

كِتَابُ
بَدَائِعِ الصَّحَابِ
فِي
تَرْغِيبِ الشَّرَائِعِ

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء السادس

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الكفالة

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

المحمول فيعمل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه ينبي عن تحمل الضمان وقوله على كلمة ايجاب وكذا قوله الى
 قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فالى وعلى وقوله قيل ينبي عن القبالة وهي
 الكفالة على ما ذكرنا وقوله عندي وان كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالاً لان قوله عندي يحتمل
 اليدوي يحتمل الذمة لانها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيهما جميعاً فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه أدنى وعند
 قرينة الدين يحمل على الذمة أى في ذمتي لان الدين لا يحتمله الا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول
 قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة في الاصل لا يخلو عن أربعة أقسام إما أن يكون
 مطلقاً أو مقيداً بوصف أو معلقاً بشرط أو مضافاً الى وقت فان كان مطلقاً فلا شك في جوازه اذا استجمع شرائط
 الجواز وهي ما ذكرنا شاء الله تعالى غير انه ان كان الدين على الاصيل حالاً كانت الكفالة حالة وان كان الدين
 عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة مضمون على الاصيل فتستفيد بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا
 يخلو إما ان كان مقيداً بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل الى وقت
 معلوم بأن كفل الى شهر أو سنة جاز ثم ان كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى أجل مثله يتأجل اليه في حق الكفيل
 أيضاً وان سمي الكفيل أجلاً يزيد من ذلك أو انقص جاز لان المطالبة بحق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد
 منهما بما خير حقه وان كان الدين عليه حالاً جاز التأجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلاً في حقهما جميعاً في
 ظاهر الرواية وروى ابن سماعه عن محمد أنه يكون تأجيلاً في حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب
 خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما اذا كفل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان
 التأجيل في نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة بخلاف
 ما اذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر ان المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل
 ولو كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى سنة فكفل به مؤجلاً الى سنة أو مطلقاً مات الاصيل قبل تمام السنة يحل
 الدين في ماله وهو على الكفيل الى أجله وكذا لو مات الكفيل دون الاصيل يحل الدين في مال الكفيل وهو على
 الاصيل الى أجله لان المبطل للاجل وجد في حق أحد همدون الآخر وان كان التأجيل الى وقت مجهول فان كان
 يشبه آجال الناس كالحضاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل الى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله
 لا يجوز (وجه) قوله ان هذا عقد الى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحملها
 الكفالة وهذا لان الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لا فضائها الى المنازعة بالتقديم والتأخير وجهالة التقديم
 والتأخير لا تفضي الى المنازعة في باب الكفالة لانه يسامح في أخذ العقد مالا يسامح في غيره لا مكان استيفاء الحق
 من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة الى هذه الآجال متعارفة ولو كانت
 الكفالة حالة فاخر الى هذه الاوقات جاز أيضاً لما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كعجى المطر وهبوب الرياح
 فالاجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطلت وقبت
 الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب الى هذه الاوقات جاز وان كان ممن مبيع ولا يوجب
 ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداءً بمنزلة التأخير في الكفالة وذلك لا يؤثر في البيع فكذا هذا اذا كانت
 الكفالة مؤجلة فاما اذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الاصيل حالاً
 أو مؤجلاً ما ذكرنا أن المطالبة بحق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتجديد والتأجيل ولو كفل حالاً ثم أجله
 الطالب بعد ذلك يتأخر في حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الاصل بخلاف ما اذا كان التأجيل في العقد لما ذكرنا
 من الفرق ولو كان الدين على الاصل حالاً فاخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيراً في حق
 الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فاما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرطاً لسبباً لظهور

الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة جازبان قال ان استحق المبيع فأننا كفيل لان استحقاق المبيع
سبب لظهور الحق وكذا اذا قال اذا قدم زيد فأننا كفيل لان قدمه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون
مكفولاً عنه أو يكون مضاربة فان لم يكن سبباً لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إلى الأداء في الجملة لا يجوز بأن
قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فأننا كفيل لان الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا والاصل أن
لا يجوز تعليقه بالشرط الا شرط الحق به تعلق بالظهور أو التوسل اليه في الجملة فيكون ملائماً للعقد فيجوز ولان الكفالة
جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلك فلان أو ان شجك فلان أو ان غصبك
فلان أو ان بايعت فلاناً فانا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال سبب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان
ضيمتك فانا ضامن لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبي
حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس أو من غصبك من الناس أو من شجك من الناس أو من بايعك
من الناس لم يجز لان من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه محمول وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال
ضمنت لك ما على فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملائم للعقد لانه مؤكداً للمعنى التوسل الى ما هو المقصود وكذا لو قال
ان اخرج من مصر ولم يعطك فانا ضامن لما ذكرنا ولو شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه جاز لان
هذا تأجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا سائر أنواع الكفالات في التعليق بالشرط
والتأجيل والاضافة الى الوقت سواء لان الكل في معنى الكفالة على السواء ولو قال كفلت لك مالك على فلان
حالا على أنك متى طلبته فلي اجل شهر جاز واذا طلبته منه فله اجل شهر ثم اذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء ولو
شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان الموجود ههنا كفالتان احدهما حالة
مطلقة والثانية مؤجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فاذا وجد الشرط ثبت التأجيل الى شهر فاذا مضى الشهر انتهى
حكم التأجيل فبأخذه بالكفالة الحالية هذا معنى قوله في الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الاول بخلاف ما اذا كان
التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط والتأجيل نفسه
لا يحتمل التعليق بالشرط فبطل ألا ترى أنه اذا كفل الى قدم زيد جاز ولو كفل مطلقاً ثم أخر الى قدم زيد لم يجز لما
ذكرنا كذا هذا ولو كفل بنفس المطلوب على انه ان لم يوف به غداً فعليه ما عليه وهو الالف فمضى الوقت ولم يوف به
فالل لازم للكفيل لان هنا كفالتان بالنفس وبالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقاً وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم
الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلا شك فيها وكذا الكفالة بالمال لان هذا شرط ملائم للعقد
محقق لما شرع له وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل عند تعدر الوصول اليه من قبل الاصيل فاذا لم يوجد الشرط
لزمه المال واذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز ان يدعى عليه ما لا آخر فيلزمه تسليم نفسه وكذا اذا قال فعليه
ما عليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ويلزمه جميع الالف لانه أضاف الكفالة
الى ما عليه والالف عليه وكذا لو كفل لامرأة بصداقها ان لم يوف الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم
للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان يثبت ديناً في الذمة بدلا عما
ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال ان لم أوفك به غداً فعلى الف درهم ولم يقل الالف التي عليه أو
الالف التي ادعيت والمطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله
لا يلزمه (وجه) قول محمد ان هذايجاب المال معلقاً بالخطر ابتداء لانه لم توجد الاضافة الى الواجب ووجوب المال
ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قولهما ان مطلق الالف ينصرف الى
الالف الممهودة وهي الالف المضمونة مع ما ان في الصرف الى ابتداء الايجاب فساد العقد وفي الصرف الى ما عليه
صحته فالصرف الى ما فيه صحة العقد أولى ولو كفل بنفسه على أن يوفى به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التي عليه

