قسمان (أحدهما) ما ليس بمال وهو الاحرار فيضمنون بالجناية على النفس والطرف بالمباشرة تارة وبالسبب أخرى والقول في هذا القسم ببسط في الجنايات (والثاني) ما هو مال وينقسم إلى الاعيان والمنافع والاعيان قسمان الحيوان وغيره والحيوان قسمان الأدمى وغيره أما الأدمى فتضمن النفس والطرف في الرقيق بالجناية كما يضمن الحر ويضمن أيضا باليد العادية وبذل نفسه قيمته بألغة ما بلغت سواء قتل أو تلف تحت اليد العادية وأما الاطراف والجراحات فتتقسم إلى ما يتقدم واجبه من الحر والواجب فيه من الرقيق ما ينقص قيمته سواء حصل بالجناية أو تحت اليد العادية والى ما ينقدر من الحر مما يحصل منها بجناية فيه قولان (أصحهما) وهو الجديد أنه

[257]

يتقدر من الرقيق أيضا والقيمة في حقه كالدية في الحر فيجب في يد العبد نصف قيمته كما يجب في الحر نصف دية وعلى هذا القياس (والثاني) وينسب إلى اختيار ابن سريج أن الواجب ما ينقص من القيمة كما في سائر الاموال وما يحصل تحت مجرد اليد العادية كما إذا غصب عبدا فسقطت يده بأفة سماوية فالواجب فيه قدر النقصان وفيه وجه أنه إذا كان النقصان أقل من المقدر وجب ما يجب على الجاني والمذهب الاول لان ضمان اليد سبيله سبيل ضمان الاموال الا ترى أنه لا يتعلق به القصاص ولا الكفارة ولا يضرب على العاقلة بحال ولهذا لو كان قدر النقصان أكثر من المقدر كان هو الواجب بالاتفاق (فان قلنا) بالجديد فلو قطع الغاصب يد العبد المغصوب لزمه أكثر الامرين من نصف القيمة أو أرش النقصان لا جنماع السبيين حتى لو كانت قيمته ألفا ونقص أربعمئة وجب خمسمئة ولو نقص ستمئة وجب ستمئة ولو قطع يديه فعليه كل قيمته وكذا لو قطع أنثيه فزادت قيمته ولو كان الناقص بقطع الغاصب ثلثي قيمته فالواجب ثلثا القيمة على القولين (أما) على القديم فلانه قدر النقصان (وأما) على الجديد فالنصف واجب بالجناية والسدس باليد العادية ولو كان الناقص بسقوط اليد ثلث قيمته فهو الواجب على القديم وكذا على الجديد جوابا على أصح الوجهين وعلى الثاني الواجب نصف القيمة والمستولدة والمكاتب والمدبر يلتحقون في الضمان بالعبد القن وقال أبو حنيفة المستولدة لا تضمن بالعصب

[258]

لنا القياس على المدير بجامع بقاء الرق فيهما ألا ترى أنه يملك تزوجها واجارتها ويأخذ قيمتها لو قتلت (وأما) غير الأدمى من الحيوانات فالواجب فيها باليد والجناية القيمة وفيما يتلف من أجزائها ما ينقص من القيمة ولا فرق في ذلك بين نوع ونوع وعن أبي حنيفة أن الأبل والبقر والخيول وماله اللحم والظهر مما يجب في إحدى عينيه ربع القيمة استحسانا وبه قال أحمد في الخيل خاصة (أما) القياس على أطرافها وعلى ماله اللحم وحده كالغنم أو الظهر وحده كالبغال والحمير ولا فرق أيضا بين مالك ومالك وعن مالك أن في قطع ذنب حمار القاضى تمام القيمة لأنه لا يصلح له بعد ذلك وعن أحمد رواية مثله لنا أن النظر في الضمان إلى نفس المفوت لا إلى أغراض الملاك ألا ترى أنه في وطئ جارية الأب بالشبهة مهر المثل كما في وطئ جارية الأجنبي بالشبهة وأن تضمن وطئ جارية الأب تحريمها عليه (وأما) غير الحيوان فينقسم المثلى والمتقوم وسيأتى ما يضبطهما في الركن الثالث بقى من فقه الفصل مسألة وهى أن الخمر والخنزير لا يضمنان للمسلم ولا للذمي خلافا لأبي حنيفة حيث قال يجب الضمان في أراقه خمر الذمي أن أراقها مسلم ضمنها بالقيمة وإن أراقها ذمي ضمنها بالمثل. لنا أن مالا يضمن للمسلم لا يضمن للذمي كالميتة والدم وأيضا فإن الخمر ليست بمال ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يريق حيث تجوز الأراقه وحيث لا تجوز ولا تراق خمر أهل الذمة إلا إذا تظاهر وأبشر بها أو بيعها ولو غصبت منهم

[259]

والعين باقيه وجب دخول ردها وإن غصبت من مسلم وجب ردها إن كانت محترمة والا لم يجز بل أريقحت لحديث أبي طلحة في خمور الأيتام والآلات الملاهي كالبريط والطنبور وغيرهما وكذلك الصليب والصنم لا يجب في أبطالها شئ أصلا لأنها محرمة الاستعمال ولا حرمة لتلك الصنعة والهيئة وأختلغوا في الحد المشروع لأبطالها على وجهين (أحدهما) أنها تكسر وترضض حتى تنتهى إلى حد لا يمكن إيجاد آلة محرمة منها لا الأولى ولا غيرها (وأظهرهما) أنها لا تكسر الكسر الفاحش ولكنها تفصل وفى حد التفصيل وجهان (أحدهما) أنها تفصل قدر مالا تصلح للاستعمال الحرام حتى إذ رفع وجه البريط وترك على شكل قصعة كفى (والثانى) أنها تفصل إلى حد لو فرض إيجاد آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذى يناله في ابتداء الإيجاد وهذا بان يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف ويشبه أن يكون هذا أقرب إلى كلام الشافعي رضى الله عنه وعمامة الأصحاب وما ذكرنا من الاقتصار على تفصيل الأجزاء فيما إذا تمكن المحتسب منه أما إذا منعه من في يده وكان يدفع عن المنكر فله إبطاله بالكسر وحكى الامام وفاق الأصحاب على أن قطع الأوتار لا يكفي لأنها مجاورة لها منفصلة وتوقف في شئين تفريعا على وجه المبالغة في الكسر (أحدهما) في الصفائح التى لا توجد في يد من تصنع تلك الآلات لان من البالغ في الكسر عند حصول الهيئة المحظورة قد لا يرى تلك المبالغة في الابتداء (والثانى)

[260]

في الصليب لانها خشية معروضة على خشية فإذا رفعت احدهما عن الاخرى فلا معنى للزيادة عليه إذا عرفت ذلك فمن اقتصر في بطلانها على الحد المشروع فلا شئ عليه ومن جاوزهما فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به وان أحرقتها فعليه قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب (قوله) وهو كل مال معصوم ظاهره يقتضى حصر ما يجب ضمانه في الاموال وقد عرفت من التقسيم السابق أن الاحرار مضمونون ايضا وكأنه اراد ما يجب ضمانه بالاسباب المذكورة في أول الباب وحينئذ يخرج الاحرار لانهم لا يضمنون باليد العادية وان كانوا مضمونين وأشار بالمعصوم إلى أن عصمة المال شرط في وجوب الضمان فلا يضمن مال الحربى وقوله وحتى العبد يضمن عند التلف والاتلاف أقصى قيمته معلم بالحاء لان أبا حنيفة لا يوجب أقصى قيمة المماليك على ما بينته في موضعه (وقوله) إذا قلنا جرح العبد مقدر اشاره إلى قوله الجديد (وقوله) لا يضمن الا أرش النقصان معلم بالواو (وقوله) ولا يجب في عين البقرة والغرس بالحاء والالف لما ذكرنا التعرض لمذهبهما وانما ذهبنا إليه لاثريه عن الصحابة وتأويله عندنا أن الارش في الواقعة كان قدر الربع (وقوله) لدمى معام بالحاء (وقوله) ولكن يجب ردها

[261]

بجوز اعلامه بالواو كما تقدم في فصل التحليل في كتاب الرهن وقوله وان اريقته فلا ضمان ضرب تأكيد وبينه على أن لا يضمن الخمر مع المنع من اراقتها والا فقوله لا يضمن الخمر لدمى يفيد النفي الكلي وإذا ذكره فلا بأس باعادة اعلامه بالحاء (وقوله) وكذا الملاهي إذا كسرت يعني الكسر المشروع ولفظ المستولدة معلم بالحاء واتلاف الخمر وابطال منفعة الملاهي يخرج عما يضمن بقوله في أول الركن وهو كل مال معصوم. قال (ومنفعة الاعيان تضمن بالفوات تحت اليد والتفويت. ومنفعة البضع لا تضمن إلا بالتفويت. ومنفعة بدن الحر تضمن بالتفويت وهل يضمن بفواتها عند الحر وجهان وهو تردد في ثبوت يد غيره عليه حتى ينبت عليه جواز اجارة الحر عند استجاره إن قلنا تثبت اليد وانه بتسليم نفسه هل يتقرر أجرته. وفي ضمان منفعة الكلب المغصوب وجهان. وما اصطاده بالكلب المغصوب فهو للغاصب على أحد الوجهين. فان اصطاد العبد فهل يدخل أجرته تحته لان الصيد للمالك فيه وجهان. ولو لبس ثوبا ونقص قيمته فهل تندرج الاجرة تحت النقص فيه وجهان ولو ضمن العبد المغصوب بعد إباقه فهل تسقط عنه أجرته بعد الضمان فيه وجهان).

[262]

تم الكلام في قسم الاعيان من المضمونات (أما) المنافع فهي أنواع (منها) منافع الاموال من العبيد والثيران وغيرها وهي مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية خلافا لابي حنيفة حيث قال لا تضمن بالتفويت ولا

بالفوات وانما تضمن بعقد أو شبهة عقد ولمالك حيث قال لا تضمن
بالفوات تحت اليد وانما تضمن بالتفويت والاستعمال لنا أن المنافع
مضمونة بالعقد الفاسد وتضمن بالغصب كالأعيان وأيضا فإنها متقومة ألا
ترى أنه يبذل المال لتحصيلها ولو استأجر عينا لمنفعة واستعملها في
غيرها ضمنها فاشتبهت الأعيان إذا تقرر ذلك فكل عين لها منفعة تستأجر
من أجلها يتضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لمثلها أجره حتى لو غصب
كتابا وأمسكه مدة طالعه أو لم يطالعه أو مسكا شمه أو لم يشم لزمه
الأجره ولو كان العبد المغصوب يحسن صناعات لزمه أجره أعلاها ولا يجب
أجره الكل (ومنها) منفعة البضع وهي لا تضمن بالفوات تحت اليد والفرق
بينها وبين سائر المنافع أن اليد لا تثبت على منفعة البضع الا ترى أن السيد
يزوج الأمة المغصوبة ولا يؤجرها كما لا يبيعها لان يد الغاصب حائلة ولو
تداعى اثنان نكاح امرأة يدعيان عليها ولا يدعى أحدهما على الآخر وان
كانت عنده وإذا أقرت لاحدهما حكم بأنها منكوحته وذلك يدل على أن اليد
لها وأيضا فان منفعة البضع تستحق استحقاق ارتفاع للحاجة وسائر
المنافع تستحق استحقاق ملك تام الا ترى أن من ملك منفعة بالاستئجار
نقلها إلى غيره بالعوض بأن يؤجر وبغير العوض بأن يعير والزوج المستحق
لمنفعة البضع لا يملك نقلها لا بعوض ولا بغير عوض (واما) إذا فوت منفعة
البيضع بالوطئ ضمن مهر المثل وأخرنا بسط الكلام فيه إلى الفصل الثالث
من الباب

[263]

الثاني لان حكم وطئ المشتري من الغاصب مذكور هناك وذكر حكم وطئ
الغاصب معه أحسن في النظم (ومنها) منفعة بدن الحر وهي مضمونة
بالتفويت وإذا قهر حرا واستخدمه في عمل ضمن أجرته وان حبسه وعطل
منافعه فوجهان (أحدهما) أنه يضمنها أيضا لان منافعه متقومة بالعقد
الفاسد فاشبهت منتفع الاموال وحكى هذا عن ابن أبي هريرة (وأصحهما)
المنع لان الحر لا يدخل تحت اليد بخلاف الاموال ويقرب من هذين الوجهين
الخلاف في صورتين (إحدهما) لو استأجر حرا وأراد أن يؤجره هل له ذلك
(والثانية) إذا أسلم المستأجر نفسه ولم يستعمله المستأجر إلى انقضاء
المدة التي استأجره فيها هل تتقرر أجرته قال الاكثرون له أن يؤجره
وتتقرر أجرته وقال القفال لا يؤجره ولا تتقرر أجرته لان الحر لا يدخل تحت
اليد ولا تحصل منافعه في يد المستأجر وضمانه إلا عند وجودها هكذا أورد
النقطة توجيه الخلاف في المسائل الثلاثة ولم يجعلو دخول الحر تحت اليد
مختلفا فيه ولكن القائلين بجواز إجارة المستأجر وتغريم الأجره كأنهم بنو
الامر على الحاجة والمصلحة وصاحب الكتاب جعله مختلفا فيه وبني
الخلاف في المسائل على التردد في دخوله تحت اليد ولم اعثر على ذلك
لغيره وبتقدير ثبوته يجوز أن يعلم (قوله) والحر لا يدخل تحت اليد وفي
الرهن في الباب الثالث في مسألة موت الحرة المزني بها في الطلق من
حمل الزنا بالواو وفي دخول ثياب الحر في ضمان من استولى عليه
تفصيل مذكور في الكتاب في السرقة.

[264]

(فرع) قال في التتمة نقل حرا صغيرا أو كبيرا من موضع إلى موضع آخر فان لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الاول فلا شيء وان كان واحتاج إلى مؤنة فهو على الناقل لتعديه (ومنها) منفعة الكلب فمن غصب كلب الصيد أو الحراسة لزمه رده مع مؤنة الرد إن كان له مؤنة وهل يضمن منفعته بالاجرة فيه وجهان مرتبان على الوجهين في جواز استئجاره وسيأتى ذكرهما وما اصطاده الغاصب بالكلب المغصوب للمالك على أحد الوجهين كصيد العبد واكسابه وللغاصب على أظهرهما لان الجارحة آله كما غصب شبكة أو قوسا واصطاد بهما ويجرى الوجهان فيما لو اصطاد بالبارى والفهد المغصوبين وحيث كان الصيد للغاصب لزمه أجره المثل للمغصوب منه وحيث كان للمالك كصيد العبد ففى وجوب الاجرة لزم الاصلطاد وجهان (أحدهما) لا تجب لانه إذا كان الحاصل له كانت المنافع منصرفه إليه (وأشبههما) الوجوب لانه ربما كان يستعمله في غير ما استعمل به ولا تدخل الاجره فيما اكتسبه ثم الفصل مختوم بقاعدتين (احدهما) ان كان النقص بسبب غير الاستعمال كما لو غصب ثوبا أو عبدا فانقصت قيمته بأفة سماوية كما لو سقط العبد بمرض وجب الارش مع الاجرة والاجرة الواجبة لما قبل حدوث النقصان أجره مثله سليما ولما بعده أجره مثله معيبا فان كان النقص بسبب الاستعمال كما إذا لبس الثوب فابلاه فوجهان (أصحهما) أنهما يجبان أيضا كما لو حصل النقصان بسبب آخر (والثانى) أنه لا يجب إلا أكثر الامرين من أجره المثل وأرش النقصان

[265]

لان النقصان نشأ من الاستعمال وقد قوبل الاستعمال بالاجرة فلا يجب له ضمان أجر والقائل الاول يقول الاجرة لا تجب للاستعمال وانما تجب لغوات المنفعة على المالك ألا ترى أنها تجب وان لم يشتمل فإذا لا يلزم وجوب ضمانين بشئ واحد (الثانية) سنذكر أن العبد المغصوب إذا تعذر رده بأفة غرم الغاصب قيمته للحيلولة ويلزمه مع ذلك أجره المثل للمدة التى تمضى قبل بذل القيمة ولما بعده وجهان (أحدهما) أنها لا تجب لان القيمة المأخوذة نازلة منزلة المغصوب فكان المغصوب عاد إليه (وأصحهما) الوجوب لان حكم الغصب باق وانما وجبت القيمة للحيلولة فيضمن الاجرة لغوات المنفعة والوجهان جاريان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة هل تكون مضمونة على الغاصب وفى أنه هل يلزمه مؤنة ردها وفى أن جناية الأبق فى إباقه هل يتعلق ضمانها بالغاصب ولو غيب لغاصب العبد المغصوب إلى مكان بعيد وعسر رده وغرم القيمة قال الامام وسيجئ فى هذه الصورة الخلاف فى الاحكام المذكورة أيضا (ومنهم) من قطع وجوب الاجرة وثبوت سائر الاحكام والفرق أن من غيبه باختياره فهو باق فى يده وتصرفه فلا تنقطع علائق الضمان عنه بخلاف الأبق

[266]

قال (الركن الثالث فى الواجب. وهو ينقسم إلى المثل والقيمة. وحد المثلى ما تتماثل أجزاءه فى المنفعة والقيمة من حيث الذات لا من حيث المنفعة. والاطهر أن الرطب والعنب والدقيق مثلى. وكذا الخبز فان اخلاطه غير مقصودة بخلاف سائر المخلوطات). ما يجب بضمنا ينقسم

باعتبار المضمون إلى المثل والقيمة فيضمن المثل بالمثل لانه أقرب إلى
النالف والمتقوم بالقيمة وللأصحاب في ضبط المثلى عبارات (أحدها) أن
كل مقدور بكيل أو وزن فهو مثلى وتروى هذه العبارة عن أبى حنيفة
واحمد وتنسب إلى نص الشافعي رضى الله عنه لقوله في المختصر وماله
كيل أو وزن فعليه مثل كيله أو وزنه (والثانية) زاد بعضهم اشتراط جواز
السلم فيه لان المسلم فيه يثبت بالوصف في الذمة والضمان وما يشبهه لا
يثبت في الذمة (والثالثة) زاد القفال وآخرون اشتراط جواز بيع بعضه
ببعض لتشابه الاصلين في قضية التعايل واعترض على العبارات

[267]

الثلاث بأن القماقم والملاعق والمغارف من الصفر والنحاس موزونة
ويجوز السلم فيها وبيع بعضها ببعض وليست مثلية هكذا حكى الامام
الاعتراض عن القاضى لكن قدم في باب السلم أن القماقم ونحوها لا
يجوز السلم فيها لاختلافها وأما الجواز في الاسطال المربعة والظروف
المضربة من القوالب فان كان الالتزام بمثلها فلا يبعد ممن صار إلى
العبارات الثلاثة طردها فيها والحكم بأنها مثلية (والرابعة) نقل بعض
شارحي المفتاح أن المثاليات هي التي تنقسم بين الشريكين من غير
حاجة إلى تقويم ولك أن تقول هذا مشكل بالارض المتساوية الاجزاء فانها
تنقسم من غير تقويم وليست هي بمثلية (الخامسة) قال العراقيون
المثلى ما لا تختلف اجزاء النوع الواحد منه في القيمة وربما يقال في
الجرم والقيمة ويقرب منه قول قال المثليات هي التي تتشاكل في
الخلقة ومعظم المنافع وما اختاره الامام هو تساوى الاجزاء في المنفعة
والقيمة فزاد النظر إلى المنفعة وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب وزاد قوله
من حيث الذات لامن حيث الصنعة وقصد به الاحتراز من الملاعق والمغارف

[268]

وصنجات الميزان المتساوية فان تساويهما جاء من حفظ التشابه في
الصنعة والا المصنوعات مختلفة في الغالب ولك أن تقول الملعقة ونحوها
لو وردت على الضابط المذكور اما ان ترد لتمائل اجزائها وهي ملعقة أو
لتمائل جوهرها فقط (والاول) باطل لان اجزاء الملعقة غير متماثلة في
الصنعة وأما (الثاني) فالصفر الذى هو جوهر الملعقة إذا كان مثليا كان
تمائل اجزائه من حيث الذات لا من حيث الصنعة وإذا لم تؤثر الصنعة في
تمائل الاجزاء فكيف يقال ما تمائل اجزائه من حيث الذات لا من حيث
الصنعة والحق أن أثر الصنعة في تمائل الاعداد وأوضاع اجزائها لا غير وإذا
وقفت على هذه العبارات وبحثت عن الاظهر منها فأعلم أن الاولى
منقوضة بالمعجونات (والثالثة) المعتبرة بجواز بيع البعض ببعض بعيدة عن
اعتبار أكثر الاصحاب فانهم أعرضوا عن هذا الشرط وقالوا امتناع بيع
البعض ببعض من الربويات لرعاية التماثل في حال الكمال بمعزل عما
نحن فيه (والرابعة) لادخل لها وأما الخامسة

[269]

فأن أريد بالاجزاء فيها كل ما يتركب منه الشئ فيلزم أن لا تكون الحبوب مثلية لانها تتركب من القشور والالباب والقشر مع اللباب مثليان في القيمة والمنفعة وكذا التمر والزبيب لما فيهما من النوى والعجم وان أريد الاجزاء التي يقع عليها اسم الجملة فيلزم أن لا تكون الدراهم والدنانير مثلية لما يقع في الصحاح من اختلاف في الوزن وفي الاستدارة والاعوجاج وفي وضوح السكة وخفائها وذلك ما يؤثر في المنفعة والقيمة والنظر إلى الجرم بعيد لان الحبوب والتمور متماثلة ومعلوم أن نوعا منها لا يخلو عن اختلاف الحبات في الصغر والكبر فإذا أظهر العبارات الثانية لكن الاحسن أن يقال المثلى كل ما يحصره الكيل أو الوزن ويجوز السلم فيه ولا يقال كل مكيل أو موزون لان المفهوم منهما ما يعتاد كيله ووزنه فيخرج منه الماء وهو مثلى على الاصح هذا ما يتعلق بالضبط وينشأ من اختلاف العبارات الخلاف في الصفر والنحاس والحديد والآنك لان اجزائها مختلفة الجواهر ولان زبرها متقاربة الاجرام وفي التبر والسبيكة والعنبر والمسك والكافور والثلج والجمد والقطن بمثل ذلك وفي العنب والرطب

[270]

وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض وكذا في الدقيق والاطهر انها جميعا مثلية وفي السكر والغانيد والعسل المصفى بالنار واللحم المشوي الخلاف في جواز بيع كل منهما بجنسه وفي الخبر لامتناع بيع بعضه ببعض وأيضا للخلاف في جواز السلم فيه وجعل صاحب الكتاب الاظهر كونه مثليا بناء على قطع النظر عن امتناع بيع بعضه ببعض ويجوز السلم فيه لكننا أثبتنا الخلاف في السلم وبيان ذلك الخلاف (وقوله) فان اخلاطه غير مقصودة بخلاف سائر المخلوطات يعني المعجنات والغوالي ونحوها والفرق بين ما يقصد اخلاطه وبين ما لا يقصد منه الا الواحد مقرر في السلم أما الحبوب والادهان والالبان والسمن والمخيض والخل لم يستعن في إيجاده بالماء والزبيب والتمر ونحوهما فهي مثلية بالاتفاق وكذا الدراهم والدنانير لكن قضية العبارة الثانية اثبات الخلاف فيها لان في السلم فيها اختلافا قد تقدم وأيضا فانهم جعلوا المكسرة على الخلاف في التدبير والسبيكة لتفاوت القراضات في الجرم ومثل ذلك يفرض في الصحاح فيلزم مجئ الخلاف فيها وهذا في الدراهم والدنانير الخالصة أما

[271]

المغشوشة ففي التتمة أن أمرها يبنى على جواز التعامل بها ان جوزناها فهي مثلية والا متقومة لان ما لا يملك بالعقد لا يملك بالقبض عوضا عن التلف. قال (ثم لم يسلم المثل بعد أن تلف المغصوب حتى فقد المثل. فقيل الواجب أقصى قيمة المغصوب من وقت الغصب إلى التلف. وقيل أقصى قيمة المثل من وقت وجوبه إلى الاعواز. وقيل من وقت الغصب إلى الاعواز. وقيل إلى وقت طلب الضمان ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا يرد على الاظهر لتمام الحكم بالبدل الحقيقي). إذا غصب مثليا

وتلف في يده والمثل موجود فلم يسلمه حتى فقد أخذت منه القيمة والمراد من الفقدان أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواله على ما تبين في انقطاع المسلم فيه وفي القيمة المعتبرة عشرة أوجه (أحدها) أنها أقصى قيمة من يوم الغصب إلى التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة أمثاله بعد تلفه كما في المتقومات (وثانيها) أنها أقصى قيمة من وقت تلف المغصوب إلى الاعواز لان المثل هو

[272]

الواجب الا انه لما فقد تعذر الوصول إليه فينظر إلى قيمته من وقت وجوبه إلى التعذر ويطلق هذان الوجهان على أن الواجب عند اعواز المثل قيمة المغصوب لانه الذي تلف على المالك أو قيمة المثل لانه الواجب عند التلف وانما رجعنا إلى القيمة لتعذره وفيه وجهان لابي الطيب بن سلمة (ان قلنا) بالاول اعتبرنا الاقصى من وقت الغصب إلى وقت تلف المغصوب (وان قلنا) بالثاني اعتبرنا من وقت تلف المغصوب لان المثل حينئذ يجب إلى وقت الانقطاع والاعواز ولفظ الكتاب في حكاية الوجه الاول أقصى قيمة المغصوب وفي حكاية الوجه الثاني أقصى قيمة المثل اشارة إلى هذا (وثالثها) وهو الاصح أن القيمة المعتبرة أقصى القيم من يوم الغصب إلى الاعواز لان وجود المثل كبقاء عين المغصوب من حيث انه كان مأمورا بتسليم المثل كما كان مأمورا برد العين فإذا لم يفعل غرم أقصى

[273]

قيمة من المدتين كما أن المتقومات تضمن باقصى قيمتها لهذا المعنى ولا نظر إلى ما بعد انقطاع المثل كما لانظر إلى ما بعد تلف المغصوب المتقوم (ورابعها) أقصى القيم من الغصب إلى وقت تعريم القيمة والمطالبة بها لان المثل لا يسقط بالاعواز الا ترى أن المغصوب منه لو صبر إلى وجد ان المثل ملك المطالبة به وانما المصير الى القيمة عند تعريمها وهذه الالوجه الاربعة هي المذكورة في الكتاب (وخامسها) عن رواية الشيخ أبي محمد أنها أقصى القيم من وقت انقطاع المثل واعوازه إلى وقت المطالبة بالقيمة لان الاعواز وقت الحاجة إلى العدول إلى القيمة فيعتبر الاقصى من يومئذ (وسادسها) أنها أقصى القيم من وقت تلف المغصوب إلى وقت المطالبة لان الضمان يومئذ يجب (وسابعها) أن الاعتبار بقيمة اليوم الذي تلف فيه المغصوب (وثامنها) أن الاعتبار بقيمة يوم الاعواز لانه وقت العدول إلى القيمة ويحكى هذا عن اختبار أبي على الزجاجي والحناطي والماوردي وأبي خلف السلمى (وتاسعها) أن الاعتبار بقية يوم المطالبة لان الاعواز حينئذ يظهر ويتحقق وقد يتبدل لفظ المطالبة والتعريم

[274]

بالحكم والقيمة والمرجع بها إلى شئ واحد (وعاشرها) أنه أن كان منقطعا في جميع البلاد فالاعتبار بقيمة يوم الاعواز وان فقد في تلك البقعة فالاعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة نقله صاحب المهذب وفيما علق عن الشيخ أبي حامد أن المعتبر فيه يوم أخذ القيمة لا يوم المطالبة ولا يوم التلف فهذا وجه آخر ان كان ثابتا ويجوز اعلام جميع الوجوه المذكورة في الكتاب - بالحاء - لان البندنجى حكى عن أبي حنيفة الاعتبار بقيمة يوم المطالبة والقبض هذا لفظه - وبالالف - لان مذهب احمد كالوجه الثامن ولو غصب مثليا فتلف والمثل مفقود فالقياس أن يجب على الوجه الاول والثالث أقصى القيم من يوم الغصب إلى التلف وعلى الثاني والسابع والثامن قيمة يوم التلف وان يعود الرابع والسادس والتاسع بحالها وعلى الخامس أقصى القيم من يوم التلف إلى يوم التعریم وعلى العاشر ان كان مفقودا في جميع البلاد وجب قيمة التلف والا قيمة يوم التعریم ولو تلف مثليا على انسان من غير غصب واثبات يد عليه وكان المثل موجودا فلم يسلم حتى فقد فعلى الوجه الاول تجب قيمة يوم الاتلاف وعلى الثاني

[275]

وعلى الثالث أقصى القيم من يوم الاتلاف إلى الاعواز وعلى الرابع من يوم الاتلاف إلى التعریم والقياس عود الوجوه الباقية ولو أتلفه والمثل مفقود فالقياس أن يقال على الوجه الاول والثاني والثالث والسابع والثامن تجب قيمة يوم الاتلاف وعلى الرابع والخامس والسادس أقصى القيم من يوم الاتلاف إلى التعریم وعلى السابع قيمه يوم التعریم وعلى العاشر ان كان منقطعا في جميع البلاد وجبت قيمة يوم الاتلاف والا فقيمة يوم التعریم والله أعلم. (ومنها) غرم الغاصب أو المتلف القيمة لاعواز المثل ثم وجد المثل هل للمالك رد القيمة وطلب المثل وجهان (أحدهما) نعم لان حقه المثل وانما أخذت القيمة للعجز عنه وإذا حصلت القدرة عدل إليه كما إذا غرم قيمة العبد الأبق ثم عاد (وأظهرهما) على ما ذكر صاحب الكتاب والقاضى الروبانى المنع لان الامر قد انفصل ببذل المثل وإذا تم الحكم بالبذل فلا عود إلى المبدل كما لو صام المعسر في الكفارة المرتبة ثم أيسر وهذا معنى قوله لتمام الحكم بالبذل الحقيقي وأراد بتسميته حقيقا أن القيمة بدل حقيقة عند اعواز المثل لا لالتحاق المثل حينئذ بالمقوم وفى غرامة العبد الأبق ليست القيمة بدلا حقيقة وانما هي مأخوذة لحصول الحيلولة بينه

[276]

وبين حقه وهو المثل فالاجود من الفرق أن يقال العين عين حقه المعصوب والمثل بدل حقه فلا يلزم من تمكينه من الرجوع إلى عين حقه تمكينه من الرجوع إلى بدل حقه. قال (ولو أتلف مثليا فطفر به في غير ذلك المكان لم يلزمه الا القيمة. فإذا عاد إلى ذلك المكان لزمه المثل وأخذ القيمة. ولو طفر به في غير ذلك الزمان جاز طلب المثل لان رد الزمان غير ممكن فتعذر المثل الحقيقي. والمسلم إليه إذا انتقل لم يطالب. وفى مطالبته بالقيمة تردد من حيث أنه اعتياض. فان منع فله الفسخ. وطلب رأس المال) مقصود الفصل أن المثل هل يؤخذ مثله مع اختلاف المكان

والزمان أما المكان فاعلم أولا أنه لو غصب مثليا ونقله إلى بلد آخر كان للمالك أن يكلفه رده وله أن يطالب بالقيمة في الحال للحيلولة ثم إذا رده الغاصب رد القيمة واسترده ولو تلف في البلد المنقول إليه طالبيه بمثله حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطلب عليه برد العين في الموضعين فان فقد المثل غرمه قيمة أكثر البلدين قيمة ولو أتلف مثليا أو غصبة وتلف عنده في بلد ثم ظفر المالك به في بلد آخر هل له بمطالبته بالمثل الذي ذكره

[277]

الاکثرون أنه إن كان مما لامؤنة لنقله كالدراهم والدنانير فله المطالبة بالمثل وان كان لنقله مؤنه لم يكن له طلب المثل ولا للغارم تكليفه قبول المثل لما يلزم فيه من المؤنة والضرر وللمالك أن يغرمه قيمة بلد التلف فان تراضيا على المثل لم يكن له تكليفه مؤنة النقل وعلى هذا تنزيل جوابه في الكتاب وان أطلقه إطلاقا وحكى الامام وراءه وجهين (أحدهما) عن شيخه أبي محمد أنه يطالبه بالمثل وان لزمت المؤنة وزادت القيمة كما لو أتلف مثليا في وقت الرخص له طلب المثل في وقت الغلاء (والثاني) عن رواية الشيخ أبي علي أنه إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة المتلف أو أقل طالبيه بالمثل والا فلا وذكر أبو عاصم العبادي مثل هذا وإذا حكما بالمنع وأخذ القيمة ثم اجتمعا في بلد التلف هل للمالك رد القيمة وطلب المثل وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل فيه الوجهان فيما إذا غرم القيمة لاعواز المثل والذي أورده صاحب الكتاب منهما أن عليه المثل وأخذ القيمة مع أنه جعل الاظهر في مسألة الاعواز المنع وهذا لاوجه له بل الخلاف في المسألتين واحد باتفاق الناقلين فاما أن يختار فيهما النفي أو الاثبات ولو نقل المعصوب المثلى إلى بلد آخر فتلف هناك أو أتلف ثم ظفر به المالك في بلد ثالثة وقلنا انه لا يطالب

[278]

بالمثل في غير موضع التلف فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة (وأما) إذا اختلف الزمان فله المطالبة بالمثل وان زادت القيمة وليس له إلا ذلك وان نقصت القيمة والفرق بينه وبين المكان (إذا قلنا لا يطالب بالمثل في غير ذلك المكان أن العود إلى المكان الاول يمكن فجاز انتظاره ورد الزمان الاول غير ممكن فقنعنا بصورة المثل وان لم يكن ذلك مثلا حقيقة لان التساوى في القيمة معتبر في المثليين وللزمان أثر ظاهر في تفاوتهما لكن يتوجه على هذا أن يقال نعم رد الزمان الاول غير ممكن لكن انتظار الزمن الذي تكون القيمة فيه كالقيمة وقت الاتلاف ممكن فهلا قنع بقيمة يوم الاتلاف وانتظر المثل إليه وهذا كله فيما إذا لم يخرج المثل باختلاف المكان والزمان عن أن يكون له قيمة ومالية (أما) إذا خرج كما إذا أتلف عليه الماء في مغارة ثم اجتمعا على شط نهر أو بلد أو أتلف عليه الجمذ في الصيف واجتمعا في الشتاء فليس للمتلف بذل المثل بل عليه قيمة المثل في تلك المغارة وفي الصيف وإذا غرم القيمة ثم اجتمعا في مثل تلك المغارة وفي الصيف هل يثبت التراد فيه الوجهان السابقان (وأما) قوله في الكتاب والمسلم إليه إلى آخره فقد ذكرنا المسألة بما فيها في السلم.

[279]

قال (ولو أتلّف آنية من نقرة يلزمه المثل. وما زاد بالصنعة يقوم بغير جنس الاصل حذرا من الربا. وقيل لا يبالي به فانه ليس ببيع). الذهب والفضة إما أن يكونا مضروبين فقد ذكرنا أنهما مثليان أو لا يكونا مضروبين وكل واحد منهما إما أن تكون فيه صنعة كالحلي أو لا تكون كالتبر (أما الاول) فإذا أتلّف حليا وزنه عشرة وقيمه عشرون فقد نقل أصحابنا العراقيون وجهين فيما يلزمه (أحدهما) أنه يضمن العين بوزنها من جنسها والصنعة من بقيمتها من غير جنسها سواء كان ذلك نقل البلد أو لم يكن لانا لو ضمنا الكل بالجنس لقابلنا عشرة بعشرين وذلك ربا (وأصحهما) عندهم أنه يضمن الجميع بنقد البلد وان كان من جنسه ولا يلزم الربا فانه إنما جرى في العقود لا في الغرامات وان كان هذا ربا لكان الوجه الاول أيضا ربا فانه كما لا يقابل دينار بدينارين لا يقابل دينار بدينار ودرهم وفيه وجهان آخران (أحدهما) أن العين تضمن بوزنها من جنسها والصنعة بنقد البلد كما لو أتلّف الصنعة وحدها بكسر الحلي يضمن بنقد البلد سواء كان من جنس الحلي أو غير جنسه وهذا محكى في النهاية مع الاولين (والثاني) أنه يضمن الكل بغير

[280]

جنسه تحرزا من التفاضل ومن اختلاف الجنس في أحد الطرفين وبروى هذا عن أبي حنيفة وأحسن ترتيب في المسألة ما ذكره في التهذيب وهو أن صنعة الحلي متقومة وفي وزنه الاختلاف الذي سبق في التبر والسبيكة (إن قلنا) انه مثلي فوجهان (أحدهما) أنه يضمن الكل بغير جنسه كيلا يلزم الربا (وأصحهما) أنه يضمن الوزن بالمثل والصنعة بنقد البلد سواء كان من جنسه أو من غير جنسه (وان قلنا) انه متقوم فيعتبر الكل بنقد البلد كيف كان وينبغي أن يجرى على هذا وجه التضمن بغير الجنس إذا كان نقد البلد من الجنس لان معنى الربا لا يختلف ولو أتلّف آنية من ذهب أو فضة فتبني على أن اتخاذها هل هو جائز (ان قلنا) نعم فهو كما أتلّف حليا (وان قلنا) لا فهو كاتلاف مالا صنعة فيه كالتبر والسبيكة فينبني على الخلاف في أنه مثلي أو متقوم (ان قلنا) بالاول ضمن مثله (وان قلنا) بالثاني فوجهان (أحدهما) أنه يضمن قيمته بنقد البلد سواء كان من جنسه أو من غير جنسه كسائر المتقومات (والثاني) أن الجواب كذلك إلا إذا كان نقد البلد من جنسه وكانت القيمة تزيد على الوزن فحينئذ يقوم بغير الجنس ويضمن به وهذا ما اختاره العراقيون ههنا فارقين بين ما فيه صنعة وبينه بأن الزيادة ثم تقع في مقابلة الصنعة فلا تؤدي إلى الربا وههنا لا قيمة للصنعة

[281]

فيلزمه الربا لكن لصاحب الوجه الاول أن يقول لو كان الربا من الغرامات لاستوى المصنوع وغيره كما لو قابل حليا بتبر لا يجوز للفضل (وقوله) في الكتاب ولو أتلّف آنية التصوير في الآنية مفرغ على جواز اتخاذها كما بيناه

(وقوله) ويلزمه المثل مثل وزن الآنية والحلى التبر لا الدراهم والدنانير المضروبة (قوله) لا نبالي به أي أنه بتقويم الصنعة بجنس الاصل وتغريمها رد وذلك مما يترك فيه وجه تقويم الكل بنقد البلد إذا كان نقد البلد من جنسه ووجه تقويم الاصل بالمثل والصنعة بنقد البلد إذا كان من جنسه ويجوز اعلامه - بالحاء - وكذا اعلام قوله يلزمه المثل لما مر من الرواية عند قوله فانه ليس يبيع يعنى أنه غرامة متلف ومحل الربا انما هو البيوع والمعاقفات. قال (ولو اتخذ من الرطب تمرا وقلنا لامثل للرطب وللتمر مثل. أو من الحنطة دقيقا فالاولى أن يتخير المالك بين المطالبة بقيمة الرطب والدقيق أو مثل التمر والحنطة. كما لو اتخذ من السمسم الشيرج فيطالب ان شاء بالسمسم أو بالشيرج. ولو عدم المثل الا بالاكتر من ثمن المثل لم يلزمه الشراء على الاظهر). في الفصل مسألتان (الاولى) إذا تغير المعسوب في يد الغاصب من حال إلى حال ثم تلف عنده فاما أن يكون متقوما في الحالة الاولى مثليا في الثانية أو بالعكس أو مثليا فيهما أو متقوما فيهما (أما) القسم الاول فكما إذا غصب رطبا وقلنا انه متقوم فصار تمرا ثم تلف عنده ففيه وجهان (أحدهما) وبه أجاب العراقيون أنه بضمن مثل التمر لانه لا يمكن الجمع بين المثل والقيمة ولا بد من ايجاب أحدهما والمثل أقرب إلى التالف فيكون ايجابه أولى (وأشبههما) وهو المذكور في التهذيب أنه ان كان الرطب أكثر قيمة فعليه قيمته كيلا تضيع الزيادة عليه وان كان التمر أكثر قيمة أو استويا فعليه المثل واختيار

[282]

صاحب الكتاب أنه يتخير بين أن يأخذ مثل التمر أو قيمة الرطب لانه أتلف عليه ماله وهو مثلى ورد ماله وهو متقوم فيطالب بموجب ما شاء من الحاليين (وأما) القسم الثاني فهو كما لو غصب حنطة وطحنها وتلف الدقيق عنده أو جعله خبزا أو أكله وقلنا لامثل للدقيق والخبز أو غصب تمرا واتخذ منه الخل بالماء فعلى جواب العراقيين يضمن المثل وهو الحنطة والتمر وعلى ما أورده في التهذيب ان كان المتقوم أكثر قيمة غرمها والا غرم المثل وعن القاضى الحسين أنه يغرم أقصى القيم وليس للمالك مطالبتة بالمثل لان التلف حصل وهو متقوم وعلى هذا فإذا قيل من غصب حنطة في الغلاء وبقيت عنده إلى التلف وغرمه المالك في وقت الرخص يغرم المثل أو القيمة لم يصح اطلاق الجواب بالمثل ولا القيمة بل الصواب أن يفصل فيقال ان تلفت وهى حنطة غرمه المثل وان صارت إلى حالة التقويم ثم تلفت فالقيمة ويقال كأن القاضى قد لقن المسألة الرئيس أبا على المنيعى ليغلط بها فقهاء مرو فغلط من أطلق الجواب منهم (وأما) الثالث فكما لو غصب سمسما واتخذ منه شيرجا ثم تلف عنده ونقل العراقيون وصاحب الكتاب أن المالك بالخيار فيغرمه ما شاء منهما وفى التهذيب أنه إن كان أحدهما أكثر قيمة غرم مثله والا تخير المالك وأخذ ما شاء منهما وظاهره يقتضى إثبات خلاف في التخيير إذا كان أحدهما أكثر قيمة (وأما) الرابع فحكمه بين وهو وجوب أقصى القيم في الحالين (المسألة الثانية) إذا لزمه المثل فعليه تحصيله ان وجده بضمن المثل وإذا لم يجده إلا بما فوجه فوجهان (أحدهما) أنه لا يلزمه تحصيله لان الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم بدليل الماء في الطهارة والرقبة في الكفارة (والثانى) يلزمه لان المثل كالعين ورد العين واجب وان لزم في مؤنته اضعاف قيمته وهذا أظهر الوجهين عند صاحب

[283]