جاز لانه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافقة بالنفس عند طلب الموافقة وهذا شرط ملائم
 للمقدم لما ذكرنا فاذا اطلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برى لانه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال
 لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة بالنفس عند الطلب ولو قال اتنى به عشية أو غدوة وقال الكفيل أنا أتىك به بعد غد
 فان لم يأت به في الوقت الذي طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان أخر المطالبة الى ما بعد غد كما قاله
 الكفيل فأنى به فهو برى من المال لانه بالتأخير أبطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كما نه طلب منه
 من الابتداء التسليم بعد غد وقد وجدو برى من المال ولو كفل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا برىء فوافقاه من الغد
 يبرأ من المال في رواية وفي رواية لا يبرأ (وجه) الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فانا برىء تعليق البراءة
 عن المال بشرط الموافقة بالنفس والبراءة لا تختمل التعليق بالشرط لان فيها معنى التمليك والتعليقات لا يصح تعليقها
 بالشرط (وجه) الرواية الاولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافقة بل هو جعل الموافقة غاية للكفالة بالمال
 والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والاول أشبه ولو شرط في الكفالة بالنفس ان يسلمه اليه في مجلس
 القاضي جاز لان هذا شرط مفيد و يكون التسليم في المصر أو في مكان يقدر على احضاره مجلس القاضي تسليما الى
 القاضي لما نذر ان شاء الله تعالى ولو شرط ان يسلمه اليه في مصر معين يصبح التقييد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح
 التعيين عند أبي حنيفة وعندهما يصح على ما نذر ان شاء الله تعالى ولو شرط ان يدفعه اليه عند الامير لا يتقيد به حتى
 لو دفعه اليه عند القاضي أو عزل الامير وولى غيره فدفعه اليه عند الثاني جاز لان التقييد غير مفيد ولو كفل بنفسه فان لم
 يوافق به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى
 شئ فقد أضاف الالتزام الى ما ليس بسبب اللزوم وكذا اذا أقر بها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا
 يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها وأقر بها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا
 اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفل بنفسه على انه ان لم يوافق به الى شهر فعليه ما عليه فبات الكفيل
 قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به الى الطالب فالمال لازم للكفيل
 ويضرب الطالب مع الغرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط يثبت مضافا الى السبب السابق وهو عند مباشرة
 السبب صحيح ولهذا وكفل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لا من الثلث (وأما) الضرب مع
 الغرماء فلا يستوعب الدينين وكذا الوصية المكفول به ثم مات الكفيل لانه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم
 نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا اذا كانت الكفالة معقدة بالشرط فاما اذا كانت مضافة الى
 وقت بان ضمن ما ادا له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما ادا من فلانا أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو
 ثمن ما يبيع صح هذه الكفالة لانها أضيفت الى سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا في الحال والكفالة ان كان
 فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض فجاز ان تختمل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلانا فتمنته على أو ما بايعت أو الذي
 بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما يبيع ولو قال ان بايعت أو اذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثن أول المبايع ولا يؤاخذ
 بثن ما يبيع بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والذى للعموم وقد دخلت على المبايع فيقتضى تكرار
 المبايع ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله ان بايعت ونظائر والله عز وجل أعلم

فصل وأما شرائط الكفالة فنوع بعضها يرجع الى الكفيل وبعضها يرجع الى الاصيل وبعضها يرجع الى
 المكفول له وبعضها يرجع الى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ (أما) الذي يرجع
 الى الكفيل فنوع (منها) العقل ومنها البلوغ وانهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي
 والمجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا أن الاب أو الوصي لو استدان ديننا في ثقة اليتيم وأمر
 اليتيم أن يضم المال عنه جاز ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يحجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط

لا يزيد الاتان كيدا فلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يجز
(ومنها) الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له في التجارة لأنها تبرع
والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لانعدام الاهلية بل
لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لانها غير منعقدة منه لعدم الاهلية فلا تحتتمل النفاذ بالبلوغ ولو اذن له المولى
بالكفالة فان كان عليه دين لم يجز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته في الكفالة
بالدين الا ان يفديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الاجنبي لان المكاتب عبد ما بق عليه درهم على لسان صاحب
الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء اذن له المولى أو لم ياذن لان اذن المولى لم يصح في حقه وصح في حق القن
ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لانها يملكها كان التبرع عليه
وأما صحبة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع (وأما) الذي
يرجع الى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادر على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبي حنيفة فلا تصح
الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافي بقاء الدين
لانه مال حكيم فلا يفترق بقاؤه الى القدرة ولهذا بقي اذامات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته
مفلسا واذامات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح البراء عنه والتبرع (وجه) قول أبي حنيفة
ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان
بدين ولا دين عليه واذامات مليا فهو قادر بنائبه وكذا اذامات عن كفيل لانه قائم مقامه في قضاء دينه (وأما)
البراء والتبرع فهما في الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة في قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن
المؤاخذة بسبب التصغير بواسطة ارضاء الخصم بهمة هذا القدر منه فاما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة
فلا على ما عرف في الخلافات والثاني أن يكون معلوما بان كفيل ما على فلان فاما اذا قال على أحد من الناس أو بعين
أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة تجوزها بالعرف والكفالة على هذا الوجه
غير مبررة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة بمضمون ما على الاصل
مقدور والاستيفاء من الكفيل وقد وجد أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطلب به في الجملة فاشبه الكفالة
بالدين المؤجل وأما الصبي والمجنون فلان الدين في ذمتهم والولى مطالب به في الحال ويطلبان أيضا في الجملة وهو
ما بعد البلوغ والافاقه فتجوز الكفالة عن العبد وان كان محجورا وعن الصبي والمجنون الا أن الكفيل لا يملك
الرجوع عليهم بما أدى وان كانت الكفالة باذنتهم لما نذر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته
فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة الى الكفالة في الغالب في مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة
فيها أجوز ما يكون (وأما) الذي يرجع الى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوما حتى انه اذا كفل لاحد من
الناس لا تجوز لان المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثيق (ومنها) أن يكون في مجلس
المقدور انه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه
الخبر فأجاز لا تجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبي يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد في الاصل انها جائزة
على قوله الاخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا بشرط النفاذ ولا بشرط الانعقاد لان محمدار بما يطلق
الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسبها باطلا الا أن يجيز وهذا الاطلاق صحيح لان الجائز هو النافذ في اللغة يقال
جاز السهم اذا نهد (وجه) قول أبي يوسف الاخر ما ذكرنا في صدر الكتاب ان معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو
الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد والدليل عليه مسألة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا ان
فيه معنى التملك أيضا والتملك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شرط العقد فلا يقف على غائب

عن المجلس كالبيع مع ما انا نعمل بالشهين جميعا فنقول لشبه الالتزام بمقتضى الجهالة والتعليق بالشرط والاضافة الى
 الوقت ولشبه التمليك لا يقف على غائب عن المجلس اعتبار للشهين بقدر الامكان (وأما) مسألة المريض فقد قال
 بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعدموته لا بطريق الكفالة ويكون قوله اضمنوا
 عنى ايصاء منه اليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيئا لا يلزم الورثة شئ فعلى هذا لا يلزم وبعضهم أجازوه على
 سبيل الكفالة ووجهه ما أشار اليه أبو حنيفة عليه الرحمة في الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرماه وشرح هذه
 الاشارة والله عز وجل أعلم ان المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله ويصير بمنزلة الاجنبي عنه حتى لا ينفذ منه
 التصرف المبطل لحق الغريم ولو قال اجنبي للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه فقلا وضمننا يكتب به فكذا المريض
 والله عز وجل أعلم (ومنها) وهو يفرع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل
 لانهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لان القبول يعتبر بمن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس
 من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله (وأما) حرية المكفول له فليست بشرط لان العبد من أهل
 القبول (وأما) الذي يرجع الى المكفول به فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل سواء كان
 ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا الا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون
 مضمونة بنفسها وجملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا
 نفس أما العين فنوعان عين هي أمانة وعين هي مضمونة أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة
 غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد
 الاجير لانه أضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستأجر والمستأجر عن المستعير
 والمستأجر جاز لانهما مضمونا للتسليم عليهما فالكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت
 (وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالمقبوض والمقبوض بالبيع القاسد والمقبوض على سوم الشراء
 ومضمون بغيره كالبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى انه
 يجب رد عينه حال قيامه ورده مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا ولا تصح
 بالنوع الثاني لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه اذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شئ ولو كان
 يسقط الثمن عن المشتري وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا ترى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن
 شئ ولو كان يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع
 والرهن لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين فكان
 المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لاشئ على الكفيل لانه لم
 يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فان كانت الدابة بعينها لم
 تجز الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت لان في الوجه الاول الواجب على الأجر فعل تسليم الدابة دون الحمل
 فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الاصيل فلم تجز وفي الوجه الثاني الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة
 فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز
 عند أصحابنا لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل
 بمضمون على الاصيل فجاز وكذا اذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبته أو بروحه أو بنصفه والاصل فيه أنه اذا
 أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن
 فكان ذكرها ذكر البدن كما في باب الطلاق والعتاق وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما
 جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس في حق وجوب التسليم لا

تجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً كركل كركل كما في الطلاق والعتاق وإذا أضافها إلى اليد أو الرجل ونحوهما من
الاجزاء المعينة لا تجوز لأن هذه الاعضاء لا يبرها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة متميزة فلا يكون ذكرها
ذكراً لجميع البدن كما في الطلاق والعتاق ولو قال في الكفالة بالنفس هو على جازلان هذا صريح في التزام تسليم
النفس وكذا إذا قال أنا ضامن لوجهه لأن الوجه جزء جامع ولو قال أنا ضامن لمرفته لا تصح لأن المعرفة لا تحتمل أن
تكون مضمونة على الاصيل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لأن المضمون غير معلوم أصلاً ثم ما ذكرنا من
الكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله إنها
غير صحيحة (وجهه) قوله أن الكفالة أضيفت إلى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك أن الكفالة التزام الدين فكان
محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف إلى غير محله باطل ولأن القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة
والقدرة على الاعتراف لا تتحقق (ولنا) قوله عز وجل ولن جاء به حمل مبروأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة
بالعين عن الأمم السالفة ولم يغير والحكيم إذا حكى عن منكر غيره ولأن هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة
والتابعين إلى زمن الشافعي رحمه الله فكان انكاره خروجاً عن الإجماع فكان باطلاً ولما ذكرنا أن هذه الكفالة
أضيفت إلى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام
الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في
حق الاصيل كالدين عبد مقرر بالرق في يدرجل فأخذ منه المولى كفيلاً بنفسه فأبى فهو باطل لأنه كفل بما ليس
بمضمون وكذا لو كفل بعد ابقائه لقلنا وكذا لو ادعى رجل على إنسان أنه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم أنه حر
وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البيعة على أنه عبده فمات المدعى عليه لاشي على الاصيل لماذا ذكرنا ولو كان المدعى في
يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا إن استحقته صحت الكفالة حتى لو أقام البيعة على أنه عبده فمات المدعى عليه
فالكفيل ضامن كل قيمته لأن باقمة البيعة تبين أنه كفل بمضمون صبي في يدرجل يدعى أنه ابنه وادعى رجل آخر
أنه عبده فضمن له إنسان فأقام المدعى البيعة وقدمات الصبي فالكفيل ضامن لماذا ذكرنا أنه لما قامت البيعة تبين أنه
كفيل بمضمون وعن محمد فيمن ادعى على إنسان أنه غصبه عبداً فقبل أن يقيم البيعة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذي
يدعى فهو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البيعة عليه لأنه كفل بمضمون على الاصيل وهو حاضر مجلس القاضي فإن
هلك واستحقته بيعة فهو ضامن لقيمته لأنه تبين أنه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه ولو ادعى أنه غصبه ألف
درهم واستهلكها أو عبد أو مات في يده فقال رجل خله فأنا ضامن المأل أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته
ولا يقف على إقامة البيعة لأن بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الاصيل فقد كفل بمضمون على
الاصيل فلا يقف على البيعة بخلاف الفصل الأول لأن هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل بإقامة البيعة فتوقف
عليها والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون المقدم مفيداً فلا تجوز الكفالة
بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تنفذ الكفالة فأندها وهنأ شرط ثالث لكنه يخص الدين
وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لولا به بدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لأن المكاتب يملك
استقاط الدين عن نفسه بالتعجيل لا بالكسب بمضمون وتجاوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في
النفس ومادونها وبجد القذف والسرقفة إذا بذلها المطلوب فأعطاهها كفيلاً بخلاف بين أصحابنا وهو الصحيح
لأنه كفالة بمضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وإنما
الخلافاً أنه إذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضي عليه قال أبو حنيفة لا يجبره وقال أبو يوسف
ومحمد يجبره (وجهه) قولهما إن نفس من عليه القصاص والهدم مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه
الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ولا يحنيفة أن الكفالة شرعت

وثيقة والحدود مبناه على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل
 بركة الشهود والحبس توثيق لان الحبس للتمهة لا للتوثيق لان شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن ايراث
 تهمة فكان الحبس لاجل التهمة دون التوثيق ويجوز الجبر على اعطاء الكفيل في التمتع يرلانه لا يباحث لدرئه لكونه
 حقي العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لانه مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل
 والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العتد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود
 والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فأنتمها وهننا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن
 يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط
 الدين عن نفسه بالتعجيل لا بالكسب فلو أجزنا الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو (أما) ان يملك الكفيل اسقاطه
 عن نفسه كما يملك الاصيل (وأما) ان لا يملك فان ملك لا تفيد الكفالة وان لم يملك لم يكن هذا التزاماً على الاصيل
 فلا يتحقق التصرف ككفالة ولا نالوا أجرنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل أزم منه على الاصيل لان المكاتب
 اذا مات عاجزاً بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزاً فمفسد لم يبطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل أزم منه
 على الاصيل وهذا خلاف ما توجهه الاصول ولان الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيها لا عرف فيه ولا عرف في
 الكفالة ببدل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لان غيره من
 الديون انما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لو لازم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين
 الكتابة أصلاً لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالأصل فلان لا تجوز بالقرع أولى وأحرى ولا تجوز
 الكفالة ببدل السعاية عند أبي حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر
 عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس بشرط حتى لو كفل
 بأحد شيئين غير عيين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لان هذه جهالة
 مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا اذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه
 جاز ويرأ بدفع واحد منهم الى الطالب ولو كفل عن رجل بما فلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز لان
 جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولن جاء به جمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز
 شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهدة فضمانه باطل
 عند أبي حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما ان ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند
 استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ولا يبي حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحفية
 وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت الكفالة بالعهدة بين ان تكون مضمون وغير
 مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو
 كونه مضموناً على الاصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع واذا استحق المبيع بمخاصم المشتري
 البائع أو لا فاذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولاً
 في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه قال الكفيل يكون خصماً هذا اذا كان المبيع ماسوى العبد فان كان
 عبداً فظهر انه حر بالينة فللمشتري أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو افسخ البيع بينهما بماسوى الاستحقاق بالرد
 بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤخذ به الكفيل لان ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشتري رهناً بالدرك
 لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشتري في الدار بناء ثم استحققت الدار ونقض
 عليه البناء فللمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه مبنياً اذا سلم النقص الى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه إلا
 بالثمن خاصة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء والتالف ولو سلم النقص

الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنياً له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن و يأخذ البائع قيمة البناء في ظاهر الرواية
 و ذكر الطحاوي أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً ان شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع
 الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جعل الطحاوي قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من
 الدرك ضمان المشتري في متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء اذخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع
 جارية فاستولدها المشتري ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعرقان المشتري يأخذ الثمن من
 أيهما شاء ولا يؤخذ الكفيل بقيمة الولد والمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة
 بالدرك والله عز وجل أعلم ولو كفيل بماله على فلان فقامت البيعة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفيل
 بمضمون على الاصيل وان لم تقم البيعة فالقول قول الكفيل مع عينه في مقدار ما يقربه أما القول قوله في المقر به لانه
 مال لازم بالزمامه فيصدق في القدر الملتزم كما اذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما العين فلانه منكر الزيادة والقول قول
 المنكر مع عينه في الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لان اقرار الانسان بحجة في حق
 نفسه لا في حق غيره لانه مقر في حق نفسه مدع في حق غيره ولا يظهر صدق المدعي الا بحجة

فصل في حكم الكفالة فنقول والله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولا ية مطالبة الكفيل بما
 على الاصيل عند عاقبة مشايخنا ويطرد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات لان الكل في احتمال هذا الحكم على
 السواء وانما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لانه
 فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحدا يطالب بكل الدين وان كان به كفيلان
 والدين ألف يطالب كل واحد منهما بمائة اذ لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا في الكفالة
 والمكفول به يحتمل الاقسام فينتسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء ويطالب الكفيل بالنفس باحضار
 المكفول بنفسه ان لم يكن غائباً وان كان غائباً يؤخذ الكفيل الى مدة يمكنه احضاره فيها فان لم يحضر في المدة ولم يظهر
 عجزه للقاضي حبسه الى أن يظهر عجزه له فاذا علم القاضي ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره الى حال القدرة على
 احضاره لانه بمنزلة المقلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه من الطالب ولا يحول الطالب أيضاً بينه
 وبين أشغاله ولا يمنع من الكسب وغيره ويطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان
 كانت هالكاً ويطالب الكفيل بتسليم العين والفعل بهما وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب
 أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب
 الاصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتمدد الدين حسب تعدد المطالبة به أخذ شيخه الامام الشافعي رحمه الله وزعم
 أن هذا يمنع من حجة الكفالة بالاعيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق في الكفالة بغير الدين وهذا
 غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانهما حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر
 فأما براءة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب
 الكفيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل لانها حوالة معني أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لانها في
 معنى الحوالة أيضاً وقال ابن أبي ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنفي
 عن الضم وهو ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبة بما على الاصيل أو في حق أصل الدين والبراءة تنافي الضم ولان الكفالة
 لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران لان تغاير الاسامي دليل تغاير المعاني في الاصيل وأيها اختار مطالبته لا
 يبرأ الآخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء فاذا اختار تضمين
 أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر (ووجه) الفرق أن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فاذا اختار تضمين
 أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبته أحدهما بالمضمون