التهديب والقاضي الروباني والاول أظهر عند آخرين ومنهم صاحب الكتاب وفرقوا بين المثل والعين بأنه تعدى في العين دون المثل فلا يأخذ المثل حكم العين هذا ما يتعلق بقسم المثلى. قال (أما المتقومات إذا تلفت تضمن بأقصى قيمتها من وقت الغصب إلى التلف. فإن أبى العبد ضمن (ح) في الحال للحيلولة. فإذا عاد ردت القيمة (ح) وسلم العبد. وللغاصب حبس العبد إلى أن ترد القيمة عليه). القسم الثاني من الاموال المنقوم فإذا غصبه وتلف عنده لزمه أقصى قيمته من يوم الغصب إلى يوم التلف لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد فإذا لم يرد ضمن بدله وإنما تجب القيمة من نقد البلد الذي حصل فيه التلف وتفاوت القيمة قد يكون لزيادة ونقصان في المعصوب كما إذا كان العبد كاتباً فنسى الكتابة وقد يكون لمحض ارتفاع الاسواق وانخفاضها فلو كانت قيمته مائة قبلت مائتين ثم عادت بتراجع الاسواق إلى مائة وخمسين ثم هلك لزمه مائتان ولا عبرة باتفاق السوق بعد التلف ولو تكرر ارتفاع السوق وانخفاضها لم يضمن كل زيادة وإنما يضمن الأكثر ولو أُلغى متقوماً من غير غصب لزمه قيمته يوم الاتلاف فإن حصل التلف بتدريج وسراية واختلفت القيمة في تلك المدة كما إذا جنى على بهيمة قيمة مثلها يومئذ مائة ثم هلكت وقيمة المثل خمسون قال

[284]

القفال يلزمه مائة لانا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية فلان نعتبرها في نفس الاتلاف كان أولى وليعلم قوله في الكتاب فأقصى قيمتها - بالحاء والالف - أما الحاء فلان أبا حنيفة يعتبر قيمة يوم الغصب بناء على أن الزوائد غير مضمونة (وأما) الالف فلان أحمد يعتبر قيمة يوم التلف إذا كان التفاوت لاضطراب الاسواق ولو لم يهلك العبد المعصوب لكنه أبى أو عيبه الغاصب أو ضلت الدابة أو ضاع الثوب فللمالك أن يضمه القيمة في الحال لحصول الحيلولة ولزوم الضرر والاعتبار بأقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم المطالبة وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة لان قيمة الحيلولة ليست حقاً ثابتاً في الذمة حتى يجبر على قبوله والابراء عنه بل لو أبرأه المالك منها لم ينفذ وعن بعض الاصحاب تنزيلها منزلة الحقوق المستقرة ثم القيمة المأخوذة يملكها المالك كما يملك عند التلف وينفذ تصرفه فيها ولا يملك الغاصب المعصوب كما لا يملك نصف العبد إذا قطع إحدى يديه وغرم فإذا طفر بالمعصوب فللمالك استرداده ورد القيمة وللغاصب رده واسترداد القيمة وهل له حبس المعصوب إلى أن يسترد القيمة ذكر في الكتاب أن له ذلك وهذا حكاة القاضي حسين عن نص الشافعي رضى الله عنه كما حكى ثبوت الحبس للمشتري في الشراء الفاسد لاسترداد الثمن لكن تقدم في البيع ذكر الخلاف في ثبوت الحبس للمشتري وبيناً أن الظاهر المنع ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه والمنع هو اختيار الامام في صورتين وإذا

[285]

كانت الدراهم المبدولة باقية بعينها في يد المالك فللشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها أم لا وإذا اتفقا على ترك التراد فلا بد من بيع ليصير المغصوب للغاصب (وقوله) في الكتاب ورد القيمة معلم - بالحاء - لان عنده تملك العبد بالضمان فلا رد ولا استرداد وساعدنا في المدبر وفيما إذا اختلفا في القيمة وغرمناه ما اعترف به ثم عند الظفر بالمغصوب أنها كانت أكثر واعلم أن التضمين في صورة الاتفاق وغيرها لا يختص بالمتقومات وان أورده في هذا القسم بل ضمان الخيار ثابت في كل مغصوب خرج من يد المالك وتعذر رده. (فرع) قد مر أن منافع المغصوب مضمونة فبم كانت الاجرة في مدة الغصب متفاوتة يضمن فيه ثلاثة أوجه حكاها القاضي أبو سعد بن يوسف (أضعفها) إنها بالاكتر في جميع المدة (وأظهرها) أنها تضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها (والثالث) أن الامر كذلك ان كانت الاجرة في أول المدة أقل وان كانت أكثر ضمنها بالاكتر في جميع المدة لانه لو كان المال في يده فربما يلزمه بها جميع المدة. قال (وان تنازعا في تلف المغصوب فالقول قول الغاصب (و) لانه ربما يعجز عن البينة وهو صادق. فان حلف جاز طلب القيمة وان كان العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف. وكذلك

[286]

إذا تنازعا في القيمة أو في صفقة العبد (و) أو في عيب (ز) يؤثر في القيمة فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة الذمة. وكذلك إذا تنازعا في الثوب الذي على العبد لان العبد وثوبه في يد الغاصب). المقصود من بقية الباب الكلام في تنازع المالك والغاصب وذلك يقع على أنحاء (منها) إذا ادعى الغاصب تلف المغصوب وأنكر المالك فالصحيح وهو المذكور في الكتاب أن القول قول الغاصب مع يمينه لانه قد يعجز عن البينة وهو صادق فلو لم نصدقه لتخلد الحبس عليه ولما وجد عنه مخرجا وفيه وجه أن القول قول المالك مع اليمين لان الاصل بقاؤه (وإذا قلنا) بالاول فلو حلف الغاصب هل للمالك تعريمه القيمة أو المثل فيه وجهان (أحدهما) لا لبقاء العين في زعمه (وأصحهما) نعم وهو المذكور في الكتاب لانه عجز عن الوصول إليها بيمين الغاصب وان كانت باقية (ومنها) إذا اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته عن الزيادة وعلى المالك البينة وينبغي أن يشهد الشهود بان قيمته كذا أما إذا أراد اقامة البينة على صفات العبد ليقومه المقومون بتلك الصفات فعن صاحب التقريب حكاية قول أنها تقبل ويقوم وينزل على أقل الدرجات (والمذهب) المنع لان الموصوفين بالصفات الواحدة يتفاوتون في القيمة لتفاوتهم في الملاحظة وما لا يدخل تحت الوصف قال الامام لكن المالك يستفيد باقامة البينة على الاوصاف ابطال دعوى الغاصب

[287]

مقدارا حقيرا لا يليق بتلك الصفات كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاضة ثم قومه بشئ حقير لا يليق بها لا يلتفت إليه بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حدا يجوز أن تكون قيمة لمثل ذلك الموصوف ولو قال المالك قيمته ألف وقال الغاصب خمسمائة وجاء المالك ببينة على أنها أكثر

من خمسمائة من غير تقدير (منهم) من قال لا تسمع البينة هكذا (والاكثرون) سمعوها وقالوا فائدة السماع ان يكلف الغاصب الزيادة على الخمسمائة إلى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه ولو قال المالك لأدري كم قيمته لم تسمع دعواه لقوله حتى يبين وكذا لو قال الغاصب أعلم أعلم أنه دون ما ذكره ولا أعرف قدره لم تسمع حتى يبين فإذا حلف عليه (ومنها) لو قال المالك كان العبد كاتباً أو محترفاً وأنكر الغاصب فالقول قول الغاصب لان الاصل عدمه براءة ذمته وحكى العراقيون من أصحابنا وجهاً أن القول قول المالك لانه أعرف بحال مملوكه ولو ادعى الغاصب به عيباً وأنكر المالك نظر ان ادعى عيباً حادثاً بان قال كان أقطع أو سارقاً ففي المصدق منهما قولان (أحدهما) الغاصب لان الاصل براءة ذمته (وأصحهما) المالك لان الاصل والغالب دوام السلامة ولو ادعى عيباً في أصل الخلقة بان قال كان أكمه أو ولد أعرج أو عديم اليد فالمصدق الغاصب لان الاصل العدم والمالك متمكن من اثباته بالبينة وفيه وجهان آخران (أحدهما) تصديق المالك نظراً إلى غلبة السلامة (والثاني) الفرق بين

[288]

ما يندر من العيوب وما لا يتدر ولفظ الكتاب في الغصب وان كان مطلقاً لكن في الوسيط ما يبين أنه أراد به العيب الخلقى ولو رد المغصوب وبه عيب وقال غصبت هكذا وقال المالك بل حدث العيب عندك قال في التتمة المصدق الغاصب لان الاصل براءة ذمته وعدم يده على تلك الصفة (ومنها) لو تنازعا في الثياب التي على العبد فالمصدق الغاصب لان العبد وما عليه في يد الغاصب هذه صورة الكتاب في الاختلاف (ومنها) لو قال غصبت مني داراً بالكوفة فقال بل غصبت مني داراً بالكوفة فقال غصبت دارك بالمدينة فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يغصب دار الكوفة وأما غصب دار المدينة فان وافقه فان وافقه المدعى عليه ثبت والا ارتد اقراره بتكذيبه (ومنها) غصب خمراً محترمة وهلكت عنده ثم قال المغصوب منه هلك بعد التخليل وقال الغاصب بل قبلها فلا ضمان على المصدق لان الاصل بقاء الخمرية وبرائة ذمته (ومنها) قال طعامي الذي غصبت حديثاً وقال الغاصب بل عتيقا فهذا كالخلاف في كون

[289]

العبد كاتباً والمصدق الغاصب فان نكل عن اليمين حلف المالك ثم له ان يأخذ العتيق فانه دون حقه (ومنها) باع عبداً من انسان فجاء آخر يدعى أنه ملكه وأن البائع كان غصبه منه فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشتري وفي دعواه القيمة على البائع ما ذكرناه في الاقرار فان ادعى العين على المشتري فصدقه أخذ العبد منه ولا رجوع له بالثمن على البائع المكذب فان كذبه فاقام المدعى عليه بينة اخذه ورجع المشتري بالثمن على البائع فان لم يقم البينة ونكل المشتري حلف المدعى وأخذه ولا رجوع للمشتري بالثمن لتقصيره بالنكول وان صدقه البائع دون المشتري لم يقبل اقرار البائع على المشتري وبقي البيع بحاله الا أن يكون اقراره بالغصب في زمن الخيار فيجعل ذلك فسخا للبيع ثم لو عاد العبد إلى البائع بارت أو رد بعيب لزمه تسليمه إلى المدعى وان صدقه البائع والمشتري

جميعا سلم العبد إلى المدعى وعلى البائع رد الثمن المقبوض على
المشتري ان بقى بحاله وضمائه ان تلف ولو جاء المدعى بعد ما أعتق
المشتري العبد وصدقه البائع والمشتري لم يبطل العتق سواء

[290]

وافقهما العبد أو خالفهما لما في العتق من حق الله تعالى ولهذا سمعت
شهادة الحسبة عليه بخلاف ما لو كاتبه المشتري ثم توافقوا على تصديق
المدعى لان الكتابة قابلة للفسخ وللمدعى في مسألة الاعتاق قيمة العبد
على البائع ان اختص بتصديقه إذا أوجبا الغرم للحيلولة وعلى المشتري ان
اختص بتصديقه وعلى من شاء منهما ان صدقاه وقرار الضمان على
المشتري إلا أن تكون القيمة في يد البائع أكثر فلا يطالب المشتري
بالزيادة ولو مات المعتق وقد اكتسب أموالا كانت للمدعى لان المال خالص
حق الآدمى وقد اتفقوا على أنه هو المستحق بخلاف العتق فان تصادفهم
فيه إنما لم يؤثر لما فيه من حق الله تعالى هكذا أطلقوه قال الامام وهو
منزل على الاكساب التى يستقل العبد بها فاما الاكساب التى يحتاج فيها
إلى إذن السيد فان المدعى لا يستحقها إذا اعترف بخلوها عن الاذن. (الباب
الثاني في الطوارئ وفيه ثلاثة فصول) قال (الاول في النقصان فإذا عصب
ما قيمته عشرة فعاد إلى درهم ورده بعينه فلا شئ عليه لان الفأنت رغبات
الناس لا شئ من المغصوب. وان تلف فالواجب عشرة وهو أقصى القيمة.
وان

[291]

تلف بعضه كالثوب إذا أبلاه حتى عاد إلى نصف درهم بعد رجوع الاصل إلى
درهم ضمن القدر الفأنت وهو نصف الثوب بنصف أقصى القيم وهو
خمس. وردها مع الثوب البالي الطوارئ على المغصوب (اما أن تعود إلى
ذاته أو لا تعود إليها فالاول اما أن تكون بزيادة أو نقصان واما أن لا تعود
إلى ذاته فأهم ما نتكلم فيه من هذا النوع تصرفات الغاصب فلذلك اشتمل
الباب على ثلاثة فصول (أولها) في النقصان والناقص من المغصوب اما
قيمته أو شئ من أجزائه وصفاته أو كلاهما (القسم الاول) أن يكون
النقصان في القيمة وحدها كما لو عصب ما قيمته عشرة فرده بحاله وقد
عادت قيمته إلى درهم فلا شئ عليه وقال أبو ثور عليه نقصان القيمة كما
لو تلف المغصوب والصورة هذه تلزمه أقصى قيمته عشرة. لنا أن الفأنت
رغبات الناس لا شئ من المغصوب بخلاف ما إذا أتلف فان الواجب هناك
البديل فوجب الاكثر لكونه مأمورا بالرد في تلك الحالة وإذا كانت العين
باقية فالواجب ردها وقد أتى به وليعلم (قوله) في الكتاب فلا شئ عليه -
بالواو - لمذهب أبى ثور فانه وإن كان داخلا في طبقه أصحاب الشافعي
رضى الله عنه فله مذهب برأسه ولا يعد تفرد وجهها لكن حكي الموفق بن
طاهر أن من الاصحاب من يوافقه وأيضا فان الامام بعد توجيه مذهبه بأنه

[292]

تنسب إلى تفويت تلك الزيادة بادامة اليد العادية قال وهذا يحده القياس
منقاسا (الثاني) أن يكون النقصان في كليهما فالجزء التالف مضمون
بقسط من أقصى القيم من يوم الغصب إلى التلف والنقصان الحاصل
بتفاوت السوق في الباقي المردود غير مضمون مثاله غصب ثوبا قيمته
عشرة وانخفض السوق فعادت قيمته إلى درهم ثم لبسه فأبلاه حتى عادت
إلى نصف درهم يرده مع خمسة دراهم لان الاستعمال والابلاء تنسحق
أجزاء من الثوب وتلك الاجزاء والصورة هذه نصف الثوب لانتهاء قيمته إلى
نصف درهم بعد ما كانت قبل الاستعمال درهما فيغرم النصف بمثل نسبته
من أقصى القيم كما يغرم الكل عند تلفه بالاقصى ولو كانت القيمة
عشرين وعادت بانخفاض السوق إلى عشرة ثم لبسه وأبلاه حتى عادت إلى
خمس لزمه مع رده عشرة ولو كانت عشرة وعادت بانخفاض السوق إلى
خمس ثم لبسه وأبلاه حتى عادت إلى درهمن لزمه مع ستة لانه تلف
بالابلاء ثلاثة أخماس الثوب فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم وذكر
الشيخ أبو على أن بعض من شرح المولدات أخطأ في هذه الصورة فقال
يلزمه ثلاثة لانها الناقصة بالابلاء ولا عبرة بالخمسة التي هي نقصان
السوق وقياس قول هذا القائل أن يلزمه في الصورة الاولى وهى
المذكورة في الكتاب نصف درهم وفى الثانية خمسة دراهم ولو غصبه
وقيمته

[293]

عشرة فاستعمله أولا حتى عادت بالابلاء إلى خمسة ثم انخفض السوق
فعادت قيمته إلى درهمن فرده يلزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالابلاء ولا
يغرم النقصان الحاصل في السوق في الباقي ولو غصب ثوبا قيمته
عشرة ولبسه وأبلاه حتى عادت القيمة إلى خمسة ثم ارتفع السوق فبلغت
قيمته وهو بال عشرة فظاهر كلام ابن الحداد أنه يغرم مع رد الثوب لان
الباقي من الثوب نصفه وهو يساوى عشرة فلو بقي كله لكان يساوى
عشرين فيغرم عشرة للتالف واختلف الائمة فيه فساعده بعضهم وخالفه
الجمهور على انقسامهم إلى مغلط ومؤول وقالوا لا يغرم مع رده الا
الخمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبرة بالزيادة الحاصلة بعد التلف ألا ترى
أنه لو تلف الثوب كله ثم زادت القيمة لم يغرم تلك الزيادة قال الامام
والصفات كالأجزاء في ذلك كله حتى لو غصب عبدا صانعا قيمة مائة فنسى
الصنعة وعادت قيمته إلى الخمسين ثم ارتفع السوق فبلغت قيمته ناسيا
مائة وقيمة مثله إذا أحسن تلك الصنعة مائتين لا يغرم مع رده الا خمسين
واعلن أن الجواب في صور ابلاء كلها مبنى على أن أجره مثل المغصوب
لازمه مع أرش النقصان الحاصل بالاستعمال وهو الاصح وقد مر وجه آخر
أنه لا يجمع بينهما فعلى ذلك الوجه الجواب لزوم أكثر الامرين من المقادير
المذكورة أو أجره المثل

[294]

ولو اختلف المالك والغاصب في قيمة الثوب الذي ابلاه أنها متى زادت فقال المالك زادت قبل الابلاء فاعرم الثالف بقسطه منها وقال الغاصب بل زادت بعده قال ابن سريج المصدق الغاصب لانه غارم كما لو تلف كله واختلفا في أن القيمة قبل التلف أو لعدده (وأما) القسم الثالث وهو ان يكون النقصان في شئ من الاجزاء والصفات بعدها فيوضحه المسائل الآتية على الاثر. قال (ولو مزق الثوب خرقا لم يملكه (ح) بل يرد الخرق وأرش النقص. وأن كانت الجنابة لا تقف سرايتها إلى الهلاك كما لو بل الحنطة حتى تعفنت. أو اتخذ منها هريسة. أو من التمر والسمن حلواء فنص الشافعي رحمة الله عليه أن المالك بالخيار بين أن يأخذ المعيب وأرش النقص). أو يطالب بمثل أصل المال فان مصيره إلى الهلاك في حق من لا يردده فكأنه هالك. وفيه قول مخرج وهو القياس أنه ليس له إلا ما بقى من ملكه (وأرش النقص). النقصان الحاصل في المعصوب نوعان (أحدهما) مالا سراية له فعلى الغاصب ارشده ورد الباقي لافرق في ذلك بين أن يكون الارش قدر القيمة كما في قطع يدى العبد أو دونها ولا بين أن يفوت معظم منافعه أو لا يفوت ولا بين أن يبطل بالجنابة عليه الاسم الاول وأن يبطل قال أبو حنيفة

[295]

إذا كان الواجب قدر القيمة أو فوت الغاصب معظم منافعه بجنابته كما لو مزق الثوب المعصوب خرقا أو شقه طولا أو كسر قوائم الدابة أو بعضها لم يكن للمالك أن يعرّمه شيئا الا أن يترك المعصوب إليه وكذا لو ذبح الشاة أو صبغ الثوب بما لا يقبل بعده لونا آخر وهو السواد قال فإذا تصرف فيه بما أبطل الاسم الاول ملك وعرم قيمته ولا سبيل للمالك إلى أخذه منه وهذا كما إذا أخذه غصب حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزة أو شاة فذبحها وشواها أو صفرا واتخذة أنية أو ثوبا فخاط منه قميصا وساعدنا في قطع أذن الدابة واحدى يدى العبد وما أشبهها أنه يأخذ الباقي ويعرّمه الارش واحتج الشافعي رضى الله عنه فقال جنابة قطع اليدين فوق جنابة قطع احداهما فإذا لم يستفد بالعرامة في أدنى الجنابتين ملكا وجب أن لا يستفيد في أعلا الجنابتين بطريق اولى وعبارة الاصحاب أنه جنى على ملك الغير فلا يتوقف تعريمه على تملكه كما لو قطع احدى اليدين ولو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتعريمه بدله لم يكن له ذلك فانه عين ملكه ونقل صاحب المهذب وغيره وجها أنه إذا طحن الطعام المعصوب للمالك ترك الدقيق ومطالبته بالمثل لانه أقرب إلى حقه من الدقيق (والنوع الثاني) ماله سراية لا تزال تزداد إلى الهلاك الكلى كما لو بل الحنطة وتمكن منها العفن السارى أو اتخذ من الحنطة

[296]

المغصوبة هريسة أو غصب سمنا وتمرا ودقيقا واتخذ منها عصيرة نقل العراقيون عن نصه في الام انه يجعل كالهلاك ويعرّم بدل كل مغصوب من مثل أو دقيمة وقولا آخر عن رواية الربيع أنه يردده مع ارش النقصان ثم قالوا فيه طريقان للاصحاب (أحدهما) اثبات القولين وجه الثاني القياس على النوع الاول من النقصان ووجه الاول أنه مشرف على التلف والهلاك

ولو ترك بحاله لفسد فكأنه هالك (والطريق الثاني) القطع بالقول الاول وجعله كالهالك أظهر عندهم سواء أثبت القولين أم لا وأما الامام وصاحب التهذيب فانهما روبا في المسألة قولين (أرجحهما) أنه يردده مع ارش النقصان وليس للمالك الا ذلك (والثاني) انه يتخير المالك بينه وبين أن يغرمة بدل ماله من مثل أو قيمة ويجعل كالهالك لان ارش النقص السارى لا يكاد ينضب فله أن يكفى نفسه مؤنه الاطلاع عليه وايضا فانه إذا لم يردده وتركه بحاله أيهلك بخلاف ما إذا طحن الحنطة فانه يرد الدقيق فلو ترك بحاله لا يهلك ونسب الامام التخير هكذا إلى نص الشافعي رضى الله عنه وبه أجاب طائفة منهم الشيخ أبو محمد والمسعودي هو كالمتوسط بين ما اختاره العراقيون وبين ما اختاره الامام وصاحب التهذيب وذكر البندنجي قولاً آخر عن رواية أبي اسحق في الشرح أنه يتخير الغاصب بين أن يسكنه ويغرمة وبين أن يردده مع ارش النقصان

[297]

ويخرج المختصر من هذه الروايات أربعة أقوال (تغريمه) كما هلك (رده) وارش النقصان (تخيير) الغاصب وإذا قلنا بالاول فقد أورد أبو سعيد المتولي وجهين في أن الحنطة المبلولة لمن تكون (أحدهما) تبقى للمالك كيلا يكون العدوان قاطعا حقه كما لو نجس زبته وقلنا انه لا يظهر بالغسل فان كونه للمالك أولى به (والثاني) ان يكون للغاصب لانا ألحقناه بالهلاك في حق المالك ولو هلك لم يكن للمالك غير ما أخذه ضمنا وكذلك ههنا وإذا حكمنا بتغريمه الارش مع الرد فانه يغرمة ارش عيب سار وهو أكثر من ارش الغائب ثم قال الشيخ المتولي ان رأى الحاكم أن يسلم الجميع إليه فعل وان رأى سلم ارش النقص المتحقق في الحال إليه ووقف الزيادة إلى أن تتقن نهايته وفي هذا توقف لان المعقول من ارش العيب السارى ارش العيب الذي شأنه السراية وانه حاصل في الحال أما المتولد منه فيجب قطع النظر عنه إذ الكلام في النقصان الذي لا تقف سرايته إلى الهلاك فلو نظرنا إلى المتولد معه لانجز ذلك إلى ان يكون ارش العيب السارى تمام قيمته وهو عود إلى القول الاول وقد بين في شرح المفتاح الشيخ أبو حامد السلمى ذلك فانه قال في التعبير عن قول التخيير ان شاء المالك ضمنه ما نقص إلى الآن ثم لا شئ له من زيادة فساد تحصل من بعد وان شاء تركه إليه وطلابه بجميع البدل. ومن صور النوع الثاني ما إذا صب الماء في الزيت وتعذر تخليصه منه فاشرف على الفساد وعن الشيخ أبي محمد تردد في مرض العبد المغصوب إذا كان ساريا عسر العلاج كالسل والاستسقاء ولم يرتضه الامام لان المرض المئوس منه قد يبرأ والعفن المفروض في الحنطة يفضى إلى الفساد لا محالة (وقوله) في الكتاب وفيه قول مخرج لم أجد غيره يصغه بكونه مخرجا وقد ذكرنا انهم نقلوه عن رواية الربيع ولا حاجة مع النقل إلى التخريج نعم ربما لا يبلغ النقل المخرج فيقع الحافر على الحافر. قال (ولو جني العبد المغصوب جناية قتل بها قصاصا ضمن الغاصب للمالك أقصى قيمته إذ حصل القوات تحت يده. وان تعلق الارش برقبته ضمن الغاصب للمجني عليه كما يضمن المالك إذا منع البيع وكان الغاصب مانع. فان تلف العبد في يده ضمن للمجني عليه الارش وللمالك القيمة. وان سلم القيمة إلى المالك فللمجني عليه التعلق به لانه بدل عيب تعلق به ارشه. فإذا أخذه المجني عليه رجع المالك على الغاصب بما أخذه لانه لم يسلم له).

[298]

مقصود الفصل الكلام في جنابة العبد المغصوب وسبب ذكره في هذا الموضوع ان الجنابة احد انواع النقصان ونحن نذكره ونضم إليه حكم الجنابة عليه اما جنابته فينظر ان جنى بما يوجب القصاص واقتص منه في يد الغاصب أقصى قيمه من يوم الغصب إلى الاقتصاص وان جنى بما يوجب القصاص في الطرف واقتص منه في يده غرم بدله كما لو سقط بأفه ولو اقتص منه بعد الرد إلى السيد غرم الغاصب أيضا لان سبب الفوات حصل في يده وكذا الحكم لو ارتد أو سرق في يد الغاصب ثم قتل أو قطع بعد الرد إلى المالك ولو غصب مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع في يد الغاصب هل يضمه الغاصب في النهاية أنه على الوجهين في أنه إذا اشترى مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع في يد المشتري فمن ضمان من يكون القطع والقتل ولو جنى المغصوب على نفس أو مال جنابة توجب المال متعلقا برقبته فعلى الغاصب تخليصه بالفداء قال الامام وبم يفديه بارش الجنابة بالغاما بلغ أم بأقل الامرين من الارش ومن قيمة العبد فيه قولان كما إذا أراد المالك تخليص العبد الجاني وفداه قال وهذا لان وجوب بذل الارش بتمامه في حق المالك ووجهه أنه امتنع من البيع ولو رغب فيه ربما وقع الطفر بمن يشتره بمقدار الارش ومثل هذا موجود في حق الغاصب لانه بالغصب مانع ملكه من بيعه وينزل ذلك منزلة المالك المانع ويترتب عليه تضمينه المجنى عليه وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله كما يضمن المالك إذا منع البيع وكان الغاصب مانعا ولك أن تقول لو كان يضمن للمنع من البيع لسقط الضمان إذا رده إلى المالك لارتفاع الحيلولة ولا يسقط بل لو بيع في الجنابة بعد الرد إلى المالك غرمه الغاصب أيضا كما سيأتي ولم يوجه العراقيون تضمينه بذلك وانما وجهه بان جنابة العبد لنقص دخله فكان كسائر وجوه النقصان وسواء جرى الوجهان كما ذكره الامام أولا فالظاهر انه لا يجب على الغاصب تحصيله إلا بأقل الامرين وهو المذكور في التتمة فإذا ثبت أن الجاني والجنابة مضمونان على الغاصب فلا يخلوا إما ان يتلف العبد في يد الغاصب أو يرده ان تلف في يده فللمالك تعريمه أقصى القيم فإذا أخذها فللمجنى عليه إن لم يغرم الغاصب له بعد أن يغرم الغاصب وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك لان حقه كان متعلقا بالرقبة فيتعلق ببذلها كما أن العين المرهونة إذا أتلفها متلف يتوثق المرتهن ببذلها وحكى الشيخ أبو على وجهها أن القيمة المأخوذة تسلم للمالك ولا يطالبه المجنى

[299]

عليه بها وانما يطالب الغاصب كما أن المجنى عليه لو أخذ الارش لم يكن للمالك التعلق به فهما كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث والصحيح الاول وإذا أخذ المجنى عليه حقه من تلك القيمة يرجع المالك بما أخذه على الغاصب لانه لم يسلم له بل أخذ منه بجنابة مضمونة على الغاصب ثم الذي يأخذه المجنى عليه قد يكون كل القيمة بان كان الارش مثل القيمة وقد يكون بعضها بان كانت القيمة الفا والارش خمسمائة فلا يأخذ الا خمسمائة ولا يرجع المالك الا بخمسمائة لان الباقي قد سلم له وكذا لو كان العبد يساوى الفا فرجع بانخفاض السوق إلى خمسمائة ثم جنى ومات عند الغاصب فغرمه الملك الالف لم يكن للمجنى عليه الا خمسمائة وان كان ارش الجنابة الفا لانه ليس له عليه الا قدر قيمة الجنابة وان رد العبد إلى المالك نظر ان رده بعد ما غرم المجنى عليه فذلك وان رد قبله فبيع في

الجنابة رجع المالك على الغاصب بما أخذه منه لان الجنابة حصلت حين كان العبد مضمونا عليه ويخالف ما إذا جنى في يد المالك ثم غصبه فرده ثم بيع في تلك الجنابة حيث لا يرجع المالك بشئ لان الجنابة حصلت وهو غير مضمون عليه وفرع ابن الحداد على ذلك فقال إذا جنى في يد المالك جنابة تستغرق قيمته ثم غصب وجنى في يد الغاصب جنابة أخرى مستغرقة ثم رده إلى المالك ثم بيع في الجنابتين وقسم الثمن بينهما نصفين يرجع الملك على الغاصب بنصف قيمة العبد لان احدي الجنابتين وجدت والعبد في ضمانه فإذا أخذه كان للمجنى عليه الاول التعلق به ولا حق للمجنى عليه الثاني ووجه الشيخان أبو علي وأبو محمد بان سبب وجوب هذا النصف انما هو الغصب فانه بالغصب ضمن ما يجنى المغصوب والغصب مقدم على الجنابة الثانية فلا يأخذ المجنى عليه الثاني بما يوجب به شيئا كما لو جنى عبده على رجل ثم قطعت يده ثم جنى على آخر ثم قتل أو مات من سرابة القطع فان أرش اليد لا يأخذ منه المجنى عليه الثاني شيئا لوجوبه بالقطع المتقدم على الجنابة عليه ثم إذا أخذ المجنى عليه الاول لم يرجع المالك على الغاصب لانه أخذه بسبب جنابة غير مضمونة على الغاصب ولو كان الفرع بحاله وتلف العبد بعد الجنابتين في يد الغاصب فله طلب القيمة من الغاصب وللمجنى عليه أخذها فإذا أخذها فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب لانه أخذ منه النصف بجنابة مضمونة على الغاصب فإذا رجع فللمجنى عليه الاول أخذه لانه بدل ما تعلق به حقه قبل الجنابة الثانية وإذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى لانه مأخوذ بجنابة غير

[300]

مضمونة على الغاصب هذا الظاهر المذهب في الحالتين وقيل إذا رد العبد وبيع في الحالتين فالنصف الاول يرجع به المالك سلم له ولا يؤخذ منه وانما يطالب المجنى عليه الاول الغاصب بنصف القيمة وإذا ثبت في يد الغاصب بعد الجنابتين لا يأخذ المالك شيئا والمجنى على الاول يطالب بتمام القيمة والمجنى عليه الثاني يطالبه بنصف القيمة ولو جنى العبد المغصوب في يد الغاصب أولا ثم رده إلى المالك فجنى في يده جنابة أخرى وكل واحد منهما مستغرق القيمة فبيع فيهما وقسم الثمن بينهما فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجنابة التي هي مضمونة عليه فإذا أخذه قال الشيخ أبو علي سمعت الشيخ القفال مرة يقول ليس لواحد من المجنى عليهما أخذه (أما) الثاني فلان الجنابة عليه مسبوقة بجنابة مستغرقة وحق الثاني لم يثبت إلا في نصف القيمة وقد أخذ (وأما) الاول فلان حق السيد في القيمة ثبت بنفس الغصب وهو مقدم على حق المجنى عليه فما لم يصل حقه إليه لا يدفع إلى غيره شيئا وقال وليس هذا بشئ بل للمجنى عليه الاول أخذه كما في المسألة السابقة ولا عبرة بثبوت حق السيد في القيمة فان حق السيد وان كان متقدما فيتقدم عليه حق المجنى عليه كما في نفس الرقبة قال وقد ناظرت القفال فرجع إلى قوله وعلى هذا فإذا أخذه المجنى عليه الاول رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى ويسلم له المأخوذ ثانيا لان الاول قد أخذ تمام القيمة والثاني لم يتعلق حقه الا بالنصف وقد أخذه ولو جنى في يد الغاصب ثم في يد المالك كما صورنا ثم قتله الغاصب أو غصبه ثانيا فمات عنده أخذت القيمة منه بين المجنى عليهما ثم للمالك أن يأخذ منه نصف القيمة لانه أخذ منه بسبب جنابة مضمونة عليه فإذا أخذه كان للمجنى عليه الاول أن يأخذه منه ثم له أن يرجع على الغاصب مرة أخرى ويسلم له المأخوذ في هذه المرة وقد

عرم الغاصب والصورة هذه القيمة مرتين مرة بجناية العبد في يده ومرة بالقتل وعلى قياس الوجه الذي سبق يأخذ المجني عليه الاول تمام القيمة من الغاصب والثاني نصف القيمة وللمالك نصف القيمة ولا تراجع. هذا هو القول في جناية العبد المعصوب (وأما) الجناية عليه فان قتل نظر ان وجب القصاص بأن كان القاتل عبدا والقتل عمدا فللمالك القصاص فإذا اقتصر برئ الغاصب لانه أخذ بدل عبده ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة كما لانظر في الاحرار إلى تفاوت الدية فان لم يجب القصاص بأن كان الجاني حرا فعليه بالجناية قيمة يوم القتل سواء قتله

[301]

الغاصب أو أجنبي والمالك بالخيار بين أن يطالب به الغاصب أو الجاني لكن القرار على الجاني ثم ان كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر ونقصت في يد الغاصب فعليه ما نقص بحكم اليد وان كان الجاني عبدا فان سلمه سيده وبيع في الجناية نظران كان الثمن مثل قيمة المعصوب أخذه ولا شيء له على الغاصب إلا إذا كانت القيمة قد نقصت عنه قبل القتل وان كان الثمن أقل أخذ الباقي من الغاصب فان اختاره سيده فداه (ان قلنا) يقديه بالارش أخذه ولا شيء له على الغاصب الاعلى التقدير المذكور (وان قلنا) يقدي بالاقل من ارش الجناية وقيمة الجاني فان كانت قيمة المعصوب أكثر من قيمة الجاني فالباقي على الغاصب إن كانت اقل أو مثلها أخذها المالك ولا شيء له على الغاصب إلا على التقدير المذكور ولو اختار المالك تغريم الغاصب الفداء فله ذلك وياخذ منه جميع قيمة المعصوب ثم يرجع الغاصب على سيد العبد الجاني بما عرم الا مالا يطالب به الا الغاصب هذا اذا كانت الجناية قتلا (أما) الجراحات فاما أن يكون لها ارش مقدر في حق الحر أولا يكون لها ارش مقدر فالواجب في القسمين ما بينا من قبل فإذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية كان المرعى حالة الاندمان فان لم يكن حينئذ نقصان لم يطالب بشئ وإذا كان الواجب مقدرا من القيمة كالمقدر من الدية فيؤخذ في الحال أم يؤخر إلى الاندمال فيه قولان كما لو كانت الجناية على الحر وسأني ذلك في موضعه وإذا كان الجاني غير الغاصب وغرمانه القدر من القيمة وكان النقص أقصر من ذلك المقدر فعلى الغاصب ما زاد على المقدر فان كان المقدر أكثر مما نقص من القيمة فهل يطالب الغاصب بالزيادة على ما نقص من القيمة ذكرنا فيما إذا سقطت يده بأفة أن الاصح أنه لا يطالب وههنا الظاهر أنه يطالب والقرار على الجاني وترددوا فيما إذا قطعت يده قصاصا أو حدا لانه يشبه السقوط بأفة من حيث انه تلف بلا بدل ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار فان اجتمعت جناية المعصوب والجناية عليه كما إذا قتل العبد المعصوب إنسانا ثم قتله في يد الغاصب إنسانا فللمعصوب منه أن يقتص ويسقط به الضمان عن الغاصب ويبطل حق ورثة من قتله المعصوب لان العبد الجاني إذا هلك ولم يحصل له عوض يضيع حق المجني عليه نعم لو كان المعصوب قد نقص عند الغاصب بعروض عيب بعد ما جني فلا يبرأ الغاصب من ارش ذلك النقصان ولولى من قتله التمسك به وان عرض عيب قبل جنايته فاز المعصوب منه بالارش لان الجزء *

[302]

المقابل للارش كان مقصودا عند الجنابة ولو لم يقتص المغصوب منه بل عفى على المال أو كانت الجنابة موجبة للمال فحكم تغريمه وأخذه المال على ما مر في الجنابة عليه من غير جنابة منه ثم إذا أخذ المال كان لورثة من جنبي عليه عبده التعلق به لانه بدل الجاني على مورثهم فإذا أخذه رجع المغصوب منه على الغاصب مرة أخرى لانه أخذ منه بسبب جنابة مضمونة عليه ويسلم له المأخوذ ثانيا على ما مر نظيره. قال (وإذا نقل الغاصب التراب من أرض المالك فعليه رد التراب بعينه أو رد مثله أو الارش لتسوية الحفر والبائع إذا قلع أحجاره يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الارش. وقيل في المسألتين قولان بالنقل والتخريج. والاكتفاء بالتسوية في الموضعين أولى فانه لا يتفاوت بخلاف بناء الجدار بعد هدمه وليس للغاصب أن ينقل التراب إلى ملكه الا باذنه. فان منعه لم يكن له ذلك الا إذا تضرر الغاصب به لتضييقه ملكه أو لوقوعه في شارع يحذر من التعثر به ضمنا. ولو حفر بئرا في داره فله طمها وان أباه المالك ليخرج عن عهدة ضمان الترددي فان أبراه المالك فالأظهر أن رضاه الطارئ كالرضا المقرون بالحفر حتى يسقط الضمان به فلا يجوز له الطم بعد رضاه). نقل التراب من الارض المغصوبة تارة يكون من غير احداث حفرة فيها كما إذا كسحط عن وجهها وتارة يكون باحداث حفرة فيها كما إذا حفر بئرا أو شق نهرا (الحالة الاولى) إذا كسحط وجه الارض ونقل التراب فللمالك اجباره على رده ان كان باقيا وان تلف وانمحق بهبوب الرياح والسيول الجارية رد مثله إليه وعليه إعادة وضعه وهيئته كما كانت من انبساط أو ارتفاع وان لم يطالبه المالك بالرد نظر ان كان له فيه غرض بأن دخل الارض نقص وكان ذلك النقص يرتفع بالرد ويتوقع منه الارش أو كان نقل التراب إلى ملكه وأراد تفريغه أو إلى ملك غيره أو شارع يحدث من التعثر به الضمان فله الاستقلال بالرد وان لم يكن شئ من ذلك بل نقله إلى موات أو من أحد طرفي الارض المغصوبة إلى الآخر فان منعه المالك من الرد لم يردده وان لم يمنعه فهل يفتقر الرد إلى اذن المالك حكى في التتمة فيه وجهين بناء على الوجهين في أنه إذا منعه فخالف فرد فهل يفتقر الرد للمالك مطالبته بالنقل ثانيا إلى الارض (إن قلنا) لارد من غير اذن المالك (وان قلنا) نعم افتقر إلى اذنه وهو المذكور في الكتاب وهو الاظهر وإذا كان له غرض في الرد فردده إلى الارض فمنعه المالك من بسطه لم يبسط وان كان في

[303]

الاصل مبسوطا (الحالة الثانية) إذا حفر في الارض المغصوبة بئرا فأمره المالك بطمها لزمه الطم وان لم يأمره المالك كان له أن يستقل بالطم ليدفع عن نفسه خطر الضمان لو تردى فيها مترد وأيضا فقد يكون في الطم بعض الاغراض المذكورة في الحالة الاولى وقال المزني لايطم الا باذن المالك فان منعه المالك وقال رضيت باستدامة البئر فان كان للغاصب غرض في الطم سوى دفع ضمان الترددي فله الطم وان لم يكن له غرض سواه فوجهان (أحدهما) له الطم أيضا لان الاذن الطارئ لا يرفع حكم الحفر المتقدم (وأظهرهما) ويحكى عن أبي حنيفة المنع ويندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جنابة وتعديا ولو لم يقل رضيت باستدامتها واقتصر على المنع من الطم ففي التتمة أنه كما لو صرح بالرضي لتضمنه إياه وقال الامام لا يتضمنه ولو كان الغاصب قد طم البئر بأله نفسه فله نقلها وللمالك اجباره عليه فان تركها ووهبها منه لم يلزمه القبول على أظهر الوجهين وحيث قلنا في الحاليتين أنه يرد التراب إلى الارض المغصوبة لوقوعه في ملكه أو في شارع فذاك إذا لم يتيسر نقله إلى موات ونحوه

في طريق الرد فان تيسر لم يردده الا بالاذن قاله في النهاية وذكر أنه يستقل بطم البئر إذا بقي التراب الاول بعينه (أما) إذا تلف ففي الطم بتراب آخر دون أذن المالك وجهان وينبغي أن يجري هذا الخلاف في الحالة الاولى وفيما إذا طلب المالك الرد والطم عند تلف ذلك التراب والظاهر فيها جميعا أنه لا فرق بين ذلك التراب وغيره أما إذا أعاد هيئة الارض في الحاليتين إلى ما كانت عليه اما بطلب المالك أو دونه نظر ان لم يتفق في الارض نقص فلا ارش عليه ولكن عليه أجره المثل لمدة الحفر والرد وان بقي فيها نقص وجب عليه الارش مع الاجرة هذا ما به الفتوى في مسألة الفصل من اولها إلى هذا الموضوع ووراءه تصرف الاصحاب قالوا النص فيما نحن فيه ان يجب ارش النقص الحاصل بالحفر ولم يوجب التسوية لانه نص على ذلك فيما إذا عرس الارض المغصوبة ثم قلع بطلب المالك وإذا باع أرضا فيها أحجار مدفونة فقلعها ونقلها نص أنه يلزمه تسوية الارض واختلفوا فيها على طريقتين (أحدهما) أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج (أحدهما) أن الواجب في الموضعين ارش

[304]

النقصان لان الزام التسوية تقابل فعل بمثله فصار كما إذا هدم جدار الغير لا يكلف باعادة (والثاني) أن الواجب التسوية لتعود الارض إلى ما كانت ومهما أمكن التضمين بالمثل لا يصار إلى التضمين بالقيمة ويفارق هدم الجدار كما تقدم في البيع (والطريق الثاني) تقرير النصين وفرقوا بان الغاصب متعدد فغلط عليه الامر بايجاب الارش لكن لامتانة لهذا الفرق لان مؤنة التسوية قد تزيد على ارش النقصان الحاصل بالحفر فلا يظهر زيادة تغليظ بايجاب الارش وأيضا فانا إذا أوجبنا التسوية وبقي بعد التسوية نقصان من الارش يجب ارشه نص عليه الائمة ولا يدمنه والا كان الضمان دون الفائت وإذا أوجبنا ارش النقصان الباقي بعد التسوية مع التسوية لم يكن فيه تخفيف والله أعلم. وإذا نظرت في لفظ الكتاب أفهمك ظاهره انصراف الطريقتين إلى شئ آخر وهو أن الواجب مجرد التسوية أم يجب مع التسوية ارش النقص الباقي لانه قال فعليه رد التراب والارش وأيضا قال يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الارش وأيضا قال والاكتفاء بالتسوية في الموضعين اولى لكن الاعتماد على ما نقلناه وان كان المراد ما اشعر به ظاهره كما انتظم الوجه بقوله فانه لا يتفاوت بخلاف بناء الجدار بعد هدمه لان هذا المعنى لا يقتضى القناعة بالتسوية والاضراب عن ارش النقصان الباقي بعدها وانما هو توجيه القول الصائر إلى وجوب التسوية والفرق بين اعادة الجدار بعد هدمه وبين التسوية إلى المغصوب منه لا الى الارش ويكون معنى قوله والارش لتسوية الحفر وقوله يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الارش يؤمر بالتسوية ولا يكلف الارش أو ما أشبه ذلك ويجوز أن يعلم بالواو وقوله في الكتاب وتسوية الحفر في مسألة بيع الارض التي فيها حجارة مدفونة من كتاب البيع كما عرفت ههنا وكنا قد أحلنا شيئا من الكلام فيه إلى هذا الموضوع واعلم أن توجيه هذا الخلاف الذي شرحناه يقتضى طرده في طم البئر لكنهم سكنوا عنه وقوله وليس له أن ينقل التراب إلى ملكه يجوز اعلامه بالواو ولما سبق وقوله وله طمه وان أباه

[305]

المالك أي لم يردده ولم يأذن فيه أما إذا صرح بالمنع مع الرضى باستدامة البئر فهو على الوجهين اللذين ذكرهما عقبه وليعلم قوله وان أباه بالزاي وقوله فان أبراه المالك أي عن ضمان الترددي وهذا اللفظ قد استعمله كثير من الاصحاب قال الامام وليس المراد منه حقيقة الابراء فان الضمان حق عساه يثبت للمترددي فكيف يبرئ عن حق الغير قبل ثبوته وانما المراد الرضا بابقاء البئر كما قد مناه. قال (وإذا خصى العبد فعليه كما قيمته. فان سقط ذلك العضو بأفة سماوية فلا شئ (و) عليه لانه به تزيد قيمته. وكذلك إذا نقص السمن المفرط ولم ينقص من القيمة) إذا خصى العبد المغصوب فهو على القولين السابقين في أن جراح العبد هل تتقدر (ان قلنا) بالجديد وهو أنه تتقدر لزمه كمال القيمة (وان قلنا) لا تتقدر فالواجب ما نقص من القيمة فان لم ينقص شئ فلا شئ عليه ولو سقط ذلك العضو بأفة سماوية وزادت قيمته وردده فلا شئ عليه على القولين نعم قياس الوجه الذي قدمناه في أنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية أن يجب كمال القيمة فلو كان بالجارية سمن مفرط فزال ورجع إلى حد الاعتدال ولم تنقص قيمتها لم يلزمه شئ لان السمن ليس له بدل مقد بخلاف الانثيين ويجوز أن يعلم لما ذكرناه قوله فعليه كمال قيمته بالواو وكذا قوله فلا شئ عليه.

[306]

قال (ولو عاد الزيت بالاغلاء إلى نصفه ضمن مثل نصفه وان لم تنقص القيمة لان له مثلاً وكذا في اغلاء العصير. وقال ابن سريج لا يضمن في العصير لان الذهب مائة غير متمولة بخلاف الزيت). إذا عصب زيتاً أو دهناً فاغلاه فاما أن تنقص عينه أو قيمته أو كليهما أولاً ينقص واحد منهما فان نقصت عينه دون قيمته كما إذا عصب صاعين قيمتهما درهمين فعاداً بالاغلاء إلى صاع قيمته درهمان ففيه وجهان (أحدهما) ويروى عن صاحب التلخيص أنه يردده ولا غرم عليه لان ما فيه من الزيادة والنقصان استند إلى سبب واحد فيجبر النقصان بالزيادة (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب أنه يردده ويغرم مثل الصاع الذهب لان للزيت بدلاً مقدرًا وهو المثل فصار كما لو جنى وخصى العبد والزيادة الحاصلة أثر محض لا يجبر به النقصان كما لا يستحق به الغاصب شيئاً إذا لم يكن نقصان. وان نقصت قيمته دون عينه رده مع أرش النقصان. وان انتقصا جميعاً فالواجب عليه مع رد الباقي مثل ما ذهب بالاغلاء إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين فيلزمه مع مثل الذهب أرش نقصان الباقي وان لم ينقص واحد منهما رده ولا شئ عليه * ولو عصب عصيراً وأغلاه فهل هو كالزيت حتى يضمن مثل الذهب إذا لم تنقص القيمة فيه وجهان (أحدهما) نعم وبه قال أبو علي الطبري لانه مضمون بالغلى كالزيت (والثاني) لا وبه قال ابن سريج والفرق أن حلاوة العصير باقية والذهب

[307]

مائة ورطوبة لاقيمة لها والذهب من الزيت زيت متقوم وهذا أصح مما ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي الروياني ومن قال به قطع بانه لا يضمن مثل العصير الذهب وايراد صاحب الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الاول وربما

يقول من رجح الذهب من الزيت المائبة أيضا الا أن مائته أقل وعلى هذا أن يعود الوجهان المذكوران في أنه هل يضمن مثل الزيت الذهب إذا لم تنتقص القيمة والخلاف المذكور فيما إذا أغلى العصير جرى فيما إذا صار خلا وانتقص عينه دون قيمته وكذا وإذا صار الرطب تمرا. قال (ولو هزلت الجارية ثم سمت. أو نسي الصنعة ثم تذكر. أو أبطل صنعة الاناء ثم أعاد مثله ففي حصول الجبر وجهان. ولو أعاد صنعة أخرى فلا ينجر أصلا). نقصان المغصوب هل ينجر بالكمال بعده ينظر ان كان الكمال من الوجه الذي حصل فيه النقصان كما لو هزلت الجارية ثم سمت وعادت كما كانت ففيه وجهان (أحدهما) ينجر ويسقط العرم كما لو أبق العبد فعاد وكما لو جني على عين فابيضت ثم زال البياض (واظهرهما) المنع لان السمن الثاني غير الاول ويروي هذا عن الاصطخري والاول عن ابن أبي هريرة والوجهان عند القاضي أبي الطيب مبنيان على الخلاف فيما إذا قلع سن كبير وعاد وضعفه صاحب التتمة لان عود سن الكبير نادر وعود السمن ليس بنادر فهو يعود سن الصغير أشبه وأجري الوجهان فيما إذا كان العبد المغصوب

[308]

صانعا فنسى الصنعة ثم تذكرها أو تعلمها ومنهم من قطع ههنا بالانجبار لان السمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لما كان وتذكر الصنعة لا يعد في العرف شيئا متجددا والظاهر ههنا الانجبار سواء ثبت الخلاف أم لا ومنهم من قطع في السمن بعدم الانجبار وخص الخلاف بالصورة الثانية وحكاه في التهذيب عن صاحب التلخيص وإذا قلنا بالانجبار فلو لم تلبق القيمة بالعائد إلى القيمة الاولى ضمن ما بقى من النقصان وانجر ما وراءه بما عاد ويجرى الخلاف فيما إذا كسر الحلى والاناء المغصوبين ثم أعاد تلك الصنعة ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب وجهان بالواو للطريقة القاطعة بعدم الانجبار بعود السمن وبالانجبار في تذكر الصنعة وان كان الكمال من وجه آخر بان نسي صنعة وتعلم أخرى أو أبطل صنعة الاناء وأحدث صنعة أخرى فلا انجبار بحال وعلى هذا لو تكرر النقصان وكان الناقص كل مرة مغاير للنوع الناقص في المرة الاخرى ضمن الكل حتى لو غصب جارية قيمتها مائة فسمت وبلغت القيمة الفا وتعلمت صنعة فبلغت القيمة الفين ثم هزلت ونسيت الصنعة فعادت قيمتها إلى مائة يردھا ويغرم الفا وتسعمائة ولو علم العبد المغصوب سورة من القرآن أو حرفة فنسيها ثم علمه حرفة أو سورة أخرى فنسيها أيضا ضمنها وان لم تكن مغايرة كما إذا علمه سورة واحدة أو حرفة واحدة مرارا وهو ينساها في كل مرة (فان قلنا لا يحصل الانجبار بالعائد ضمن النقصان كل مرة (وان قلنا) يحصل ضمن أكثر المرات نقصانا.

[309]

(فرع) لو زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء ثم نسيتها نقل القاضي الروياني عن النص انه لا يضمن النقصان لانه غير محترم والمضمون الزيادة المحترمة وعن بعض الاصحاب انه يغرمه ولهذا لو قتل عبدا مغنيا يغرم قيمته قال وهو الاختيار. (فرع) مرض العبد المغصوب ثم برئ وزال أثر

المرض لا شئ عليه مع رده وفيه وجه بعيد أنه يضمن النقص الحاصل بالمرض ولا يسقط عنه بالبرء وكذا الحكم فيما لو رده مريضا ثم برئ وزال الاثر. (فرع) غصب شجرة فتحات ورقها ثم أو رقت أو شاة فجز صوفها ثم نبت غرم الاول ولا ينجر بالثاني بخلاف ما لو سقط من الجارية المغصوبة ثم نبت أو انمعت شعرها ثم نبت يحصل الانجبار قاله في التهذيب لان الورق والصوف متقومان فيغرمهما وسن الجارية وشعرها غير متقومين وانما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدانها وقد زال. قال (ولو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن مثل العصير لغوات المالية. ولو صار خلافا لاصح أنه يرد مع أرش النقصان إن كان الحل أنقص قيمة. وقيل يغرم مثل العصير ويرد الخل وهو رزق جديد كالسمن العائد. وكذا الخلاف في البيض إذا تفرخ. والبذر إذا زرع. والاصح الاكتفاء به فانه استحالة إلى زيادة. ولو غصب خمرا فتخلل في يده. أو جلد ميتة فدبغه فالاصح أن الخل (ح) والجلد للمغصوب منه. وقيل بل للغاصب فانه حصل بفعله مما لامالية للمالك فيه).

[310]

في باقي الفصل مسألتان (أحدهما) إذا غصب عصيرا فتخمر عنده كان للمغصوب منه تضمينه مثل ما لعصير لغوات المالية وذكروا أن على الغاصب اراقة الخمر فلو جعلت محترمة كما لو تخمرت في يد المالك من غير قصد التخميرية لكان جائزا ولو تخللت في يد الغاصب فوجهان (أصحهما) أن الخل للمالك وعلى الغاصب أرش النقصان ان كانت قيمة الخل أنقص (والثاني) أنه يغرم مثل العصير لانه بالتخمير كالتالف وعلى هذا ففي الخل وجهان (أحدهما) أنه للغاصب كما لو غصب الخمر فتخللت يكون الخل للغاصب على وجه (وأظهرهما) أنه للمالك لانه فرع ملكه ويجوز أن يكون الخل له ولا يسقط الضمان اللازم قبل التخلل كما في السمن العائد على أحد الوجهين ويجرى هذا الخلاف فيما إذا غصب بيضة فتفرخت عنده أو بذرا فزرعه فنبت أو بزرق فصار قزا فعلى الاصح الحاصل للمالك ولا يغرم الغاصب شيئا إلا أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما عصبه لان المغصوب قد عاد إليه زائدا وعلى الثاني يغرم المغصوب لهلاكه والحاصل للمالك في أظهر الوجهين وللغاصب في الآخر وبه قال أبو حنيفة والمزني ويجوز أن يعلم لما ذكرنا قوله ويرد الخل بالواو (وقوله) والاصح الاكتفاء به بالحاء والزاي لان اكاتفاء المالك مفرع على أنه له وهما لا يجعلان الحاصل له ثم الاكتفاء فيما إذا لم يكن الحاصل نقص وهو الغالب (الثانية) إذا غصب خمرا فتخللت في يده أو جلد ميتة فدبغه فوجهان (أصحهما) أن الخل والجلد للمغصوب منه لانه فرع ملكه فعلى هذا إذا تلف في يده غرمه (والثاني) أنهما للغاصب لحصولهما عنده بما ليس بمال وفي المسألة طريقان آخران (أحدهما) القطع بان الخل للمالك وتخصيص الوجهين بالجلد بأن الجلد صار مالا بفعله والخمر تخللت بنفسها (والثاني) القطع بأن الجلد للمالك وتخصيص الوجهين بالخل لان جلد الميتة يقتنى والخمر التي عصبها لا يجوز اقتناؤها فان كانت الخمر محترمة كانت كجلد الميتة وإذا جمعت الطرق واختصرت قلت هما للمالك أو للغاصب أو الخل للمالك والجلد للغاصب أو بالعكس فيه أربعة أوجه وإذا حكمنا بأنها للمالك وذلك فيما إذا لم يكن المالك معرضا

[311]

عن الخمر والجلد (وأما) إذا كان قد أرق الخمر أو القى جلد الشاة الميتة فأخذهما أحد هل للمعرض استرداد الحاصل فيه وجهان لأنه أبطل اختصاصه بالابقاء (وقوله) في الكتاب فإنه حصل بفعله فيما لامالية للمالك فيه هذا في الجلد ظاهر وفي الخمر كأنه يعني به الحفظ والامسك إلى أن تتخلل. قال (الثاني في الزيادة فإذا عصب حنطة فطحنها. أو ثوبا فقصره. أو خاطه. أو طينا فضر به لبنا. أو شاة فذبحها وشواها لم يملك (ح) شيئا من ذلك. بل يرده على حاله وأرش النقص ان نقص. وان عصب نقرة فصاعها حليا ردها كذلك. ولو كسره ضمن الصنعة وان كانت من جهته لأنها صارت تابعة للنقرة. فان أجبره المالك على رده إلى البقرة فله ذلك ولا يضمن أرش الصنعة. ويضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة بالكسر). الزيادة في المغصوب تنقسم إلى آثار محضة وإلى أعيان (أما القسم الاول) فالقول الحملى فيه أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئا لتعديه ثم ينظر ان لم يمكن رده إلى الحالة الاولى رده بحاله وأرش النقص وان نقصت قيمته وان أمكن رده إلى الحالة الاولى فان رضى به المالك لم يكن للغاصب رده إلى ما كان وعليه أرش النقص ان كان فيه نقص الا أن يكون له عرض في الرد إلى الحالة الاولى فله الرد وان ألزمه الرد إلى الحالة الاولى لزمه ذلك وأرش النقص ان نقص عما كان قبل تلك الزيادة. إذا تقرر ذلك فمن صور هذا القسم طحن الحنطة وقصارة الثوب وخطاطته وضرب الطين لبنا وذبح الشاة وشيها ولا يملك الغاصب المغصوب بشئ من هذه التصرفات بل يردها مع أرش النقص ان نقصت القيمة وقد ذكرنا خلاف أبي حنيفة وانما تكون الخطاطة من هذا القسم إذا خاط بخيط المالك (أما) إذا كان الخيط للغاصب فستأتي نظائره في الطحن والقصارة والذبح والشئ لا يمكن الرد إلى ما كان وكذا في شق الثوب وكسر الاناء ولا يجبر على رفو الثوب واصلاح الاناء لأنه لا يعود إلى ما كان بالرفاء والاصلاح وعن مالك أنه يجبر عليها كما في تسوية الحفر ولو غزل القطن المغصوب رد الغزل وأرش النقص إن نقص

[312]

ولو نسج الغزل المغصوب فالكرباس للمالك مع أرش النقص ان قرض نقص وليس للمالك اجباره على نقضه ان كان لا يمكن رده إلى الحالة الاولى ونسجه ثانيا وان أمكن كالحز فله اجباره عليه فان نقضه ونقصت قيمته عن قيمة الغزل في الاصل غرمه ولا يغرم ما كان قد زاد بالنسج وقات بالنقص لان المالك أمره بذلك فان نقص من غير اذن المالك ضمنه أيضا ولو عصب نقرة وضربها دراهم أو صاع منها حليا أو عصب نحاسا أو زجاجا واتخذ منه اناء فان رضى المالك به رده كذلك وان لم يكن له رده إلى الحالة الاولى الا أن يكون ضرب الدراهم بغير اذن السلطان أو على غير عيابه لأنه حينئذ يخاف التعرير. قال (ولو عصب ثوبا قيمته عشرة وصبغه بصيغ قيمته عشرة فصارت قيمة الثوب عشرين فهما شريكان. فيباع ويقسم الثمن بينهما. فان وجد زيون يشتري بثلاثين صرف إلى كل واحد خمسة عشر. وان عاد الثوب إلى خمسة عشر بالصيغ حسب النقصان على الصيغ. وان عاد إلى ثمانية صاع الصيغ وغرم الغاصب درهمين. وكذا القول في ثبوت الشركة إذا طير الريح الثوب إلى اجانة صباغ. أو صيغ الثوب المغصوب بصيغ مغصوب من غيره. فان قبل الصيغ الفصل أجبر الغاصب

على فصله كما يجبر على قلع الزرع والغراس والبناء وان نقص زرعه به. وقال ابن سريج لا يجبر على فصل الصيغ ان كان يضيع بالفصل أولا تفي قيمته بما يحدث في الثوب من نقصان بسبب الفصل. ومهما طولب بالفصل وكان يستضر به فلو تركه على المالك أجبر على قبوله في وجه كالتعل في الدابة المردودة بالعيب. وان لم يكن عليه ضرر لم يكن له الاجبار على القبول. ولو بذل المالك قيمة الصيغ لم يكن له أن يتملك عليه فان بيع الثوب للخلاص من الشركة سهل. بخلاف المعير يتملك بناء المستعير بيدل لان بيع العقار عسير. ومهما رغب المالك في بيع الثوب أجبر الغاصب على بيع الصيغ ليصل كل واحد إلى الثمن. فان رغب الغاصب ففي اجبار المالك وجهان).

[313]

القسم الثاني الاعيان فمن صوره صبغ الثوب المغصوب ونقدم عليه وصورتين مقصودتين في نفسيهما ويحتاج اليهما في مسألة الصيغ (أحدهما) إذا غصب أرضا وبني فيها أو غرس أو زرع كان لصاحب الأرض أن يكلفه القلع قال صلى الله عليه وسلم (ليس لعرق ظالم حق) (1) وعن أحمد أنه لا يكلف قلع الزرع مجانا لان له غاية تنتظر ولكن يخير صاحب الأرض بين أن يبقيه بأجرة وبين أن يتملكه ويغرم مثل البذر وأجرة عمله والو أراد الغاصب القلع لم يكن للمالك منعه فانه عين ماله وإذا قلع فعليه الأجرة وفي وجوب التسوية أو الارش ما قدمناه في نقل التراب وان نقصت الأرض لطول مدة الغراس فيجمع بين أجرة المثل وأرش النقص أولا يجب الا أكثرهما فيه الخلاف المذكور فيما إذا ابلى الثوب بالاستعمال ولو أراد صاحب الأرض أن يتملك البناء أو الغراس بالقيمة أو بتقيتهما أو الزرع بالأجرة هل على الغاصب اجابته قال في التتمة فيه وجهان (أحدهما) نعم

[314]

كالمستعير وبل أولى فان الغاصب متعدد (وأظهرهما) المنع لتمكنه من القلع بلا غرامة بخلاف المعير وهذا ما ذكره الامام حكاية عن القاضي الحسين * ولو غصب من رجل أرضا وبذرا وزرعها به فللمالك أن يكلفه اخراج البذر من الأرض ويغرمه أرش النقصان وليس للغاصب اخراجه إذا رضي المالك (الثانية) إذا زوق الدار المغصوبة نظران كان بحيث لو نزع حصل منه شيء فللمالك اجباره على النزع وان تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة النزع هل يجبر المالك على قبوله فيه وجهان نشرجهما في مسألة الصيغ ولو أراد الغاصب نزعها فله ذلك لانه عين ماله ولا فرق بين أن يكون للمنزوع قيمة أولا يكون فإذا نزع فنقصت الدار عما كانت قبل التزويق لزمه الارش وان كان التزويق محض تمويه لا يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع ان رضي المالك وهل له اجباره عليه فيه وجهان (أحدهما) نعم لانه قد يريد تغريمه أرش النقص الحاصل بازالته (والثاني) لا كما في الثوب إذا قصر وقال في التهذيب وهو الاصح. إذا عرفت ذلك عدنا إلى الصيغ وقلنا للصيغ الذي يصيغ به الثوب أحوال (أن يكون) للغاصب فينظر ان كان الحاصل تمويها محضا فالحكم على ما ذكرنا في التزويق وان حصل بالانصباع عين مال فيه فاما أن لا يمكن فصله عنه أو يمكن (القسم الاول)

إذا لم يمكن فصله عنه فعن صاحب التقريب حكاية قول عن القديم أنه يفوز به صاحب الثوب تشبيها له بالسمن (والمذهب) المشهور أنه ليس له ذلك لكن قضية الشركة بين المالك والغاصب لأنه عين مال له انضم إلى ملك المغصوب منه بخلاف السمن وبخلاف القصاراة والطحن ونحوهما فانهما أثار محضه وحينئذ ينظر ان كانت قيمة الثوب مصبوغا مثل قيمته وقيمة الصبغ قبل الصبغ كما إذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وهو

[315]

يساوى بعد الصبغ عشرين فهو بينهما بالسوية حتى لو وجدا راغبا باعاه منه بثلاثين فهي بينهما وان نقصت قيمته مصبوغا عن قيمتها بأن عاد الثوب مصبوغا والتصوير كما سبق إلى خمسة عشر اطلق الاكثرون بأن النقصان محسوب من الصبغ لان الاصل هو الثوب والصبغ وان كان علينا كالصفة التابعة للثوب فيكون الثوب المصبوغ بينهما اثلاثا الثلثان للمغصوب منه والثلث للغاصب وفي الشامل والتتمة انه ان كان النقصان لانخفاض سوق الثياب فالنقصان محسوب من الثوب وان كان لانخفاض سوق الاصباغ فمن الصبغ وكذا لو كان النقصان بسبب العمل لان صاحب الصبغ هو الذي عمل ويمكن ان يكون اطلاق من اطلق منزلا على هذا التفصيل وان كانت قيمته بعد الصبغ عشرة انحق الصبغ ولا حق فيه للغاصب وان تراجعت القيمة وكان الثوب مصبوغا يساوى ثمانية فقد ضاع الصبغ ونقص من الثوب درهمان فيرده مع درهمن وان زادت قيمة الثوب مصبوغا عن قيمتها قبل الصبغ بان بلغت ثلاثين في الصورة المذكورة فمن أطلق الجواب في طرف النقصان أطلق القول ههنا بأن الزيادة بينهما على نسبة ماليتها ومن فصل قال ان كان ذلك لارتفاع سوق الثياب فالزيادة لصاحب الثوب وان كان لارتفاع سوق الاصباغ فهي للغاصب وان كان للعمل والصنعة فهي بينهما لان كل واحد منهما قد زاد بالصنعة والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب إذا استندت إلى الاثر المحض تسلم للمغصوب منه (القسم الثاني) إذا أمكن فصله من الثوب (فعن) صاحب التقريب نقلا عن القديم انه ان كان المفصول لاقيمة له فهو كالسمن (والمذهب) انه ليس كالسمن وان لا يفوز به المغصوب منه

[316]

هل يملك اجبار الغاصب على فصله فيه وجهان (احدهما) نعم كما يملك اجباره على اخراج الغراس ويحكي هذا عن ابن خيران وابي اسحق في الزيادات على الشرح (والثاني) لاوبه قال ابن سريج لما فيه من الضرر بخلاف الغراس فانه لا يضيع بالاخراج ولان الارض بالقلع تعود إلى ما كانت والثوب لا يعود ولان الاشجار تنتشر عروقها واغصانها فيخاف ضررها في المستقبل وهذا اظهر عند اصحابنا العراقيين وقال صاحب التهذيب في طائفة الاول اصح وكذا ذكره الامام وحكى قطع المراوزة به وان موضع الوجهين ما إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسرانا بينا وذلك قد يكون لصياع المنفصل بالكلية وقد يكون لحقارته بالاضافة إلى قيمة الصبغ ومن جملة الصياع ان يحصل في الثوب نقصان بسبب الفصل لا يفي بارشه

قيمة المفصول ولو رضى المعسوب منه بإبقاء الصبغ وإراد الغاصب فصله
فله ذلك ان لم ينتقص الثوب وان انتقص قال الامام يبنى على الخلاف في
ان المعسوب منه هل يجبره على الفصل (ان قلنا لا لم يفصله) (وان قلنا)
نعم فله ذلك وهو الاظهر ويحكى الاول عن ابي الطيب بن سلمة وان
تراصيا على ترك الصبغ بحاله فهما شريكان وكيفية الشركة كما بينا في
القسم الاول ثم الكلام في فروع (احدها) لو ترك الغاصب الصبغ على
المالك ففي اجباره على القبول وجهان ووجه الاجبار صيرورته كالصفة
التابعة للثوب وايضا فان المشتري إذا انعل الدابة ثم اطلع على عيبها
فردّها مع النعل لكان يعيبها لو نزع النعل يجبر البائع على القبول ووجه
المنع القياس الظاهر ويدل عليه أنه لا جبر على قبول البناء والغراس إذا
تركه الغاصب وذكر القاضي الروياني ان الاول ظاهر المذهب لكن الثاني
اقيس واشبه ويخالف مسألة النعل لان الغاصب متعد والمشتري غير
متعدي على انه لو الحق بما إذا صبغ المشتري الثوب بما زاد في قيمته ثم
اطلع على عيبه فردّه مسامحا بالصبغ لكان اقرب

[317]

لما مر من أن الصبغ يصير ملكا للبائع (فأما) في مسألة النعل فانه يجبر
على قبول النعل وفي دخول النعل في ملكه اختلاف مذکور في موضعه
وذكر الامام في الفرع شيتين (أحدهما) ان في موضع الوجهين طريقين
(أحدهما) أنهما مطردان فيما إذا أمكن فصل الصبغ وفيما إذا لم يمكن
(وأظهرهما) التخصيص بما إذا أمكن وقلنا ان الغاصب يجبر على الفصل
والا فهما شريكان لا يجبر واحد منهما على قبول الهبة من الآخر وعلى هذا
فطريقان (أحدهما) ان الوجهين فيما إذا كان يتضرر بالفصل إما لما يناله
من التعب أو لان المفصول يضيع كله أو معظمه فان لم يكن كذلك لم يلزمه
القبول بحال (والثاني) ان الوجهين فيما إذا كان الثوب ينقص بالفصل
نقاصانا لا بقى بارش قيمته الصبغ المفصول فان وفى لم يلزمه القبول
وان تعيب أوضاع معظم المفصول (والثاني) إذا قلنا بلزوم القبول على
المعسوب منه فلا حاجة إلى تلفظه بالقبول و (أما) من جهة الغاصب فلا بد
من لفظ يشعر بقطع الحق كقوله أعرضت عنه أو تركته إليه أو أبرأته عن
حقي أو أسقطته قال ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتمليك (الثاني) لو
بذل المعسوب منه قيمة الصبغ وأراد أن يملكه على الغاصب هل يجاب إليه
فيه وجهان سواء كان الصبغ مما يمكن فصله أو مما لا يمكن (أحدهما) نعم
ويجبر الغاصب على قبوله لينفصل الامر بينهما وقد شبه ذلك بما إذا رجع
المعير وقد بني المستعير أو عرس فان له أن يملكه عليه بالقيمة وبهذا
قال أبو حنيفة (وأظهرهما)

[318]

وهو المذكور في الكتاب المنع ويفارق مسألة العارية لان المعير لا يتمكن
من القلع مجانا فكان محتاجا إلى التملك بالقيمة وههنا بخلافه وأيضا فان
بيع العقار عسير وبيع الثوب سهل وبه يحصل الخلاص من الشركة وفي
النتمة أنه ان كان الصبغ بحيث لو فصل حصل منه شيء ينتفع به ففي تملك
المعسوب منه الوجهان المذكور ان في الغراس والبناء وان كان لا يحصل

منه شئ فله تملكه لا محالة فيتولد من هذا وجه ثالث فارق (الثالث) متى اشتركا في الثوب المصبوغ فهل لاحدهما الانفراد ببيع ما يملكه منه جعله الامام على الوجهين في بيع دار لا يمر لها لانه لا يتأتى الانتفاع باحدهما دون الآخر (والاظهر) المنع فلو رغب مالك الثوب في البيع ففي المهدب والتهذيب انه يباع ويجبر الغاصب على موافقته ووجهه ان المالك ان لم يتمكن من بيع الثوب وحده فامتناع الغاصب منع له من بيع ماله وان تمكن فلا شك في عسر البيع عليه لقلة الراغبين فيه والغاصب متعدد فليس له الاضرار بالمالك بالمنع من البيع وتعسيره وان رغب الغاصب في البيع ففي اجبار المالك على موافقته وجهان (أحدهما) يجبر تسوية بين الشريكين ليصل كل واحد منهما إلى عين ملكه (وأظهرهما) المنع كيلا يستحق المتعدى بتعديه ازالة ملك غير المتعدى وفي النهاية أن واحدا منهما لا يجبر على موافقة الآخر على قياس الشركة في الاموال (الحالة الثانية) أن يكون الصبغ مغصوبا من غير مالك الثوب ايضا فان لم يحدث بفعله نقصان

[319]

وبلا غرم على للغاصب وهما شريكان في الثوب المصبوغ كما سبق في الغاصب والمالك وان حدث نظر ان كانت قيمته مصبوغا عشرة والتصوير كما تقدم فهو لصاحب الثوب ويغرم الغاصب الصبغ للآخر وان كانت قيمته خمسة عشر روى صاحب التهذيب ان الثوب بينهما بالسوية ويرجعان على الغاصب بخمسة قال والقياس أن يكون بينهما اثلاثا كما مر في الحالة الاولى وهذا ما نقله غيره وهو الحق فان كان مما يمكن فصله فلهما تكليف الغاصب الفصل فان حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما كان قبل الصبغ غرمه الغاصب ولصاحب الثوب وحده طلب الفصل أيضا إذا قلنا ان الملك يجبر الغاصب على الفصل في الحالة الاولى وهذا إذا حصل بالانصباع عين مال في الثوب فان لم يحصل الا بمؤنة فالحكم ما بينا في التزويق ويقاس بما ذكرنا في الحالتين ثبوت الشركة فيما إذا طير الريح ثوب انسان في اجانة صباغ ونصبغ لكن ليس لاحدهما أن يكلف الآخر الفصل ولا التغريم ان حصل نقص في أحدهما إذ لاتعدى ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة فعلى ما تقدم (الحالة الثالثة) أن يكون الصبغ مغصوبا من مالك الثوب أيضا فان لم يحدث بفعله نقصان فهو للمالك ولا غرم على الغاصب ولا شئ له ان زادت القيمة لان الموجود منه أثر محض وان حدث بفعله نقصان غرم الارش وإذا أمكن الفصل فللمالك اجباره عليه وليس للغاصب الفصل إذا رضى المالك (واعلم) أن المذكور في

[320]

الكتاب هو الحالة الاولى وفي أثنائها تعرض للثانية (وقوله) في أول الفصل فلهما شريكان يجوز اعلامه بالواو لما حكى عن القديم من تنزيله منزلة السمن (وقوله) فيباع ليس المراد منه البيع القهري وانما الغرض ههنا أنه إذا بيع كان الثمن بينهما كما كان الثوب مشتركا بينهما ثم ان رضيا بالبيع فذاك والا فهل يجبر احدهما الآخر فيه ما قد عرفت (وقوله) وان عاد الثوب إلى خمسة عشر بالصبغ يمكن أن يفهم من قوله بالصبغ الاحتراز عما إذا

كان النقصان بسبب تراجع الاسواق فان النقصان حينئذ لا يحسب من الصبغ إذا كان التراجع في الثياب على ما حكيناه عن الشامل والتتمة (وقوله) وكذا القول في ثبوت الشركة إذا طيرت الريح الثوب انما قال في ثبوت الشركة ولم يقل وكذا القول فيما إذا طيرت الريح الثوب لان الصورتين اللتين ذكرهما ليستا كما إذا صبغ الثوب المصبوغ بصبغ نفسه في جميع الاحكام المذكورة ادلور رجع الثوب مصبوغا إلى ثمانية لا يغرم صاحب الاجانة شيئا وانما الصورتان كتلك الصورة في ثبوت الشركة فيهما حيث ثبتت الشركة فيهما ويجوز أن يعلم بالواو لان قياس القول القديم أن يفوز صاحب الثوب بالصبغ في الصورتين ولا تثبت الشركة (وقوله) كما يجبر على قلع الزرع والغراس والبناء وان نقص زرعه به أشار بقوله وان نقص زرعه به إلى أنه لا عبرة بما يعرض في الصبغ من ضرر بسبب انتشاره وتمدده كما لا عبرة بنقصان الزرع (وقوله) ومهما طولب بالفصل وكان يستنصر به (وقوله) بعد ذلك وان

[321]

لم يكن عليه ضرر لم يكن له الاجبار على القبول جواب على طريقة تخصيص الوجهين بما إذا تضرر بالفصل وقد بينا ما فيه من الاختلاف فيجوز اعلام قوله لم يكن له الاجبار بالواو (وقوله) لم يكن له أن يملك معلم بالحاء والواو (وقوله) لتضمن الغاصب على بيع الصبغ بالواو لما حكينا عن النهاية (فرع) إذا كان الصبغ للغاصب وقيمه عشرة وقيمة الثوب عشرة وبلغت قيمته مصبوغا ثلاثين ففصل الغاصب الصبغ ونقصت قيمة الثوب عن عشرة لزمه ما نقص عن عشرة وكذا ما نقص عن خمسة عشران فصل بغير ان المالك وطلبه وان فصل بآذنه لم يلزمه إلا نقصان العشرة وان عادت قيمته مصبوغا إلى عشرة لتراجع الاسواق وكان التراجع في الثياب والاصباغ على وتيرة واحدة فالثوب بالسوية بينهما كما كان والنقصان داخل عليهما جميعا وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع رد العين نعم لو فصل الصبغ بعد تراجع القيمة إلى عشرة فصار الثوب يسوى أربعة دارهم غرم ما نقص وهو خمس الثوب بأقصى القيم والمعتبر في الاقصى خمسة عشران فصل بنفسه وعشرة ان فصل بطلب المالك له. قال (وإذا غصب زيتا وخلطه بزيتة فالنص أنه كالأهلاك فيضمن المثل من أين شاء. وتخرج الاصحاب أن لا ضمان لانه لو خلطه بمثله فهو مشترك. وان خلطه بالاجود أو بالارد فقولان. ان)

[322]

قلنا) انه هالك غرم مثله من أين شاء. (وأن قلنا) انه مشترك فيباع الكل ويوزع على نسبة القيمة ولا يقسم الزيت (و) بعينه على تفاوت فيؤدي إلى الربا. وخلط الدقيق كخلط الزيت بالزيت. وخلط الزيت بالشيرج أولى بجعله اهلاكا. وخلط الحنطة بالشعير ليس باهلاك بل يلزمه الفصل بالالتقاط) إذا خلط الزيت المغصوب بغيره لم يخل اما أن يتعذر التمييز بينهما أو لا يتعذر. ان تعذر فاما أن يكون ذلك الغير من جنسه أو لا يكون. ان كان من جنسه كالزيت والزيت والحنطة والحنطة نظر ان خلطه بأجود من المغصوب فالنص أنه كما لو هلك حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقه من غير

المخلوط ونص في التفليس فيما إذا خلطه بالاجود ثم فلس على قولين (أحدهما) هذا حتى لا يكون للبائع الا المضاربة بالثمن (والثاني) أنهما شريكان في المخلوط ويرجع البائع إلى حقه منه واختلف الاصحاب على طريقين (أظهرهما) اثبات القولين في الغصب أيضا وجه جعله هالكا تعذر رده والوصول إليه وأيضا فان قلنا بالشركة لاحتجنا إلى البيع وقسمة الثمن بينهما كما سيأتي ولا يصل المالك إلى عين حقه ولا إلى مثله مع وجود العين والمثل أقرب إلى حقه من الثمن ووجه الشركة القياس على مسألة الصبغ وعلى ما إذا اختلط الزيتان بنفسهما أو برضى المالكين وأيضا فلو غصب صاعا من هذا وصاعا

[323]

من هذا وخلطهما وجعلناهما هالكين ينتقل الملك فيهما إلى الغاصب وذلك بمحض التعدي وأظهر القولين عند الاكثرين الاول المنصوص وعند الامام والمتولي الثاني (والطريق الثاني) القطع بالقول الاول والفرق أنا إذا لم نثبت الشركة هناك لا يحصل للبائع تمام حقه بل يحتاج إلى المضاربة وههنا يحصل للمالك تمام البدل وان خلطه بمثله ففيه الطريقان وطريق ثالث وهو القطع بالشركة لان في اثبات الشركة اتصال المالك إلى بعض حقه بعينه والى بدل بعض من غير زيادة تقوم على الغاصب فكان أولى من اتصاله إلى بدل الكل وحكى ذلك عن ابن سريج وأبى اسحق وان خلطه بأردأ منه فالنص أنه كالهالك أيضا ويحيى فيه الطريقان المذكوران في الاجود ولكن المنصوص في التفليس والحالة هذه ليس إلا قول الشركة وذكرنا أن بعضهم خرج فيه قولا آخر يمكن أن يكون مخرجا من نصه ههنا ويكون في الصورتين قولا بالنقل والتخريج من الطرفين ويمكن أن يكون قول الهلاك في الاردأ مخرجا من توجيهه في الاردأ فان الشافعي رضى الله عنه قال الذائب إذا اختلط انقلب حتى لا يوجد عين ماله على ما مر وإذا اختصرت قلت في الخلط المطلق ثلاثة أوجه (ثالثها) الفرق بين خلط بغير المثل فيكون المغصوب هالكا وبالمثل فيشتركان. (التفريع) إن جعلنا الاختلاط كالهلاك فللغاصب أن يعطيه المثل من غير المخلوط وله أن يعطيه منه إذا كان الخلط بالمثل وكذا لو خلطه بالاجود لان المخلوط خير من المغصوب وليس له ان يعطيه قدر حقه من المخلوط إذا خلط بالاردأ إلا إذا رضى المالك وإذا رضى فلا أرش له كما إذا أخذ الردئ من موضع آخر وان حكمنا بالشركة فان خلط بالمثل فقدر زنته من المخلوط وان خلط بالاجود

[324]

كما إذا خلط صاعا قيمته درهم بصاع قيمته درهمان نظر ان أعطاه صاعا من المخلوط أجب المالك على قبوله لان بعضه من حقه وبعضه خير منه والافباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما أثلاثا فان أرادا قسمة عين الزيت على نسبة القيمة فالظاهر أنه لا يجوز لانه يكون أخذ ثلثي صاع لجودته في مقابلة صاع وهو ربا وعن رواية البيهقي أنه يجوز وبني ذلك على أن القسمة افراز حق لبيع وفي المسألة وجه أنه يكلف الغاصب تسليم صاع من المخلوط لان اكتساب المخلوط صفة الجودة بالخلط كزيادة متصلة

تحصل في يد الغاصب وان خلط بالاردا كما إذا خلط صاعا قيمته در همان بصاع قيمته درهم أخذ المالك من المخلوط صاعا مع أرش النقصان لان الغاصب متعدد بخلاف ما إذا خلط المشتري بالاردا وأفلس فان البائع اما أن يقنع بصاع من الخلووط أو يضارب مع الغرماء فان اتفقا على بيع المخلوط وقسمة الثمن أثلاثا جاز وان أرادا قسمة عين الزيت على نسبة الثمنين فمنهم من جعله على الخلاف المذكور في طرق الاجود ومنهم من قطع بالمنع لانه أمكن الرجوع إلى صاع منه مع الارش ولا حاجة إلى احتمال القسمة المشتملة عيل التفاصل وخلطه الخل بالخل واللبن باللبن كخلط الزيت بالزيت وإذا خلط الدقيق بالدقيق (فان قلنا) انه مثلى وبه قال ابن سريج فهو كخلط الزيت بالزيت أيضا (وان قلنا) انه متقوم (فان قلنا) ان المختلط هالك فالواجب على الغاصب القيمة (وان قلنا) بالشركة فيباع ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين فان أرادا قسمة عين الدقيق على نسبة القيمتين والخلط بالاجود أو الاردا فهو على ما ذكرنا في قسمة الزيت المخلوط وان كان الخلط بالمثل فالقسمة جائزة ان جعلناها افرارا وان جعلناها بيعا لم تجز لان بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز هذا إذا كان الخلط بالجنس (أما) إذا خلط

[325]

المغصوب بغير جنسه كما لو خلط زيتا بشيرج أو دهن بان أو دهن جوز أو خلط دقيق حنطة بدقيق شعير فالمغصوب هالك لبطلان فائدته وخاصيته باختلاط غير الجنس به بخلاف الجيد مع الردي ومنهم من جعله على الخلاف السابق ووجه ثبوت الشركة مالمو خلطا بالرصى هذا ما اختاره صاحب التتمة ههنا أيضا وقال ان تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن جاز وان اراد قسمته جازو كان المغصوب منه باع ما يضمن في يد الغاصب من الزيت بما يصير في يده من الشيرج قال الامام وألحق الاصحاب بخلط الزيت بالشيرج لت السوق بالزيت وهو بعيد وانما هو كصبيغ الثوب وهذا في الخلط الذي يتعذر معه التمييز والفصل بالالتقاط وان شق سواء خلط بالجنس كالحنطة البيضاء والحمراء أو بغير الجنس كالحنطة والشعير والمواضع الذي ينبغي أن يعلم عليها من الفصل غير خافية. (فرع) لو خلط الزيت بالماء وأمكن التمييز لزم التمييز وأرش النقص ان كان فيه نقص وان لم يمكن التمييز فهو كخلطه بالبان الا أن لا يبقى له قيمة فيكون هالكا لا محالة فان حصل فيه مميز أو غير مميز نقص سيار فقد سبق حكمه. قال (ولو غصب ساجة وأدرجها في بنائه لم يملك بل يرد (ح) على مالكة وان أدى إلى هدم بنائه. وان أدرج في سفينة لم ينزع ان كان في النزع اهلاك الغاصب. أو اهلاك حيوان محترم. أو اهلاك مال لغيره ولكن يغرم القيمة في الحال للحيلولة إلى أن يتيسر الفصل. وان لم يكن فيه الامال الغاصب ففي جواز النزع وجهان).