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر حتى يثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق عند اختياره لأن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء اختار الضمان صار نصيبه منقولاً إلى المعتق عند اختياره لأن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء يسمى وهو رقيق وانما يعتق كله بآداء السعاية وبينهما تناف ولا تناف ههنا لأن الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك مطالبته الآخر والثاني ثبوت ولاية مطالبته الكفيل الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره في الانواع كلها ثم اذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل يتسلم نفسه الى الطالب اذا طالبه وان كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها اذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها اذا كانت هالكة اذا طوّل به وان كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما وان كانت بدين يطالبه بالخلاص اذا طوّل فكا طوّل الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص وان حبس فله ان يحبس المكفول عنه لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وان كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل اذا لوزم ولا حق الحبس اذا حبس وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو وان كانت الكفالة بأمره لان ولاية المطالبة انما تثبت بحكم القرض والتملك على ما ذكره وكل ذلك يتفق على الاداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء ان له ولاية مطالبته الموكل بالتمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال نفسه لان هناك الثمن يقابل المبيع والملك في المبيع كما وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له أن يطالب به وههنا المطالبة بسبب القرض أو التملك ولم يوجد ههنا واذا أدى كان له أن يرجع عليه اذا كانت الكفالة بأمره لان الكفالة بالامر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل بآداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه في الاداء الى الطالب وفي حق الطالب تملك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشتري يملك الشراء بالبيع لا غير هذا

فصل في ما يباين ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول وبالله التوفيق اما الكفيل بالمال فانما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما أداء المال الى الطالب أو ما هو في معنى الاداء سواء كان الاداء من الكفيل أو من الاصيل لان حق المطالبة للتوسل الى الاداء فاذا وجد فقد حصل المقصود فينهي حكم العقد وكذا اذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الاصيل لان الهبة بمنزلة الاداء لما ذكرنا وكذا اذا تصدق به على الكفيل أو على الاصيل لان الصدقة تملك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثاني الابراء وما هو في معناه فاذا أبرأ الطالب الكفيل أو الاصيل خرج عن الكفالة غير انه اذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل واذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لان الدين على الاصيل لا على الكفيل انما عليه حق المطالبة فكان ابراء الاصيل اسقاط الدين عن ذمته فاذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لان المطالبة بالدين ولا دين محال فاما ابراء الكفيل فابراءه عن المطالبة لا عن الدين اذ لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لان حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فاذا سقطت تنهى الا ان ابراء الاصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصديق عليه وبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصديق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى واذا ارتدت هذه التصرفات رد الاصيل عاد الدين الى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين الى الكفيل اختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بدموته فرد ورثته يرتد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله ان هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ولهما ان ابراه بدموته ابراه لو رثته لانهم يطالبون بدينه من ماله بدموته وبراء الورثة يرتد بدمهم بخلاف حال الحياة لانهم لا يطالبون بدينه بوجهه فاقصر حكم الابراء عليه فلا يرتد بالورثة وكذا الوفاة الطالب للكفيل برئت الى من المال لان هذا القرار بالقبض والاستيفاء لانه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التي هي غايةها

نفسه هي براءة القبض والاستيفاء وبراؤها جميعاً لأن استيفاء الدين يوجب براءتها جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل
اذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فكذلك عند أبي يوسف وهذا وقوله برئت
الى سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الاصيل وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده (وجه) قول محمد ان البراءة عن
المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالبراءة فلا تحمل على الاداء الا بدليل زائد وقد وجد ذلك في الفصل الاول وهو
قوله الى لان ذلك ينبي عن معنى الاداء لما ذكرنا ولم يوجد هنا فتحمل على البراءة لان البراءة حكم الابراء في الاصل
(وجه) قول أبي يوسف ان البراءة المضافة الى المال تستعمل في الاداء عرفاً وعادة فتحمل عليه ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التمليك والتعليك لا يحتمل التعليق بالشرط ولو أحال الكفيل الطالب بمال
الكفالة على رجل وقبله الطالب فالحتمل عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذلك اذا أحاله المطلوب بمال
الكفالة على رجل وقبله لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة
وابراء الكفيل والاصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة لان الحوالة
عنده ليست بمبرئة أصلاً لما يأتي في كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما
يخرج بالحوالة بان يصلح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس المدعى اسقاط بعض الحق فكان
فيه معنى الابراء وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى الابراء وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان في حالين
يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفي حال يبرأ الكفيل دون الاصيل (أما) الحالتان اللتان برى فيهما الكفيل والاصيل
جميعاً احدهما أن يقول الكفيل للطالب صلحتك من الالف على خمسمائة على اني والمكفول منه برئان من
الخمسمائة الباقية ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع
بها على الاصيل وان شاء أخذها من الاصيل والثانية أن يقول صلحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلاً
لما ذكرنا قبل هذا ان الابراء المضاف الى المال المجرى عن شرط البراءة المضافة الى الكفيل ابراء عن الدين والدين
واحد فاسقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الاصيل فهي
أن يقول الكفيل للطالب صلحتك على اني برى من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار ان شاء أخذ
جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل
بما أدى ان كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء احدها تسليم النفس الى
الطالب وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على احضاره مجلس القاضى لان التسليم في مثل هذا
الموضع محصل المقصود من القصد وهو ما كان استيفاء الحق بالرافعة الى القاضى فاذا حصل المقصود انتهى حكمه
فيخرج عن الكفالة ولو سلمه في صحراء أو برية لا يخرج لانه لم يحصل المقصود ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج
سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضى أما اذا أطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره مجلس
القاضى بدلالة الفرض وكذا اذا قيد لان التسليم في هذه الامكنة تسليم في مجلس القاضى بواسطة ولو شرط أن يسلمه
في مصر معين فسلمه في مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج عنها الا أن يسلمه في المصر
المشروط (وجه) قولهما ان التقييد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على اقامتها فيه دون غيره فكان
التعيين مفيداً فيتقيد به (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان المقصود من تسليم النفس هو الوصول الى الحق
بالرافعة الى القاضى وهذا الفرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو سلمه في السواد ولا قاضى فيه
لا يخرج عن الكفالة لان التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة الى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة
ولو شرط أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضى يخرج عن الكفالة وكذا اذا عزل الامير وولى غيره فدفعه
اليه عند الثاني لان التسليم عند كل من ولى ذلك محصل المقصود فلم يكن التقييد مفيداً فلا يتقيد ولو كفل جماعة بنفس

رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برئاً جميعاً وإن كانت الكفالة متفرقة لم ير الباقون (ووجهه) الفرقان
الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات
المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد الا براءة به فيرأه ودون الباقي وليس هذا كما إذا كفل جماعة بمال
واحد كفالة واحدة ومتفرقة فأدى أحدهم برئاً الباقون لان الدين يسقط عن الاصيل بأداء المال فلا يبقى على
الكفيل ما سر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فان لم يوف به غداً فعليه ما عليه وهو كذا فلق الرجل
الطالب بخاصته الطالب ولا زمه فالل على الكفيل وان لازمه الى آخر اليوم لانه لم يوجد من الكفيل الموافقة به ولو
قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي اليك عن كفالة فلان يرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس
بأمره أو لانه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم كمن تبرع بقضاء دين غيره ان هناك لا يجبر على
القبول وهنا يجبر عليه والفرق ان انعدام الجبر على القبول في باب المال للتحرز عن حقوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع
لان نفسه برئاً لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لان تسليم نفسه واجب عليه ولا منة في
أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لان نفسه مضمون التسليم في الحالين والثاني البراءة
اذا برأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس
وقد أسقط المطالبة عنه بالبراءة فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا البراءة للاصيل لانه أسقط المطالبة عنه ودون
الاصيل ولو أبرأ الاصيل برئاً جميعاً لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالبراءة فينتهي حكم
الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن
الكفيل والله عز وجل أعلم (وأما) الكفيل بالاعيان المضمونة بنفسها والافعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد
أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها ان كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكه وبحصل الفعل
المضمون وهو التسليم والحمل والثاني البراءة فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكاري لان نفس هؤلاء غير
مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين أحدهما في شرائط ولاية الرجوع
والثاني في بيان ما يرجع به (أما) الشرط فأشياء (منها) ان تكون الكفالة بأمر المكفول عنه لان معنى الاستقراض
لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يرجع والصحيح قول العامة
لان الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتتمل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز
اقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لان اذنه بالكفالة لم يصح لانه من
المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعاقب به الضمان (وأما) العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح في حق
نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال والله عز وجل أعلم (ومنها) اضافة
الضمان اليه بأن يقول اضمن عنى ولو قال اضمن كذا ولم يضيف الى نفسه لا يرجع لانه اذا لم يضيف اليه فالكفالة لم تقع
اقرضاً اياه فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال الى الطالب أو ما هو في معنى الاداء اليه فلا يملك الرجوع قبل الاداء لان
معنى الاقراض والتمليك لا يتحقق الا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا يكون للاصيل على الكفيل
دين مثله فاما اذا كان فلا يرجع لانه اذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على
الاصيل لثبت للاصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع
على الاصيل لان الهبة في معنى الاداء لانه لما وهب منه فقدمت له ما في ذمة الاصيل فيرجع عليه كما اذا ملكه بالاداء
واذا وهب الدين من الاصيل برئاً الكفيل لان هذا أداء المال سواء لانه لما وهب منه فقدمت له ما في ذمته كما اذا
أدى ومتى برئ الاصيل برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولومات الطالب فورته الكفيل