[326]

إذا غصب ساجة وأدرجها في بنائه أو بني عليها أو على آجر مغصوب لم يملك المغصوب وعليه اخراجه من البناء ورده إلى المالك وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة يملك ويغرم قيمته لنا أنه بنى على ملك الغير

عدوانا فلا يزول به ملك المالك قياسا على مالو غضب أرضا وبني عليها وأيضاً فإن القدرة على المثل تمنع من العدول إلى القيمة لأن المثل أقرب إلى المغصوب فأولى أن تمنع القدرة على العين العدول إلى القيمة وهذا ما لم تعفن الساجدة فإن عفنت بحيث لو أخرجت لم يكن لها قيمة فهي مستهلكة فإن أخرجها وردّها لزمه أرش النقص أن دخلها نقص وفي الأجرة ما ذكرنا في إبلاء الثوب بالاستعمال ولو أدرج لوحا مغصوبا في سفينة نظر أن لم يخف من النزاع هلاك نفس ولا مال بأن كانت على وجه الأرض أو مرساة على الشط أو أدرج في أعلاها ولم يخش من نزعه الغرق أو لم يكن فيها نفس ولا مال ولا خيف هلاك السفينة نفسها نزع ورد وخلاف أبي حنيفة عائد فيه وأن كان في لجة البحر وخيف من النزاع هلاك حيوان محترم سواء كان آدميا أما الغاصب أو غيره أو غير آدمي لم تنزع حتى تصل إلى الشيط وإن خيف من النزاع هلاك مال أما نفس السفينة أو غيرها فهو أما للغاصب أو لمن وضع فيها وهو يعلم أن فيها لوحا مغصوبا أو لغيرهما أن كان لغيرهما لم ينزع أيضا وإن كان لهما فوجهان (أصحهما) عند الإمام النزع كما يهدم البناء لرد الساجدة ولا يبالي بما يضيع عليه (والثاني) وهو الأصح عند ابن الصباغ وغيره أنه لا ينزع لأن السفينة لا تدوم في البحر فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشط بخلاف الساجدة المدرجة في البناء فإن البناء للتأبير وحيث لا تنزع إلى الوصول إلى الشط توجد القيمة للحيلولة إلى أن يتيسر الفصل فحينئذ يرد اللوح مع أرش النقص أن نقص ويسترد القيمة أن قلنا لا يبالي في النزاع بهلاك مال الغاصب فلو اختلطت التي أدرج منها اللوح بسفن الغاصب ولا توقف على النزاع إلا بفصل الكل حكى في المهذب فيه وجهين.

[327]

قال (وكذا لو غضب خيطا وخاط به جرح آدمي أو حيوان محترم غير مأكول وكان في نزعه خوف هلاك لم ينزع إذ يجوز الغصب بمثل هذا القدر ابتداء بل يغرم قيمته. فإن مات المجروح أو ارتد ففي النزاع لان فيه مثله. وفي الحيوان المأكول خلاف لأنه ذبح بغير مأكلة. وينزع عن الخنزير والكلب العقور إذ لأحرمة لهما). الخيط المغصوب إن خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما في البناء على الساجدة وإن خيط به جرح حيوان فهو إما محترم أو غيره (القسم الأول) المحترم وهو الأدمي وغيره (أما) الأدمي فإن خيف من نزعه هلاكه لم ينزع وعلى الغاصب قيمته ثم إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقر عليه وإن خاط جرح غيره بآذنه وهو عالم بالغصب فقرار الضمان عليه وإن كان جاهلا فعلى الخلاف فيما إذا أطعم المغصوب غيره وفي معنى خوف الهلاك خوف كل محذور يجوز العدول إلى التيمم من الوضوء وفاقا وخلافا قال الإمام ولو رتب أنقذ وجهان (أحدهما) أن ترك الخيط أولى لقيام القيمة مقامه (والثاني) أن نزعه أولى لتعلقه بحق الأدمي المني على الضيق (وأما) غير الأدمي فهو على ضربين (أحدهما) غير المأكول فالحكم فيه كما في الأدمي إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشين فيه (والثاني) المأكول فإن كان لغير الغاصب لم ينزع وإن كان للغاصب ففيه قولان وقيل وجهان (أحدهما) وهو رواية الربيع أنه يذبح ويرد الخيط لأنه جائز الذبح ويذبحه يصل الحق إلى المستحق (وأظهرهما) المنع كما في غير المأكول لأن الحيوان حرمة في نفسه ألا ترى أنه يؤمر بالانفاق عليه ويمنع من إتلافه وإذا لم يقصد بالذبح

[328]

الاكل منع مه وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم (نهى عن ذبح الحيوان إلا لمأكلة) (1) وإذا مات الحيوان الذي خيط به جرحه فإن كان غير الآدمي نزع منه الخيط وفي الآدمي وجهان (أصحهما) على ما ذكره في النهاية أنه ينزع وإن لم ينزع في الحياة لحرمة الروح (والثاني) المنع لأن الآدمي محترم بعد الموت ولذلك قال صلى الله عليه وسلم (كسر عظم الميت ككسر عظم الحي) (2) (القسم الثاني) غير المحترم فلا يبالي بهلاكه ونزعه منه الخيط ومن هذا القسم الخنزير والكلب العقور (أما) كلب الصيد والماشية فلا يجوز النزع منه قاله الامام والحق الكلب الذي لا منفعة فيه بالمؤذيات وذكر ترددا فيما إذا خاط به جرح مرتد وحكم بأن الأوجه المنع لأن المثلة بالمرتد محرمة وليست كالمثلة بالميت لانا نتوقع بالمرتد عودا إلى الاسلام هذا لفظه ويوافق ذلك قوله في الكتاب أو ارتد ففي النزع خلاف غير أن الامام صورته فيما إذا خيط به جرح المرتد ولفظ الكتاب فيما إذا طرأت الردة على الخياطة والذي أجاب به الاكثرون أن المرتد غير محترم فينزع الخيط منه وكذا الحربى وخرج صاحب التتمة فيما إذا خاط به جرح الزاني المحصن أو المحارب على الخلاف فيما إذا خاط به جرح معصوم فمات لأن تفويت روحه مستحقة فالحق

[329]

بالميت ويبني على التفصيل المذكور في جواز غصب الخيط ابتداء ليخاط به الجرح إذا لم يوجد خيط حلال فيحث حكمنا بالنزع لا يجوز الغصب وحيث قلنا لا ينزع يجوز والى هذا أشار بقوله إذ يجوز الغصب بمثل هذا القدر ابتداء. قال (ولو أدخل فصيلا في بيته أو ديناراً في محبرته وعسر أراحه كسر عليه تخليصاً للمال. وإن لم يكن بفعله فالأظهر أن المخلص ماله يغرم أرش النقص. وإن غصب فرد خف قيمة الكل عشرة وقيمة الفرد ثلاثة ضمن سبعة لأن الباقي ثلاثة. وقيل ثلاثة لأنه المعصوب. وقيل خمسة كما لو أتلغ غيره الفرد الآخر تسوية بينهما). فيه فرعان (أحدهما) فصيل رجل حصل في بيت آخر ولم يمكن أخراجه إلا بنقص البناء فينظر إن كان بتفريط من صاحب البيت بأن غصبه وأدخله فيه نقص ولم يغرم صاحب الفصيل شيئاً وإن كان بتفريط من صاحب الفصيل فإذا نقص البناء غرم أرش النقص وإن دخل الفصيل بنفسه نقص أيضاً وهل على صاحب الفصيل أرش النقص قال العراقيون نعم وهو ظاهر المذهب لأنه إنما نقص لتخليص ملكه وذكر الامام وصاحب الكتاب فيه خلافاً ووجه المنع أنه لا تفريط من أحد والأخراج لا بد منه لحرمة الروح وإنما ينتظم هذا إذا كان الفرض فيما إذا خيف هلاكه لو لم يخرج ولو وقع دينار في محبرة ولم يخرج إلا بكسرها إن وقعها فيها بفعل صاحب المحبرة عمداً أو سهواً كسرت ولا غرم على صاحب الدينار وإن وقع بفعل صاحب الدينار فعليه الارش وإن وقع من غير تفريط من أحد كسرت وعلى صاحب الدينار الارش وأجرى صاحب الكتاب في وجوب الارش الخلاف المذكور في الصورة الاولى لكن التوجيه الذي مر لا يجئ ههنا وقال ابن الصباغ إذا لم يفرط واحد مهتماً وضمن صاحب المحبرة الدينار

[330]

ينبغي أن يقال لا تكسر المحبرة لزوال الضرر بذلك وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر ولم تخرج الا بكسرها فان كان معها صاحبها فهو مفرط بترك الحفظ فان كانت غير مأكولة تخلص بكسر القدر وعليه أرش النقصان وان كانت مأكولة ففي ذبحها وجهان كما في مسألة الخيط وإذا لم يكن معها أحد فان فرط صاحب القدر مثل ان وضع القدر في موضع لاحق له فيه كسرت ولاغرم له وان لم يفرط كسرت وغرم صاحب البهيمة الارش ولم يذكر التفصيل المذكور في صورة القدر والفرق بين المأكول وغير المأكول في الفصيل والبيت والوجه التسوية (الثاني) غصب زوجي خف قيمتهما عشرة ثم رد إحداهما وقيمة ثلاثة وتلف الآخر يلزمه سبعة لان بعض المغصوب قد تلف والباقي ينقص ولو أتلف أحدهما أو غصبه وحده وتلف وعادت قيمة الباقي إلى ثلاثة ففيه وجه (أحدها) أنه يضمن سبعة لانه أتلف أحدهما وأدخل النقصان على الباقي بتعديده فان شبهه مالو حل أجزاء الباب والسرير فنقصت قيمته (والثاني) يضمن ثلاثة لان قيمة الفرد الذي أتلفه ثلاثة (والثالث) خمسة كما لو أتلف رجل أحدهما وآخر الآخر فانه يسوى بينهما ويضمن كل واحد منهما خمسة ونظم الكتاب يقتضي ترجيح الاول وبه قال الشيخ أبو حامد ومن تابعه وقال الامام وصاحب التهذيب الاظهر الثالث ولو أخذ أحدهما على صورة السرقة وقيمته مع نقصان الثاني نصاب لا يقطع بلا خلاف. (فرع) سيأتي القول في أن ما تتلفه البهيمة متى يضمنه مالؤها فإذا ابتلعت البهيمة شيئا واقتضى الحال لزوم الضمان نظر ان كان مما يفسد بالابتلاع ضمنه وان كان مما لا يفسد كاللأئي فان لم تكن مأكولة لم تذبح ويغرم قيمة ما ابتلعتة للحيلولة وان كانت مأكولة فعلى الوجهين السابقين

[331]

ولو باع بهيمة بثمن معين فابتلعتة نظر ان لم يكن الثمن مقبوضا انفسخ البيع وهذه بهيمة للبايع ابتلعت ما لا للمشتري الا ان يقتضي الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة فيستقر العقد ويكون ما جرى قبضا للثمن بناء على أن اتلاف المشتري قبض منه وان كان الثمن مقبوضا لم ينفسخ البيع وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مالا للبايع. (الفصل الثالث. في تصرفات الغاصب) قال (فإذا باع الجارية المغصوبة ووطنها المشتري وهو عالم لزمه الحد والمهر (ح) ان كانت مستكرهه. وان كانت راضية فوجهان لقوله عليه الصلاة والسلام (لامهر لبغي) ولكن المهر للسيد فيشبهه أن لا يؤثر رضاها. وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر تردد لان منافع البضع لا تدخل تحت الغصب. وان كان جاهلا لزمه المهر ولا يجب إلا مهر واحد بوطلات إذا تحدث الشبهة وفي تعدد الوطئ بالاستكراه تردد في تعدد المهر). هذا الفصل الثالث وان كان مترجما بتصرفات الغاصب مطلقا لكن القصد منه شيان (أحدهما) الكلام في وطئ المشتري من الغاصب (والثاني) فيما يرجع به إذا غرم على الغاصب واعلم قبل الشروع فيهما أنه إذا اتجر الغاصب في المال المغصوب ففيه قولان (الجديد) أنه ان باعه أو اشترى بعينه فالتصرف باطل وان باع سلما أو اشترى في الذمة وسلم المغصوب فالعقد صحيح والتسليم فاسد ولا تبرأ ذمته عما التزم ويملك ما يأخذ وارباحه له (والقديم) أنه يتبعه والشراء بعينه منعقد موقوفا على اجازة المالك فان اجازة فالربح له وكذا إذا التزم في الذمة وسلم

المغصوب وتكون الارباح للمالك وهذه المسألة قد مر ذكرها في أول البيع
ويتم شرطها في القراض والعرض الآن التذكير

[332]

بيان أن مسائل الفصل متفرعة على المذهب الجديد. إذا عرفت ذلك
فالمقصد الاول هو القول في وطئ المشتري من الغاصب ولا يخلو اما أن
يكون محبلا أولا (الضرب الاول) الوطئ الحالى عن الاحبال ونذكر أولا حكمه
إذا وجد من الغاصب بعضه فنقول انه مع الجارية المغصوبة اما أن يكونا
جاهلين بتحريم الوطئ أو عالمين أو أحدهما عالم والآخر جاهل ان كانا
جاهلين فلا حد عليهما وعليه المهر للسيد وكذلك أرش الافتضاض ان كانت
بكرا ثم ذكروا وجهين في أنا نفرد أرش الافتضاض من المهر فنقول عليه
مهر مثلها ثيبا وأرش الافتضاض أولا نفرد ونقول عليه مهر مثلها بكرا
ورجحوا الاول لوجوبها بسببين مختلفين وانفكاك كل واحد مهما عن
الآخر (فان قلت) هل يختلف المقدار بالاعتبارين أم لا أن اختلف وجب أن
يقطع بوجوب الزائد لان بناء أمر الغاصب على التعليل وان لم تختلف فلا
فائدة للوجهين (فالجواب) ان يقال ان اختلف المقدار فالوجه ما ذكرته وقد
اشار إليه الامام وان لم تختلف فللوجهين فوائد تطهر من بعد. وان كانا
عالمين بالتحريم فينظر ان كانت الجارية مكرهة فعلى الغاصب الحد
والمهر خلافا لابي حنيفة في المهر ويجب عليه أرش الافتضاض ان كانت
بكرا وان كانت طائعة فعليهما الحد وفي المهر وجهان ويقال قولان
(أحدهما) يجب لان المهر حق السيد فلا يؤثر فيه رضاها كما لو أذنت في
قطع يدها (وأظهرهما) وهو المنصوص أنه لا يجب لانها زانية ساقطة
الحرمة فاشبهت الحررة إذا زنت طائعة وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم
(نهى عن مهر البغي) (1) ويجوز

[333]

أن يكون مهرها للسيد ويتأثر بضعها كما لو ارتدت قبل الدخول أو أرضعت
ارضاعا مفسدا للنكاح ويجب أرش الافتضاض ان كانت بكرا إذا قلنا إنه يفرد
عن المهر وان قلنا لا يفرد ففي وجوب الزيادة على مهر مثلها وهي ثيب
وجهان (في وجه لا تجب كما لو زنت الحررة طائعة وهي بكر (وفي وجه)
تجب كما لو أذنت في قطع طرف منها. وان كان أحدهما عالما دون الآخر
فان كان الغاصب عالما فعليه الحد وأرش البكارة ان كانت بكرا والمهر وان
كانت الجارية عالمة فعليها الحد دونه ويجب المهران كانت مكرهة وان
كانت مطاوعة فعلى الخلاف. واعلم أن الجهل بتحريم وطئ المغصوبة قد
يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقا وقد يكون لتوهم حلها خاصة لدخولها
بالغصب في ضمانه ولاتقبل دعواهما الا من قريب العهد بالاسلام أو ممن
نشأ في موضع بعيد من المسلمين وقد يكون لاشتباهاها عليه وطنه أنها
جاريته ولا يشترط لقبول الدعوى ما ذكرناه. هذا في وطئ الغاصب وأما
المشتري من الغاصب فالقول في وطئه في حالتي العلم والجهل كما
ذكرنا في الغاصب الا أن الجهل في حق المشتري قد ينشأ من الجهل
بكونها مغصوبة أيضا فلا يشترط في دعواه الشرط السابق كما لا يشترط
في الاشتباه وإذا غرم المشتري المهر فيسأتى الخلاف في رجوعه على

الغاصب وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداء فيه وجهان عن صاحب
التقريب (وجه المنع) أن المهر بدل منفعة البضع وهى غير داخله تحت اليد
ولا مضمونة بالغصب (ووجه الثاني) وهو قضية كلام

[334]

المعظم أن الامر إذا أفضى إلى الغرم بعد فرضه غير متعلق بالغاصب
وأشار الامام إلى جريان الوجهين سواء قلنا برجوع المشتري على الغاصب
بالمهر أو بعدم الرجوع وقال (إذا قلنا) بعدم الرجوع فظاهر القياس أن لا
يطالب وغيره محتمل (وإذا قلنا) بالرجوع فالظاهر المطالبة لاستقرار
الضمان عليه ويجوز أن يقال الرجوع بسبب الغرر فيختص به المغرور
وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت بالشبهة وإذا تكرر
الوطئ إما من الغاصب أو من المشتري من الغاصب فإن كان في حالة
الجهل لم يجب الامهر واحد لان الجهل شبهة واحدة مطردة فأشبه ما إذا
وطئ في النكاح الفاسد مرارا وان كان عالما وجب المهر ككونها مستكرهة
وعلى قولنا بالوجوب مع طواعيتها فوجهان (أحدهما) الاكتفاء بمهر واحد
كما في حالة الجهل (وأصحها) وبه أجاب صاحب الكتاب في الصداق حيث
أعاد هذه الصورة في أخوات لها أنه يجب لكل مرة مهر لان الواجب ههنا
لاتلاف منفعة البضع فيتعدد بتعدد الاتلاف لكن قضية هذا الوجه الحكم
بالتعدد في صورة الجهل لان الاتلاف الذي هو سبب الوجوب حاصل فلا
معنى للاحالة على الشبهة وانما يحصل اعتماد الشبهة حيث لا يجب المهر
لولا الشبهة وذكر هذا المستدرك امام الحرمين وقال هذه لطيفة يقتضى
منها العجب وان وطئها مرة جاهلا ومرة عالما وجب مهران (قوله) في
الكتاب لزمه الحد والمهر لفظ المهر معلم بالحاء لان عند أبى حنيفة لا
يجامع المهر الحد والمشهور من لفظ الخبر أنه نهى عن مهر البغي كما
تقدم لا ما أورده في الكتاب.

[335]

قال (أما الولد فهو رقيق لانسب له ان كان عالما وان كان جاهلا انعقد على
الحرية وضمن المشتري قيمته ورجع به على الغاصب إذ الشراء لا يوجب
ضمان الوالد. وان انفصل الولد ميتا فلا ضمان لان الحياة لم تتيقن وان
سقط ميتا بجنابة جان يجب الضمان لانه انفصل مضمونا وقد قدر الشارع
حياته وضمانه عشر قيمة الام. وقيل في هذه الصورة يجب أقل الامر من
عشر قيمة الام أو الغرة إذا وجب الضمان بسببها فلا يزيد عليها). الضرب
الثاني الوطئ المحبل سواء وجد من الغاصب أو من المشتري منه فينظر
إن كان عالما بالتحريم فالولد رقيق للمالك غير نسيب لكونه زانيا وان
انفصل حيا فهو مضمون على الغاصب وان انفصل ميتا بجنابة جان فبدله
لسيده وان انفصل ميتا من غير جنابة ففي وجوب الضمان على الغاصب
وجهان (أحدهما) وهو ظاهر النص الوجوب لثبوت اليد عليه تبعا لثبوت اليد
على الام ويحكى هذه عن الانماطي وأبى الطيب بن سلمة واختاره القفال
(والثاني) المنع وبه قال أبو إسحق واختاره الشيخ أبو محمد والامام
وصاحب التهذيب لان جنابته غير منتفية وسبب الضمان هلاك رقيق تحت
يده ويجرى الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتا وان أو

جنا الضمان فنوجب قيمته يوم الانفصال لو كان حيا في ولد الجارية
والبهيمة سواء وخرج الامام وجهها آخر في ولد الجارية أنه يضمن

[336]

بعشر قيمة الام تنزيلا للغاصب منزلة الجاني الذي يترتب على جنايته
الاجهاض وان كان الواطئ جاهلا بالتحريم به فالولد نسيب حر للشبهة
وعليه قيمته لمالك الجارية يو الانفصال ان انفصل حيا لان التقويم قبله
غير ممكن وان انفصل ميتا فاما أن ينفصل بنفسه أو بجناية (أما) على
التقدير الاول فالمشهور أنه لا يلزمه قيمته لانا لا نتيقن جناية وأن الغاصب
أتلفه ويخالف ما لو انفصل رقيقا ميتا حالة العلم حيث ذكرنا في وجوب
الضمان وجهين لان الرقيق يدخل تحت اليد والغصب فجعل تبعا للام فيه
وفي التتمة حكاية وجه ههنا أيضا أنه تلزمه القيمة لان الظاهر الحياة (وأما)
على التقدير الثاني فعلى الجاني ضمانه لان الانفصال عقيب الضرب يغلب
على الظن أنه كان حيا فمات بفعله وللمالك الضمان على الغاصب بخلاف
ما إذا انفصل ميتا من غير جناية لانه لا يبدل له هناك وههنا يقوم له فيقوم
عليه وكان حق المالك يتعلق ببذله كما لو قتل العبد الجاني يتعلق العبد
المجني عليه ببذله ولو مات فات حقه ثم الذي يجب على الجاني الغرة
والذي يجب للمالك عشر قيمة الام لان الجنين الرقيق به يضمن فان كانت
قيمة الغرة وعشر قيمة الام سواء ضمن الغاصب للمالك عشر قيمة الام
وان كانت قيمة الام أكثر فكذاك والزيادة تستقر له بحق الارث وان نقصت
الغرة عن العشر فوجهان (أظهرهما) أنه يضمن للمالك تمام العشر لانه لما
انفصل متقوما كان بمثابة ما لو انفصل حيا ولان بذله انما يقصر عن العشر
بسبب الحرية الحاصلة بظنه (والثاني) لا يجوز الا قدر

[337]

الغرة ويعبر عنه بأن الواجب أقل الامرين من العشر والغرة ووجهه أن
مثبت وجوب الضمان يقدمه عليه فلا يضمن فوق ما يحصل له وان انفصل
ميتا بجناية الغاصب نفسه لزمه الضمان لان ما وجد منه بسبب الضمان الا
أنه لا يستحق على نفسه شيئا ولو أحبل الغاصب الجارية مات وخلف أباه ثم
انفصل الجنين ميتا بجناية جان فالغرة تكون لجد الجنين وعن القاضي أنه
يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب لو كان حيا وعنه أنه لو كان مع
الغاصب أم أم الجنين فورثت سدس الغرة يقطع النظر عنه وينظر إلى
عشر قيمة الام وخمسة أسداس الغرة وكأنها كل الغرة والجوابان يختلفان
فراى الامام اثبات احتمالين في الصورتين فصار في أحدهما إلى أن من
يملك الغرة ينبغي أن يضمن للمالك ويستبعد في

[338]

الثاني تضمنين من لم يغصب ولا تفرغت يده على يد الغاصب وذكر في التتمة أن الغرة تجب مؤجلة فانما يغرم الغاصب عشر قيمة الام إذا أخذ الغرة وللإمام توقف فيه هذا ظاهر المذهب في الولد المحكوم بحريته وفيه طريقة أخرى أنه لا ينظر إلى عشر قيمة الام ولكن تعتبر قيمته لو انفصل حيا وينظر إليه وإلى الغرة على التفصيل الذي بيناه وأشار في الوسيط إلى استمداد هذه الطريقة من القول القديم في أن جراح العبد لا يتقدر لان عشر قيمة الام نوع مقدر لكنه ليس بواضح فان الخلاف في أن البذل يتقدر أولا يتقدر في أطراف العبد والفائت ههنا جملته وليس لهذا البناء ذكر في كتاب الامام لكنه قال الطريقة ملتغته إلى الخلاف في أن ما يتلف في يد الغاصب من أعضاء العبد المعصوب

[339]

بآفة سماوية أو بجنابة غير الغاصب يعتبر في حقه بدله المقدر في حق الجاني أم ينظر إلى قدر النقصان بايجاب العشر في قيمة الام ايجاب المقدر الواجب على الجنابة وعن بعض الاصحاب أن الغاصب يغرم للمالك أكثر الامرين من قيمة الولد والغرة وضعفه من نقله لان الغرة أن كانت أكثر فثبوت الزيادة بسبب الحرية فكيف يستحقها المالك ومن العجب أن صاحب التهذيب أجاب بهذا الوجه في المشتري من الغاصب وجوابه في الغاصب ما تقدم ودعوى الجهل في هذا الضرب كدعواه في الضرب الاول وروى المسعودي خلافا في قبولها لحرية الولد وان قبلت لدفع الحد كما رواه في استيلاء المرتهن ويجب في حالتي العلم والجهل أرش نقصان الجارية وان نقصت بالولادة فان

[340]

تلفت عنده وجب أقصى القيم ودخل فيه نقصان الولادة وأرش البكارة ولو ردها وهي حبل فماتت في يد المالك من الولادة ذكر أبو عبد الله القبطان في المطارحات أنه لا شيء عليه في صورة العلم لان الولد ليس منه حتى يقال ماتت من ولادة ولده وان في صورة الجهل قولين (واعلم) أن لوجوب الضمان في هذه الصورة مأخذين (أحدهما) أنه أحبل جارية الغير اما بالشبهة أو بالزنا وفي كونه سببا للضمان ما قدمناه في المرتهن (والثاني) أنه يحصل نقصان الحمل تحت اليد وذلك سبب الضمان وان وجد أثره بعد الرد إلى المالك كما لو جنى المعصوب عند الغاصب فرده ثم بيع في يد المالك وأطلق صاحب التتمة القول بوجوب الضمان للمأخذ الثاني (وقوله) في الكتاب ويضمن المشتري قيمته

[341]

ويرجع بها على الغاصب إذ الشراء لا يوجب ضمان الولد والكلام في الرجوع أخرناه إلى الفصل التالي لهذا الفصل وقد كرره هناك وفي ذكره هناك

غنية عن الذكر ههنا (وقوله) فلا ضمنا لان الجناية لا تتيقن معلم بالواو ويجوز اعلام قوله وضمنا عشر قيمة الام بالحاء لما سيأتي في موضعه. (فرع) في ذخيرة البند نجى لو وطئ الغاصب باذن المالك فحيث لا يجب المهر لو لم ياذن فههنا أولى وحيث توجه فقولان محافظة على حرمة البضع وفي قيمة الولد طريقان (أحدهما) أنه على الخلاف في المهر (والثاني) القمطع بالوجوب لانه لم يصرح بالاذن في الاحبال. قال (ويضمن المشتري ح) أجرة المنفعة التي فانت تحت يده ومهر المثل عند الوطئ وقيمة انعقاده حرا ويرجع بكل ذلك على الغاصب مهما كان جاهلا ويغرم قيمة العين إذا تلفت ولا يرجع. وكذا المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر وهل يرجع المشتري بقيمة منفعة استوفاهها فيه قولا

[342]

الغرور ولو بنى فقلع بناءه فالاولى أن يرجع بأرش النقص ولو تعيب في يده نص الشافعي أنه يرجع (ز) لان العقد لا يوجب ضمان الاجزاء بخلاف الجملة وكذا إذا تعيب قبل القبض لم يكن للمشتري الارش ولو اشترى عبدا لجارية ورد الجارية بعيب وبالعبد عيب حادث لزمه قبول العبد أو طلب قيمته وليس له طلب الارش مع العبد ولذلك فرق بين الجزء والجملة. الفصل الثاني الكلام فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرم ومالا يرجع وسنين في خلاله ما يغرمه ومالا يغرمه وفي سائر الايدي المترتبة على يد الغاصب مسائل نشرح ما في الكتاب منها غير مباليين بما يحتاج إليه من تغيير نظمه ونصيف إليها ما يتفق (الاولى) إذا تلفت العين المعصوبة عند المشتري ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف ولا يضمن الزيادة التي كانت في يد الغاصب إن كانت في يده أكثر قيمة ولا يرجع بما يضمنه عالما كان أو جاهلا لان الشراء عقد ضمان وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه وان كان الشراء صحيحا ولك أن تقول إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقر عليه الثمن فهذا مسلم لكن لم يكن شارعا فيه على أن يضمن القيمة ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع معصوبا لم يلزمه شيء بالتلف فكان الغاصب مغررا موقعا إياه في خطر الضمان فليرجع عليه وان كان المراد غيره فلم قلتم أن الشراء عقد ضمان على تفسير آخر وربما انساق هذا الاشكال إلى ما حكى عن صاحب التقريب أنه يرجع من المغرور بما

[343]

زاد على قدر الثمن سواء اشتراه رخيصة في الابتداء أو زادت القيمة بعد الشراء وأنه إذا رجع بما زاد على الثمن لم يلحقه ضرر (الثانية) تعيب المعصوب عند المشتري بعمى أو شلل أو نحوهما ينظر ان كان بفعل المشتري فيستقر ضمانه عليه وكذا لو أتلّف الكل وان كان بأفة سماوية فقولان (أحدهما) عن تخريج المزني وغيره أنه لا يرجع على الغاصب بضمانه كما لا يرجع بالقيمة عند هلاك الكل تسوية بين الجملة والاجزاء وبهذا أجاب العراقيون بل أكثر الاصحاب (والثاني) وينسب إلى نص الشافعي رضى الله عنه أنه يرجع وقرره ابن سريج بأن العقد يوجب ضمان الجملة ولا يوجب ضمان الاجزاء على الانفراد واحتج عليه بصورتين

(إحدهما) أنه لو تعيب المبيع قبل القبض لم يكن للمشتري أن يجيز العقد ويطلبه بجزء من الثمن بل إما أن يفسخ أو يجيز بكل الثمن ولو تلف يستقر كل الثمن (والثانية) لو اشترى عبداً بجارية وتقابض ثم وجد بائع العبد بالجارية عيباً قديماً فردها وقد تلف العبد فإنه يأخذ قيمته ولو لم يتلف وتعيب بعيب حادث لم يكن له طلب الارش مع العبد بل يقنع به أو يأخذ القيمة. واعلم أن في الصورة الثانية وجهين ذكرناهما في فصل الرد بالعيب فلنا صر القول الأول أن يمنع ويقول له استرداد العبد وطلب أرش النقصان واليه ميل الامام (وأما) الصورة الأولى فإن المبيع في يد البائع غير مضمون بالقيمة بل بالثمن فإذا تلف سقط الثمن وإذا تعيب أمكن رده واسترداد جملة الثمن فلا يمكن من طلب الارش الذي هو تغيير العقد وحط من الثمن وإنما يصار إليه عند الضرورة

[344]

فلهذا المعنى لم يثبت الارش (الثالثة) منافع المعصوب يضمنها المشتري للمالك باجرة مثلها وهل يرجع على الغاصب (أما) ما استوفاه بالسكون والركوب واللبس ففيه قولان وكذا في الرجوع بالمهر إذا غرمه بالوطئ (أحدهما) يرجع لان الغاصب قد غره ولم يشرع على أن يضمن المهر والاجرة (وأصحهما) وهو قوله الجديد وبه قال أبو حنيفة أنه لا يرجع لان نفعه عاد إليه ولأنه أتلف المنفعة وحوالة الضمان على مباشر الاتلاف أولى وأجرى الخلاف في أرش الافتضاض ان كانت بكرا وعدم الرجوع به أظهر لانه بدل جزء منها أتلفه فاشبه ما لو قطع عضواً من أعضائها وفي التهذيب أن الخلاف فيه مبني على أنه يفرد عن المهر أم لا ان أفرده لم يرجع به والا رجع (وأما) المنافع التي فاتت تحت يده ولم تستوفها (فان قلنا) يرجع بضمان ما استوفاه فضمنها أولى (وان قلنا) لا يرجع هناك فوجهان (أصحهما) الرجوع أيضا لانه لم يتلف ولا شرع في العقد على أن يضمنها (والثاني) لا يرجع تنزيلا للتلف تحت يده منزلة الاتلاف (الرابعة) إذا غرم قيمة الولد عند انعقاده حرا رجع به على الغاصب لانه شرع في العقد على أن يسلم الولد حرا من غير غرامة ولم يصدر منه تفويت وعن الاستاذ أبي اسحق الاسفراييني طريقة أخرى في شرح الفروع أن الرجوع بها كالرجوع بالمهر لان نفع حرية الولد تعويد إليه (والمشهور) الأول وأرش نقصان الولادة قطع العراقيون بأنه يرجع به وعن غيرهم خلاف قال الامام وسبيله سبيل النقصان الحاصل بسائر الآفات السماوية فيجئ فيه ما ذكرناه من الخلاف السابق ولو وهب الجارية المعصوبة فاستولدها المتهب جاهلا بالحال وغرمه قيمة الولد ففي الرجوع بها وجهان (وجه) الفرق أن الواهب

[345]

متبرع والبائع ضامن سلامة الولد له بلا غرامة (الخامسة) إذا بني المشتري أو غرس في الارض المعصوبة فجاء المالك ونقص بناءه وغرسه هل يرجع بأرش النقصان على الغاصب فيه وجهان (أحدهما)

[346]

لا كما لا يرجع بما انفق على العمارة وكأنه بالبناء متلف ماله (وأظهرهما)
نعم لشروعه في العقد على ظن السلامة وإنما جاءه هذا الضرر من تغير
الغاصب وهذا ما ذكره العراقيون وقد ذكرنا طرفا من المسألة

[347]

في الضمان وذكر في التهذيب أن القياس أن لا يرجع على الغاصب بما
أنفق على العمارة وما أدى من خراج الارض لانه شرع في الشراء على ان
يضمنها (السادسة) لو زوج الغاصب الجارية المغصوبة

[348]

فوطنها الزوج جاهلا غرم مهر المثل للمالك ولا يرجع به على الغاصب لانه
شرع فيه على أن يضمن

[349]

المهر ويخالف ما إذا غر بحرية أمة وغرم المهر حيث يرجع على الغار على
أحد القولين لان النكاح ثم صحيح والبضع مملوك له فإذا فسخ اقتضى
الفسخ استرداد ما بذل له وههنا النكاح باطل وانما غرم لاتفاه

[350]

منفعة البضع حتى لو كان المغرور ممن لا يحل له نكاح الامة لم يثبت له
الرجوع بالمهر لبطلان النكاح ولو استخدمها الزوج وغرم الاجرة يرجع
على الغاصب لانه لم يسلطه على الاستخدام بخلاف الوطئ ويرجع بغرم
المنافع التالفة تحت يده لانه ما استوفاه ولا شرع على أنه يضمنها والقول
في قيمتها لو تلفت

[351]

في يده قد تقدم فان غرمها رجع بها قال الائمة والضابط في هذه المسائل أن ينظر فيما غرمه من ترتيب يده على يد الغاصب عن جهل ان شرع فيه على أن يضمه لم يرجع به وان شرع على أنه لا يضمه فان لم يستوف ما يقابله رجع به وان استوفاه ففيه قولان وعلى هذا فلو كان المغصوب شاة فتجت في يد المشتري أو شجرة فثمرت فأكل فائدها وغرمها للمالك ففي الرجوع بما غرم الغاصب قولان

[352]

كالمهر وان هلكت تحت يده فالحكم كما في المنافع التي لم يستوفها ذكره في التتمة وكذا القول في الاكساب وان انفصل الولد ميتا فالظاهر أنه لا ضمان وكذا إذا انفصل ميتا في يد الغاصب ولو استرضع المشتري الجارية في ولده أو ولد غيره غرم أجرة مثلها وفي الرجوع قولان كالمهر ويغرم المشتري اللبن وان انصرف إلى سخلتها وعاد نفعه إلى المالك كما لو غصب علفا وأعلف به بهيمة مالكة لكن قال صاحب التهذيب وجب أن يرجع به على الغاصب لانه لم يشرع فيه على أنه يضمه ولاعاد نفعه إليه ولو أجر العين المغصوبة غرم المستأجر أجرة المثل للمالك ولم يرجع بها على الغاصب لان شرع فيه على

[353]

أن يضمها ويسترد الاجرة المسماة ولو أعارها رجع المستعير بما غرم للمنافع التي فانت تحت يده وفي الرجوع بما غرم للمنافع التي استوفاه القولان وكذا غرم الاجزاء التالية بالاستعمال. وأعلم أن كل ما لو غرمه المشتري يرجع به على الغاصب فلو طوالب به الغاصب وغرمه لم يرجع به على المشتري وكل مالو غرمه المشتري ولم يرجع به على الغاصب لم يرجع به على المشتري وكذا الحكم فيمن غير المشتري ممن ترتبت يده على يد الغاصب (وقوله) في الكتاب ويرجع بكل ذلك على الغاصب جواب في المهر

[354]

المغروم عند الوطئ بقول الرجوع وقد مر أن أصح القولين ومذهب أبي حنيفة منع الرجوع فيجوز أن يعلم ما ذكره بالحاء والواو لذلك وأيضا فللطريقة المروية في قيمة الولد (وقوله) فيرجع المشتري بقيمة منفعة استوفاه يدخل فيه منفعة البضع المستوفاه بالوطئ كما يدخل سائر المنافع وإجراؤه على اطلاقه ممكن ففي جميع ذلك قولان كما سبق لكن الاشبه أنه أراد ما سوى منفعة البضع وأما إذا وطئ وغرم المهر وقد ذكره مرة وحكم فيه بالرجوع على الغاصب (وقوله) فيه قولان الغرور أي ومباشرة الاتلافات على ما مر في تقديم الطعام المغصوب فحذف أحد الطرفين. وأعلم قوله في نقل

[355]

النص في التعيب أنه يرجع بالزاي اشارة إلى تخريج المزني (وقوله) فليس له طلب الارش يجوز اعلامه بالواو (وقوله) فذلك فرق بين الجملة والجزء هكذا هو في بعض النسخ وفي بعضها وكذلك فرق أي الشافعي رضى الله عنه وهما صحيحان. قال (ونقصان الولادة لا يجبر (ح) بالولد فان الولد زيادة جديدة). إذا انتقصت الجارية بالولادة وكان الولد رقيقا بقي قيمته ببعض نقصانها أو بكله لم يتجبر به النقصان بل الولد له ويأخذ الارش خلافا لابي حنيفة. لنا أن الولد زيادة تحدث على ملكه ألا ترى أنه يسلم

[356]

له وان لم يكن في الام نقصان وملكه لا يجبر نقصان ملكه لا يجبر نقصان ملكه ولو ماتت الام من الولادة والولد واف بقيمتها فلهم فيه اختلاف وقد فرغنا من شرح كتاب العصب ونختمه بمسائل منثورة (منها) أسند خشية تعب بحملها إلى جدار يستريح ان كان الجدار لغيره ولم ياذن في اسناده إليه فهو متعد يضمن الجدار ان وقع باسناده إليه ويضمن ما تلف بوقوعه عليه وان وقعت الخشبة وأتلفت شيئا ضمن ان وقعت في الحال وان وقعت بعد ساعة لم يضمن وان كان الجدار له أو لغيره وقد أذن في اسناده إليه فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة في الحال أو بعد ساعة تشبيها بفتح رأس الزق (ومنها) عصب دارا

[357]

ونقصنها وأتلف النقص ضمن النقص وما نقص من قيمة العرصة وحكى الشيخ أبو حامد وجهين في أنه يضمن أجرة مثلها دلا إلى وقت الرد أو إلى وقت النقص (ومنها) عصب شاة وأنزى عليها فحلا فالولد للغاصب ولا شيء عليه للانزاء لنهيه عليه السلام عن عسيب الفحل فان انتقص غرم الارش ولك أن تقول المغصوب منه ولو عصب فحلا وأنزاه على شاته فالولد مغصوب منه وجب أن يخرج وجوب شيء للانزاء على الخلاف في جواز الاستتجار (ومنها) عصب جارية ناهدا فتدلى نهداها أو عبدا شابا فشاخ أو أمردا فالتحى غرم النقصان وعن أبي حنيفة أنه لا يضمن في الامرد ولو عصب خشبة واتخذ منها أبوابا وسمرها بمسامير من عنده نزع المسامير وان انتقصت الابواب بذلك ضمن

[358]

الارش ولو بذلها ففي اجبار الغصوب منه على قبولها وجهان ذكرناهما في نظائرها (ومنها) غصب ثوبا ونجسه أو نجس عنده لم يكن له تطهيره ولا للمالك أن يكلفه التطهير ولو غسله وانتقصت قيمته ضمن النقصان ولورده نجسا فمؤبر التطهير على الغاصب وكذا أرش النقصان اللازم منه وتنجيس المائع الذي لا يمكن تطهيره اهلاك وتنجيس الدهن ينبي على امكان غسله ان جوزناه فهو كالثوب (ومنها) قال في التتمة لو غصب من الغاصب فابراً المالك الاول عن ضمان الغصب صح البراء لانه مطالب بقيمته فهو كدين عليه وان ملكه المغصوب برئ وانقلب الضمان على الثاني حقا له وان باعه من غاصب

[359]

الغاصب أو وهبه منه وأذن له في القبض برئ الاول وان أودعه من الثاني وقلنا انه يصير أمانة في يده برئ الاول أيضا فان رهنه من الثاني لم يبرأ واحد منهما عن الضمان (ومنها) لورد المغصوب إلى المالك أو الى وكيله أو وليه برئ من الضمان ولورد الدابة إلى اصطلبه قال في التتمة يبرأ أيضا إذا علم المالك به أو أخبره من يعتمد خبره وقيل ان لم يعلم ويخبر لا يبرأ فان امتنع المالك من الاسترداد رفع الامر إلى

[360]

الحاكم (ومنها) عن القفال وغيره ان المالك لو أبرأ غاصب الغاصب عن الضمان برئ الاول لان القرار على الثاني والاول كالضامن وهذا ان فرض بعد تلف المثلل فهو بين واما قبله فليخرج على صحة ابراء الغاصب مع بقاء المال في يده وفيه خلاف مذكور في كتاب الرهن.

[361]

(كتاب الشفعة. وفيه ثلاث أبواب) (الباب الاول في أركان الاستحقاق) قال (وهي ثلاثة المأخوذ والآخذ والمأخوذ منه (الاول المأخوذ) وهو كل عقار ثابت منقسم احترزنا بالعقار عن المنقول فلا شفعة فيه عن الشريك لخفة الضرر فيه).

[362]

الشفعة مأخوذة من قولك شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعا به كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه يقال أصل الكلمة التقوية والاعانة ومنه الشفاعة والشفيع لان كل واحد من الوترين يقوى بالآخر ومنه شاة شافع

التي معها ولدها لتقويها به ومسرت في الشريعة بحق تملك قهرى يثبت
للشريك القديم على الحادث وفيه مجال لمضايقات (منها) أن الشركة
مأخوذة في هذا التفسير ولو كان كذلك لما انتظم قولنا هل تثبت الشفعة
للجار أم لا والاصل في الشفعة الاخبار التي نوردها متفرقة في

[363]

الباب وكل ما يدل على مسألة في باب يدل على ثبوت أصل ذلك الباب
واحج بعضهم بالاجماع لكنه نقل عن جابر بن زيد من التابعين غيرهم
وإنكار أصل الشفعة وإذا علمت أن لحق الشفعة ثبوتنا ذهب ذهنك إلى
البحث عن أنه لم يثبت وأنه كيف يؤخذ الشقص وأنه يستمر أو يسقط وبم
يسقط ان سقط وهذه الامور الثلاثة هي ابواب الكتاب الثلاثة (إما) أنه بما
يثبت فاعلم أن سبب ثبوت الشفعة يتركب من أمور (منها) ما يرجع إلى
المالك المأخوذ (ومنها) ما يرجع إلى الآخذ (ومنها) ما يرجع إلى الذي يؤخذ
منه وسمى

[364]

صاحب الكتاب هذه الثلاثة ثلاثة أركان الاستحقاق لتعلقه بها وتركب سببه
من الامور معتبره فيها فقال (الباب الاول) في أركان الاستحقاق (الركن
الاول) المأخوذ فاعتبر فيه ثلاثة شروط (أحدها) أن يكون عقارا قال
الاصحاب والاعيان ثلاثة أصرب (أحدها) المنقولات فلا شفعة فيها سواء
بيعت وحدها أو مع الارض وعن مالك ثلاث روايات (إحداها) إثبات الشفعة
في كل منقول باع أحد الشفيعين نصيبه منه (والثانية) إثباتها في السفن
خاصة (والثالث) أنها إن بيعت وحدها فلا شفعة فيها وإن بيعت

[365]

مع الارض ففيها الشفعة كيلا تتفرق الصفقة على المشتري. لنا قوله صلى
الله عليه وسلم (الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق
فلاشفعة) (1) وبما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قضى بالشفعة في كل
ما لا يقسم ربع أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ
وان شاء ترك فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به) (2) وروى

[366]

(الشفعة في كل شرك ربع أو حائط) (الضرب الثاني) الاراضي فتثبت
الشفعة فيها سواء بيع الشقص منها وحده أو مع شئ من المنقولات ثم

في الحالة الثانية يوزع الثمن عليه وعلى ذلك المنقول كما سيأتي (والثالث) الاعيان التي كانت منقولة في الاصل ثم أثبتت في الارض للدوام كالايبنة والاشجار فان بيعت منفردة فلا شفعة فيها لانها في حكم المنقولات وكانت في الاصل منقولة وتنتهي إليه وان طال أمدها وليس معها ما يجعل تابعة له وحكي الامام أبو الفرج السرخسي وجها أنه تثبت الشفعة فيها لثبوتها في الارض (والمذهب) الاول وان بيعت الارض وحدها تثبت الشفعة فيها ويكون

[367]

الشفيع معه كالمشترى وان بيعت وان بيعت الابنية والاشجار مع الارض اما صريحا أو على قولنا ان الارض تستتبعها تثبت الشفعة فيها تابعة للاراضي كما سبق من الاخبار فان لفظ الربع يتناول الابنية ولفظ الحائط يتناول الاشجار ولو كان على النخل ثمرة مؤبرة ما دخلت في البيع شرطا لم تثبت فيها الشفعة لانها لا تدوم في الارض بل يأخذ الشفيع الارض والنخيل بحصتها من الثمن وعن مالك وأبي حنيفة إنبات الشفعة فيها تبعا وان كانت غير مؤبرة دخلت في البيع تبعا وهل يأخذ فيه وجهان أو قولان (أحدهما) لا كالمؤبرة

[368]

لانها منقولة (والثاني) نعم لدخولها في مطلق البيع قال في التهذيب وهذا أصح وعلى هذا فلو لم يتفق الاخذ إلى أن تآبرت فوجهان (أظهرهما) الاخذ لان حقه تعلق بها وزيادتها كالزيادة الحاصلة في الشجرة من بسوقها. أو طول أعصانها (والثاني) المنع وبه قال القاضي أبو الطيب لخروجها عن أن تكون تابعة للنخيل وعلى هذا فبم يأخذ النخيل والارض فيه وجهان (أشبههما) بحصتها من الثمن كما في المؤبرة (والثاني) بجميع الثمن تنزيلا له منزلة عيب يحدث بالشفقص ولو كانت النخيل حائلة عند البيع ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع فان كانت مؤبرة لم يأخذها وان كانت غير مؤبرة فعلى قولين ذكرنا هما بتوجيههما وتخاريجهما

[369]

فيما إذا أفلس مشترى النخيل وهي مطلعة هل يتعدى الرجوع إلى الطلع وقد ذكر كثير من الناقلين أن قول أخذ الثمار قوله القديم ومقابلته الجديد وعلى هذا فالمسألة مما يجب فيها على القديم لما مر في التفليس أن الاخذ أظهر عند الاصحاب وإذا بيعت الثمرة للمشترى فعلى الشفيع إبقاؤها إلى الادراك وهذا إذا بيعت الاشجار مع البياض الذي يتخللها أو بيع البستان كله أما إذا بيعت الاشجار ومغارسها لاغير فوجهان وكذا لو باع الجدار مع الاس (أحدهما) أنه تثبت الشفعة لانها فرع أصل ثابت (وأشبههما)

[370]

المنع لان الارض تابعة ههنا والمتبوع منقول ولو باع شقصا فيه زرع لايجذ مرارا وادخله في البيع شرطا أخذ الشقيع الشقص بحصته من الثمن ولم يأخذ الزرع خلافا لابي حنيفة ومالك وإن كان مما يجذ مرارا فالجذوة الظاهرة التي لا تدخل في البيع المطلق كالثمار المؤبرة والاصول كالاشجار وما يدخل تحت مطلق بيع الدار من الابواب والرفوف والمسامير يؤخذ بالشفعة تبعا كالابنية وكذا الدولاب

[371]

الثابت في الارض سواء اداره المساء أو غيره بخلاف الدلو والمنقولات ولو باع شقصا من طاحونة فالحجر التحتاني يؤخذ بالشفعة (إن قلنا) بدخوله في البيع وفي الفوقاني وجهان مع التفريع عليه كالوجهين في الثمار التي لم تؤبر (وقوله) في الكتاب كل عقار غير مجرى على ظاهره لانه يقتضي اشتراط كون المأخوذ عقارا وقد عرفت أن الابنية والاشجار بل الثمار أيضا مأخوذة ومعلوم أن اسم

[372]

العقار لايفع عليها في المتعارف ولا يمكن أن يقال أراد بالعقار غير المنقول لان قصيته حينئذ إثبات الشفعة في الابنية والاشجار وحدها لانه كما لا يقع عليها اسم العقار لا يقع عليها اسم المنقول وهي ثابتة

[373]

في الارض فيصدق عليها أنها غير المنقول (وقوله) فلا شفعة فيه معلم بالميم (وقوله) لحقه الضرر فيه معناه أن المنقول لا يبقى دائما والعقار يتأبد فيتأبد سوء ضرر المشاركة فيه الشفعة تملك قهري فلا

[374]

يحكم بثبوتها الا عند شدة الضرورة. قال (وبالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفل فانه لأرض لها فلا ثبات. فان كان السقف لشركاء العلو فوجهان لان السقف في الهواء فلا ثبات له).

[375]

الشرط الثاني كونه ثابتا وقصد به الاحتراز عما إذا كان بين اثنتين حجرة أو غرفة عالية مبنية على سقف لاحدهما أو لغيرهما فإذا باع احدهما نصيبه فلا شفعة لشريكه لانه لأرض لها ولاثبات لهو كالمقولات ولو كان السقف المبنى عليه مشتركا بينهما فعلى وجهن نقلهما ههنا وفي الوسيط

[376]

(أحدهما) أن الشفعة تثبت للاشتراك فيهما أرضا وجدارا (وأظهرهما) المنع لان السقف الذي هو أرضه لاثبات له أيضا وما لا ثبات له في نفسه لا يفيد ثباتا لما هو عليه ولو كان السقف مشتركان بين اثنتين والعلو لاحدهما فباع صاحب العلو العلو ونصيبه من السفل ففيه للفعال جوابان (أحدهما) أن الشريك

[377]

يأخذ السفل ونصف العلو بالشفعة لان الارض مشتركة بينهما وما فيها تابع لها الا ترى أنه يتبعها في بيع الارض عند الاطلاق فكذلك لي الشفعة (وأصحهما) وهو الذي ارتضاه الشيخ أبو على أنه لا يأخذ الا السفل لان الشفعة لا تثبت في الارض إلا إذا كانت مشتركة فكذلك فيما فيها من

[378]

الابنية ولا شركة بينهما في العلو. ولو كانت بينهما أرض مشتركة وفيها أشجار لاحدهما فباع صاحب الاشجار الاشجار ونصيبه من الارض ففيه هذا الخلاف هذا فقه الفصل ولك أن تقول اسم العقار أما أن يقع على الابنية بقطع النظر عن الارض أو لا يقع إن وقع كان الضابط المذكور متناولا للابنية

[379]

وحدها فلتكن مأخوذة بالشفعة وحدها ان لم يقع خرجت الصورتان المذكورتان في الكتاب عن الضابط بلفظ العقار فلا حاجة إلى ذكر قيد الثابت. قال (واحترزنا بالمنقسم عن الطاحونة والحمام وبئر الماء وما لا

يقبل القسمة إلا بابطال منفعتها المقصودة منه فلا شفعة فيها (ح و) إذا
ليس فيها ضرر مؤنة الاستقسام وتضايق الملك بالقسمة).

[380]

الشرط الثالث كونه منقسما وفي ثبوت الشفعة في العقار الذي لا ينقسم
اختلاف مبنى على أن الشفعة لم تثبت في المنقسم وفيه وجهان (أحدهما)
أنها تثبت لدفع ضرر الشركة فيما يتأبد وبدوم كتضييق المدخل والتأذي
بحرفة الشريك وأخلاقه أو كثرة الداخلين عليه وما أشبههما (وأصحهما)
أنها تثبت

[381]

لدفع الضرر الذي ينشأ من القسمة من بدل مؤنتها والحاجة إلى افراد
الحصة الصائرة له بالمرافق الواقعة في حصة صاحبه كالمصعد المبرز
والبالوعة وحدها وكل واحد من الضررين وإن كان واقعا قبل البيع سكن
من رغب من الشريكين في البيع كان من حقه أن يخلص الشريك مما هو
فيه يبيعه منه فإذا لم

[382]

يفعل سلطه الشرع على أخذه (فان قلنا) بالمعنى الاصح انه لم تثبت
الشفعة فيما لم ينقسم لانه يؤمن فيه غرر القسمة وهذا هو الذي أورده
في الكتاب (وان قلنا) بالثاني ثبتت الشفعة فيه ويحذف هذا الشرط الثالث
وبه قال أبو حنيفة وابن سريج وهذا المذهب الثاني ينسب إلى تخريجه
واختره أبو خلف

[383]

السلمي والقاضي الروياني ومنهم من يجعل هذا الخلاف قولين ويقول
الجديد منع الشفعة وهو ظاهر المذهب كيف فرض الخلاف وعن مالك
وأحمد اختلاف رواية فيه أيضا والظاهر المنع والمراد من المنقسم ما إذا
طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها وفي ضبطه ثلاثة أوجه
(أحدها) أنه الذي لا تنقص

[384]

لقسمة قيمته نقصانا فاحشا حتى لو كانت قيمة الدار مائة ولو قمست عادت قيمة كل نصف إلى ثلاثين فلا تقسم لما فيها من الضرر (وثانيها) أنه الذي يبقى منتفعا به بعد القسمة بوجه ما أما مالا يبقى منتفعا به بحال أما لضيق الخطة أو قلة النصيب أو لان أجزاءه غير منتفع بها وحدها كما سراب القنا فلا يقسم (واضحها) أنه الذي إذا قسم أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة ولا عبرة بإمكان الانتفاع به من وجه

[385]

آخر للنفقات العظيم بين أجناس المنافع. إذا عرفت ذلك فلو كان بينهما طلاحونة أو حمام أو نهر أو بئر فباع أحدهما نصيبه نظر ان كانت الطلاحونة كبيرة يمكن ان تجعل طلاحونتين لكل واحد حجران والحمام كثير البيوت يمكن أن يجعل حمامين أو كبير البيوت يمكن جعل كل بيت بيتين والبئر واسعة يمكن أن يبني فيها فتجعل بئرين لكل واحدة يباض يقف فيها المستقى ويلقى فيه ما يخرج

[386]

منها ثبتت الشفعة فيها وان لم يكن كذلك وهو الغالب في هذه العقارات فلا شفعة فيها على الاصح وهذا جوابه على أصح الوجوه في معنى المنقسم أما إذا اعتبرنا بقاء منفعة ما كفى ان يصلح لكل سهم من الحمام بعد القسمة للسكنى فان اعتبرت القسمة لم يخفف حكمه. ولو اشترك اثنان في دار صغيرة

[387]

لاحدما عشرها وللآخر باقيها فان حكما بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم فايهما باع نصيبه فلصاحبه الشفعة وان حكما بمنعها فان باع صاحب العشر نصيبه لم يثبت لصاحبه الشفعة لانه أمن من أن يطلب مشتربه القسمة لانه لا فائدة له في القسمة ويتقدير أن يطلب فلا يجاب لانه متعنت مضيع ماله وإذا كان كذلك فلا يلحقه ضرر قسمه وان باع صاحب النصيب الا وفر نصيبه ففي ثبوت الشفعة لصاحب

[388]

العشر وجهان بناء على أن صاحب النصيب الاوفر هل يجاب إذا طلب
القسمة لانه منتفع بالقسمة (والظاهر) انه يجاب ولو كان حول البئر بياض
وامكنت القسمة بأن نجعل البئر لواحد والبياض لآخر ليزرعه أو يسكن فيه
أو كان موضع الحجر في الرجا واحدا ولكن لها بيت يصلح لغرض آخر
وامكنت القسمة بأن يجعل موضع الحجر لواحد وذلك البيت لآخر ليزرعه
فقد ذكر جماعة من

[389]

الاصحاب أن الشفعة تثبت وأن البئر والحالة هذه من المنقسمات وهذا
جواب على جريان الاجبار في هذا النوع من القسمة وفيه خلاف على أنه لا
يشترط فيما يصير لكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي
كان ينتفع به قبل القسمة (وقوله) في الكتاب وبئر الماء ليس مذكورا
للتقييد بل بئر الماء وسائر الآبار في الشفعة واحدة (وقوله) الا بابطال
منفعته المقصودة اشارة إلى الوجه الاصح في ضبط المنقسم

[390]

(وقوله) فلا شفعة فيها معلم بالحاء والواو ويمكن أن يعلم بالميم والالف
لاحدى الروايتين عنهما (وقوله) إذ ليس فيها ضرر مؤنة الانقسام إلى آخره
معناه أن هذا هو المقتضى للشفعة في المنقسم وأنه غير موجود وأعلم أنا
لو قدرنا ثبوت الشفعة هناك لمجموع المعنيين يلزم المنع في غير
المنقسم أيضا لانتفاء أحد المعنيين.

[391]

(فرع) شريكان في مزارع وبئر تستقى منها باع احدهما نصيبه منها تثبت
للآخر الشفعة فيها إذا انقسمت البئر أو قلنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم
والا فتثبت في المزرعة وفي البئر وجهان (أحدهما) تثبت كما تثبت في
الاشجار تبعا للاراضي (وأصحها) المنع لان الاشجار ثابتة في محل الشفعة
والبئر مباحة عنه.

[392]

قال (الركن الثاني الآخذ وهو كل شريك بالملك. فلا شفعة (ح) للجار عندنا
وان كان ملاصقا (و). وتثبت للشريك وان كان كافرا. فان شارك بحصة
موقوفة وقلنا لا يملك الموقوف عليه فلا شفعة. والا فهو بناء على أنه هل
يجوز افراز الوقف عن الملك. والشريك في الممر المنقسم يأخذ الممر

بالشفعة ان كان للمشتري طريق آخر إلى داره. والا فيأخذ بشرط أن يمكن من الاجتياز. وقيل يأخذ وان لم يمكن. وقيل لا يأخذ وان مكن).

[393]

فقه الركن صور (احداها) أنه لاشفعة للجار ملاصقا كان أو مقابلا وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة للملاصق الشفعة وكذا المقابل إذا لم يكن الطريق بينهما نافذا لما مروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة) (1) وعن ابن سريج تخريج قول كمذهب أبي

[394]

حنيفة قال القاضي الروياني ورأيت بعض أصحابنا يفتي به وهو الاختيار وذكر الامام أن الشيخ أبا علي لم يثبت ذلك عن ابن سريج وحمل كلامه فيه على انه لا يعترض في الظاهر على الشافعي إذا قضى

[395]

له الحنفي بشفعة الجار وهذا شأن مسائل الخلاف في الاغلب وفي الحل باطنا خلاف (الثانية) الدار اما أن يكون بابها مفتوحا إلى درب نافذ أو إلى درب غير نافذ ان كان الاول ولا شركة في الدار فلا شفعة فيها لاحد ولا في ممرها لان مثل هذا الدرب غير مملوك وان كان الثاني فالدرب ملك مشترك بين شركائه على ما سبق في الصلح فان باع نصيبه من الممر وحده فللشركة الشفعة فيه ان كان منقسما

[396]

على ما عرفت معناه والا ففيه ما مر من الخلاف وان باع الدار بممرها فلاشفعة الشركاء الممر في الدار لانه لاشركة لهم فيها فصار كما لو باع شقفا من عقار مشترك وعقار غير مشترك وخرج ابن سريج أنه ثبت الشفعة فيها بتبعية الشركة في الطريق وبه قال مالك وأبو حنيفة وقدم أبو حنيفة الشريك في الممر على الجار الملاصق الذي ينفذ باب داره إلى درب آخر وظاهر المذهب الاول ولو أرادوا أخذ الممر بالشفعة نظر ان كان

[397]

للمشترى طريق آخر إلى الدار أو أمكنه فتح باب آخر إلى شارع فلهم ذلك على المشهور ان كان منقسما والافعلى الخلاف في غير المنقسم وقال الشيخ أبو محمد ان كان في إيجاد الممر الحادث عسر أو مؤنة لها وجب أن يكون ثبوت الشفعة على الخلاف الذي نذكره على الاثر وان لم يكن له طريق آخر ولا أمكن

[398]

ايجاده ففيه أوجه (أحدها) أنهم لا يمكنون منه لما فيه من الاضرار بالمشترى وانما أثبتت الشفعة لدفع الضرر فلا يزال الضرر بالضرر (والثاني) أن لهم الاخذ والمشترى هو المضر بنفسه حيث اشترى منه مثل هذه الدار (والثالث) أنه يقال لهم ان أخذتموه على أن تمكنوا المشترى من المرور فلکم الاخذ وان أبيتم تمكنيه منه فلا شفعة لكم جميعا بين الحقين وايراد الكتاب يشعر بترجيح هذا الوجه واليه ذهب أبو الفرج السرخسى لكن الاصحاب من العراقيين وغيرهم على أن الوجه الاول أصح بل مر نص الامام وجماعة عبارة تخيير الشفيع وأدوا الغرض في عبارة أخرى فقالوا في أحده بالشفعة وجهان

[399]

ان أخذ ففي بقاء المرور وللمشترى وجهان وشركة مالكي بيوت الخيار في صحته كشركة مالكي الدور في الدروب التي لا تنفذ وكذا الشركة في مسيل ماء الارض دون الارض وفي بئر المزرعة دون المزرعة كالشركة

[400]

في الممر وحده (الثالثة) تثبت الشفعة للذمي على المسلم والذمي حسب ثبوتها للمسلم وقال احمد لاشفعة للذمي على المسلم (لنا) القياس على الرد بالعيب ولو باع ذمي شقصا من ذمي بخمر أو خنزير وترافعو إلينا بعد الاخذ بالشفعة لم نرده ولو ترافعوا قبله لم نحكم بالشفعة وقال أبو حنيفة نحكم وان كان الشفيع مسلما أخذ الشقص بقية الخمر وان كان ذميا فيمثلها ولو بيع الشقص فارتد الشريك فهو على شفعتة إن قلنا أن الردة لا تزيل

[401]

الملك (وان قلنا) تزيله فلا شفعة له وان عاد إلى الاسلام وعاد ملكه ففي عود الشفعة تردد عن الشيخ ابي علي والظاهر المنع (وان قلنا) بالوقف فمات أو قتل على الردة فللامام أخذه لبيت المال كما لو اشترى معيبا أو اشترط الخيار وارتد ومات للامام رده ولو ارتد المشتري فالشفيع على شفعته (الرابعة) دار نصفها لرجل ونصفها ملك للمسجد اشتراه قيم المسجد أو وهبه منه ليصرف في عمارته فباع الرجل نصيبه

[402]

كان للقيم أن يأخذ بالشفعة ان رأى المصلحة فيه كما لو كان لبيت المال شرك في دار فباع الشريك نصيبه للامام الاخذ بالشفعة وان كان صف الدار وقفا والنصف ملكا فباع المالك نصيبه فينبني على أن الموقوف عليه هل يملك الوقف (ان قلنا) لا لم يأخذ ما باعه بالشفعة (وان قلنا) نعم فينبني على أن الملك هل تقرر عن الوقف وفيه وجهان يذكران في القسمة (ان قلنا) نعم ففي ثبوت الشفعة

[403]

وجهان (أحدهما) تثبت لدفع ضرر القمسة ودفع ضرر مداخلة الشريك وهذا ما أورده في الكتاب بناء على جواز قسمته وعلى هذا فلو كان الوقف على غير معينين أخذه المتولي ان رأى المصلحة فيه (وأظهرهما) المنع لان الوقف لا يستحق بالشفعة فلا ينبغي أن يستحق به وأيضا فإنه ملك ناقص ألا ترى أنه لا ينفذ تصرفه فيه فلا يتسلط على الاخذ (وان قلنا) لا يقرر الملك على الوقف فإن لم تثبت الشفعة فيما لا ينقسم لم تثبت

[404]

وإن أثبتناه عاد الوجهان (وقوله) في كل شريك بالملك قصد بقوله بالملك الاحتراز عن الشريك بالوقف والمراد ملك الرقبة أما إذا لم يملك إلا المنفعة اما مؤقتا بالاجارة أو مؤبدا بأن أوصى له بالمنفعة لم يكن له الاخذ بالشفعة ويخرج بلفظ الشريك الجار ويدخل المسلم والذمي والحر والمكاتب حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في الدار فلكل منهما الشفعة على الآخر والمأذون له في التجارة إذا

[405]

اشترى شقفا ثم باع الشريك نصيبه فله الاخذ بالشفعة الا أن يمنعه السيد أو يسقط الشفعة وله الاسقاط وان أحاطت به الديون وكان الاخذ غبطة

كما له منعه من سائر الاعتياضات في المستقبل ولو أراد السيد أخذه بنفسه فله ذلك ولا يخفى أن الشركة لا تعتبر في مباشرة الاخذ وانما هي معتبرة فيمن يقع له الاخذ بدليل الولي والوكيل والعبد المأذون فان لهم الاخذ بالشفعة (وقوله) والشريك في الممر المنقسم يأخذ الممر

[406]

بالشفعة معلم بالواو ولما حكينا عن الشيخ أبي محمد وليس لمسألة الممر اختصاص بذكر الاخذ ولعل ايرادها في ركن المأخوذ أولى. قال (الركن الثالث المأخوذ منه وهو كل من تجدد ملكه اللازم بمعاوضة. احترزنا بالتجدد عن رجلين اشتريا دارا فلا شفعة لاحدهما على الآخر إذ لا تجدد لاحدهما. واحترزنا باللازم عن

[407]

الشراء في زمان الخيار فانه لا يؤخذ ان كان للبائع خيار لانه اضرار به ولا حق للشفيع على البائع. وان كان للمشتري وحده فطريقان (أحدهما لا لان العقد بعد لم يستقر (والثاني) فيه قولان. كما لو وجد المشتري بالشفص عيبا وأراد رده وقصد الشفيع أخذه فأيهما أولى وقد تقابل الحقان فيه قولان. وكذا الخلاف في تراحم الشفيع والزوج إذا طلق قبل المسيس على الشفص الممهور).

[408]

المأخوذ منه هو المشتري ومن في معناه وفي ضبطه قيود (أحدها) كون ملكه طارئا على ملك الأخذ فإذا اشترى رجلا دارا معا أو شفصا من دار فلا شفعة لواحد منهما على الآخر لاستوائهما في وقت ثبوت الملك (الثاني) كونه لازما وفيه ثلاث صور (احداها) ان جرى البيع بشرط الخيار لهما أو للبائع الخيار وحده لم يؤخذ الشفص بالشفعة مادام الخيار باقيا اما على قولنا الملك غير منتقل إلى المشتري

[409]

فظاهر واما على قول الانتقال فلان في اخذه ابطال خيار البائع ولا سبيل للشفيع إلى الاضرار بالبائع وابطال حقه وعن صاحب التقريب احتمال على قولنا بانتقال المالك إلى المشتري وان شرط الخيار للمشتري وحده فان قلنا الملك له ففي أخذه بالشفعة قولان رواية الربيع واختيار أبي

اسحق المنع وبه قال مالك واحمد لان المشتري لم يرض بلزوم العقد وفى
الاخذ الزام واثبات للعهد عليه ورواية المزني يؤخذ وبه

[410]

قال أبو حنيفة لانه لاحق فيه الا للمشتري والشفيع مسلط عليه بعد لزوم
الملك واستقراره فقبله اولي وهذا اصح عند عامة الاصحاب ونقل للامام
وصاحب الكتاب في المسألة طريقين (أحدهما) اثبات القولين هكذا لكن
قالا هما مأخوذان من الخلاف الذى نذكره فيما بعد إذا اطلع المشتري على
عيب بالشفيع وأراد رده وأراد الشفيع أخذه فعلى رأى للشفيع قطع خيار
المشتري في الصورتين وعلى رأى

[411]

لا يمكن منه (والثاني) القطع بأنه لا يأخذه إلى أن يلزم العقد والفرق بين
الرد بالعيب وبينه أن الاخذ بالشفعة يفتقر إلى استقرار العقد وتاممه
(واعلم) أن هذه الطريقة الثانية لاتكاد توجد في غير كتابنا والذهاب على
الطريقة الاولى إلى تخريج القولين من الخلاف في الرد بالعيب بعيد مع أن
الجمهور حكوهما عن النص ولو عكس وقيل الخلاف في الرد بالعيب مأخوذ
من الخلاف وهنا لكان أشبه هذا إذا فرعنا على

[412]

أن الملك للمشتري (أما) إذا قلنا إنه بعد للبائع أو موقوف والمشتري منفرد
بالخيار فعن صاحب التقريب وجه أن الشفيع يأخذ الشفيع لانقطاع سلطة
البائع بلزوم العقد من جهته (والاصح) المنع لان ملك البائع غير زائل على
التقدير الاول وغير معلوم الزوال إلى الثاني وعلى الاول إذا أخذه الشفيع
تبين أن الملك للمشتري قبل أخذه وانقطع الخيار.

[413]

(فرع) باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار ثم باع الثاني نصيبه في زمان
الخيار بيع بنات فلا شفعة في المبيع أولا للبائع الثاني لزوال ملكه ولا
للمشتري منه وان تقدم ملكه على ملك المشتري الاول إذا فرعنا على أنه
لا يملك في زمان الخيار لان سبب الشفعة البيع وهو سابق على ملكه
(وأما) الشفعة في المبيع ثانيا فموقوفة ان توقعنا في الملك وللبيع الاول
ان أبقينا الملك له وللمشتري منه ان أثبتنا الملك له وعلى هذا قال في
التممة ان فسخ البيع قبل العلم بالشفعة بطلت شفيعته ان

[414]

قلنا) ان الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله (وان قلنا) يرفعه من حينه فهو كما لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة وان أخذه بالشفعة ثم فسخ البيع فالحكم بالشفعة كالحكم في الزوائد الحادثة في زمن الخيار (الثانية) إذا وجد المشتري بالشفقص عيبا قديما فأراد رده وجاء الشفيع يريد أخذه ويرضى بكونه معيبا فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) ان الشفيع أولى بالاجابة لان حقه سابق على حق

[415]

المشتري فانه ثابت بالبيع ولان الغرض للمشتري استدراك الظلامة والوصول إلى الثمن وهذا الغرض حاصل بأخذ الشفيع ولانا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيع بالكلية ولو قدمنا الشفيع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته (والثاني) ان المشتري أولى لان الشفيع انما ياخذ إذا استقر العقد وسلم عن الرد لانه قد يريد استرداد عين ماله ودفع عهدة الشقص عن نفسه والاول أرجح عند الاكثريين

[416]

ومنهم من لا يذكر غيره ولو رده بالعيب قبل مطالبة الشفيع ثم جاء الشفيع طالبا فلا يجاب (ان قلنا) المشتري أولى عند اجتماعها (وان قلنا) الشفيع أولى فوجهان (أحدهما) لايجاب لتقدم الرد وفي (الاطهر) يجاب ويفسخ الرد أو نقول تبينا أن الرد كان باطلا والخلاف في أن الشفيع أولى أو المشتري

[417]

جاز كما إذا اشترى شقصا بعبد ثم وجد البائع بالعبد عيبا فأراد رده واسترداد الشقص وأراد الشفيع أخذه بالشفيع والمسألة المذكورة في الكتاب من بعد وسنعود إليها وحكى في التهذيب جريانه أيضا فيما إذا اشترى شقصا بعبد وقبض الشقص قبل تسليم العبد فتلف العبد في يده حتى تبطل شفعة الشفيع في وجهه ويتمكن من الاخذ في الثاني كما لو تلف بعد أخذ الشفيع فان الشفعة لا تبطل بل على الشفيع قيمة العبد للمشتري وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع والذي أورده صاحب الشامل وغيره أنه إذا

[418]

كان الثمن عينا وتلف قبل القبض بطل البيع والشفعة (الثالثة) ستعرف أن الشقص الممهور مأخوذ بالشفعة فلو أصدقها شقصا ثم طلقها قبل الدخول أو ارتد وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة فله أخذ نصفه (وأما النصف الآخر فالزوج أولى به أو الشفيع فيه وجهان وكذلك إذا اشترى شقصا وأفلس بالثمن فاراد البائع الفسخ والشفيع الاخذ بالشفعة فيه الوجهان (أحدهما) أن الزوج والبائع أولى بالأجابة لاستناد حقهما إلى ملك سابق وأيضا فان البائع لم يرض بزوال الشقص إلا على أن يسلم له الثمن فإذا لم يسلم

[419]

وجب أن لا يؤخذ منه (وأصحهما) أن الشفيع أولى لان حقه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق وحق البائع بالافلاس وأسبق الحقين أولى بالرعاية ولان منع الشفيع ابطال حقه وإذا قدمناه لا يبطل حق الزوج والبائع وإنما ينتقل إلى البديل ولان حق الشفيع أقوى من حق الزوج والبائع ألا ترى أن الشفيع يبطل تصرف المشتري عند افلاسه ولا الزوجة تصرف لزوج قال الشيخ أبو على والوجهان مبنيان على القولين فيما إذا كان الخيار للمشتري وحده وأراد الفسخ والشفيع أراد أخذه بالشفعة وقد قدمنا هما وذكر

[420]

الامام وصاحب التهذيب أن الوجهين متولدان من جواب ابن الحداد في الصورة الاولى أن الشفيع أولى وجواب أبي اسحق في الثانية بأن تصرف البائع أولى وتصرف من بعدهما من الاصحاب في كلامهما وجعلوا الصورتين على جوابين بالنقل والتخريج وقطع بعضهم بجواب بان الحداد في الصورة الاولى وبجواب أبي اسحق في الثانية والفرق أن الثابت للزوج بالطلاق الملك والشفيع ثبت له ولاية التملك لانفس الملك فكان الزوج أولى بالتقديم وفي الصورة الاخرى الثابت للبائع والشفيع معا ولاية

[421]

التملك لكن الشفيع أسبق حقا فهو أولى بالتقديم وإذا قدمنا الشفيع في صورة الافلاس فإظهار الوجوه وبه قال ابن الحداد ان الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين الغرماء كلهم لان حق البائع إذا انتقل عن العين إلى الذمة التحق بسائر الغرماء (والثاني) يحكى عن ابن سريج أنه يقدم البائع بالثمن رعاية للجانبين (والثالث) أنه ان كان البائع سلم الشقص ثم أفلس المشتري لم يكن أولى بالثمن لرضاه بذمة المشتري وان سلم فهو أولى

بالثمن والطريقان جاريان فيما إذا اقتضى الحال عود كل الصداق إلى الزوج لرده أو فسخ قبل الدخول هذا إذا اجتمع الشفيع مع الزوج أو البائع أما لو أخذ الشفيع

[422]

الشفقص من يد الزوجة ثم طلق الزوج أو من يد المشتري ثم انه أفلس فلا رجوع للزوج والبائع إلى الشفيع بحال لكن ينتقل حق البائع إلى الثمن وحق الزوج إلى القيمة في مالهما كما لو زال الملك ببيع أو غيره ولو طلها قبل علم الشفيع وأخذ النصف ثم جاء الشفيع ففى استرداده ما أخذه الزوج وجهان كما إذا جاء بعد الرد بالعيب وحكى الامام طريقة أخرى قاطعة بالمنع لان المهر يتشطر بالطلاق من غير اختيار فيبعد نقصه وان قلنا يسترده أخذه وما بقى في يدها والا أخذ ما في يدها ودفع إليها نصف مهر

[423]

المثل ولو كان للشفقص الممهور شفيعان فطلبا وأخذ أحدهما نصفه وطلقها قبل أن يأخذ الآخر فلا يأخذ الزوج النصف الحاصل في يد الشفيع (وأما) النصف الآخر فهو أولى أم الشفيع فيه الخلاف السابق ويجرى فيما إذا أخذ الشفيعين من يد المشتري ثم أفلس فان قلنا الشفيع أولى ضارب البائع مع العرماء بالثمن (وان قلنا) البائع أولى فان شاء أخذ النصف الباقي وضارب مع العرماء بنصف الثمن والا تركه وضارب بجميع الثمن.

[424]

قال (واحترزنا بالمعاوضة عن ملك حصل بهبة أو إرث أو رجع ناقلة أو رد بعيب. فلا شفعة في شئ من ذلك. وثبت (ح) الشفعة فيما جعل أجرة في إجارة. أو صداقا في نكاح. أو عوضا في كتابه أو خلع أو صلح عن دم عمد أو عن متعة نكاح. ولو بذل المكاتب شفقا عوضا عن نجومه ثم عجز ورق ففي الشفعة خلاف إذ خرج عن كونه عوضا. ولو أوصي لمستولده بشقص ان خدمت أولاده شهرا ففيه خلاف لترده بين الوصية والمعاوضة).

[425]

القيد الثالث في ضبط المأخوذ منه أن يكون ملكه حاصلًا بمعاوضة فيخرج عنه ما إذا ملك بآرث أو هبة أو وصية فانه لا يؤخذ بالشفعة (أما) الارث فلان الوارث لا اختيار له في حصول الملك بخلاف ما إذا ملك اختيارا فانه كان

من حقه أن لا يدخل على الشريك ولا يضره به فإذا لم يفعل سلط الشريك عليه (وأما) الهبة والوصية فلان المتهب والموصي له تقلدا لما به من الواهب والموصي بقبول تبرعهما ولو أخذ الشفيع لاخذ

[426]

عن استحقاق ولو تسلط فلا يكون متقلدا للمانة ووضع الشفيع على أن يأخذ الشفيع بما أخذ به المملك ولو وهب بشرط الثواب أو مطلقا وقلنا إن يقتضي الثواب فوجهان (أصحهما) أنه يؤخذ بالشفيع لانه مملوك بعقد معاوضة (والثاني) لا يؤخذ لانه ليس المقصود منه المعاوضة وعلى الاول ففي أخذه قبل قبض الموهوب وجهان (أظهرهما) الاخذ لانه صار يباعا (والثاني) لا لان الهبة لا تتم إلا بالقبض وهذا هو

[427]

الخلافا في أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى ولو اشترى شقصا ثم نقايلا فان كان الشفيع قد عفا فتجدد الشفيع ينبنى على أن الاقالة فسخ أم بيع (إن قلنا) بيع تجدد وأخذه من البائع (وإن قلنا) فسخ لم تتجدد كما لا تجدد بالرد بالعيب لان الفسوخ وان كانت تشتمل على تراد العوضين فلا تعطى أحكام المعاوضات ألا ترى أنه يتعين فيها العوض الاول وان جرت الاقالة قبل علم الشفيع بالشفيع

[428]

فان جعلنا الاقالة بيعا فالشفيع بالخيار بين ان يأخذ بها وبين أن ينقصها حتى يعود الشقص إلى المشتري فيأخذ منه وان جعلناها فسخا فهو كطلب الشفيع بعد الرد العيب وقد سبق ويدخل في الضبط ما إذا جعل الشقص اجرة في اجارة أو جعله في جعالة أو رأس مال في سلم أو أصدق امرأته شقصا أن متعها به أو خالعهما على شقص أو صالح عليه على ما أو دم أو جراحة أو جعله المكاتب

[429]

عوضا عن النجوم فتثبت الشفيع في ذلك كله خلافا لابي حنيفة حيث قال لا تثبت الشفيع الا في الشراء وهو رواية عن أحمد لنا قياس ما عداه عليه بجامع أنه مملوك بعقد معاوضة ولو أقرضه شقصا قال في التتمة القرض صحيح وللشفيع أخذه إذا ملكه المستقرض وانما تثبت الشفيع في الجعالة

بعد العمل فان الملك حينئذ يحصل للعامل ثم في الفصل فرعان (أحدهما)
لو بذل المكاتب شقصا عوضا

[430]

عن بعض النجوم ثم عجز ورق ففي بطلان الشفعة وجهان ينظر في
أحدهما إلى انه كان عوضا أو لا وفي الثاني خروجه اجرا عن العوضية وهذا
أظهر والخلاف شبيه بما ذكرنا فيما إذا كان الثمن عينا وتلف قبل القبض
(الثاني) لو قال لمستولدانه ان خدمت اولادي شهرا فلك هذا الشقص
فخدمتهم استحققت الشقص وفي ثبوت الشفعة فيه وجهان (أحدهما) تثبت
لأنها ملكته بالخدمة فكان كالمملوك بالاجارة

[431]

وسائر المعاوضات (وأظهرهما) المنع لأنها معتبرة من الثلث كسائر الوصايا
وذكر الخدمة شرط داخل على الوصية (وقوله) في الكتاب على ملك حصل
بهبة اعلم لفظ الهبة بالميم لانه روى في الوسيط عن مالك انه يأخذ
الموهوب بالقيمة وهذه إحدى الروايتين عنه فيما ذكره في الشامل وقوله
أو رجع باقالة معلم بالواو ولما اذكرنا ويجوز أن يعلم بالحاء لان صاحب
الشامل حكى عن أبي حنيفة ثبوت الشفعة فيه وكذا

[432]

في الرد بالعيب إذا جرى بالتراضي (وقوله) تثبت الشفعة فيما جعل اجرة
معلم بالحاء ويجوز أن يعلم بالواو لان في أمالي أبي الفرج السرخسي أن
صاحب التخليص قال إذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة
بالسلم ولا بالقرض فلا شفعة فيه لانه تعذر أخذه بما ملك به الممتلك وهو
غريب (وقوله) أو صلح عن دم عمد ربما يبحث فيه عن سبب التيقيد
بالعمدية واعلم أن الجنابة على النفس فما دونها تنقسم إلى

[433]

مالا يوجب القصاص والقول في صحة الصلح عن موجبها ما ذكرنا في كتاب
الصلح والى ما يوجب الصلح ههنا مبني على الخلاف في أن موجب العمد
ماذا فإذا تأملت القسمين وجدت صحة الصلح عما يوجب القصاص أظهر
أعم فيمكن أن يكون ذلك سبب التيقيد بالعمدية التي هي مناط القصاص
(وقوله) ولو بذل المكاتب شقصا عوضا عن نجومه أشار به إلى أن نفس
الشقص لا يمكن الكتابة عليه لانه لا يثبت في الذمة بعقود المعاوضات

والمعين لا يملكه العبد وهذا هو المراد بقوله قبله أو عوضا عن كتابة. قال (ولو اشترى الوصي للطفل وهو شريك أخذ (و) بالشفعة لنفسه. ولو باع شقص الطفل لم يأخذه (و) لأنه متهم كما لو باع من نفسه. والاب يأخذ فانه غير متهم. ولذلك يبيع من نفسه. ولو كان له في الدار شركة أخرى قديمة فيترك (و) عليه ما يخصه لو كان المشتري غيره). فيه مسألتان (الأولى) إذا باع الوصي أو القيم شقصا للطفل وهو شريك فيه فأصح الوجهين وبه قال ابن الحداد وهو المذكور في الكتاب أنه ليس له أخذه بالشفعة لأنه لو تمكن منه لم يؤمن أن

[434]

يترك النظر والاستقصاء للصبي ويتسامح في البيع ليأخذ بالشفعة بالثمن البخس وهذا كما أنه لا يتمكن من بيع ماله من نفسه (الثاني) عن رواية صاحب التقريب وبه قال أبو الحسين بن القطان أن له الأخذ لأنه حق ثبت له على المشتري بعد تمام العقد وانقطاع ملك الطفل. ولو اشترى شقصا للطفل وهو شريك في العقار (فالمشهور) أنه يأخذ لأنه لانهمة ههنا إذ لا يزيد في الثمن ليأخذ به ونقل في الشامل وجهها آخر لان في الشراء أو الأخذ تعليق عهدة بالصبي من غير منفعة له وللاب والجد الأخذ بالشفعة إذا كانا شريكين سواء باعا أو اشتريا لقوة ولايتهما وشفقتهما ولهذا كان لهما بيع مال الطفل من أنفسهما. ولو كان في حجر الوصي يتيمان بينهما دار فباع نصيب أحدهما من رجل فله أخذه بالشفعة للثاني لان الاول قد يحتاج إلى البيع والثاني إلى الأخذ. ولو وكل أحد شريكي الدار صاحبه ببيع نصيبه فباعه ففي الشفعة وجهان أيضا لكن الشيخ أبا علي قال ان الاكثريين ههنا على أنه يأخذ لان الموكل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك ان عثر على تقصير من الوكيل والصبي عاجز عن ذلك فيصان حقه عن الضياع. ولو وكل انسان أحد الشريكين بشراء شقص من الآخر فله الأخذ بلا خلاف.

[435]

وقال أبو حنيفة في الوكيل والوصي معا تثبت الشفعة الشراء ولا تثبت في البيع. ولو وكل الشريك الشريك ببيع نصف نصيبه أو أذن له في بيع نصيبه أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل ان شاء فباع نصف نصيب الموكل مع نصف نصيبه صفقة واحدة فللموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة وهل للوكيل أخذ نصيب الموكل فيه وجهان (المسألة الثانية) إذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة بأن كان بين ثلاثة أثلاثا فباع أحدهم نصيبه من أحد الآخرين فأصبح الوجهين وهو المذكور في الكتاب وبه قال أبو حنيفة والمزني ان المشتري والشريك الآخر يشتركان في المبيع لاستوائهما في الشركة كما لو كان المشتري غيره. وعن ابن سريج أن الشريك الثالث ينفرد بالشفعة ولا حق فيه للمشتري لان الشفعة تستحق على المشتري ولا يجوز أن يستحقها المشتري على نفسه فعلى هذا الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع أو يأخذ الجميع وعلى الاصح هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع أو يترك فان قال خذ الكل أو اترك الكل وقد تركت أنا حقي لم تلزمه الاجابة ولم يصح اسقاط المشتري الشفعة لان ملكه مستقر على

النصف بالشراء فاشبه ما إذا كان للشقص شفيعان حاضر وغائب فاخذ
الجميع الحاضر ثم عاد الغائب له أن يأخذ نصفه وليس للحاضر

[436]

أن يقول له اترك الكل أو خذ الكل وأنا تركت حقي ولا نظر إلى تبعض
الصفقة عليه فانه يلزمه دخوله في هذا العقد. وعن رواية الشيخ أبي على
وجه أنه إذا ترك المشتري حقه وجب على الآخر أخذ الكل أو ترك الكل كما
إذا باع من أجنبي وله شفيعان فترك أحدهما حقه يأخذ الآخر الكل أو يترك
إلا أن هذا الترك سابق على اختيار التملك ههنا وفيما نحن فيه اختيار
التملك بالشراء فلم يؤثر الاعراض بعده. ولو كان بين اثنين دار فباع أحدهما
نصف نصيبه من ثالث ثم باع النصف الثاني من ذلك الثالث فعلى الاصح
حكمه حكم ما لو باع النصف الثاني من أجنبي وهو المذكور في الباب
الثاني وعلى ما ذكره ابن سريج لاشقة للمشتري فللشفيع الخيار بين أن
يأخذ الكل أو يأخذ أحد النصفين دون الآخر. وإذا عرفت ما ذكرناه أعلمت
قوله في الكتاب أخذ بالشفعة لنفسه بالواو وكذا (وقوله) لم يأخذ فانه
متهم وكذا (قوله) فيترك عليه ما يخصه. قال (ولو باع المريض شقصا
يساوي الغين بالف من أجنبي والوارث شريك فلا يأخذ بالشفعة لانه يصل
إليه المحاباة. وقيل يأخذ لان المحاباة معه ليست من المريض. وقيل لا يصح
البيع لتناقض الاثبات والنفي جميعا. وقيل يأخذ الوارث بقدر قيمة الالف
والباقي يبقى للمشتري مجانا).

[437]

إذا باع في مرض موته شقصا وحابى فلا يخلو إما أن يكون المشتري
والشفيع أجنبيين أو وارثين أو المشتري وارثا والشفيع أجنبيا أو بالعكس
والمذكور في الكتاب هو القسم الرابع ونحن نذكر اربعتها (الاول) أن يكونا
أجنبيين فان احتمل الثلث المحاباة صح البيع وأخذ الشقص بالشفعة ولا
إشكال وان لم يحتمله كما إذا باع شقصا يساوي الغين بألف ولا مال له
غيره نظر إن رده الورثة بطل البيع في بعض المحاباة وفي صحته في
الثاني طريقان (أحدهما) التخريج على الخلاف في تفريق الصفقة
(والثاني) القطع بالصحة (وإذا قلنا) بالصحة فغيبا يصح فيه البيع قولان
(أحدهما) أنه يصح في قدر الثلث والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن
(والثاني) انه لا يسقط شئ من البيع إلا ويسقط ما يقابله من الثمن وقد
وجهنا كل واحد من الطريقتين والقولين وتكلمنا فيما هو الاظهر في
تفريق الصفقة (فان قلنا) بالقول الاول صح البيع في الصورة المفروضة
في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن (وان قلنا) بالثاني دارت المسألة
وحسابها أن يقال صح البيع في شئ من الشقص بنصف شئ يبقى مع
الورثة الفان إلا نصف شئ وذلك يعدل مثلي المحاباة وهو نصف شئ فتلا
هاشئ فيجبر ويقابل فيكون

[438]

الفان معادلين لشيء وصنف والشيء من شيء ونصف ثلثاه فعلما أن البيع صحيح في ثلثي الشقص قيمته الف وثلاثمائة وثلاث وثلاثون وثلث مثلي الثمن وهو نصف هذا المبلغ فتكون المحاباة ستمائة وستة وستون وثلثي يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثمن وهما الف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وذلك ضعف المحاباة وعلى القولين جميعا للمشتري الخيار لان جميع لم يسلم له فان أجاز أخذ الشفيع خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن على القول الاول وثلثيه بثلثي الثمن على الثاني ولو أراد أن يفسخ وجاء الشفيع فمن المحاب منهما فيه الخلاف المذكور في الرد بالعيب وكذلك لو فسح قبل طلب الشفيع تبطل الشفعة أم للشفيع رد الفسخ فيه ما سبق من الخلاف وإن أجاز الورثة صح البيع في الكل ثم إن قلنا إن إجازتهم كما فعله المورث أخذ الشفيع الكل بكل الثمن (وان قلنا) انها ابتداء عطية منهم لم يأخذ الشفيع القدر النافذ باجارتهم وأخذ القدر المستغني عن اجارتهم وفيه القولان المذكوران عند الرد (القسم الثاني والثالث) أن يكونا وارثين أو المشتري وارثا فيكون هذا البيع محاباة مع الوراث

[439]

وهي مردودة فان لم نفرق الصفقة بطل البيع في الكل وان فرقناها (فان قلنا) هناك يصح في ثلثيه بثلثي الثمن فهنا يبطل البيع في الكل هكذا ذكره القفال وغيره وعلله في التهذيب بأن البيع لا يبطل في شيء الا ويسقط بقدره من الثمن فما من جزء يصح فيه البيع الا ويكون بعضه محاباة وهي مردودة ولك هنا كلامان (أحدهما) أن المفهوم من هذا التوجيه شيوع المعاوضة والمحاباة في جميع الشقص وذلك لا يمنع تخصيص قدر المحاباة بالابطال ألا ترى أنه لم يمنع في القسم الاول تخصيص ما وراء القدر المحتمل من المحاباة والابطال (والثاني) أن الوصية للوارث موقوفة على اجازة باقي الورثة على رأي كما أن الوصية بما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة على رأي فليفرق ههنا بين الاجازة والرد كما في القسم الاول (والرابع) أن يكون الشفيع وارثا دون المشتري فإذا احتل الثلث المحاباة أو لم يحتل وصحنا البيع في بعض المحاباة في القسم الاول ومكنا الشفيع من أخذه فههنا وجوه (أحدها) أنه يصح البيع كذلك ولا يأخذ الوارث بالشفعة لان محاباة البائع مع المشتري وهو أجنبي عنه والشفيع يملك على المشتري ولا محاباة معه من المريض (والثالث) أنه لا يصح

[440]

البيع أصلا لانه لو صح لتقابلت فيه أحكام متناقضة لانا إن لم نثبت الشفعة أضربنا بالشفيع وان أثبتناها أوصلنا إليه المحاباة وهذا ما عناه بقوله لتناقض النفي والاثبات جميعا (والرابع) يصح في الجميع ويأخذ الشفيع ما يوازي الثمن منه ويبقى الباقي للمشتري مجانا لان المحاباة مع الاجنبي دون الوارث فيجعل كأنه باع بعض الشقص منه ووهب بعضه فيأخذ المبيع

دون الموهوب (والخامس) أنه لا يصح البيع في القدر الموازي للثمن لانه لو صح في الكل فان أخذه الشفيع وصلت إليه المحاباة وان أخذ ما وراء قدر المحاباة كان إلزاما بجميع الثمن ببعض المبيع وهو على خلاف وضع الشفعة وقد يقال في العبارة عن هذا الوجه ان ترك الشفيع الشفعة صحت المحاباة مع المشتري والا فهو كما لو كان المشتري وارثا فلا تصح المحاباة والاوجه الاربعة الاخيرة تحكى عن ابن سريج وأصح الخمسة عند الاكثريين منهم أبو على صاحب الافصاح والعراقيون والاسناده أبو منصور والامام وصاحب التهذيب إنما هو الثاني والاول عند ابن الصباغ وقية إبراده في الكتاب ويحسن أن يرتب فيقال في صحة البيع وجهان ان صح فيصح في الجميع أو فيما وراء قدر المحاباة وجهان ان صح في الجميع بالشفعة أو ما وراء قدر المحاباة أو لا يأخذ شيئا فيه ثلاثة أوجه.

[441]

قال (ولو تساوى شريكان إلى مجلس الحكم وزعم كل واحد أن شراء الآخر متأخر وله الشفعة فالقول قول كل واحد في عصمة ملكه عن الشفعة. فان تحالفا أو تناكلا تساقطا. وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى لمن حلف). ذكرنا من قبل أن تقدم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه شرط في الشفعة فلو كانت في يد رجلين دار شريها بعقدين وادعى كل واحد منهما أن شراؤه كان قبل شراء صاحبه وأنه يستحق الشفعة عليه نظر إن ابتداء أحدهما بالدعوى أو جا أمعا وتنازعا في البداءة فقدم أحدهما بالقرعة وادعى فعلي الآخر الجواب ولا يرضى منه في الجواب بأن يقول بل شرائي أسبق فانه ابتداء دعوى بل إما أن ينفي سبق شراء المدعى أو يقول لا يلزمني تسليم شئ اليك وحينئذ يحلف فان حلف استقر ملكه ثم تسمع دعواه على الاول فان حلف استقر ملكه أيضا وان نكل المدعى عليه أو لا ردت اليمين على المدعى فحلف أخذ ما في يد المدعى عليه وليس للمدعى عليه الناكل بعد ذلك أن يدعى عليه لانه لم يبق له ملك يأخذ به الشفعة وان نكل المدعى عن اليمين المردودة سقطت دعواه وللمدعى عليه أن يدعى عليه هذا إذا

[442]

لم يكن لواحد منهما بينة (أما) إذا أقام أحدهما البينة على السبق دو الآخر قضى له وان أقام كل واحد منهما بينة على سبق شراؤه مطلقا أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه اشترى يو الاحد فهما متعارضتان وفي تعرض البينتين قولان (أحدهما) أنهما يتساقطان فكأنه لابينة لواحد منهما (والثاني) أنهما يستعملان وفي كيفية أقوال (أحدها) القرعة فعلي هذا فمن خرجت قرعته أخذ نصيب الآخر بالشفعة (والثاني) القسمة ولا فائدة لها ههنا إلا أن تكون الشركة بينهما على التفاوت فيكون النصف مقيدا (والثالث) الوقف وعلى هذا يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال ومهم من لم يجز قول الوقف ههنا وقال لا معنى للوقف مع كون الدار في يدهما ولو عينت كل واحدة من البينتين وقتا واحدا فلا تنافي بينهما لاحتمال وقوع العقدين معا ولا شفعة لواحد منهما لانا تبينا وقوع التقدين معا وفيه وجه أنهما يسقطان لان واحدة منهما لم تتعرض لمقصود مقيمها فكأنه

لابينة. (الباب الثاني في كيفية الاخذ) قال (والنظر في أطراف ثلاثة (الاول)
فيما لا يملك به فلا يملك بقوله أخذت وتلمكت. ولكن

[443]

يملك بتسليم الثمن وان لم يرض المشتري به. أو بتسليم المشتري
الشفص إليه رضا بكون الثمن في ذمته. وهل يملك بمجرد رضا المشتري
دون التسليم. أو بقضاء القاضي له بالشفعة عند الطلب. أو بمجرد الاشهاد
على الطلب فيه خلاف. والاطهر أنه لا يملك. حق الشفعة قد يثبت لواحد
وقد يثبت لجماعة وعلى التقديرين فلا شك أن الاخذ بها ضرب تملك يعرض
فالحاجة إلى بيان ما يحصل به الملك وبيان العوض المبدول وبيان الاحكام
العارضة باعتبار تعدد المستحق فعقد لهذه الامور أطرافا (فاما الاول) فلا
يشترط في التمليك بالشفعة حكم الحاكم ولا إحضار الثمن ولا حضور
المشتري ورضاه (أما الاول) فلانه ثابت بالنص فيستغني عن حكم الحاكم
(وأما الثاني) فلانه تملك بعوض فلا يفتقر إلى إحضار العوض كالبيع (وأما
الثاني) فلانه تملك بعوض فلا يفتقر إلى إحضار العوض كالبيع (وأما الثالث)
فلما ذكرنا في الرد بالعيب وعند أبي حنيفة يعتبر حضور المشتري أو حكم
الحاكم ولا يحكم الحاكم إلا إذا حضر الثمن وعن الصعلوكي أن حضور
المأخوذ منه أو وكيله شرط ولا بد من جهة الشفيع من لفظ كقوله تملك أو
اخترت الاخذ بالشفعة أو أخذته بالشفعة وما أشبه ذلك والا فهو من باب
المعاطات ولا يكفي أن يقول لي حق الشفعة

[444]

وأنا مطالب بها لان المطالبة رغبة في التملك والملك لا يحصل بالرغبة
المجردة هكذا ذكره في التتمة وفي أمالي أبي الفرج السرخسي أن الطلب
يكفي سببا لثبوت التملك ولا يقف على قوله تملك والاول اطهر وكذلك
قالوا يعتبر في التملك أن يكون الثمن معلوما للشفيع ولم يشترطوا ذلك
في الطلب وينبغي أن يكون في صحة التملك مع كون الثمن مجهولا ما
ذكرناه في بيع المرابحة وفي التتمة إشارة إلى نحو من هذا ثم لا يملك
الشفيع بمجرد اللفظ بل يعتبر مع ذلك أحد أمور (الاول) أن يسلم العوض
إلى المشتري فيملك به أن يسلمه والا خلى بينه وبينه أو رفع الامر إلى
القاضي حتى يلزمه التسليم (والثاني) أن يتسلم المشتري الشفص
ويرضى بكون الثمن في ذمته نعم لو باع شقصا من دار عليها صفائح ذهب
بالفضة أو بالعكس وجب التقايب ولو رضى بكون الثمن في ذمته ولم
يسلم الشفص فوجهان (أحدهما) أنه لا يحصل الملك وقول المشتري ما لم
يتصل به القبض في حكم وعد (وأصحهما) الحصول لانه معاوضة والملك
في المعارضات لا يتوقف على القبض (والثالث) أن يحضر مجلس القاضي
ويثبت حقه في الشفعة ويختار التملك فيقضي القاضي له بالشفعة وفيه
وجهان (أحدهما) أنه لا يحصل الملك ويستمر

[445]

ملك المشتري إلى أن يصل إليه عوضه أو يرضى بتأخيره (وأصحهما) الحصول لان الشرع نزل الشفيع منزلة المشتري كأن العقد عقد له إلا أن يتخير بين الاخذ والتترك فإذا طلب وتأكد طلبه بالقضاء وجب أن يحكم له بالملك (والرابع) ان يشهد عدلين على الطلب فان لم تثبت الملك بحكم القاضي فهنا أولى وان أثبتناه فوجهان لقوة قضاء القاضي (وقوله) في الكتاب والاطهر أنه لا يملك بمقتضى ترجيح الوجه الصائر إلى عدم حصول الملك بالقضاء والاشهاد وفيما إذا رضى المشتري أن يكون الثمن في ذمة الشفيع وان لم يستلم الشقص لكن جواب الاكثرين في هذه الصورة وفي صورة قضاء القاضي بالشفعة أنه يثبت الملك وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الاول لم يكن له أن يتسلمه حتى يؤدي الثمن وان سلمه المشتري قبل أداء الثمن ولا يلزمه أن يؤخر حقه وان أخر البائع حقه وإذا لم يكن الثمن حاضرا وقت التملك أمهل ثلاثة أيام فان انقضت ولم يحضره فسخ القاضي تملكه هكذا حكى عن ابن سريج وساعده المعظم وفيه وجه آخر أنه إذا قصر في الاداء بطل حقه وان لم يؤخذ رفع إلى الحاكم وفسخ به.

[446]

قال (وهل يلتحق هذا التملك بالشراء في ثبوت خيار المجلس للشفيع وامتناع التصرف في الشقص قبل القبض. وامتناع التملك دون رؤية الشقص فيه خلاف من حيث أنه يشبه البيع في كونه معاوضة ويخالفه في أنه لا تراضي فيه). فيه ثلاث صور (إحداها) في ثبوت خيار المجلس للشفيع فيه خلاف ذكرناه في البيع (والاطهر) الثبوت يحكي ذلك عن نصه في اختلاف العراقيين وعلي هذا فيمتد إلى مفارقة المجلس وهل يقطع بأن يفارقه المشتري فيه وجهان (وجه) المنع أنه لاحظ له في الخيار فلا اعتبار بمفارقته (الثانية) إذا ملك الشفيع امتنع تصرف المشتري وان طلبه ولم يثبت المخلك بعد لم يمتنع وأبدي الامام فيه احتمالا لتأكد حقه بالطلب وحكى فيه وجهين في نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن (أظهرها) المنع كتصرف المشتري قبل (ووجه) الثاني كونه قهريا كالارث قال ولو ملك بالاشهاد أو قضاء القاضي لم ينفذ تصرفه وكذا لو تملك برضى المشتري لكون الثمن عنده والقياس التسوية (الثالثة) في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره طريقان (أظهرهما) أنه على قولى بيع الغيب ان منعناه

[447]

لم يملكه قبل الرؤية وليس للمشتري منعه من الرؤية وان صححناه فله التملك ثم منهم من جعل خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس ومنهم من قطع به وقال المانع على رأى بعد اختصاص ذلك الخيار بأخذ الجانبين (والثاني) المنع سواء صححنا بيع الغائب أو أبطلناه ولان البيع بالتراضي فائتينا الخيار فيه وههنا الشفيع يأخذ من غير رضى المشتري

فلا يمكن إثبات الخيار فيه نعم لو رضى المشتري بأن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار فيكون بالخيار على قولى بيع الغائب ويحكى هذا الطريق عن ابن سريج وإدال جوزنا له التملك وأثبتنا الخيار فللمشتري أن يمنع من قبض الثمن واقباض المبيع حتى يراه ليكون على ثقة فيه (وقوله) حيث أنه يشبه البيع إلى آخره توجه لطرفي الخلاف في المسائل الثلاث والاطهر التحاقه بالشراء وكذلك يرد الشفيع باعيب ولو أفلس وكان المشتري سلم الشقص إليه راضيا بذمته يجوز له الاسترداد. قال (الطرف الثاني فيما يبذل من الثمن. وعلى الشفيع بذل مثل ما بذله المشتري إن كان مثليا

[448]

أو قيمة (و) يوم العقد إن كان من ذوات القيم. فيبذل في المهور وما عليه الخلع قيمة (وم) البضع. وفي عوض الكتاب قيمة النجوم (وم). وفي عوض المتعة قيمة المتعة (وم) وفي الصلح عن الدم قيمة الدم (وم). المقصود الآن بيان ما يأخذ به الشفيع والمأخوذ أنواع (منها) المبيع فان بيع بمثلى كالنقدين والحبوب يأخذه بمثله ثم ان قد بمعيار الشرع أخذه به وان قد بغيره كما لو باع بمائة من من الحنطة فيأخذه بمثله وزنا أم يكال ذلك المبلغ ويأخذ به كيلا فيه اختلاف ذكرناه في القرض ولو كان المثل منقطعا وقت الاخذ عدل إلى القيمة كما في العصب ولو بيع بمتقوم من عبد وثوب ونحوهما أخذه بقيمة ذلك المتقوم والاعتبار بقيمة يوم البيع لانه يوم إثبات العوض واستحقاق الشفعة وقال ابن سريج تعتبر قيمته يوم استقرار العقد بانقطاع الخيار وهذا ما أورده صاحب التهذيب وجماعة وعن مالك أن الاعتبار بقيمته يوم المحاكمة. لنا أن الثمن صار ملكا للبائع فلا تعتبر زيادته في حق المشتري ولو جعل الشقص رأس مال سلم أخذه الشفيع بمثل

[449]

المسلم فيه ان مثليا أو بقيمته ان كان متقوما ولا فرق بين ان يكون دين اتلاف أو دين معاملة (ومنها) الشقص الممهور يؤخذ بمهر مثل المرأة لان البضع متقوم وقيمته مهر المثل وكذا إذا خالعتها على شقص والاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح ويوم جريان البنونة هذا هو المشهور وفي التتمة عن بعض الاصحاب أنه خرج وجهها أنه يأخذه بقيمته يوم القبض وأصله ان المرأة إذا وجدت الصداق عيبا وردته ترجع بقيمته على أحد القولين وإذا كان المستحق عند الرد بالعيب بدل المسمى كذلك عند الاخذ بالشفعة وهذا مذهب مالك. ولو متع المطلقة بشقص أخذه الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر لان المتعة هي التي وجبت بالطلاق والشقص عوض عنها (ومنها) لو اخذ من المكاتب شقصا عوضا عن النجوم أخذه الشفيع بمثل النجوم أو قيمتها لان النجوم هي التي قابلته (ومنها) الشقص الذي جعل أجره الدار يؤخذ بقيمة المنفعة وهي أجره مثل الدار (ومنها) إذا صالح عليه عن الدم أخذه الشفيع بقيمة الدم وهي الدية ويقود منه الجريح ويذهب ملكه (ومنها) مالرب التمر لو استقرض شقصا أخذه الشفيع بمثل قيمته وان قلنا ان المستقرض يرد المثل لان القرض مبني على الارفاق والشفعة ملحقة بالاتلاف والمواضع المحتاجة إلى الرقوم من لفظ الكتاب لاتخفي بعد ما ذكرناه. قال (وان باع بألف إلى سنة. فان شاء عجل في الحال الالف واخذ.

وان شاء نبه على الطلب (و) وآخر التسليم إلى مضي السنة. وروى حرملة
قولا أنه يأخذ (ح) بثمن مؤجل عليه كما أخذه المشتري. وحكي ابن سريج أنه
يأخذ بعوض يساوي الفا إلى سنة).

[450]

إذا كان الثمن حالا بذله الشفيع في الحال فاما إذا باع بألف إلى سنة مثلا
ففيه ثلاثة أقوال (أصحها) وبه قال أبو حنيفة ان الشفيع بالخيار بين أن
يعجل الألف ويأخذ الشقص في الحال وبين أن يصبر إلى أن يحل الاجل
فحينئذ يبذل الألف ويأخذ الشقص وليس له أن يأخذ بألف مؤجل لان
الدهم لا تتمثل فقد لا يرضى المشتري بذمة الشفيع وان رضى البائع
بذمة المشتري ولا يمكن إلزامه لاخذ بألف حال لما فيه من الاحفاف
(والثاني) أن له أخذ الشقص بألف مؤجل كما أخذه المشتري تنزيلا للشفيع
منزلة المشتري كما ينزل منزلته في قدر الثمن وسائر صفاته (والثالث) أنه
يأخذ بعرض يساوي الألف إلى سنة كيلا يتأخر الاخذ ولا يتضرر الشفيع ولا
المشتري. ولنتكلم في حال هذه الاقوال وتفريعها (أما) حالها (فالاول)
منصوص عليه في الجديد (والثاني) نسبه الامام وصاحب الكتاب إلى رواية
حرملة وسكت الاكثرون عن ذلك ورووه عن القديم (وأما الثالث) فعامه
الاصحاب ذكروا أن ابن سريج نقله عن الشافعي رضي الله عنه من كتاب
الشروط والمفهوم من إيراده أنه نص عليه فيه وقال الشيخ أبو علي ان
ابن سريج خرجه من قول الشافعي من كتاب الشروط أنه يجوز بيع الدين
فقال يقوم الدين المؤجل بعرض ويأخذه الشفيع به. (التفريع) فان قلنا
بالجديد لم يبطل حقه بالتأخير لانه تأخير بعذر ولكن هل يجب عليه تنبيه
المشتري علي الطلب فيه وجهان (أحدهما) لا إذ لا فائدة فيه (والثاني) نعم
لانه ميسور إن كان

[451]

الآخذ معسرا والى هذا أشار في الكتاب بقوله ان شأنية المشتري على
الطلب لكن الاول أشبه بكلام الاصحاب. ولو مات المشتري وحل عليه الثمن
لم يتعجل الاخذ على الشفيع بل علي خيرية إن شاء أخذ في الحال وان شاء
صبر إلى مجئ ذلك المحل ولو مات الشفيع فالخيرة التي كانت له تثبت
لورثته ولو باع المشتري الشقص في المدة نقدا فالشفيع بالخيار بين أن
يأخذه بالثمن الثاني وبين أن يفسخه إما في الحال واما عند حلول الاجل
ويأخذه بالثمن الاول هذا إذا قلنا ان الشفيع ينقض تصرف المشتري وهو
الظاهر وفيه خلاف سيأتي (وان قلنا) بالقول الثاني ففي موضعه وجهان
(أحدهما) أنه إنما يأخذ بثمن مؤجل إذا كان مليئا موثوقا به أو إذا أعطى
كفيلا مليئا والا لم يأخذه لانه اضرار بالمشتري وبهذا قال مالك أحمد
(والثاني) أن له الاخذ على الاطلاق ولا ينظر إلى صفته. ولو أخذه ثم مات
حل عليه الاجل (وان قلنا) بالقول الثالث فتعين العرض إلى الشفيع
وتعديل القيمة إلى من يعرفها ذكره الامام قال فلو لم يتفق طلب الشفعة
حتى حل الاجل وجب الا يطالب على هذا القول الا بالسلعة المعدلة لان
الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال المبيع ألا ترى أنه إذا باع بمتقوم تعتبر
قيمته يوم البيع وعلي القولين الآخرين لو أخر الشفيع بطل حقه. قال (ولو)

الشتري شقصا وسيفا بألف أخذ (م) الشقص بما يخصه من الثمن باعتبار قيمة يوم العقد. ثم لاختيار للمشتري فيما فرق عليه من الصفقة).

[452]

إذا اشترى الشقص المشفوع مع عرض كثوب وسيف صفقة واحدة وزع الثمن عليهما باعتبار قيمتها وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن وبه قال أبو حنيفة وأحمد وعن مالك أنه يأخذهما جميعا لما ذكرنا في أول الكتاب ويروى عنه أن كان من مصالح الصفقة وتوابعها كالثيران والآلات الحرث والعبد العالم والبستان أخذه الشفيع مع الشقص وأن كان غير ذلك لم يأخذه ثم النظر في قيمتها إلى يوم البيع لأنه وقت المقابلة قال الامام وإذا قلنا ان الملك ينتقل بانقطاع الخيار فيجوز أن يعتبر انقطاع الخيار لان انتقال الملك الذي هو سبب الشفعة حينئذ يحصل وإذا أخذ الشفيع الشقص لم يثبت للمشتري الخيار وان تفرقت الصفقة على لدخوله فيها عالما بالحال قال (ولو تعيبت الدار باضطراب سقفها أخذ المعيب بكل الثمن كما يأخذ المشتري من البائع إذا غاب المبيع قبل القبض. وان تلف الجدار مع بعض العرصة بأن تعشاه السيل أخذ الباقي بحصته. وان بقي تمام العرصة واحترقت السقوف. فان قلنا انها كأطراف العبد أخذ (م) بالكل. وان قلنا كأحد العبدين أخذ بحصته. وان كان النقص باقيا فهو منقول ففي باقء الشفعة فيه قولان (و) لانه قارن الابتداء لم يتعلق به الشفعة. وان قلنا يبقى حق الشفيع فيه فيأخذ المنهدم مع النقص بكل الثمن. وان قلنا لا يبقى الحق فيه. فان قلنا الجدار كأحد العبدين أخذ الباقي بحصته. وان قلنا كأطراف العبد فقولان. إذ يبعد أن يفوز المشتري بشئ مجاناً).

[453]

الفصل يتعلق بأصلين (أحدهما) أن المنقول لاشفعة فيه وإذا ضم إلى شقص ويبعا صفقه واحدة أخذ الشقص باشفعة بحصته والعهد قريب بهذا الاصل (والثاني) أن الخلاف في أن السقف والجدران من الدار المبعة كأحد العبدين المبيعين أو كطرف من أطراف العبد المبيع أو أوصفة من صفاته وهذا ذركناه في النظر الثالث من كتاب البيع. إذا عرف ذلك فإذا اشترى شقصا من دار ثم نقصت الدار فلها احوال (أحدها) ان يبعث من غير تلف شئ منها ولا انفصال بعضها من بعض بان شق جدار أو ملات استطوانة أو انكسر جذع أو اضطرب سقف فالشفيع بالخيار بين الاخذ بكل الثمن وبين الترك ويكون تعيبه في يد المشتري كتعيب المبيع في يد البائع فانه يخير المشتري بين الاخذ بجميع الثمن وبين الفسخ (والثانية) أن بتلف بعضها فينظر ان تلف شئ من العرصة بأن عشياها السيل فغرقتها أخذ الباقي بحصته من الثمن وان بقيت العرصة بتمامها وتلفت السقوف واجدران باحتراق وغيره (فان قلنا) ان الابنية كأحد العبدين المبيعين أخذ العرصة بحصتها من الثمن وهو الاصح وبه قال أحمد ومالك (وان قلنا) انها كأطراف العبد وصفاته أخذها بكل الثمن وفرق بعضهم بين أن يكون التلف بأفة سماوية فيأخذها بجميع الثمن أو باتلاف متلف فيأخذها بالحصه لان المشتري يحصل له بدل التالف فلا يتضرر وبهذا قال أبو حنيفة (والثالث) أن لا يتلف شئ منها ولكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام وسقوط

الجدران فهل يأخذ الشفيع النقص فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما لا
لانه منقول كما لو كان في الابتداء كذلك وأدخل النقص في البيع

[454]

لا يؤخذ بالشفعة (والثاني) نعم قال في الشامل وهو اختيار أبي إسحق
وشيوخنا المتأخرين لان منقولته عرضت بعد البيع وتعلق حق الشفيع به
والاعتبار بحال جريان العقد ولهذا لو اشترى دارا فانهدمت يكون النقص
والعرضة للمشتري وان كان النقص لا يدخل في البيع لو جرى وهى منهمة
(فان قلنا) انه يأخذ النقص أخذه مع العرضة بجميع الثمن والا أعرض عن
الكل (وان قلنا) انه لا يأخذه فينبني على أن السقوف والجدران كأحد
العبدین المبیعین أو كطرف العبد (إن قلنا) بالاول أخذ العرضة وما بقي من
البناء بحصتهما من الثمن (وان قلنا) بالثاني فوجهان (أحدهما) أنه يأخذ
الحصة لان النقص كان من الدار المشتراة فيبعد أن يبقى للمشتري مجانا
ويأخذ الشفيع ما سواه بتمام الثمن (والثاني) أن يأخذ الكل بالثمن كما في
الحالة الاولى وعلى هذا يشبه النقص بالثمار والزوائد التي يفوز بها
المشتري قبل قبض الشفيع ومنهم من يطلق قولين تفرعا على أن
النقص غير مأخوذ من غير البناء على أن النقص كأحد العبدین أو كأطراف
العبد ويوجه الاخذ بالكل لانه نقص حصل عند المشتري فأشبه تشقق
الحائط والاخذ بالهبة بأن ملا يؤخذ من البيع بالشفعة تسقط حصته من
الثمن كما إذا اشترى شقصا وسيفا. (واعلم) أن منقول المزني في
المختصر أن الدار إذا أصابها هدم يأخذ الشفيع الشقص بجميع الثمن أو
يترك وعن القديم ومواضع من الجديد أنه يأخذ بالحصة واختلف الاصحاب
في النصين بحسب ما حكينا عنهم في فقه الفصل الفارقون في الحالة
الثانية بين أن يتلف بعض العرضة حيث يأخذ الباقي بالحصة وبين

[455]

أن يتلف بعض النقص أو كله وتبقي العرضة كلها حيث يأخذ الباقي بالكل
جوابا على إلحاقه بأطراف العبد وحملوا النص الثاني على ما إذا تبف بعض
العرضة والاول على ما إذا بقى كل العرضة وتلفت الابنية والفارقون بين
أن يكون التلف بأفة سماوية أو باتلاف متلف حملوا الاول على ما إذا كان
التلف بأفة سماوية والثاني على ما إذا كان باتلاف متلف والفريقان
متفقان على فرض النصين في الحالة الثانية والذين قالوا في الحالة
الثالثة لا يأخذ الشفيع النقص منهم من أثبت النصين المذكورين وقطع
بالاخذ بالحصة وحمل منقول المزني على الحالة الاولى وهو مجرد التعيب
والذين قالوا يأخذ النقص بالشفعة حملوا النص الثاني على ما إذا تلف كل
النقص أو بعضه ونزلوا الاول على مذهبهم فخلصت من هذه التصرفات
خمسة طرق في النصين والله أعلم. (وقوله) في الكتاب وفي بقاء الشفعة
قولان يجوز إعلامه بالواو لان عن ان سريح طريقة جازمة ببقاء الشفعة
فيه ذكرها في التتمة. قال (ولو اشترى الشقص بألف ثم حط بالابراء فانه
ان كان بعد اللزوم فلا يلحق الشفيع. وان كان في مدة الخيار لحقه على
الاصح (و). وان وجد البائع بالعبد الذي هو عوض الشقص عيبا وأراد استرداد
الشقص قبل أخذ الشفيع فهو أولى به من الشفيع في أقيس القولين.

وان كان بعد أخذ الشفيع لم ينقص (و) ملك الشفيع. ولكن يرجع إلى قيمة الشقص. فان زاد على ما بدله الشفيع أو نقص ففي التراجع بين المشتري والشفيع خلاف إذا صارت القيمة ما قام الشقص بها على

[456]

المشتري أخيرا. وكذا لو رضى البائع بالعيب ففي استرداد الشفيع به قيمة السلامة من المشتري خلاف. وان وجد المشتري بالشقص عيبا بعد أخذ الشفيع لم يكن (و) له طلب أرش. فان رد الشفيع عليه رد هو علي البائع. فان وجد قبل أخذ الشفيع ومنعه عيب حادث من الرد فاسترد أرشا فهو محطوط عن الشفيع قولا واحدا). الفصل ينظم مسائل (احداها) إذا اشترى الشقص بألف درهم ثم اتفق المتبايعان على حط من الثمن أو زيادة فذلك إما أن يكون قبل لزوم العقد أو بعده اما في زمن الخيار أو مكانه وحكم القسمين ما ذكرناه في البيع بالشرح وحاصله أنه لا تلتحق الزيادة ولا الحط بالعقد بعد لزومه ولا حط البعض ولا حط الكل وذهب أبو حنيفة إلى التحاق حط البعض به حتى يأخذ الشفيع بالباقي وفيما قبل اللزوم وجهان (أصحهما) الالتحاق كما ذره صاحب الكتاب ههنا وان أشار في البيع إلى ترجيح المنع (وإذا قلنا) بالالتحاق وحط كل الثمن فهو كما لو باع بلا ثمن وحينئذ فلا شفعة للشريك لانه يصير هبة على رأى وبطل على رأى وكنا قد ذكرنا في البيع التفات الخلاف في الالتحاق إلى الخلاف في الملك في زمن الخيار وعلى ذلك جرى الامام وآخرون ههنا فقالوا (ان قلنا) ان لخيار لا يمنع ثبوت الملك للمشتري فكما يملك المشتري المبيع بملك البائع ثمنه فينفذ تصرفه بالابراء لمصادفته ملكه قال الامام وفيه احتمال لان الاصحاب ترددوا في أن اعتاق المشتري في زمن الخيار هل ينفذ مع الحكم بثبوت الملك له لتعلق خيار البائع بالمبيع فإذا ترددوا في

[457]

الاعتاق مع قوته لهذا المعنى جاز أن يتردد في الابراء لان الثمن متعلق خيار المشتري (وإذا قلنا) ان الملك للبائع أو موقوف نفي صحة الحط وجهان عن القاضي حسين (أحدهما) الصحة لجريان الناس عليه في الاعصار الخالية (والثاني) المنع لانه تصرف فيما ليس مملوكا فيحث قلنا بصحة الحط ففي التحاقه بالعقد خلاف (والثانية) إذا اشترى الشقص بعبد مثلا وتقابضا ثم وجد البائع بالعبد عيبا وأراد رده بالعيب واسترداد الشقص وجاء الشفيع يريد أخذ الشقص ففي الاولى منهما خلاف مر وحكي الامام طريقة أخرى قاطعة بتقديم البائع وفرق بينه وبين ما إذا أراد المشتري رد الشقص بالعيب وزاحمه الشفيع حيث ذكرنا فيه القولين بأن البائع ينشئ الرد على غير محل الشفعة والمشتري ينشئه في غير محل الشفعة ولو عرف عيب العبد بعد أخذ الشقص لم ينقص ملك الشفيع ولم يرد شفيعته كما لو باع ثم اطلع على العيب وعن صاحب التقريب قول أنه يسترد المشتري الشقص من الشفيع ويرد عليه ما أخذه ويسلم الشقص إلى البائع لان الشفيع نازل منزله المشتري فرد البائع يتضمن نقض ملكه ولا يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه والمذهب الاول (وإذا قلنا) به أخذ البائع قيمة الشقص من المشتري فان كانت مثل قيمة العبد فذاك وان

زادت قيمة الشقص على قيمة العبد أو نقصت عنها ففي رجوع من بذل الزيادة من المشتري أو الشفيع على صاحبه وجهان (أظهرهما) أنه لا تراجع بينهما لأن الشفيع قد ملكه بالعوض المبدول فلا يتغير حكمه بعد ذلك كما إذا باعه ثم رد البائع العبد بالعيب (والثاني) ويحكي عن ابن سريج أنه يثبت التراجع بينهما

[458]

لأن قيمة الشقص استمر الحال عليها وقرار الفسخ ينفي أن يأخذها بما قام على المشتري ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بابتياح أو غيره لم يتمكن أو غيره لم يتمكن البائع من إجباره على رد الشقص ولا للمشتري من إجباره على القبول ورد القيمة بخلاف ما إذا غرم العبد المعصوب لا باقه فرجع لأن ملك المعصوب منه لم يزل وملك المشتري قد زال وبعد الرد على القيمة حكى صاحب التتمة وجهين في المسألة بناء على الوجهين فيما لو خرج المبيع عن ملك المشتري وعاد ثم الطلع البائع على عيب بئمن مهين فرده هل يسترد المبيع ولو وجد البائع العيب بالعبد وقد حدث عنده عيب فاخذ الارش لامتناع الرد نظر إن أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد سليما فلا رجوع عليه وإن أخذه بقيمته معيبا ففي رجوع المشتري على الشفيع الوجهان السابقان في التراجع لكن الأصح ههنا الرجوع ومال ابن الصباغ إلى القطع به لأن الشقص استقر عليه بالعبد والارش ووجوب الارش من مقتضى العقد لاقتضائه سلامة العوض ولهذا إذا أخذه الشفيع بقيمته سليما لم يرجع على المشتري بشئ ولو رضى البائع ولم يردده فما الذي يجب على الشفيع فيه وجهان (أحدهما) أن عليه قيمة العبد سليما ورضا البائع مسامحة منه مع المشتري (والثاني) أن تلزمه قيمته معيبا حتى لو بذل قيمة السليم استرد قيمة السلامة من المشتري لأن الذي يلزم الشفيع قيمة المعجول ثمنا بصفاته وضعف الامام الوجه الاول وغلط من قال به لكنه هو الذي أورده في التهذيب (الثالثة) للمشتري رد الشقص بالعيب على البائع وللشفيع رده على المشتري بالعيوب السابقة على البيع وكذا بالعيوب السابقة على الاخذ ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد في الحال وليس له الارش أيضا

[459]

وكذا أطلقه في الكتاب وهو الصحيح ويحى فيه الخلاف الذي ذكرناه فيما إذا باعه أو أزال الملك بجهة أخرى فلو رد عليه الشفيع بالعيب رده حينئذ على البائع ولو وجد المشتري عيب الشقص قبل أن يأخذه الشفيع ومنعه عيب حادث من الرد فاسترد ارش العيب القديم حط ذلك عن الشفيع لأنه بدل صفة السلامة التي استحقها الشفيع كما استحقها المشتري على البائع وإن قدر على الرد لكنهما توافقا على الرجوع إلى الارش ففي صحة المصالحة وجهان المذكوران في موضعهما أن صححناها ففي حطه عن الشفيع وجهان (أحدهما) لا يحط لأن ينزع من البائع (وأصحهما) الحط لتقرر الثمن لعي الباقي (وقوله) في الكتاب فهو أولى به في أقيس القولين يمكن أن يعلم بالواو للطريقة القاطعة بتقديم البائع (وقوله) لم ينقض ملك الشفيع معلم به وكذا قوله لم يكن له طلب ارش (وقوله) وهو

محطوط عن الشفيع قولا واحدا كأن الاشارة به إلى هذه الصورة تفارق ما إذا رجع المشتري بالارش مع إمكان الرد فهي مختلف فيها. قال (ولو اشترى بكف من الدراهم لم يعرف وزنه وحلف على أنه لايعرف وزنه فلا شفعة (و) إذا الاخذ بالمجهول غير ممكن). إذا اشترى بكف من الدراهم لايعرف وزنه أو بصيرة من الحنطة لا يعلم كيلها فيوزن وتكال ليأخذ الشفيع بذلك القدر فإن كان ذلك غائبا فتبرع البائع باحضاره أو أخبر عنه واعتمد قوله فذك والافليس للشفيع أن يكلفه الاحضار ولا الاخبار عنه وان هلك الثمن وتعذر الوقوف عليه تعذر أخذه بالشفعة فان أنكر الشفيع كون الشراء بما لا يعلم قدره نظر إن عين قدرا وقال اشتريته بكذا وقال المشتري انه لم يكن معلوم القدر

[460]

فعن ابن سريج أنه لا يقنع بذلك ولا يحلف على نفي العلم كما لو ادعى الفا على إنسان فقال في الجواب لست أدري كم لك على فعلى هذا لو أصر على قوله الاول جعل ناكلا وردت اليمين على الشفيع والمحكى عن النص وأكثر الاصحاب أنه يقنع منه بذلك ويحلف عليه لانه محتمل ويخالف ما إذا ادعى عليه الفا فان المدعى ههنا هو الشقص لا الثمن المجهول ويتقدير صدق المشتري ليس له الاخذ بالشفعة فكان ذلك إنكارا لولاية الاخذ وعلى هذا الخلاف لو قال نسيت مقدار الثمن الذي اشتريت به فعلى رأى يجعل قوله نيسن نكولا وترد اليمين على الشفيع قاله القاضي الروياني وبه قال ابن سريج وابن أبي هريرة والماوردي والقفال وهو الاختيار. وان لم يعين قدرا ولكن ادعى على المشتري أنه يعلمه وطلبه بالبيان ففيه وجهان (أصحهما) عند صاحب التهذيب أنه لا تسمع دعواه حتى يعين قدرا فيحلف المشتري حينئذ أنه لايعرف (والثاني) أنها تسمع ويحلف المشتري على ما يقوله فان نكل حلف الشفيع على علم المشتري وحبس المشتري حتى يبين قدره وحكى عن ابن سريج وغيره تفريعا على الاول أن طريق الشفيع أن يعين قدرا فان ساعده المشتري فذاك والا حلفه على نفيه فان نكل استدل الشفيع بنكوله وحلف على ما عينه اتفاقا وان حلف المشتري زاد وادعى ثانيا وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشتري فيستدل الشفيع بنكوله ويحلف وهذا لان اليمين قد تستند إلى التخمين ألا ترى أن له أن يحلف على خط أبيه إذا سكنت نفسه إليه (وقوله) في الكتاب وحلف أنه لايعرف وزنه غير محتاج إليه في التصوير فانه لو اقتصر على أن يقول ولو اشترى بكف من الدراهم لايعرف وزنه فلا شفعة كان صحيحا وانما

[461]

يحتاج إلى الحلف إذا فرض نزاع ثم الحلف على نفي العلم انما يكون إذا سمع منه نفي العلم في جواب دعوى الشفيع ويحجى فيه ما سبق من الخلاف. قال (ولو خرج ثمن المبيع مستحقا وهو معين تعين بطلان (ح) البيع والشفعة. وان خرج ثمن الشفيع مستحقا لزمه الابدال ولم يبطل ملكه ولا شفعته في أظهر الوجهين. وكذا إذا خرج زيوفا). إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشقص المشفوع فاما أن يظهر في ثمن المبيع أو في ثمن الشفيع فان ظهر في ثمن البيع نظر ان كان معينا بان بطلان البيع وإذا بطل البيع

وإذا بطل ابيع سقطت الشفعة وعلى الشفيع رد الشقص إن كان قد أخذه. وعند أبي حنيفة لا يبطل البيع إذا كان الثمن نقدا بناء على أن النقود لا تتعين بالتعيين وأن خرج بعضه مستحقا بطل البيع في ذلك القدر وفي الباقي قولا تفريق الصفقة فان فرقناه واختار المشتري الاجازة فللشفيع الاخذ فان اختار الفسخ وأراد الشفيع أخذه ففيه الخلاف المذكور فيما إذا أصدقها شقصا ثم طلقها قبل الدخول وان كان الثمن في الذمة أي ونقده المشتري ثم خرج المدفوع مستحقا فعليه الابدال والبيع والشفعة بحالهما وللبيع استرداد الشقص ليحبسه إلى أن يقتضي الثمن (فاما) إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشفيع فان كان جاهلا لم يبطل حقه وعليه الابدال ثم حكى الامام وجهين في أنا نتبين بم يملك باداء المستحق ويفتقر الآن إلى تملك جديد أو نقول إنه ملكه والثمن دينا عليه وان كان عالما فوجهان (أحدهما) ان شفيعته تبطل لانه أخذ بما لا يجوز الاخذ به فكأنه ترك الشفعة مع القدرة عليها (والثاني) لا تبطل لانه لم يتصر في الطلب والاخذ والشفعة لا تستحق بمال معين

[462]

حتى تبطل باستحقاقه (والاول) هو المذكور في التهذيب (والثاني) ظاهر كلام المزني واختاره كثير من الاصحاب ومنهم صاحب الكتاب وهل من فرق بين أن يكون ثمن الشفيع معينا بأن يقول تملك الشقص بهذه الدنانير أو غير معين بأن يقول تملكته بعشرة فمنهم من قال لا وقال الشيخ ابو حامد وآخرون نعم وموضع الوجهين ما إذا كان معيناه. وخرج الدنانير نحاسا كخروجها مستحقة. ولو خرج ثمن المبيع ردينا فللبائع الخيار بين أن يرضى به وبين أن يستبدل فان رضى به لم يلزم المشتري الرضا بمثله بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد ذكره في التهذيب. ولو خرج ثمن الشفيع ردينا لم تبطل شفيعته عالما كان أو جاهلا لان أداءه صحيح بدليل ما إذا رضى المشتري به فيه وجه أن خروجه معينا كخروجه مستحقا (وقوله) في الكتاب لم يبطل ملكه ولا شفيعته في أظهر الوجهين. أطلق الكلام في المسألة اطلاقا ولم يفرق بين أن يكون عالما أو جاهلا لاختياره الوجه الذاهب إلى أن حقه لا يبطل وان كان عالما والوجه الذي يقابله على هذا لايراد انه ان كان عالما بطل وان كان جاهلا فلا يبطل البطلان مطلقا فانه لا قائل به والخلاف في أن ملكه هل يبطلهما الوجهان اللذان نسبناهما إلى حكاية الامام في حالة الجهل ويطردان في حالة العلم إذا قلنا ان حقه لا يبطل لكنه حكم بأن الاظهر أن ملكه لا يبطل وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور سيما في حالة العلم (وقوله) وكذا لو خرج زيوفا ان كان المراد منه النحاس المخص فهو صحيح وان أراد الذي من ذل الجنس فالتسوية بينه وبين ما إذا خرج مستحقا خلاف ظاهر المذهب وقد أجاب في الوسيط بان خروج الثمن زيوفا لا يبطل الملك ولا الشفعة وهذا يقتضي ارادة المعنى الثاني وحينئذ يختلف جوابه في الكتابين ويكون الصحيح ما في الوسيط.

[463]

قال (ولو بني المشتري في الشقص الذي قاسمه وكيل الشريك في غيبته فإذا حضر فحقه في الشفعة باق له فانه كان شريكا ولم يسقط هو حق الشفعة وقد بقي له نوع اتصال وهو الجوار. ولكن لا يقلع (ح ز) بناء المشتري مجانا. بل يتخير بأن يبقى بأجرة أو يتملك بعوض أو ينقض بارش كالمعير سواء. إلا أنه يبقى زرعه ولا يطالبه (و) بالأجرة. والمعير له الأجرة لان المشتري زرع ملك نفسه فكأنه استوفي منفعته فهو كما لو زرع ملكه (وباع). إذا بني المشتري أو غرس أو زرع في الشقص المشقوق ثم علم الشفيع فله الأخذ بالشفعة وقلع بنائه وغراسه وزرعه مجانا لا بحق الشفعة ولكن لانه شريك وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرفات في الارض المشتركة كان للآخر أن يقلع مجانا وان بني وغرس المشتري في نصيبه بعد القسمة والتميز ثم على الشفيع لم يكن له قلعه مجانا وبه قال مالك وأحمد خلافا لابي حنيفة. لنا أنه بني في ملكه الذي ينفذ تصرفه فيه فلا يقلع مجانا وتعلق حق الشفعة به لا يمكن من القلع مجانا لتعلق حق الرجوع بالارض المرهونة (واعلم) أن في تصوير المسألة إشكالين (أحدهما) قال المزني المقاسمة تتضمن الرضا من الشفيع وإذا رضى الشفيع بمالكية المشتري بطلت الشفعة فكيف يفرض ثبوت الشفعة مع جريان القسمة (والثاني) أن القسمة تقطع الشركة وترد العلقه بينهما إلى الجوار وحينئذ وجب أن لا تبقى الشفعة لان دفاع الضرر الذي كنا نثبت الشفعة لدفعه كما لا تثبت ابتداء للجار وأجاب الاصحاب عن الاول بصور

[464]

واضحة القسمة مع بقاء الشفعة في صور (منها) أن يخبر بأن البيع جري بألف فيعفو أو يقاسم أرباب الشقص أو انتقل إليه بالهبة فيقاسم ويبنى ثم يتبين أن البيع كان بما دون الالف وأن الانتقال كان بالعوض فتصح القسمة وتثبت الشفعة (ومنها) أن يقاسم الشفيع المشتري على ظن أنه وكيل إما لأخباره عنه أو لسبب آخر (ومنها) أن يكون للشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه والشمترين منهم فيقاسم الوكيل المشتري والشفيع غير عالم (ومنها) أن يكون له وكيل بالقسمة وفي أخذ الاشخاص بالشفعة فيرى في شقص الحظ في الترك فيتركه فيقاسمه ثم يقدم الشفيع ويظهر له بأن الحظ في الاخذ وكذلك ولى اليتيم (ومنها) أن يكون الشفيع غائبا فيطالب المشتري الحاكم بالقسمة وللإمام في إجابة القاضي إياه وقفة إذا علم ثبوت الشفعة والمشهور الاجابة (وأما الثاني) فاجيب عنه بأن الجوار وان لم يكن يكتفي به في الابتداء إلا أنه اكتفي به في الدوام عند حصول الشركة في الابتداء ولم يخرج على الخلاف في بطلان الشفعة فيما إذا باع نصيبه جاهلا بالشفعة لان الجوار على حال ضرب اتصال قد يؤدي إلى التأذي بضيق المرافق وسوء الجوار ولذلك اختلف العلماء في ثبوت الشفعة (وقوله) في الكتاب في الشقص الذي قاسمه وكيل الشريك إشارة إلى حل الاشكال الاول وبيان بعض طرق صحة القسمة مع بقاء الشفعة (وقوله) فانه كان شريكا إلى آخره إشارة إلى حل الثاني. إذا تقرر ذلك فان اختار المشتري قلع البناء أو الغراس فله ذلك ولا يكلف تسوية الارض لانه كان متصرفا في ملكه فان حدث في الارض نقص فالشفيع إما أن يأخذه على صفته واما أن يترك فان لم يختر المشتري القلع فالشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الارض بأجرة وبين

[465]

تملكه بقيمته يوم الاخذ وبين أن ينقضه ويغرم أرش النقص على الوجه الذي تقرر في المعير إذا رجع وقد بني المستعير في الارض أو غرس بلا فرق ولو كان قد زرع فيبقى زرعه التي ان يدرك فيحصد وقياس التسوية في فصل البناء وما نحن فيه وبين العارية أن يجئ الخلاف المذكور هناك في زرع الارض المستعارة (والظاهر) في الموضعين أنه يبقى الزرع وهل للشفيع أن يطالبه بالاجرة عن صاحب التقريب أن له المطالبة كما أن المعير يبقى بالاجرة على الظاهر (والمشهور) أنه لا مطالبة للشفيع بالاجرة بخلاف المعير فان المستعير زرع أرض المعير والمشتري زرع ملك نفسه واستوفي منفعته بالزراعة وهذا كما لو باع أرضا مزروعة لا يطالبه المشتري بالاجرة لمدة بقاء الزرع (وقوله) في الكتاب ولكن لا يقلع بناء المشتري مجانا معلم بالحاء لما مر وبالزاي لان المزني يوافق (وقوله) إن يبقى زرع هذا الاستثناء يتعلق بالتسوية بين الشفيع والمعير كأنه قال والشفيع كالمعير إلا أنه يبقى زرع المشتري بلا أجرة والمعير يبقى بالاجرة (واعلم) أن في الصور الثلاث منها صورة بيع الارض المزروعة وصورة

[466]

العارية وما نحن فيه وجهين في وجوب الاجرة وقد ذكرنا الخلاف في الصورتين في موضعها لكن الظاهر من الخلاف في صورة العارية وجوب الاجرة وفي الصورتين الأخيرتين المنع للمعني الذي يجمعهما وهو أنه استوفي منفعة ملكه هذا ما ذكره عامة الاصحاب وصاحب الكتاب ناقض في مسألة بيع الارض المزروعة والذي ذكره ههنا جواب على أنه لا تجب الاجرة وذكر في اللفظ الاول من القسم الثالث من النظر الرابع من كتاب البيع أن الاظهر وجوبها. (فرع) ذكرنا أنه إذا زرع لزم الشفيع إبقاء الزرع وحينئذ يجوز له تأخير الشفعة إلى الادراك والحصاد لانه لا ينتفع به قبل ذلك ويخرج الثمن من يده قال الامام ويحتمل أنه لا يجوز له التأخير وان تأخرت المنفعة كما لو بيعت الارض في الشتاء لا يؤخر الشفعة إلى أو ان الانتفاع ولو كان في الشقص أشجار عليها ثمار لا تستحق بالشفعة ففي جواز التأخير إلى القطف وجهان والفرق أن الثمار لا تمنع من الانتفاع بالمأخوذ بخلاف الزرع. قال (ولو تصرف المشتري بوقف أو هبة نقص (و). وان كان بيع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالبيع الاول فينقضه (و). أو بالثاني).

[467]

تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف وغيرهما صحيحة لانه واقعة في ملكه وثبوت حق التملك للشفيع لا يمنع المشتري من التصرف كما ان حق التملك للواهب بالرجوع لا يمنع تصرف المنتهب وكما أن حق التملك للزوج بالطلاق لا يمنع تصرف الزوجة وفي التتمة وجه غريب عن ابن سريج أنها باطلة لان الشفيع حقا لاسبيل إلى إبطاله فاشبهه حق المرتهن (وإذا قنا) بالشفعة فظاهر المذهب وهو المذكور في الكتاب ونصه في القديم أنه ينظر إن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة كالوقف

والهبة فللشفيح نقضه وأخذ الشقص بالشفعة وان كان مما تثبت فيه الشفعة كالبيع ولا صداق فهو بالخيار بين أن ينقض تصرفه ويأخذ به الشقص بالبيع الاول فربما يكون الثمن فيه أقل أو من جنس هو عليه أيسرو بين أن لا ينقض تصرفه به ويأخذ وعن أبي إسحق المروزي أنه لس تصرف المشتري بأقل من بنائه فكما لا ينقض

[468]

الشفيع بناءه لا ينبغي أن ينقض تصرفه واختلفوا في موضع هذا الوجه منهم من خصصه بما ثبتت فيه الشفعة من التصرفات (أما) مالا تثبت فيه فله نقضه لتعذر الاخذ به ومنهم من عمم وقال تصرفات المشتري تبطل حق الشفيح كما يبطل تصرف المشتري المفلس في حق الفسخ للبائع وتصرف المرأة حق الرجوع إلى العين إذا طلق قبل الدخول وتصرف المتهب رجوع الواهب نعم لو كان التصرف بيعا أو غيره مما تثبت فيه الشفعة تجدد حق الشفعة بذلك وعن رواية الشيخ أبي علي بن أبي إسحق أنها لا تتجدد أيضا لان تصرف المشتري إذا كان مبطلا للشفعة لا يكون مثبتا لها كما إذا تحرم بالصلاة ثم شك فجدد نية وتكبيرا لا تنعقد بها الصلاة لانه يحصل بها الحل فلا يحصل العقد ووجه ظاهر المذهب وهو أن للشفيح نقض تصرف المشتري لان حقه ثابت بأصل العقد فلا يتمكن المشتري من ابطاله ولا يشبه تصرف المفلس وتصرف المرأة في الصداق فان حق البائع والزوج لا يبطل بالكلية بل ينتقل إلى

[469]

الثمن أو القيمة والواهب رضى بسقوط حقه حيث سلمه إليه وسلطه عليه وههنا يبطل حق الشفيح بالكلية ولم يوجد منه رضى ولا تسليم قال الشيخ أبو علي ويجوز أن ينبغي الوجهان على القولين فيما إذا عتقت الامة تحت عمد وطلقها قبل أن تختار الفسخ هل ينفذ الطلاق ووجه الشبه أن الطلاق يبطل حقا في الفسخ ولم تسلط عليه كما ذكرنا وحكي القاضي أبو الطيب عن القاضي الماسرخسى أنه لا ينقض تصرف الوقف وينقض ما عداه. قال (ولو تنازع المشتري والشفيع في العفو فالقول قول الشفيح. أو في قدر الثمن فالقول قول المشتري. أو في كون الشفيح شريكا فالقول قول المشتري يحلف أنه لا يعرف له شريكا. فان أنكر المشتري الشراء فان كان للشفيح بينة أخذ الشقص وترك الثمن في يده على رأى (و) إلى أن يقر. أو يحفظه القاضي في وجه. أو يجبر المشتري على قبوله في وجه. وان لم يكن له بينة فان أقر البائع

[470]

بالبيع دون قبض الثمن سلم الثمن إليه وأخذ (و) بالشفعة فالحق لا يعدوهما. وان قال قبضت الثمن فيقرر الثمن في يده أو يحفظه القاضي.

وقال لاشفعة ههنا لتعذر الاخذ بلا ثمن). عرض الفصل في الاختلاف وفيه مسائل (أحدها) إذا اختلف المشتري والشفيع فقال المشتري للشفيع عفوت عن الشفعة أو قصرت وسقط حقه وأنكر الشفيع فالقول قوله لأن الاصل بقاء حقه (الثانية) قال المشتري اشترت بألف وقال الشفيع بل بخمسائة فالقول قول المشتري لأنه أعلم بالعقد الذي باشره من الشفيع ولأن الاصل بقاء ملكه حتى ينتزع فيما يقر باستحقاق الانتزاع منه وكذلك لو كان الثمن عرضا وتلف واختلفا في قيمته فان نكل المشتري حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه وهذا إذا لم تكن بينة فان كان لاحدهما بينة قضى بها ولا تقبل شهادة البائع للمشتري لأنه يشهد لحق نفسه وفعل نفسه وفيه وجه أنها تقبل لأنه لا يجر إلى نفسه نفعا بشهادته والثمن ثابت له باقرار المشتري

[471]

ولو شهد للشفيع فيخرج من كلام النقلة ثلاثة أوجه (أحدها) المنع لأنه شهد على نفسه حيث يقول بعث بكذا وهذا ما أجاب به العراقيون (والثاني) القبول لأنه ينقض حقه وهذا أصح عند صاحب التهذيب (والثالث) أنه ان شهد قبل قبض الثمن قبلت شهادته لأنه ينقض حقه إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به وان شهد بعده لم تقبل لأنه يجر إلى نفسه نفعا من حيث إنه إذا قبل الثمن قبل ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق وان أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله فعن الشيخ أبي حامد أن بينة المشتري أولى كما أن بينة الداخل أولى من بينة الخارج (والاصح) ويحكى عن القاضي أبي حامد أنهما يتعارضان لأن النزاع ههنا فيما وقع عليه العقد ولا دلالة لليد عليه وعلى هذا فالاستعمال ههنا اما ان قلنا بالنساقط فكما لو لم تكن بينة وان استعملناها ههنا اما بالقرعة واما بالتوقف ولو اختلف البائع والمشتري

[472]

في قدر الثمن فان ثبت قول المشتري فذاك وان ثبت قول البائع بالبينة أو باليمين المردودة فعلى المشتري ما ادعاه البائع والشفيع بأخذ بما ادعاه المشتري لاعترافه بأن البيع جرى بذلك والبائع ظالم بالزيادة فتقبل شهادة الشفيع للبائع ولا تقبل للمشتري لأنه متهم في تقليل الثمن وان لم تكن بينة وتحالفا وفسخ البيع بينهما أو انفسخ فان جرى ذلك بعد ما أخذ الشفيع الشقص أقر في يده وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع وان جرى قبل الاخذ ففي سقوط حقه الخلاف المذكور فيما إذا خرج معيبا (فان قلنا لا تسقط أخذه بما حلف عليه البائع لأنه اعترف باستحقاق الشفيع الاخذ بذلك الثمن فلا يبطل حقه ببطلان حق المشتري بالتحالف بل يأخذه منه وتكون عهده عليه وتكلموا في أنه لو لم يتحالف المشتري والشفيع تحالف البائع والمشتري وفرقوا بينهما من ثلاثة أوجه (أحدها) أن كل واحد من البائع والمشتري يدعى ويدعى عليه شيء فحلف كل واحد منهما من حيث هو مدعى وليس كذلك الشفيع والمشتري بل الشفيع مدع محض والمشتري مدعى عليه محض فاخصم بالتحليف (والثاني) أن البائع والمشتري كلاهما

[473]

مباشر للعقد والاحتمال في قولهم على لسواء وههنا الشفيع اجنبي عن العقد فكان تصديق المباشر أولى (والثالث) قال أبو إسحق كل واحد من البائع والمشتري يرجع إلى شئ بعد التحالف هذا إلى المبيع وذاك إلى الثمن (وأما) الشفيع والمشتري لو تحالفا لم يرجع الشفيع إلى شئ فلا فائدة في تحليفه (الثالثة) لو أنكر المشتري كون الطالب شريكا فالقول قوله مع يمينه وإنما يحلف على نفى العلم بشركته لا على نفى شركته فان نكل حلف الطالب على البت وأخذ بالشفعة وكذلك الحكم لو أنكر تقدم ملك الطالب على ملكه (الرابعة) إذا كانا شريكين في عقار فغاب أحدهما ورأينا نصيبه في يد ثالث فادعى الحاضر عليه أنك اشتريته ولى فيه حق الشفعة فلا يخلو إما أن يكون للمدعى بينة على دعواه أو لا يكون (القسم الاول) أن تكون له بينة فيقضي بها ويأخذه بالشفعة ثم إن اعترف المدعى عليه سلم الثمن إليه والا فترك في يد المدعى إلى أن يقر المدعى عليه أو يأخذه عنه القاضي ويحفظه أو يجبر على قبوله أو البراء فيه ثلاثة أوجه مذكورة في باب الاقرار وغيره ولو أقام المدعى بينة وجاء المدعى عليه بينة على أنه ورثه أو التهبه فالبينتان متعارضتان وإن جاء بينة على أن ذلك الغائب أو دعه إياه أو أعاره فان لم يكن للبينتين تاريخ للايداع فلا منافاة فيقضي بالشفعة لانه ربما أودعه ثم باعه وان سبق تاريخ البيع فلا منافاة أيضا لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده بلفظ الايداع فاعتمده الشهود قال الشيخ أبو حام والاحتمال أنه تعذر على المشتري تسليم الثمن فقال له البائع أودعتك ما في يدي من هذا العقار إلى أن تسلم الثمن نعم لو انقطع الاحتمال بأن كان تاريخ الايداع لاحقا وذكر الشهود أنه أودعه وهو ملكه فههنا يراجع الشريك القديم فان قال إنه

[474]

ودبعة سقط دعوى الشراء وان قال لاحق لي فيه قضى بالشفعة (والقسم الثاني) أن لا يكون له بينة قللمدعى عله في الجواب أحوال (أحدها) أن يقر بأنه كان لذلك الغائب فاشتراه منه كما ادعى المدعى فهل للمدعى أخذه فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) لا لانه اعترف بسبق ملك الغائب ثم ادعى انتقاله إليه فلا يقبل قوله في الانتقال فعلى هذا يوفق الامر حتى يكاتب ويبحث هل هو مقر بالبيع (والثاني) وهو الاظهر نعم لتقارهما على البيع ويكتب القاضي في السجل أنه أثبت الشفعة باقرارهما فإذا قدم الغائب فهو على حجة الثانية) أن ينكر أصل الشراء فالقول قوله مع يمينه ثم ينظران اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق أخذه بالشفعة أو أنه لا يلزمه تسليمه إليه حلف كذل ولم يلزمه التعرض لنفى الشراء وان قال في الجواب لم اشتره بل ورثته أو انتهته فيحلف كذلك أم يكفيه الحلف على أنه لا يستحق الشفعة فيه وجهان كما ذكرنا في دعوى عيب المبيع. وان نكل المدعى عليه حلف الطالب واستحق الشقص وفي الثمن ما تقدم من الوجوه. هذا إذا أنكر المشتري والشريك القديم غير معترف بالبيع فان كان معترفا والشقص في يده نظر ان لم يعترف بقبض الثمن ففي الشفعة وجهان (أصحهما) ثبوتها وبه قال أبو حنيفة وأحمد والمزني لان إقراره يتضمن إثبات حق المشتري وحق الشفيع فلا يبطل حق الشفيع بانكار

المشتري (والثاني) وبه قال مالك انه لانشيت لان الشفيع يتملك علي المشتري وهو منكر فلا يثبت ما يتفرع عليه ويروى هذا عن ابن سريج (فان قلنا) بالثبوت فالى من يسلم الثمن فيه وجهان (أظهرهما) وهو المذكور في الكتاب إلى البائع وتكوه عهده عليه لانه يتلقى الملك منه فكان الشفيع في هذه

[475]

الصورة هو المشتري (والثاني) أنه ينصب القاضي أمينا يقبض الثمن من الشفيع للمشتري ويدفعه إلى البائع ويقبض الشفيع من البائع للمشتري ويدفعه إلى الشفيع وهذا يستمد من أحد الوجهين في أن الاخذ بالشفعة هل يتوقف على قبض المشتري الشفيع وإذا أخذ البائع ثمن الشفيع فهل له مخاصمة المشتري ومطالبته بالثمن فيه وجهان لانه قد يكون ماله أبعد عن الشبهة والرجوع بالدرك عليه أسهل (إن قلنا) نعم وحلف المشتري فلا شئ عليه وإن نكل حلف البائع وأخذ الثمن من المشتري وكانت عهده عليه وما أخذه من الشفيع بترك في يده أم يؤخذ ويوقف فيه وجهان هكذا أورده صاحب التهذيب وفي الشامل أن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري فيما إذا لم يرض بأخذ الثمن من الشفيع فان رضى فليقنع بما أخذ وهذا أحسن. وإن اعترف مع البيع بقبض الثمن (فان قلنا) لاشفعة فيما إنه لم يعترف بالقبض فهنا أولى وان أثبتنا الشفعة هناك ففي هذه الصورة وجهان (أظهرهما) الثبوت ثم الثمن يترك في يد الشفيع أو يأخذه القاضي ويحفظه أو يحبر المشتري على قبوله أو لبراء منه فيه الاوجه السابقة (والثاني) ويحكى عن أبي إسحق وابن أبي هريرة أنها لا تثبت لان الشفيع لا يأخذ إلا بالثمن ولا يمكن صرف الثمن ههنا إلى المشتري ولا إلى البائع (الثالثة) أن يقول في الجواب اشتريته لفلان ولا خصومة لك معي فينظر في المضاف إليه أهو حاضر أم غائب بالغ أو صبي ويكون الحكم فيه ما سيأتي في الدعاوى. وقوله في الكتاب سلم إليه الثمن وأخذ كلاهما معلم بالواو لما ذكرنا من الخلاف في الاخذ بالشفعة وفيمن

[476]

يسلم إليه الثمن على تقدير الاخذ (وقوله) فيقرر الثمن في يده أو يحفظه القاضي إشارة إلى الخلاف الذي ذكره مرة وترك الوجه الثالث اكتفاء بما سبق في نظير المسألة والله أعلم. قال (الطرف الثالث في تراحم الشركاء. فان توافقوا في الطلب وتساوت حصصهم وزع عليهم بالسوية. وان تغات حصصهم فقولان في أنه بوزع على قدر الحصص. (ح و) أو على عدد الرؤس والجديد على أنه على قدر الحصص. ولو باع أحد الشريكين نصيبه من شخصين في صفقتين متعاقبتين فالمشتري الاول هل يشارك الشريك القديم في أخذ مضمون الصفقة الثانية وملكه في نفسه معرض للنقص ثلاثة أوجه يفرق في الثالث بين أن يأخذ القديم نصيبه فلا يساهم (ح) أو يعفو عن صفقته فيستقر شركته فيساهم فيه). الكلام في هذا الطرف ينحصر في ثلاثة أمور (الاول) أن يتفق الشركاء على الطلب (والثاني) أن يطلب بعضهم ويعفو بعضهم (والثالث) أن يحضر بعضهم ويغيب بعضهم وسبيل ضبطها إما أن يكون كلهم حضور أو لا يكون كذلك ان

كان الاول فاما أن يتفقوا على الطلب وهو الامر الاول أو على الترك وشأنه هين أو يطلب بعضهم ويترك البعض وهو الثاني وان كان الثاني فاما إن كانوا غائبين جميعا وهو متروك لوضوحه أو كان بعضهم غائبا والبعض حاضرا وهو الثالث (أما) الاول فتقدم عليه أن تعدد المستحقين للشفعة قد يكون ابتداء بأن كانت الدار مشتركة بين جماعة

[477]

فباع أحدهم نصيبه فتثبت الشفعة للباقيين وقد يحصل في الدوام بأن يكون الاستحقاق لواحد فمات ثبتت الشفعة لورثته وعند أبي حنيفة وأحمد حق الشفعة لا يورث. لنا قوله صلى الله عليه وسلم (من ترك حقا فهو لورثته) وانه حق لازم مالى فأشبهه الرد بالعيب. إذا تقرر ذلك ففي الفصل مسألتان (إحدهما) أن المستحقين للشفعة إن تساوت حصصهم كدار بين ثلاثة فياخذون النقص بالسوية وان تفاوتت حصصهم كما إذا كان لآخذ الثلاثة نصفها ولثاني ثلثها ولثالث سدسها فباع صاحب النصف نصيبه فقولان (أصحهما) وبه قال مالك أن الشفعة على قدر الحصص فيقسم النصف بينهما أثلاثا لان الشفعة من مرافق الملك فيقدر الملك ككسب العبد المشترك والنتاج والثمار (والثاني) وبه قال أبو حنيفة واختاره المزني أنها على عدد الرؤس فيقسم النصف بينهما بالسوية لان سبب الشفعة أصل الشركة فأشبهه أجره الصكاك وعن أحمد روايتان كالقولين واحتج المزني للقول الثاني بثلاث مسائل (أحدها) أنه إذا اشترك ثلاثة في عبد على التفاوت فأعتق اثنان نصيبهما وهما موسران يغرمان نصيب الثالث بالسوية (والثانية) لو مات مالك الدار عن اثنين ثم مات أحدهما وله اثنان ثم باع أحد الاثنين نصيبه سوى الشافعي بين الاخ والعم في الشفعة مع تفاوت حصصهم (والثالثة) قال الشافعي فيما إذا مات

[478]

الشفيع قبل أن يأخذ فلورثته أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوهم بينهم على العدد امرأته وابنه في ذلك سواء (والجواب) (أما) مسألة العتق فمن الاصحاب من لم يسلمها وجعلها على القولين ومنهم من سلم وفرق بأن ذلك ضمان إتلاف والنظر فيه إلى المتلفين لا إلى حال الاتلاف وهذا فائدة من فوائد الملك فيقدر بقدره (وأما) المسألتان الاخيرتان فهما من باب الشفعة فنشرحهما ثم نذكر اعتذرا من نصر القول الاول (أما) الاولى فللشافعي فيها قولان (القديم) وبه قال مالك أن الاخ يختص بالشفعة لان ملكه أقرب إلى ملك الاخ لانهما ملكا بسبب واحد ولهذا لو ظهر دين على أبيها يباع فيه ملكهما دون ملك العم وإذا كان أقرب ملكا كان أحق بالشفعة كالشريك مع الجار (وأصحهما) وبه قال أبو حنيفة وأحمد والمزني أنهما يشتركان في الشفعة لاشتراكهما في الملك والنظر في الشفعة إلى ملك الشريك لا إلى سبب ملكه لان الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة لا يختلف فعلى هذا يوزع على الاخ والعم بالسوية أم على قدر الحصص فيه القولان وقال الامام قضية المذهب القطع بالتوزيع عليهما على قدر الحصص لان القول باستحقاقهما هو الجديد ولا تردد على الجديد في أن الشفعة على قدر الحصص والتوزيع على الرؤس هو القول القديم وفي القديم لاشفعة

للعلم في المسألة وفي هذا الذي ذكره نزاع سنورده من بعد (وإذا قلنا) باختصاص الاخ بالشفعة فلو أنه عفا هل تثبت للعلم فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) لأنه لو كان مستحقا لنقدم غيره عليه (والثاني) نعم لأنه شريك وإنما يقدم الاخ عليه

[479]

لزيادة قربه فإذا سقط حقه استحق العم كما أن المرتهن يتقدم على سائر العرماء في المرهون ثم إذا سقط حقه تمسك به الباقيون وهذا الخلاف راجع إلى أن العم على القول القديم ساقط عن الاستحقاق أو مزحوم بالاخ والقولان في مسألة الاخ والعم جاريان في كل صورة ملك شريكان بسبب واحد وغيرهما من الشركاء بسبب آخر فباع أحد المالكين بالسبب الواحد نصيبه ففي قول الشفعة لصاحبه خاصة وفي قول للكل مثاله كان بين اثنين دار فباع أحدهما نصيبه من رجلين أو وهبه ثم باع أحدهما نصيبه أو مات مالك الدار عن ابنين وأختين فباعت إحدى الأختين نصيبها ففي من له الشفعة وجهان عن ابن سريج (أحدهما) أنه على القولين ففي قول هي للاخت الأخرى وفي قول لهن جميعا (وأظهرهما) القطع باستحقاقهن جميعا لأن سبب ملكهن واحد وإنما الاختلاف في مقادير الملك (وأما) الثانية فإذا مات الشفيع عن ابن وزوجة ورثا حق الشفعة كما تقدم وفي كيفيته ثلاثة طرق (أحدها) أن في كون الشفعة بينهما على الرأس أو على قدر الموارث القولين (أظهرهما) وبه قال صاحب الافصاح والشيخ أبو حامد القطع بأنهما يأخذان على قدر الميراث والطريقان مبنيان على خلاف الاصحاب في أن

[480]

ورثة الشفيع يأخذون لانفسهم أو للموروث ثم يتلقون منه (فان قلنا) يأخذون لانفسهم عاد القولان في المسألة (وان قلنا) يأخذون للميت قطعنا بأنهما يأخذان على قدر الميراث والثاني يوجه بأنهم لو أخذوا لانفسهم لأخذوا بالملك وإنما يحصل ملكهم بالأرث وهو متأخر عن الشراء والملك المتأخر لا يفيد ولازلة الشفعة (والطريق الثالث) القطع بالتسوية لأن الموروث من الشفيع حق تملك الشقص لا الشقص ومجرد الحق قد يسوى فيه بين الورثة كحد القذف هكذا حكاه ووجهه الشيخ أبو الفرج السرخسي. إذا عرفت المسالتين فمن نصر قول التوزيع على الحصص قال في المسألة الأولى (ان قلنا) بطريق القولين فلا فرق ولا احتجاج وعلى ما ذكره الامام الحكم في المسألة غير ما احتج به جزما فلا يصح الاحتجاج به أصلا ولكن الذي ذكره مبني على أن الجديد هو التوزيع على الحصص والاكثر عكسوا ذلك وقالوا القولان معا منصومان في الام والقديم منهما هو التوزيع على الحصص ولذلك اعترضوا على ابن القاص ومن اثبت قول التوزيع في المسألة تفريعا على ثبوت الشفعة للاخ والعم جميعا بان الشفعة إنما تثبت لهما في الجديد التوزيع على عدد الرأس فلا يجئ فيهما الا قولان التخصيص

[481]

بالاخ والتسوية بينهما ذكر هذا الاعتراض القفال في كثير من الائمة (وأما المسألة الثانية فمن قال فيها بالقولين قال الذي ذكرناه أحد القولين وسقط الآخر ومن قطع فيهما بالتفاوت اختلفوا فمنهم من لم يثبت ما نقله المزني ومنهم من حمله على التسوية في أصل الاستحقاق دون المقدار المستحق (وقوله) في في الكتاب والحديد انه على قدر الحصص معلم بالحاء والزاي وجعل هذا القول جديدا اتباعا لما ذكره الامام وفيه ما ذكرنا عن الاولين وكانهم لما رأوا القولين منصوصين في الجديد وأحدهما وهو التوزيع على الحصص منصوصا في القديم رأوا اسم الجديد مما يقابل القديم أحق فخصصوه به (المسألة الثانية) دار بين اثنين مناصفة باع أحدهما نصف نصيبه من انسان ثم باع النصف الثاني من آخر الشفعة في النصف الاول تختص بالشريك القديم ولا يخلوا الحال اما أن يعفو عنه أو يأخذه ان عفا فهل يشاركه المشتري الاول في النصف الثاني فيه وجهان (أحدهما) لا لان الشريك القديم مسلط على ملكه فيكف يزاحمه به (وأصحهما) نعم لان ملكه قد سبق الصفقة الثانية واستقر بعفو الشريك القديم فيستحق به وقطع قاطعون بهذا الوجه وإذا قلنا به فيأخذان بالسوية أم بحسب الحصنين فيه القولان السابقان. وان أخذ الشريك

[482]

القديم النصف الاول ففي مشاركة الاول إياه في النصف الثاني وجهان أيضا قريوهما من الخلاف فيما إذا باع الشفيع ملكه وهو جاهل بالشفعة هل يبقى له الحق لانه زال ملكه ههنا بالظهر كما زال هناك بالجهل (والاصح) أنه لا يشاركه وقطع به بعضهم وإذا اختصرت قلت في المسألة ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب (أحدها) أن الشريك القديم والمشتري الاول يتساويان في النصف الثاني بكل حال (والثاني) يختص به الشريك القديم بكل حال (والثالث) يفرق بين أن يعفو عن النصف الاول أو لا يعفو وهو الظاهر والمحكي عن أبي حنيفة في المسألة يوافق الوجه الاول. قال (وان عفا أحد الشريكين وجب على الثاني أن يأخذ الكل (و) لان أخذ البعض إضرار بالمشتري. وان عفا شريك واحد عن بعض حقه سقط (و) كله. كالعفو عن القصاص فانه لا يتجزء نظرا للمشتري. وان كانوا ثلاثة ولم يحضر إلا واحد أخذ الكل وسلم كل الثمن حذرا من التبعض. فإذا رجع الثاني شاطره وملك عليه من وقت تسليم نصف الثمن إليه وعهدته عليه. وإذا جاء الثالث قاسمهما جميعا). الامر الثاني يطلب بعض الشركاء يعفو بعضهم ونبتدئ فيه بما إذا كانت الشفعة لواحد فعفا عن بعض حقه وفيه وجوه (أصحها) وهو المذكور في الكتاب أنه يسقط جميعه لان البعض لاسبيل إليه لما فيه من الاضرار بالمشتري فإذا سقط بعضه سقط كله كالقصاص إذا عفا المستحق عن بعضه (والثاني) لا يسقط شئ لان التبعض قد تعذر وليست الشفعة مما يسقط بالشبهات فيغلب فيها جانب الثبوت وأيضا فانه لم يرض بترك حقه وانما عفا عن البعض ليأخذ الباقي فصار كما لو عفا عن بعض

[483]

حد القذف (والثالث) أنه يسقط ما عفا عنه ويبقى الباقي لأنه حق مالي قابل للانقسام وعن الصيدلاني أن موضع هذا الوجه إذا رضى المشتري بتبعض الصفقة عليه فإن أبى وقال خذ الكل أو دع الكل فله ذلك قال الامام وهذه الوجوه إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور فإن حكمنا به فطريقان (منهم) من قطع بأن العفو عن البعض تأخير في طلب الباقي (ومنهم) من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي وأجرى الوجوه ويدنو الاول أن صاحب الشامل ذكر أنه لو استحق شقما بالشفعة فجاء وقال آخذ نصفه سقطت شفعتي في الكل لأنه ترك طلب النصف. إذا تقرر ذلك فلو استحق الشفعة اثنان فعفا أحدهما عن حقه ففيه أربعة أوجه (أحدها) ويحكي عن ابن سريج أنه يسقط حقهما جميعا كما لو استحق اثنان القصاص فعفى أحدهما (والثاني) لا يسقط حق واحد منهما كما ذكرنا في الصورة الاولى لأنه لا يسقط شئ فغلبنا جانب الثبوت (والثالث) أنه يسقط حق العافي وليس لصاحبه إلا أن يأخذ قسطه لأن العفو يقتضي استقرار العفو عنه على المشتري كما لو عفوا جميعا وليس للمشتري أن يلزمه أخذ الجميع (والرابع) وهو الاصح أن حق العافي يسقط ويثبت الحق بكماله للثاني فإن شاء ترك الكل وان شاء أخذ الكل وليس له أن يقتصر على أخذ حصته لولا العفو لما فيه من تبعض الصفقة على المشتري هذا هو الوجه المذكور في الكتاب (وقوله) وجب على الثاني أن يأخذ الكل أراد به أنه أن يأخذ الكل لا الحصة إلا أنه يلزمه الاخذ هذا إذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداء (أما) إذا ثبتت لواحد ومات وورثه اثنان فعفا أحدهما فهو كما لو ثبتت الشفعة لواحد فعفا عن بعضها أو ثبتت لاثنتين فعفا أحدهما فيه وجهان (أظهرهما) الثاني قال الامام والخلاف

[484]

بناء على ما سبق أن الوارث يأخذ الشفعة لنفسه أو يتلقاها عن المورث (واعلم) أن الوجوه المذكورة شاملة لعفو الشفيع عن بعض حقه ولعفو أحد الشفيعين عن حقه الا الوجه الصائر إلى استقرار العفو عنه على المشتري فانهم لم يذكروه في عفو الشفيع عن بعض حقه فيه يحصل الافتراق وأيضا يفترقان في الاصح. ولو كان للشقم شفيعان فمات كل واحد منهما عن ابنين فعفا أحدهما (فان قلنا) عفو الوارث كعفو الشفيع عن بعض حقه ففي وجه يسقط الكل كما كان وقياس الوجه الثالث في عفو الشفيع عن بعض حقه أن يسقط حق العافي وأخيه ويأخذ الآخران (وان قلنا) كعفو أحد شفيعي الاصل عاد الوجه الاول والثاني وفيه وجه ثالث وهو أنه ينتقل حق العافي إلى الثلاثة فيأخذون الشقم أثلاثا ووجه رابع وهو أن حق العافي يستقر للمشتري وكل واحد من الثلاثة يأخذ الرابع ويحى في هذه الصورة وجه خامس وهو أن حق العافي ينتقل إلى أخيه خاصة بناء على القول القديم في مسألة الاخ والعم. (فرع) مات الشفيع عن اثنتين وادعى المشتري عليهما أنهما عفوا فالقول قولهما مع اليمين وتكون اليمين على البت بخلاف ما إذا ادعى أن أباهما عفا عن الشفعة فانكرا فانهما يحلفان على نفي العلم ثم ان حلفا أخذا وان نكلا حلف المشتري ويبطل حقهما وان حلف أحدهما دون الآخر قال ابن الحداد ليس للمشتري أن يحلف لأنه لا يستفيد بيمينه شياً فانه وان ثبت عفوا أحدهما ينتقل الحق إلى الثاني وهذا جواب على أنه إذا عفا أحد الشريكين كان للآخران يأخذ الكل وهو الاصح

(أما) إذا قلنا ان حق العافي يستقر على المشتري فيحلف المشتري
ليستقر له نصيب الناكل ثم الوارث

[485]

الحالف لا يستحق الكل بنكول أخيه ولكن ينظر ان صدق أخاه على أنه لم
يعف فالشفعة بينهما وان ادعى العفو وأنكر الناكل عرضت عليه اليمين
لدعوى أخيه وان نكل في جوابه أيضا حلف المدعي على أنه عفا وحينئذ
يأخذ الكل قال وان كانوا ثلاثة ولم يحضر الا واحد أخذ الكل وسلم كل الثمن
حذارا من التبعض فإذا رجع الثاني شاطره وملك عليه من وقت تسليم
نصف الثمن إليه وعهدته عله فإذا جاء الثالث قاسمهما جميعا (الامر الثالث)
أن يحضر بعض الشركاء دون بعض فإذا كانت الدار لاربعة بالسوية فباع
أحدهم نصيبه وثبتت الشفعة للباقيين ولم يحضر الا واحد فليس له أخذ
حصته من الشقص لانه ربما لا يأخذ الغائبان فتتفرق الصفقة على
المشتري ولا يكلف الصبر إلى أن يحضرا ولكنه يخير بين أن يأخذ الكل أو
يترك الكل وهل له تأخير الاخذ إلى حضور الشريكين إذا جعلنا الشفعة على
الفور فيه وجهان (احدهما) وبه قال ابن أبي هريرة لا يتمكن من الاخذ
(وأصحهما) عن الشيخ أبي حامد ويحكي على ابن سريج وأبي اسحق نعم
لانه تأخير بالعدر لان له عرض ظاهر في أن لا يؤخذ ما يؤخذ منه وإذا أخذ
الكل ثم حضر أحد الغائبين أخذ منه النصف بنصف الثمن كما لو لم يكن
الاشفيعان فإذا حضر الثالث فله أن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده
وحينئذ يحصل الاستواء ويستقر ملكهم ثم للمسألة فروع (منها) إذا خرج
الشقص مستحقا بعد الترتيب المفروض ففي العهدة وجهان (أحدهما) أن
عهدة الثلاثة على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه (والثاني) أن رجوع
الاول المشتري يسترد منه كل الثمن ورجوع الثاني على الاول يسترد منه
النصف ورجوع الثالث على الاولين يسترد من كل منها ما دفع إليه

[486]

لان التملك وتسليم الثمن هكذا وقع فيما بينهم وهذا أظهر وهو المذكور
في الكتاب والعراقيون يرجحون الاول. وفي التتمة أن هذا الخلاف في
الرجوع بالمغروم من أجرة المثل وما عساه ينقص من قيمة الشقص فأما
الثمن فكل منهم يسترد ما سلمه ممن سلمه إليه بلا خلاف. ولو أخذ الحاضر
جميع الشقص ثم وجد به عيبا فرده فقدم الثاني وهو في يد المشتري فله
أخذ الكل (ومنها) ما يستوفيه الاول من المنافع ويحصل له من الأجرة
والثمن يسلم له فلا يزاحمه فيها الثاني والثالث على أصح الوجهين وكذا
الثالث لا يزاحم الثاني فيما حصل له بعد المشاطرة كما أن الشفيع لا
يزاحم المشتري فيها ويقرب من هذين الوجهين الخلاف فيما إذا أخذ الاول
كل الشقص وأفرزه بأن أتى الحاكم فنصب فيما في مال الغائبين
فاقتسما وبني فيه أو غرس ثم رجع الغائبان هل لهما القلع (وأصح)
الوجهين أنهما لا يقلعان كما أن الشفيع لا يقلع بناء المشتري وغراسه
مجانا وفي الثاني لهما القلع لانهما يستحقان مثل استحقاق الاول وبذلك
السبب فليس له التصرف حتى يظهر حالهما بخلاف الشفيع مع المشتري
ولو كان اثنان حاضرين فأخذا الشقص واقتسما مع القيم في مال الغائب

ثم قدم الغائب فله الاخذ وابطال القسمة وان عفا استمرت القسمة (ومنها) لو اخذ الاول والثاني كما صورنا ثم حضر الثالث وأراد أن يأخذ من أحدهم ثلث ما في يده ولا يأخذ من الثاني شيئا فله ذلك كما يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الثاني (ومنها) لو أخذ الاول الكل وقدم الثاني وأراد أن يأخذ الثلث بلا مزيد هل له ذلك فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز له ذلك كما لا يجوز للاول ان اقتصر على أخذ الثلث (وأظهرهما) نعم لان أخذه الثلث لا يفرق الحق على الاول إذا الحق ثبت لهم اثلاثا وبأخذ الاول الثلث تفرق الصفقة على المشتري فان أخذ الثلث تفرقا على هذا

[487]

الوجه أو أخذه بالتراضي وقدم الثالث نظر إن أخذ من الاول نصف ما في يده ولم يتعرض للثاني فلا كلام قاله في التتمة وان أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فله ذلك لانه يقول ما من جزء إلا ولى ثلثه وان ترك الثاني حقه حيث لم يشاطر الاول فلا يلزمي أن أترك حقي ثم له أن يحنى إلى الاول فيقول ضم ما معك إلى ما أخذته لنقسمه لانا متساوبا القدر والشقص والحالة هذه انما تصح قسمته من ثمانية عشر لانا نحتاج إلى عدد له ثلث وثلثه ثلث وأقله تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني وستة في يد الاول ثم ينتزع الثالث من يد الثاني واحد ويضمه إلى الستة في يد الاول تكون سبعة يقسمانها بينهما وسبعة لا تنقسم على اثنين فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر وكان في يد الثاني من التسعة بعد انتزاع الثالث منه ما انتزع اثنان نضربهما في المضروب في المسألة يكون له أربعة فهي حصته تبقى أربعة عشر يأخذ كل واحد من الاول والثالث منهما سبعة فإذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعين هذا ما ذكره الاكثرون ونقلوه عن ابن سريج وحكى الامام عن القاضي حسين أنه لما ترك الثاني سدسا على الاول كان عافيا عن بعض حقه يبطل جميعه على الظاهر كما سبق فينبغي ان يسقط حق الثاني بالكلية ويكون الشقص بين الاول والثالث (ومنها) قال ابن الصباغ لو حضر اثنان وأخذ الشقص ثم حضر الثالث وأحدهما غائب فان قضى له القاضي على الغائب أخذ من كل واحد من الحاضر والغائب ثلث ما في يده لانه الذي يستحقه منه الثاني يأخذ نصف ما في يده لانه إذا غاب أحدهما فكان الحاضرين هما الشفيهان فيسوى بينهما ثم لو حضر الغائب وقد غاب الحاضر فان كان الثالث أخذ من الحاضر ثلث ما في يده أخذ من هذا الذي قدم ثلث ما في يده أيضا وان كان قد أخذ نصف ما في يده أخذ من القادم سدس ما في يده ويتم نصيبه بذلك

[488]

الشقص والمسألة تقسم من اثني عشر للحاجة إلى عدد له نصف ولنصفه ثلث وسدس وإذا كان الربع اثنا عشر فالكل ثمانية وأربعون (ومنها) ثبتت الشفعة الحاضر وغائب فعفا الحاضر ثم مات الغائب وورثه الحاضر له أخذ الشقص بالشفعة وان عفا أولا لانه الآن يأخذ بحق الارث وهذا جواب على اصح الاوجه في عفو أحد الشريكين وهو أن للأخر أخذ الكل وساعده التفريع على أن العفو من بعض الشركاء لا يصح (أما) إذا قلنا ان نصيب العافي يستقر على المشتري فلا يأخذ الحاضر بحق الارث إلا النصف (وان

قلنا) ان عفو أحدهما يسقط حق الآخر لم يأخذ شيئا. قال (ومهما تعدد البائع أو المشتري جاز أخذ مضمون إحدى الصفقتين. وان اشترى في صفقة واحدة شقصين في دارين شريكهما واحد ففي جواز أخذ أحدهما وجهان). أصل الفصل أنه ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري على ما مر في أثناء الكلام ولو اشترى اثنان شقصا من واحد فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما خاصة لأنه لا يفرق على واحد منهما ملكه وعن أبي حنيفة لا يجوز إن كان ذلك قبل القبض وان تعدد البائع بأن باع اثنان من شركاء الدار شقصا م واحد فوجهان (أحدهما) أنه لا يجوز أخذ حصة أحد البائعين لان المشتري ملك الكل بصفقة واحدة فلا يفرق ملكه عليه وبهذا قال مالك (وأصحهما) ويحكى عن نصه في القديم وبه أجاب المزني أنه يجوز لان تعدد البائع يوجب تعداد العقد كتعدد المشتري فصار كما لو ملكه بعقدين ولو باع اثنان من شركاء الدار نصيبهما بعقد واحد من رجلين والصفقة نازلة منزلة أربعة عقود تفريعا على الاصح في أن تعدد البائع كتعدد المشتري وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الجميع وبين أن يأخذ ثلاثة

[489]

أرباع المبيع وهو نصيب أحد المشتريين ونصف نصيب الآخر وبين أن يأخذ نصفه إما بأخذ نصيب أحدهما وترك الآخر أو بأخذ نصف نصيب واحد منهما وبين أن يأخذ ربه بأخذ نصف نصيب أحدهما لا غير وان وكل وكيلين في بيع شقص أو شرائه أو وكلا وكلا في بيع شقص أو شرائه فالاعتبار بالعاقد أو من له العقد فيه خلاف وقد ذكرناه في تفريق الصفقة حتى لو كانت الدار لثلاثة شركاء توكل أحدهم لآخر ببيع نصيبه وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة فباع كذلك فليس للثالث إذا جعلنا الاعتبار بالعاقد إلا أخذ الكل أو ترك الكل فان جعلنا الاعتبار بالمعقود فله أن يأخذ حصة أحدهما كما لو باع كل منهما حصته بنفسه ولو كانت الدار لرجلين فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة فباع كذلك وأراد الموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة بحق ما بقى له من النصف فله ذلك لان الصفقة اشتملت على ما لا تثبت فيه الشفعة للموكل وهو ملكه وعلى ما تثبت وهو ملك الغير فشبه ذلك بما إذا باع ثوبا وشقصا بمائة وفيه وجه أنه كالصورة السابقة ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة فان كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الأخرى فلكل واحد منهما أن يأخذ ما هو شريك فيه وافقه الآخر في الأخذ أم لا وان كان الشفيع فيهما واحدا فوجهان (أحدهما) ويروى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الصفقة متحدة (وأصحهما) الجواز لأنه لا يفرض إلى تبعيض الشيء وذلك التبعيض هو الذي يوجب الضرر.

[490]

(الباب الثالث فيما يسقط به حق الشفعة) قال (وفيه ثلاثة أقوال (الاول) الجديد أنه على الفور (م). قال صلى الله عليه وسلم (الشفعة كحل العقال) (الثاني) أنه يبقى ثلاثة أيام (والثالث) أنه يتأبد فلا يبطل الا بابطال أو دلالة الابطال (و). لاشك أن حق الشفعة يعرض له السقوط ومقصود الباب بيان أنه بم يسقط وسبيل التدرج إليه أن قول الشافعي رضى الله عنه اختلف

في أنه ثبت على الفور أم على التراخي (وأصح) القولين وهو المنصوص في الكتب الجديدة على الفور المأخوذ أنه صلى الله عليه وسلم قال (الشفعة كحل العقال) (1) أي أنها تفوت إذا لم يتندر إليها كالبيع الشرود يحل عنه العقال إن قيدت ثبتت والا فاللوم على من تركها. وأيضا فإنه حق خيار ثبت في البيع بنفسه لدفع الضرر فكان على الفور كالرذ بالعيب (والثاني) أنه على التراخي وعلى هذا ففي تقرير مدته قولان (أظهرهما) أنها تمتد إلى ثلاثة أيام لان الحكم بالفور يضر بالشفيع فإنه قد يحتاج إلى تأمل ونظر والحكم بالتأيد يضر بالمشتري لانه لا يأمن من أخذ الشفيع فتفوت عليه العمارة والتصرف فلا بد من حد فاصل فجعلت الثلاثة حدا كما في خيار الشرط وغيره (والثاني) عن حكاية صاحب التقريب أنه يمتد إلى أن تمضي مدة التدبر في ملك

[491]

ذلك الشقص ويختلف باختلاف حال المأخوذ (والثاني) أنه لا تتقدر له مدة بل يتأبد لانه لا ضرر على المشتري في التأخير إذ الشقص له وان بني فيه أو عرس فله قيمته إن أخذ الشفيع ومالا ضرر في تأخيره يتأبد كالقصاص فعلى هذا لو صرح بابطاله يبطل وفيما يدل على الابطال قولان (أظهرهما) البطلان وهو المذكور. ومما له دلالة الابطال قوله للمشتري بع الشقص ممن شئت أو هبه ولو قال بعه أو هبه مني أو قاسمني عليه فكذلك وفيه وجه أنه لا يبطل بقاء الشفيع لانه قد يخاف الاخذ بغير طريق الشفيع إن تيسر له وللمشتري إذا لم يأخذ الشفيع ولم يعف أن يرفعه إلى الحاكم ليلزمه الاخذ أو العفو وفيه قول أنه ليس له ذلك تنزيلا للشفيع منزلة مستحق القصاص. ويخرج من الترتيب عند الاختصار خسة أقوال في كيفية ثبوت الشفيع أنها على الفور تمتد ثلاثة أيام تمتد مدة تسع للنامل تتأبد إلى التصريح بالابطال تتأبد إلى أن يصرح بالابطال أو يأتي بما يدل عليه. وعند أبي حنيفة وأحمد أنها تمتد امتداد المجلس للعلم بالشفعة وعند مالك تمتد سنة في رواية ومدة يغلب على الظن فيها الاسقاط والترك في أخرى. قال (والصحيح أنه على الفور وأنه يسقط بكل ما يعد تقصيرا أو توانيا في الطلب. فإذا بلغه الخبر فلينهض عن مكانه طالبا. فان كان ممنوعا بمرض أو حبس في باطل فليوكل. فان لم يوكل مع القدرة بطل حقه (و) وان لم يكن في التوكيل مؤنة ومنة ثقيلة. فان لم يجد الوكيل

[492]

فليشهد. فان ترك الاشهاد ففي بطلان حقه قولان. وان كان المشتري غائبا ولم يجد في الحال رفقة وثيقة لا يبطل حقه. وان كان في حمام أو على طعام أو في صلاة نافلة لم يلزمه. (و) قطعها على خلاف العادة. إنما أعاد ذكر الفور فقال الصحيح أنه على الفور لانه أراد التفريع عليه (واعلم) أنا إنما نحكم بالفور بعد علم الشفيع بالبيع (أما) إذا لم يعلم حتى مضت سنون فهو على حقه * ثم إذا علم فلا يكلف ابتدارا على خلاف العادة بالعدو بقوة بل يرجع فيه إلى العرف فما بعد تقصيرا أو توانيا في الطلب يسقط الشفيع ومالا يعد تقصيرا لاقتران عذر به لا يسقطها والاعذار ضربان (أحدهما) مالا ينتظر زواله عن قرب كالمرض المانع من المطالبة فينبغي

للمريض أن يوكل إن قدر عليه وإن لم يفعل فثلاثة أوجه (أصحها) بطلان الشفعة كما لو أمكنه الطلب بنفسه فقصر (والثاني) وبه قال أبو علي الطبري لا يبطل لأنه يلزمه في التوكيل منة أو مؤنة (والثالث) إن لم يلزمه فيه منة ولا مؤنة ثقيلة يبطل حقه وإن لزمه أحدهما لم يبطل. وإن لم يمكنه التوكيل فليشهد على الطلب فإن لم يشهد فقولان أو وجهان (أظهرهما) أنه يبطل حقه لأن السكوت مع التمكن من الأشهاد مشعر بالرضا (والثاني) لا يبطل وإنما الأشهاد لاثبات الطلب عند الحاجة وهذا ما اختاره الشيخ أبو محمد. والخوف من العدو كالمرض وكذا الحبس إن كان ظلما أو بدين هو معسر به وعاجز عن بينة الاعسار فإن حبس بحق فإن كان مليئا فهو غير

[493]

معذور بل عليه الاداء والخروج. ومن هذا الضرب الغيبة فإذا كان المشتري في بلدة والشفيع في غيرها فعلى الشفيع أن يخرج طالبا كما بلغه الخبر أو بيعت وكيفا إلا أن يكون الطريق مخوفا فيجوز التأخير إلى أن يجد رفقة وثيقة يصحبها هو أو وكيله أو يزول الحر المفرط أو البرد المفرط فإذا أخرج ذلك أو لم يمكنه المسير بنفسه ولا وجد وكيفا فليشهد على الطلب فإن لم يشهد ففي بطلان حقه الخلاف السابق وأجري ذلك في وجوب الأشهاد إذا سار في الحال والظاهر ههنا أنه لا يجب ولا تبطل الشفعة بتركه كما لو أنفذو كيفا ولم يشهد يكتفى فيه بذلك وليطرف فيما إذا كان حاضرا في البلد فخرج إليه أو إلى مجلس الحكم كما سبق في الرد بالعيب (والضرب الثاني) ما ينتظر زواله عن قريب بأن كان مشغولا بطعام أو صلاة أو قضاء حاجة أو في حمام فله الاتمام ولا يكلف قطعها على خلاف المعهود وفهي وجه أن عليه قطعها حتى الصلاة إذا كانت نافلة ولو دخل وقت الاكل والصلاة أو قضاء الحاجة جاز له أن يقدمها فإذا فرغ طالب بالشفعة ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار على أقل ما يجزئ. ولو رفع الشفيع الأمر إلى الحاكم وترك مطالبة المشتري مع حضوره جاز وقد ذكرناه في الرد بالعيب. ولو أشهد على الطلب ولم يراجع المشتري والحاكم لم يكلف خلاف لابي حنيفة. وإن كان المشتري غائبا فالقياس أن يرفع الأمر إلى الحاكم ويأخذ كما ذكرنا هناك وإذا ألزمناه الأشهاد ولم يقدر عليه فهل يؤمر أن يقول تملك الشفص فيه وجهان مر نظائرهما في الرد بالعيب. وإذا تلاقيا في غير بلد الشفص فأجر الشفيع إلى العود إليه بطل حقه لاستغناء الاخذ عن الحضور عند الشفص (وقوله)

[494]

في الكتاب فإذا بلغه الخبر أي خبر من يتعمد قوله فلينهض عن مكانه طالبا أي إما بنفسه أو بنائيه (وقوله) فإن لم يوكل مع القدرة بطل حقه معلم بالواو وكذا قوله لم يلزمه قطعا. قال (ولو أخبرنا ثم قال لم أصدق المخبر فإن أخبره من تقبل شهادته بطل حقه. وإن أخبره من لا تقبل روايته كفاسق وصبي فلا يبطل. وإن أخبره عدل واحد أو عبد يقبل روايته فالأظهر (و) أنه يبطل حقه. وإن كذب المخبر في دينار الثمن. أو تعيين المشتري. أو جنس (وح) الثمن. أو قدر المبيع فترك المبيع لم يبطل حقه

لان له غرضا. وان أخبر بأن الثمن الف فإذا هو الفان لم يكن له الرجوع إذ لاغرض فهي وإذا لقي المشتري فقال السلام عليكم لم يبطل حقه. ولو قال بكم اشتريت ففيه تردد. وكذا في قوله بارك الله لك في صفقة يمينك. ولو قال اشتريت رخيصة وأنا طالب بطل حقه لانه فضول من غير غرض). الفصل يشتمل على صور (إحداها) إذا أخرج الطلب ثم قال انما أخرجت لاني لم أصدق المخبر نظر أن أخبره عدلان يبطل حقه لان شهادتهما مقبولة فكان من حقه أن يعتمد قولهما ويثق به وكذا لو أخبره رجل وامرأتان. وإن أخبره من لا تقبل روايته كالكافر والفاسق والصبي لم يبطل حقه وان أخبره عدل واحد حر أو عبد فوجهان (أحدهما) لا يبطل حقه لان الحجة لا تقوم بالواحد وهو رواية عن أبي حنيفة ذكره في التتمة (وأظهرهما) البطلان لانه اخبار واخبارهم مقبول وفي النهاية أنهم ألحقوا العبد

[495]

بالفاسق لانه ليس من أهل الشهادة والمرأة الواحدة كالعبد حتى يجئ فيها الوجهان. وقطع بعضهم بأن اخبارها لا يبطل حقه وعلى هذا فلو أخبره نسوة قال أبو سعيد المتولي ينبنى على أن المدعي إذا أقام امرأتين هل يقضي بيمينه معهما (ان قلنا) لا فأخبارهن كاخبار المرأة الواحدة (وان قلنا) نعم فكالعدل الواحد وهذا كله إذا لم يبلغ عدد المخبرين حدا لا يحتمل التواطؤ على الكذب فان بلغه وأخر بطل حقه وان كانوا فساقا (الثانية) لو كذب المخبر فزاد في قدر الثمن بأن قال باع الشريك نصيبه بألف فعفا الشفيع أو تواني ثم بان أن البيع بخمسائة لم يبطل حقه ولو كذب بالنقصان فقال باع بألف فعفا ثم بان انه باع بألفين بطل حقه لانه إذا لم يرغب فيه بألف فألفين أولى ولو كذب في تعيين المشتري بأن قال باعه من زيد ثم بان أنه باعها من غيره أو قال المشتري اشتريت لنفسى ثم بان أنه كان وكيفا أو في جنس الثمن بأن قال باع بالدرهم فبان أنه باع بالدنانير أو في نوعه بأن قال باع بالنيسابورية فبان أنه باع بالمروية أو في قدر المبيع بأن قال باع كل نصيبه فبان أنه بعضه أو بالعكس لم يبطل حقه لانه ربما يرضى بتركة لزيد دون غيره وقد يجد الدنانير دون الدراهم أو يرغب في الكل دون البعض وبالعكس وكذا لو قال باعه من فلان فعفا ثم بان أنه باع من غيره أو قال باعه من رجلين فبان أنه باعه من أحدهما أو قال باعه بكذا حالا فبان أنه باعه مؤجلا أو قال باع بكذا إلى شهر فبان أنه باع إلى شهرين لا يبطل حقه ولو قال باعه بكذا مؤجلا فعفا ثم بان أنه باعه حالا يبطل حقه لانه متمكن من التعجيل إن كان يقصده وكذا لو قال باع كله بألف فعفا ثم بان أنه بيع بعضه بألف يبطل حقه لانه إذا لم يرغب في الكل بألف ففي البعض أولى وعند

[496]

أبي حنيفة إذ أخبر عن البيع بالدراهم فعفا ثم بان أن البيع بالدنانير أو بالعكس ولم يتفاوت القدر عند التقويم بطلت شفيعته وبه أجاب الامام فيجوز أن يعلم لذلك قوله أو جنس الثمن بالحاء والواو (الثالثة) لقي المشتري فقال السلام عليك أو سلام عليك أو سلام عليكم لم يبطل حقه لان السنة السلام قبل الكلام قال الامام ومن غلا في اشتراط قطع ما هو

مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام. وفيما إذا قال عند لقاء المشتري بكم اشترت وجهان ذكر العراقيون أنه يبطل حقه وقالوا من حقه أن يظهر الطلب ثم يبحث (والاصح المنع) لأنه إن لم يعلم قدر الثمن فلا بد من البحث عنه وإن علم فيجوز أن يريد أخذ إقرار المشتري كيلا ينزعه في الثمن وحكى الامام وجهين أيضا فيما إذا قال بارك الله في صفقة يمينك عن قياس طريق المراوغة أنه يبطل حقه لان الدعاء يشعر بتقرير الشقص في يده فلا ينتظر الطلب عقبيه (وأصحهما) وهو الذي أورده المعظم أنه لا يبطل لأنه قد يدعو بالبركة ليأخذ بصفقة مباركة ولو قال اشترت رخيصة وما أشبهه ثم أعقبه بالطلب بطل حقه لأنه فضول لاغرض فيه ولو أصر الطلب ثم اعتذر بمرض أو حبس أو غيبة وأنكر المشتري فالقول قول الشفيع إن علم له العارض الذي يدعيه أو لا فالمصدق المشتري. ولو قال لم أكن أعلم بثبوت حق الشفعة أو كونها على الفور فهو كما في الرد بالعيب. قال (ولو باع ملك نفسه مع العلم بالشفعة بطل حقه. فان لم يعلم فقولان من حيث أنه انقطع الضرر. وان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح. ثم إن كان جاهلا ففي بطلان شفيعته خلاف).

[497]

في هذه البقية مسألتان (الاولى) إذا باع الشفيع نصيب نفسه من العقار أو وهب عالما بثبوت الشفعة له بطل حقه (أما) إذا جعلنا الشفعة على الفور فظاهر (وأما) إذا جعلناها على التراخي فلان الشفعة إنما تثبت لدفع ضرر سوء المشاركة والمقاسمة وانما يلزمه ذلك من الشركة فإذا باع نصيب نفسه فقد أزال سبب الشفعة ولو باع بعض نصيبه حكى الشيخ أبو على غيره فيه قولين (أحدهما) أن شفيعته لا تبطل لأنه لو لم يملك إلا ذلك القدر ابتداء له الشفعة (والثاني) تبطل لأنه إنما يستحق الشفعة بجميع نصيبه فإذا باع بعضه بطل بقدره وإذا بطل البعض بطل الكل كما لو عفا عن بعض الشقص المشفوع وهذا أظهر على ما ذكره الامام وغيره هذا إذا كان عالما (أما) إذا باع نصيبه جاهلا بالشفعة قال أكثرهم فيه وجهان وقال صاحب الكتاب قولان (أحدهما) أنه على شفيعته لأنه كان شريكا يوم البيع ولم يرض بسقوط حق الشفعة (وأشبههما) أنها تبطل لزوال سبب الشفعة ولهذا لو زال عيب المبيع قبل

[498]

التمكن من الرد سقط حق الرد ولو باع بعض نصيبه جاهلا أطلق في التهذيب أن شفيعته لا تبطل والوجه أن يكون على الخلاف السابق إذا فرغنا على أنه لو باع الجميع بطلت شفيعته (الثانية) لو صالح على حق الشفعة على مال فهو على ما ذكرناه في الصلح عن الرد بالعيب واختار أبو إسحق المروزي صحته ولو تصالحا على أن يأخذ بعض الشقص فيصح الصلح برضى المشتري بالتعويض أو يبطل وتبقى خيرة الشفيع بين أخذ الكل وترك الكل أو تبطل شفيعته أصلا تنزيلا لترك البعض منزلة ترك الكل نقلوا فيه ثلاثة أقوال وقد فرغنا بتوفيق الله تعالى من شرح مسائل الكتاب ونزيده بفضيلين (أحدهما) في الحيل الدافعة للشفعة (منها) أن يبيع الشقص

بأضعاف ثمنه دراهم وبأخذ عرضا قيمته مثل الثمن الذي يتراضيان عليه بدلا عن الدارهم أو يحط عن المشتري ما يزيد على فلا يرغب الشفيع في الشفعة لحاجته إلى الاخذ بالدارهم المسماة وفيها غرر لان البائع قد لا يرضى بالعرض عوضا أو لا يحط (ومنها) قال ابن سريج يشتري أولا بائع الشقص عرضا يساوي ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن ثم يجعل الشقص عوضا عما لزمه وفيها غرر لان البائع قد لا يرضى به (ومنها) أن يبيع جزءا من الشقص بالثمن كله ويهب منه الباقي فلا يأخذ الشفيع الشقص المبيع للغبن ولا يتمكن من أخذ الموهوب وفيها غرر ظاهر (ومنها) أن يجعل الثمن حاضرا مجهول القدر ويقبضه البائع وينفقه أو يخلط بغيره فتندفع الشفعة وفيه خلاف ابن سريج على ما تقدم (ومنها) إذا وقف المشتري الشقص أو وهبه يبطل حق الشفيع على رأى أبي إسحق (ومنها) لو باع بعض الشقص ثم باع الباقي لم يكن للشفيع أخذ جميع المبيع ثانيا في أحد الوجهين فيندفع أخذ الجميع (ومنها) لو وكل الشريك شريكه بالبيع فباع لم يكن له الشفعة على أحد الوجهين وقد سلف ذكره هذه المسائل.

[499]

(فرع) عند أبي يوسف لا يكره دفع الشفيع بالحيلة إذ ليس فيها تفويت حق على الغير لان الحق إنما يثبت بعد البيع وعند محمد يكره لما فيها من إيقاع الشفيع في الضرر مع حقه من الثبوت وهذا أشبه بمذهبننا في الحيلة في دفع الزكاة وهما يختلفان في الزكاة (الفصل الثاني) في مسائل وفروع من الباب لم تسلك فيما قدمنا ونوردها منثورة فنقول للمفلس العفو عن الشفعة والاخذ والاعتراض عليه للغرماء وينبغي أن يعود في أخذه الخلاف المذكور في شرائه في الذمة ثم الكلام في أنه لم يؤد الثمن علي ما ذكرناه في التفليس ولو وهب من عبده وقلنا انه يملك فبيع باقيه قال الشيخ أبو محمد تثبت له الشفعة وهل يفتقر إلى إذن جديد من السيد فيه وجهان ولعامل القراض الاخذ بالشفعة فان لم يأخذ فللمالك الاخذ ولو اشترى بمال القراض شقصا من عقار فيه شركة لرب المال ففي ثبوت الشفعة له وجهان عن ابن سريج (أصحهما) المنع ووجه الثاني أن مال القراض كالمنفرد عن ملكه لتعلق حق الغير به ويجوز أن يثبت له على ملكه حق والحالة هذه كما ثبت له على عبده المرهون حق الجناية وان كان العامل شريكا فيه فله الاخذ إن لم يكن في المال ربح أو كان وقلنا انه لا يملك بالظهور وان قلنا انه يملك فعلى الوجهين في المالك ولو كان الشقص في يد البائع فقال الشفيع لأقبضه إلا من المشتري فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) له ذلك ويكلف الحاكم المشتري أن يتسلمه ويسلمه إلى الشفيع وان كان غائبا نصب الحاكم من ينوب عنه في الطرفين (والثاني) أنه لا يكلف ذلك بل يأخذه الشفيع من يد البائع وسواء أخذ من المشتري أو من البائع فعهد الشفيع على المشتري فان الملك ينتقل إليه منه وقال أبو حنيفة ان أخذه من يد المشتري فالعهد على المشتري وان أخذه من يد البائع فالعهد عليه ولو اشترى شقصا بشرط البراءة من العيوب فان أبطلنا البيع فذاك وان صحناه وأبطلنا الشرط فكما لو اشترى مطلقا فان صحنا الشرط فالشفيع رده بالعيب على المشتري وليس للمشتري

[500]

الرد كما لو كان المشتري عالما بعيبه عند الشراء والشفيع جاهلا به عند
الاحذ وان علم الشفيع العيب دون المشتري فلا رد للشفيع وليس
للمشتري طلب الارش لانه استدرك للظلامة أو لانه لم يئاس من الرد فلو
رجع إليه بيع أو غيره لم يردده على العلة الاولى ويرده على الثانية ولو قال
أحد الشريكين للآخر بيع نصيبك فقد عفوت عن الشفعة فباع ثبت له
الشفعة ولغا العفو قبل ثبوت الحق وعن تفريع ابن سريج عن الجامع
الكبير لمحمد أنه إذا باع شقفا ضمن الشفيع العهدة للمشتري لم تسقط
بذلك شفيعته وكذلك إذا شرط الخيار للشفيع وصحنا شرط الخيار للاجنبي
ولو كان بين أربعة دار فباع أحدهم نصيبه واستحق الشركاء الشفعة فشهد
اثنان منهم على الثالث بالعفو ثبتت شهادتهما ان شهدا بعد ما عفوا وان
شهدا قبله لم تقبل لانهما بجران الشقص إلى أنفسهما فلو عفوا ثم
أعادوا بتلك الشهادة لم تقبل أيضا للتهمة وان شهدا بعد ما عفا أحدهما
قبلت شهادة العافي دون الآخر فيحلف المشتري مع العافي وينبت العفو
ولو شهد البائع على عفو الشفيع قبل قبض الثمن لم يقبل لانه قد يقصد
الرجوع بتقدير الافلاس وان كان بعد القبض فوجهان لانه ربما يتوقع
الرجوع إلى العين بسبب من الاسباب ولو أقام المشتري على عفو الشفيع
بينه وأقام المشتري بينه على أنه أخذ بالشفعة والشقص في يده فيبينة
الشفيع أولى لتقويتها باليد أو بينه المشتري لزيادة علمها بالعفو فيه
وجهان (أظهرهما) الثاني ولو شهد السيد على شراء شقص فيه شفعة
لمكاتبه فعن الشيخ أبي محمد قبول شهادته قال الامام كأنه أراد أن يشهد
للمشتري إذا ادعى الشراء فيجوز أن تثبت الشفعة تبعاً لما شهدته
للمكاتب فانها لا تقبل بحال ولو كان الشفيع صبياً فعلى وليه الاخذ ان كان
فيه مصلحة والالم يجر الاخذ وإذا ترك بالمصلحة ثم بلغ الصبي فهل له
الاخذ فيه خلاف ذكرناه في آخر الحجر ولو كان بين اثنين دار فمات احدهما
عن حمل في البطن ثم باع الآخر نصيبه فلا شفعة للحمل لانه لا يتيقن
وجوده فان كان له وارث غير الحمل فله الشفعة وإذا انفصل حياً فليس

[501]

لوليه أن يأخذ شيئاً من الوارث ولو ورت الحمل الشفعة عن مورثه فهل
لايه أوجده الاخذ قبل انفصاله فيه وجهان (وجه المنع) وبه قال ابن سريج
ان لا يتيقن وجوده فإذا أخذ الشفيع وبني فيه أو عرس وخرج مستحقاً
وقلح المستحق بناءه وغراسه فالقول فيما يرجع به الشفيع على المشتري
من الثمن وما ينقص قيمة البناء والغراس وغيرهما كالقول في رجوع
المشتري من الغاصب عليه قال الامام وان نظرنا إلى ان الرجوع بما ينقص
من قيمة البناء والغراس هناك مبني على التعرير ولا تعرير من المشتري
بل الشقص مأخوذ عنه قرها فيجوز ان يجاب عنه بأنه مختار في الشراء
والاخذ بالشفعة موجب للشراء ولو مات رجل وله شقص من دار وعليه
ديون تستغرق التركة فباع الشريك الآخر نصيبه قبل ان يباع الشقص في
الدين قال ابن الحداد للورثة أخذه بالشفعة وهو جواب على ان الدين لا يمنع
انتقال الملك في التركة إلى الورثة وهو الاصح (فان قلنا) يمنع فلا شفعة
لهم ولو خلف داراً وديوناً لا تستغرق قيمة الدار فيبيع منها ما بقي بالدين
قال ابن الحداد لاشفعة للورثة فيما بيع بما بقي لهم في الملك وهذا
مستمر على الاصل السابق فانهم إذا ملكوا الدار كان المبيع جزءاً من ملكهم
ومن بيع جزء من ملكه بحق لم يكن له استرجاعه بالباقي (فان قلنا) انه
يمنع فممنع الملك في قدر الدين أم في جميع التركة فيه خلاف مذکور في
موضعه (ان قلنا) بالثاني فلا شفعة لهم أيضاً لانهم انما يملكون الباقي

بأداء الدين وإنما تثبت الشفعة بملك يتقدم على البيع (وان قلنا) بالاول تثبت لهم الشفعة ولو كانت الدار المشتركة بين المورث والمورثة ثم انه مات فبيع نصيبه أو بعضه في ديونه وصاياه قال ابن الحداد لهم الشفعة وهذا يخالف الاصل الذي سبق فانهم إذا ملكوا التركة صار جميع الدار ملكهم فيكون المبيع جزءاً من ملكهم واختلف من بعده فمنهم من أخذ به وقال ما يباع في ديونه ووصاياه بمثابة ما يبيعه بنفسه ولو باعه في حياته بنفسه كان لهم الشفعة كذلك ههنا والاكثرون خالفوه وجروا على قضية ذلك الاصل ثم منهم من خطاه وقال انما ينتظم

[502]

هذا الجواب على ان الدين لا يمنع ملكهم فيستحقون الشفعة بالملك القديم وعن الشيخ أبي زيد حمل كلامه على ما إذا باع بنفسه في مرض موته ومن مولدات ابن الحداد دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها ونصفها بين الآخرين بالسوية فاشترى صاحب النصف نصيب احد الآخرين ثم باع ثلث ما معه مطلقاً من أجنبي والشريك الثالث غائب مثلاً فاعلم ان الشفيع في المبيع الثاني هو الشريك الثالث لا غير وأما في الاول فيتعلق النظر باصليين أحدهما الخلاف الذي سبق في ان المشتري إذا كان أحد الشركاء تكون الشفعة بينه وبين الشريك الآخر أو يختص بها الشريك الآخر (والثاني) عود القولين في ان الشفعة على عدد الرؤس أو الحصص إذا حكمنا بالشركة إذا عرفت ذلك فإذا قدم الغائب وفرعنا على قسمه بينه وبين المشتري وهو الاصح نظرنا ان طلب الشفعة في العقد الاول فله مما اشتراه الشريك على قولنا بالتوزيع على عدد الرؤس النصف وهو ثمن جميع الدار وذلك شائع فيما معه وهو ثلاثة أرباع الدار فإذا باع ثلث ما معه كان بائعاً ثلث حق الشفيع ولا ينصرف إلى الشريك ما يستقر ملكه فيه لان الكل قابل للبيع فيأخذ القادم من المشتري ثلثي الثمن ومن المشتري منه ثلث الثمن فيتم له ما استحقه بالعقد الاول (وان قلنا) بالتوزيع على الحصص فله مما اشتراه الشريك الثلث لان ملكه قدر نصف ملك الشريك وحينئذ فله نصف سدس الدار فيأخذ من الشريك ثلثي نصف السدس ومن المشتري منه ثلثه لما ذكرنا من أربعة وعشرين لان نصيب الغائب سدس ما معه وهو الثلاثة أرباع الدار فيحتاج إلى عدد لثلاثة أرباعه سدس فتضرب أربعة في ستة تكون أربعة وعشرين وعلى الثاني من ستة وثلاثين لان نصيب الغائب تسع ما معه فيحتاج إلى عدد الثلاثة أرباعه تسع فتضرب أربعة في تسعة يكون ستة وثلاثين والربع الذي اشتراه الشريك على التقدير الاول ستة وعلى الثاني تسعة ثم إذا أخذ ذلك فله ان يأخذ ما بقى من يد المشتري بالعقد الثاني وله ان يعفو فيكون للمشتري الخيار بين ثمن جميع الدار وذلك شائع فيما معه وهو ثلاثة أرباع الدار فإذا باع ثلث ما معه كان بائعاً ثلث حق الشفيع ولا ينصرف إلى الشريك ما يستقر ملكه فيه لان الكل قابل للبيع فيأخذ القادم من المشتري ثلثي الثمن ومن المشتري منه ثلث الثمن فيتم له ما استحقه بالعقد الاول (وان قلنا) بالتوزيع على الحصص فله مما اشتراه الشريك الثلث لان ملكه قدر نصف ملك الشريك وحينئذ فله نصف سدس الدار فيأخذ من الشريك ثلثي نصف السدس ومن المشتري منه ثلثه لما ذكرنا من الشيوخ فعلى القول الاول يخرج الحساب من أربعة وعشرين لان نصيب الغائب سدس ما معه وهو الثلاثة أرباع الدار فيحتاج إلى عدد لثلاثة أرباعه سدس فتضرب أربعة في ستة تكون أربعة وعشرين وعلى الثاني من ستة وثلاثين لان نصيب الغائب تسع ما معه فيحتاج إلى عدد الثلاثة

أربعه تسع فتضرب أربعة في تسعة يكون ستة وثلاثين والرابع الذي اشتراه الشريك على التقدير الاول ستة وعلى الثاني تسعة ثم إذا أخذ ذلك فله أن يأخذ ما بقى من يد المشتري بالعقد الثاني وله ان يعفو فيكون للمشتري الخيار بين

[503]

ان يفسخ لتفرق الصفقة عليه وبين أن يختار بحصته من الثمن اما إذا فرعنا على ان المشتري إذا كان شريكا لاشفعة له بل يختص بها الشريك الآخر وبه قال ابن سريج فان الغائب إذا كان يأخذ جميع ما اشتراه الشريك لو لم يكن بيع ثان فإذا باع ثلث ما في يده فقد باع من حق الغائب الثلث فإذا قدم أخذ ثلث الربع من المشتري وثلثيه من الشريك فيتم له ما استحق بالبيع الاول ثم له أن يأخذ ما في يد المشتري بالعقد الثاني وله ان يعفو عن الاول ويأخذ جميع الربع من يد المشتري وهذا كله فيما إذا باع ثلث ما في يده مطلقا أما إذا قال بعث ربع الذي اشتريت فليس للغائب أن يأخذ غير ما في يد المشتري من الشريك لكنه إن عفا عن شفعة البيع الاول أخذ جميع الربع بالبيع الثاني وان أراد الاخذ بالبيع الاول فسخ البيع في نصف الربع على قول التوزيع على الرأس وثلثه على القول المقابل له ثم له أخذ الباقي بالبيع الثاني ولو قال بعث الدار من جملة النصف الذي كنت أملكه قديما فللغائب أن يأخذ جميعه بالعقد الثاني وأن يأخذ بالعقد الاول مما في يد الشريك نصف الربع أو ثلثه على اختلاف القولين. يعون الله قد تم طبع الجزء الحادي عشر من..