يرجع على الاصيل ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل ومتى ملكه برى فيبرأ الكفيل كما اذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لاجرجع على الاصيل لان الابراء اسقاط وهو في حق الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تملك الدين أصلاً فلا يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداها الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد باذنه موجود والبراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كالأبراء عن الاجرة قبل مضي مدة الاجارة ولو لم يؤد الكفيل ما كفل به حتى عجل الاصيل لما كفل عنه ودفعت الى الكفيل ينظر ان دفعه اليه على وجه القضاء يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها تثبت بعد الاداء فاشبه الدين المؤجل اذا عجله المطلوب قبل حل الاجل انه يقبل منه ويكون قضاء كذا هذا وبرى الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطلب أيهما شاء فان أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لانه تبين انه لم يكن قضاء وان كان الكفيل تصرف في ذلك المعجل ورجع هل يطيب له الرجح ينظر ان كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالاجماع لانهما لا يتعينان في عقود المعاضات فحصل التمايل باذن صاحبهما فيطيب له الرجح وان كان الدين مكيلاً أو موز وناما يتعين في العقد يطيب له الرجح أيضاً عند أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الرجح ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب الى أن يرد الرجح على المكفول عنه هذا اذا دفعه اليه على وجه القضاء فاما اذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه اليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل ورجح لا يطيب له الرجح سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وهو كاختلاف فهم في المودع والغاصب اذا تصرف في الوديعة والمنصوب ورجح فهم انه لا يطيب له الرجح عندهما وعند أبي يوسف يطيب والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قال الطالب للكفيل برئت الى من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لاندكر وفي قوله برئت من المال اختلاف نذكره بعده ان شاء الله تعالى ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى ثبت للطالب ولاية المطالبة كل واحد منهما خمسمائة فأدى أحدهما شيئاً من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلو اما ان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً فان لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً لا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى لانه أدى عن نفسه لانه أصلاً فان لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الاصيل لانه كفيل عنه بأمره وان كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل فيما أدى انه من كفالة صاحبه اليه أو من كفالة نفسه لانه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل والثاني من جهة الكفالة عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الاداء عن أيهما شاء فاذا قال أدبته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء أدى المال الى الطالب تم قال ذلك أو قال ابتداء اني أدبته عن كفالة صاحبي وكذا اذا قال أدبته عن كفالة الاصيل فقبل منه ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء قال ذلك بعد اداء المال الى الطالب أو عنده ابتداء وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى كل واحد منهما يكون عن نفسه الى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لانه عن نفسه بل يكون عن نفسه الى هذا القدر فلا يرجع على شريكه وكذا اذا قال ابتداء اني أدبته عن شريكه لانه عن نفسه لا يقبل منه ويكون عن نفسه الى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى على خمسمائة لان المؤدى الى خمسمائة له معارض والزيادة لا معارض لها فاذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل وكذا لو اشترى

رجلان عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بمحضته من الثمن فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوتان إذا افترا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرنا هذا إذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فأما إذا كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى أحدهما شيئاً يرجع بكل المؤدى على الاصيل إن شاء وإن شاء يرجع بنصفه على شريكه لأن حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى وإذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الأداء كما سواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الأول لأن هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كقيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤدياً عن نفسه إلى النصف وهما بخلافه لما مر

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول والله التوفيق إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أده حتى لو كفل عن رجل بدرهم صحاح جيداً فأعطاه مكسرة أو زبواً ونحوه به المطالبة يرجع عليه بالصحيح الجيد لأنه بالأداء ملك ما في ذمته الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحيح الجيد وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له إن يرجع بالمؤدى لا بالدين لأنه بالأداء ملك الدين بل أقرض المؤدى من الأثر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدرهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما إذا صالح من الألف على خمسمائة أنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف لأنه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمته الاصيل وهو الألف لأنه لا يمكن إيقاع الصلح تملكها لأنها تؤدي إلى الربا فيقع اسقاط البعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الاصيل والكفيل جميعاً وبرئ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدينارين لأن في الفصل الأول إيقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باسقاط بعضه فكان الصلح واقعاً عنهما جميعاً فيبرأ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لأنه ملك هذا القدر بالأداء فيرجع به عليه (وأما) في الفصل الثاني فإضافة الصلح إلى ثلاثة مقرراً بشرط البراءة المضاف إلى الكفيل إبراء الكفيل عن المطالبة بدينارين وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الاصيل فيسبأ الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذه الطالب منهما والله التوفيق

﴿كتاب الحوالة﴾

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

عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ولان الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبته واقتضاء و بعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا الى التزامه

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المحيل وبعضها يرجع الى المحال وبعضها يرجع الى الحال عليه

وبعضها يرجع الى المحال به (أما) الذي يرجع الى المحيل فأنواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغاً وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفاً نفاذه على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بما لها خصوصاً اذا كانت مقيدة فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه فأما حريته المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد ما دوناً كان في التجارة أو محجوراً لانها ليست بتبرع بالزام شيء كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان مأذوناً في التجارة رجح عليه المحال عليه للحال اذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله ويتعلق برقبته وان كان محجوراً يرجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانهما من قبل المحيل ليست بتبرع فتصحح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرهاً على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التمليك فنفسد بالاكراه كسائر التمليكات (وأما) الذي يرجع الى المحال فأنواع (منها) العقل لما ذكرنا ولان قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فينعقد احتياله موقوفاً على اجازة وليه ان كان الثاني أملاً من الاول وكذا الوصي اذا احتال بحال اليتيم لا تصح الا بهذ الشريطة لانه منهي عن قران ماله الاعلى وجه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقر بوامال اليتيم الا بالتي هي أحسن (ومنها) الرضا على لو احتال مكرهاً لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتال لو كان غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف ينفذ والصحيح قولهما لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كما في البيع (وأما) الذي يرجع الى المحال عليه فأنواع أيضاً (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضاً فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا وان كان عاقلاً سواء كان محجوراً عليه أو مأذوناً في التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعاً بجدائه واتمائه وكذلك اذا كانت بأمره لانه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبي محجوراً كان أو مأذوناً في التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضاً لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي (ومنها) الرضا حتى لو أكرهه على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا في جانب المحيل (وأما) الذي يرجع الى المحال به فنوعان أحدهما أن يكون ديناً فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها نقل ما في الذمة ولم يوجد والثاني أن يكون لازماً فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبذل الكتابة وما يجري مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة بسواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيد بالدين الذي عليه والمقيدة أن يقيد بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أجيل على ملي فليتبع من غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فان المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان المحال عليه يطالب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه

الحال بدين الحوالة ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لأن الحوالة لم تقيد بالدين الذي للمحالي عليه لأنها وجدت مطابقة عن هذه الشرية فيتعلق دين الحوالة بدينه ودين المحيل بقي على حاله وإذا قيد بها بالدين الذي عليه ينقطع حق المطالبة للمحيل لأنه قيد الحوالة بهذا الدين فيتقيد به ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وإن لم يكن رهنا على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بان كان الدين ممن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن إذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لأنه قضى دينه بامرهم ولو ظهر ذلك في الحوالة المطابقة لا يبطل لأنه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فاذا ظهر أنه لا دين فقد ظهر أنه لا حوالة لأن الحوالة بالدين وقد تبين أنه لا دين فتبين أنه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد في الحوالة المطلقة لأن تعلق الدين به يوجب تقييد الحوالة به ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق بالذمة فلا يظهر أن الحوالة كانت باطالة وكذلك لو قيد الحوالة بألف ودية عند رجل فمكنت الألف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الألف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لأنه يجب عليه مثلها (ومنها) أنه إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهو أن الرهن يختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى أنه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغنمه لأن الخراج بالضمان فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى أنه لو تولى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضا بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة في ذلك وإذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك لأن المال الذي قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسئلة بحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال في ذلك وإنما يؤخذ من المحال عليه لأن الحوالة تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال في ذلك لأن حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود إلى المحيل ولكن القاضى يأخذ من غرماء المحيل كقبيل لأنه ثبت الرجوع إليهم لاحد رجلين (أما) المحال إذا تولى ما على الآخر وأما المحال عليه إذا أدى الدين فالقاضي نصب ناظر الأمور المسلمين فيحتاج في ذلك بأخذ الكفيل

فصل في وأما بيان حكم الحوالة فنقول وبالله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة المحيل وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء (وجه) قوله أن الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براءة الأول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير كما في الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التجويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في الأصل الأول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاعة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الأصل لا يصح جاز وتكون حوالة لأنه أتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة قال بعضهم أنها نقل المطالبة والدين جميعا وقال بعضهم أنها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين فباق في ذمة المحيل (وجه) قول الأولين دلالة الإجماع والمعقول (أما) دلالة الإجماع فلا تأجمننا على أنه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولو أبرأ الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه وقرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الأول لأن الأبراء عن الدين وهبة الدين ولا دين بحال ولصح الثاني لأن الأبراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وإن تأخرت المطالبة كالأبراء عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلأن الحوالة توجب النقل لأنها

مشتقة من التحويل وهو النقل فيتمضي نقل ما أضيف اليه وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة لانه اذا قل أحلت بالدين أو أحلت فلا يدينه فيوجب انتقال الدين الى المحال عليه لأنه اذا انتقل أصل الدين اليه تنتقل المطالبة لانها تابعة (وجه) قول الآخرين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعاً ويجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً فينبغي أن لا يجبر على القبول كما اذا تطوع أجنبي بقضاء دين انسان على غيره وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما اذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو انتقل الدين الى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم البراء والهبة ولا يرتد اجماعاً بالرد كما لو أبرأ الاصيل أو وهب منه وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بأمره كإيفاء الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كالكفالة سواء فدلّت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم ان الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصيل فكذا في الحوالة (وأما) المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابراء الاول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام اصل الدين في ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدني في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل الى ذمة المحال عليه بدني في ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعاً واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على المحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل اذا لازمه المحال فكما لازمه المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال واذا حبسه له أن يجبره اذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تحليصه منها وان كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل اذا لزمه ولا أن يجبره اذا حبس لان الحوالة اذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعاً وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فولازمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلازمه أيضاً فلا يفيد والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج من الحوالة بانه حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي باشيء (منها) فسوخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسوخ تعود المطالبة الى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على مليء فليتبع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شرط السلامة فتفيد البراءة مطلقاً (ولنا) ما روى عن سيدنا عثمان رضي الله عنه قال في المحال عليه اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم وعن شرح مثل ذلك ذكره محمد في الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافاً فكان اجماعاً ولان الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يسقط الا بالقضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق الا براءة بالقضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء فيق الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة الى المحال عليه لكن الى غاية التوى لان حياة الدين بالمطالبة فاذا توى لم يتبق وسيلة الى الاحياء فعادت الى محلها الاصلى ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشرطة الملاءة وقد ذهب بالفلاس ثم التوى عند أبي حنيفة رحمه الله بشيئين لانه لهما أحدهما أن يموت المحال عليه مفلساً والثاني أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد هما وبالثالث وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته ويقضى القاضي بالفلاس بناء على أن القاضي يقضى بالفلاس حال

حياته عندهما وعند لا يقضى به (ومنها) اداء المحال عليه المال الى المحال فاذا أدى المال خرج عن الحوالة اذ لا فائدة في بقائها بعد انتهائهما محكما (ومنها) أن يهب المحال للمحال عليه ويقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه ويقبله لان الهبة والصدقة في معنى البراء (ومنها) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه (ومنها) أن يبرئه من المال والله عز وجل أعلم

فصل **﴿** وأما بيان الرجوع مجمل الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فانواع (منها) أن تكون الحوالة بامر المحيل فان كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه اذا أدى لا يرجع على المحيل لان الحوالة اذا كانت بامر المحيل صار المحال مملكا للدين من المحال عليه بما أدى اليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التمليك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) اداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الاداء كالهبة والصدقة اذا قبل المحال عليه. وكذا اذا ورثه المحال عليه لان الارث من أسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو ابرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان البراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التمليك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقي اسقاطا محضا فلم يملك المحال عليه شيئا فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التيقا قصاصا لانه لو يرجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضا فلا يفيد قيتا قصاصا للدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فنقول وبالله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقده دراهم عن الدنانير فتصار فجاز ويراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افترا قبل القبض أو شرط فيه الاجل واختيار يبطل الصرف ويعود الدين الى حاله واذا سحمت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لان الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف الأمور بقضاء الدين لماذا ذكرنا في كتاب الكفالة وكذا اذا باع بالدراهم أو الدنانير عرضا يرجع بمال الحوالة لماذا ذكرنا وكذا اذا أعطاه ز يوفامكان الجياد وتحوز بها المحال يرجع على المحيل بالجياذ لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضا على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شيء وإنما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لي وقال المحال لا بل أحلتني بألف كانت لي عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لان المحال يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم اليينة مع يمينه والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الوكالة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى التوكيل لغة وشرعا وفي بيان ركن التوكيل وفي بيان شرائط الركن وفي حكم التوكيل وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الاول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة في اللغة تذكرو يراد بها الحفظ قال الله عز وجل وقالوا احسبنا الله ونعم الوكيل أى الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذوه وكلاء قال الفراء أى حفيظا وتذكرو يراد به الاعتماد وتقويض الامر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عز وجل خبر أعن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام انى توكلت على الله ربي وربكم أى اعتمدت على الله وفوضت أمرى اليه وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضا على تقرير الوضع اللغوي وهو تقويض التصرف والحفظ الى الوكيل ولهذا قال أصحابنا ان من قال لا آخر وكتبتك في كذا أنه يكون وكيلاً في الحفظ

لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

فصل ١٠ وأما بيان ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول فالايجاب من الموكل أن يتولى وكلتك بكذا أو اقل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجري مجراه فلم يوجد الايجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا بتبضع دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لأن تمام العقد بالايجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجرد الآخر كما في البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قدم زيد فأنت وكيل في بيع هذا العبد وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك في بيع هذا العبد غدا او يصير وكيل في الغد فمابعد ولا يكون وكيل قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كالطلاق والعتاق واذن العبد في التجارة والتعليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الدين والتقييدات كعزل الوكيل والحجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك

فصل ١١ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى الموكل وبعضها يرجع الى الوكيل وبعضها يرجع الى الموكل به أما الذي يرجع الى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره فالاي ملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الاهلية ألا ترى أنهم لا يملك التصرف بانفسهما وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضبة ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيملك تفويضه الى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان مأذونا له في التجارة يصح منه التوكيل لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا ينعقد موقوفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضا كما اذا فعل بنفسه لان في انعقاده فائدة لوجود الحيز للحال وهو الولى ولا يصح من العبد المحجوز ويصح من المأذون والمكاتب لانهم يملك التصرف بانفسهما فيملك بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور وأما التوكيل من المرتد موقوف ان أسلم ينفذ وان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد هونا فذبناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنه لوقوف املاكه وعندهما نافذة لثبوت املاكه ويجوز التوكيل من المرتد بالاجماع لان تصرفاتهما نافذة بلا خلاف وأما الذي يرجع الى الوكيل فهو أن يكون عاقلا فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لما قلنا وأما البلوغ والحرية فليس بالشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائى غيب يارسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهنى ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك منى فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبيبا والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجد هنا فتصح وكالته كالبالغ إلا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع الى الوكيل اذا كان بالغاً واذا كان صبيبا ترجع الى الموكل لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا رد الوكيل لا تمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكه والوكيل يتصرف في ملك الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا لو كان مسلما وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا إلا أن يلحق بدار الحرب فيبطل وكالته لما نذكر في موضعه (وأما) علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يعامله حتى انه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى

يحيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الامر لا يلزم الا بعد العلم بالأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالأمور به كافي أو امر الشرع (وأما) علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزادات انه شرط وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعدي هذا الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبء اليه واخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شرائه وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزادات انه لا يجوز البيع بصورة المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدي فاني قد أذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعه وليس التوكيل كالوصاية فان من أوصى الى رجل غائب أي جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصى ثم ان الوصى باع شيئاً من تركه الميت قبل علمه بالوصاية والموت فان بيعه جائز استحساناً أو يكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها والقياس أن لا يجوز والفرق أن الوصى خلف عن الموصى قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع الوارث تركه الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصى بخلاف التوكيل لانه أمر من الموكل وحكم الامر لا يلزم الا بعد العلم أو سببه على ما مر فاذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فان كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتاباً اليه فبلغه وعلم ما فيه أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلان أو رجل واحد عدل صار وكيلاً بالاجماع وان أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فان صدقه صار وكيلاً أيضاً وان لم يصدقه يعني أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكيلاً وعند أبي يوسف ومحمد يكون وكيلاً كافي العزل على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يرجع الى الموكل فانه يرجع الى الموكل به فانه يرجع الى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز والجملة فيه ان التوكيل لا يخلو اما أن يكون بمحقوق الله عز وجل وهي الحدود واما أن يكون بمحقوق العباد والتوكيل بمحقوق الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل بالاثبات الحدود فان كان حد الاحتياج فيه الى الخصومة كحد الزنا وشر الخمر فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لانه ثبت عند القاضي بالبينة أو الاقرار من غير خصومة وان كان مما يحتاج فيه الى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل بالاثبات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما الا من الموكل وكذلك الوكيل بالاثبات القصاص على هذا الخلاف (وجه) قول أبي يوسف انه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالاثبات لان الاثبات وسيلة الى الاستيفاء ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعقدة في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فان كان المقذوف والمسروق منه حاضر اوقت الاستيفاء جاز لان ولاية الاستيفاء الى الامام وانه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال وان كان غائباً اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لان عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وانه لا يمتثلها وقال بعضهم لا يجوز لانه ان كان لا يمتثل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله ان هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائبه كما في سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا انه يمتثل أنه لو كان حاضر الصدق الرامي في ارماءه أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز التوكيل بالتميز برائبات واستيفاء بالاتفاق وللوكيل أن يستوفي سواء كان الموكل غائباً أو حاضر الا انه حق العبد ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبهه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص (وأما) التوكيل باستيفاء القصاص فان كان الموكل وهو المولى حاضر اجاز لانه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج الى التوكيل وان كان غائباً لا يجوز لان احتمال العفو قائم جواز أنه لو كان حاضراً

لعقاً فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى من عدم حالة الحضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وإن كان غائباً والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فنقول وبالله التوفيق حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاءه مع الشبهة كالقصاص وقدم حكي التوكيل بانباته واستيفائه ونوع يجوز استيفاءه وأخذ مع الشبهة كالدين والاعتاق وسائر الحقوق، سوى القصاص فنقول لا خلاف أنه يجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والأصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أن سيدنا علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن هالهما يحضرها الشياطين فجعل الخصومة إلى عقيل رضي الله عنه فلما كبر ورق حولها إلى وكان على يقول ما قضى لو كيلى فلى وما قضى على وكيلى فعلى ومعلوم أن سيدنا علياً رضي الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف في جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الأحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الحصص أنه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر واليتيم لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا في المرأة إذا كانت مخدرة غير بريرة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يجوز التوكيل بالبكر وهذا غير سديد لما يذكر (وجه) قولهم إن التوكيل بالخصومة صادق حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعى والآنكار حق المدعى عليه فقد صادق التوكيل من المدعى والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خصمه بنفسه ولا يحنيفة رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والآنكار الصادق ودعوى المدعى خير من الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا الآنكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضته خبر المدعى فلم يكن كل ذلك حقا فكان الأصل أن لا يلزم به جواب الآن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة بصيرته مضمياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما أن الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل الحن بحجته فيعجز من خصمه عن إحياء حقه فيتضرر به فيشترط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه وإذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلك وهذا لا يجوز وكذلك إذا كانت المرأة مخدرة مستورة لأنها تستحي عن الحضور لمخالف الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرة كانت أو ثيباً فيضيع حقها (وأما) في مسألتنا ضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الإقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز ويصير وكيلاً بالآنكار سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه إذا وكل الطالب واستثنى الإقرار يجوز وإن وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن استثناء الإقرار في عقد التوكيل إنما جاز لحاجة الموكل إليه لأن الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لأن كل واحد منهما يحتاج إلى التوكيل بالخصومة هذا إذا وكل بالخصومة واستثنى الإقرار في العقد فإما إذا وكل مطلقاً ثم استثنى الإقرار في كلام منفصل يصح عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالإقرار فذكر في الأصل أنه يجوز وذكر الطحاوي أنه لا يجوز ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب لأنهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها إلى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذي يكابح من المسلم لأن حقوقهم مصنوعة من عينة عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بهبض الدين لأن الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

الى التفويض الى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا ان التوكيل قبض رأس مال السلم وبدل الصرف انما يجوز في المجلس لان الموكل انما يملك القبض فيه لافي غيره واذا قبض الدين من الغريم برى الغريم لان القبض الصحيح بوجب البراءة وتجوز الوكالة بتضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتيمأله القضاء بنفسه فيحتاج الى التفويض الى غيره سواء كان الموكل حراً أو عبداً ما ذونا أو مكاتباً لانهما يملكان القضاء بأنفسهما فيمكن كان التفويض الى غيرهما أيضاً ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصالح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصالح على انكار لانه يملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها الى غيره وتجوز الهبة والصدقة والاعارة والايديع والرهن والاستعارة والاستيهاج والارتهان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقرض والاستقراض الا ان في التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلني فلان اليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصالح وبالبراءة ويجوز بالطلاق والعنق والاجارة والاستيجار لما قلنا ويجوز بالسلم والصرف لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما الى غيره الا ان قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد على الصحة والعبرة لبقاء العاقدين واقتراجهما لان حقوق العقد راجعة اليهما لاند كذا اذا قبض الوكيلان في المجلس فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين اذا تقابضا في المجلس ثم افتراقه يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع الى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فاذا افتراقا فقد حصل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحق لا يرجع اليه بل هو اجنبي عنها فبقاؤه واقتراجه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض الى غيره الا ان لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام ان يقول له اشترى ما شئت أو ما رأيت أو أي ثوب شئت أو أي دار شئت أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والتمن لانه فوض الرأى اليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالفضاعة والمضاربة والخاص ان يقول اشترى ثوباً أو حيواناً أو دابة أو جوهر أو عبداً أو جارية أو فرساً أو بعلاً أو حماراً أو شاة والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمنع صحة التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز الا بعد بيان النوع والصفة ومقدار الثمن لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما أيضاً (وجه) الاستحسان ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً الى حكيم بن حزام ليشترى له به أحمية ولو كانت الجهالة القليلة ما نعت من صحة التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأحمية وبقدر الثمن ولان الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تنفي الى المنازعة لان مبنى التوكيل على الفسحة والمساحة فالظاهر انه لا يجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان مناه على المضايقة والمما كسة لكونه معاوضة الما بالمال فالجهالة فيه وان قلت تنفي الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق واذا ثبت ان الجهالة القليلة غير ما نعت في كل موضع قلت الجهالة صح التوكيل بالشراء والا فلا فينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشراؤه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الا بعد بيان النوع وذلك نحو ان يقول اشترى ثوباً لان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب الابرسم والقطن والسكتان وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمي الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا تقل الا بذكر النوع بأن يقول اشترى ثوباً وهو يا فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال اشترى حيواناً أو قال اشترى دابة أو أرضاً أو مملوكاً أو جوهر أو حبوباً لان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوباً وهو يا فاذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال

اشترى دار الايصاح لان بين الدار والدار تناوفا حشفا فان عين الدار يجوز وان لم يمين ولكنه بين الثمن جاز أيضا ويقع على دور المصر الذي وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان الثمن وروى عن أبي يوسف انه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حتى يمين مصر من الامصار ولو قال اشترى دارا في موضع كذا أو حبة أو لؤلؤ أو فص يا قوت أحر ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتب في فيه بذكر أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشترى عبدا تركيا أو مقدار الثمن بأن قال اشترى عبدا بألف درهم لان الجهالة تقل بذكر أحدهما وبحال الموكل لان الصفة تصير معلومة بذكر الثمن وان لم يذكرها واذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوما بحال الأمر فيما يشتره أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشتري عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبي يوسف فيمن قال اشترى خادما من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان الثمن كثيرا لا يتعامل الناس به لم يجز على الأمر وكذا البدوى اذا قال اشترى خادما حبشيا فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فان لم يذكرا أحدهما أصلا فالوكالة باطلة لان الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعا فنمت صحة الوكالة ولو قال اشترى حمرا أو بغلا أو فرسا أو بعيرا ولم يذكر له صفة ولا ثمن قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوما بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن فينظر ان اشترى حمرا بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر مما يتعابن الناس في مثله جاز على الموكل اذا كان الحمار مما يشترى مثله الموكل وان كان مما لا يشترى مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وان اشتراه بمثل قيمته نحو ان يكون الموكل مكاريا فاشترى الوكيل حمرا مصريا يصح للركوب لان مثله يشترى الحمار للعمل والحمل لا للركوب ولو قال اشترى شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا ثمن لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوما لباينا ولو قال اشترى حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكرا أحد شيئين اما قدر الثمن واما قدر الثمن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذكر أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات ولو وكله ليشترى له طيا سائلا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما والله عز وجل أعلم

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

المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يهتدى الى شئ يؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالقبض (ولنا) انه لما وكله بالخصومة في مال فقد اتمته على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهي الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضى الدين يملك القبض في ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا ان المتأخرين من اصحابنا قالوا انه لا يملك في عرف ديارنا لان الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضى كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمته الخيانة في أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة في اثبات الدين اذا أنكر الغريم عند أبي حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أيضا فيمك اقامة البينة وكذا الوأقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو برأه عنه قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا في الوكيل بقبض العين اذا أنكر من في يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشترها من الذي وكله بالقبض لا تسمع منه بينته في اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب والقسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى الى الخصومة كالتوكيل بقبض العين ولا يبي حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحقوق في مبادلة المال بالمال تتعلق بالعقد كافي البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكى في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاءه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما في ذمة الغريم وتملكه بهذا القدر المأخوذ من المال فأشبهه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بأمر جديد فهو الفرق بين الفصلين فاذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجهه دون وجهه كمن وكل انسانا بنقل زوجته الى حيث هو فطالها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على ان زوجها طلقها ثلاثا تسمع هذه البينة في اندفاع حق الوكيل في النقل ولا تسمع في اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالعيب والقسمة فيها معنى المبادلة فكانت الخصومة فيها من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ماشئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومته وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بشئو يرض الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصبح فقبضه وقبض الاجنبي سواء فان وصل الى الوكيل الاول برى الغريم لانه وصل الى يدهم هو نائب الموكل في القبض وان هلك في يده قبل أن يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض للغريم لان قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغرورامن جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه اذ كل غرض من المغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصبح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه واذا أخذ منه رجوع الغريم على الوكيل الثاني لما قلنا ويرجع الوكيل الثاني على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل بقبض الدين للموكل على انسان معين أو في بلد

معيّن لا يملك أن يتعدى إلى غيره لأن المتصرف بحكم الأمر لا يملك التعدي عن موضع الأمر وليس للوكيل قبض الدين أن يأخذ عوضاً عن الدين وهو أن يأخذ عيناً مكانه لأن هذه معاوضة مقصودة وانها لا تدخل تحت التوكيل بقبض الدين وهذا ما بينا أن قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة إلا أن التوكيل بقبض الدين جعل توكيلاً بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المتعلقة بالتوكيل بقبض الدين وحق الضرورة يصير مقضياً بثبوتها ضمناً للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلاً فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين فجاء إنسان إلى الغريم وقال إن الطالب أمرني أن أقبضه منك فان صدقه الغريم وأراد أن يدفع إليه لا يمنع منه وإن أن يدفع إليه يجبر على الدفع في الدين وفي العين لا يجبر عليه والفرق أن التصديق في الدين أقرار على نفسه فكان مجبوراً على التسليم وفي العين أقرار على غيره فلا يصح الاتصديق ذلك الغير وإن لم يصدقه لم يجبر على الدفع فان دفعه إليه ثم جاء الطالب فان صدقه مضى الأمر وان كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على وجه ثلاثة أمان صدقه ودفعه إليه واما ان كذبه ومع ذلك دفع إليه واما ان لم يصدقه ولم يكذبه ودفع إليه فان صدقه في الوكالة ولم يضمنه فجاء الطالب يقال له ادفع الدين إلى الطالب ولا حق لك على الوكيل لأنه لما صدقه في الوكالة فقد أقر بوكالته وأقراره صحيح في حق نفسه فكأنه يقول إن الوكيل كان محقاً في القبض وإن الطالب ظالم فيما يقبض مني وإن ظلم على مبطل فلا أظلم على محق وإن صدقه وضمنه ما دفع إليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض لأن الغريم وإن أقر أن القابض محق في القبض بتصديقه إياه في الوكالة فعنده أن الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه فاذا ضمنه فقد أضاف الضمان إلى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق وإضافة الضمان إلى المقبوض المضمون صحيح كما إذا قال ما غضبك فلان فعلي وإن كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع إليه أن يضمن الوكيل لأن عنده أنه مبطل في القبض وإنما دفعه إليه على رجاء أن يجوزه الطالب وكذا إذا لم يصدق ولم يكذب لأنه لم يوجد منه الاقرار بكونه محقاً في القبض فيملك الرجوع عليه الوكيل بقبض الدين إذا قبضه فوجده معيباً كان للموكل رده فله رده وأخذ بدل له لأنه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلاً ووصفاً كذا الوكيل ولو وكل رجلاً يقبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم أنه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل إلى إقامة البينة ولا إلى احضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم ادفع الدين إلى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه ان أردت بينه فان حلف والارجعت عليه لأنه مقر بالدين والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الإيفاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم إلى الوكيل وكذلك الوكيل يطلب الشفعة إذا ادعى المشتري أن الشفيع قد سلم للشفعة يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه ان أردت يمينه لأن المشتري مقر بثبوت حق الشفعة لأن تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشتري إلى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب إذا ادعى البائع أن المشتري قد رضى بالعيب أنه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى ما رضى بهذا العيب لأن البائع بقوله رضى المشتري بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب إذ ليس كل عيب موجبا للرد ألا ترى أنه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف على حضور الموكل ويمينه فان أراد الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له أن يحلفه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال زفر بن يحيى عليه السلام أن أبي حنيفة خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على سخطه (وجهه) قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض فاذا أنكر يستحلف لجواز أنه ينكل عن اليمين فيسقط حقه (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ما ادعى على الوكيل شيئاً وإنما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل وهذا بخلاف ما إذا مات الطالب فادعى الغريم أنه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث ان له أن يستحلف الوارث على علمه

بالله تعالى ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه في
 الاستيفاء الذي هو حقه فلم يكن استحقاقه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لانه يستحلف
 على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لانه لا علم له به انه فعل ذلك أو لم يفعل
 فان أقام الغريم البيينة على الايفاء سمعت بيئته عند أبي حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة
 بناء على ان الوكيل يقبض الدين هل يكون وكيلا بالخصومة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على
 هذا الاختلاف اذا أقام الغريم البيينة انه أعطى الطالب بالدرهم الدنانير أو باعها عرضا فينته مسموعة عنده
 وعندهما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة ويستوى فهما الجنس وخلاف الجنس فكان
 الخلاف في الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع بالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فان كان
 مقيدا يراعى فيه القيود بالاجماع حتى انه اذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون
 خلافا له في خير لما مر ان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلزم من التصرف قدر ما ولاه وان كان
 الخلاف الى خير فاما نفذ لانه ان كان خلافا لصورة فهو وفاق معنى لانه أمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل
 فنفس بيان هذه الجملة اذا قال بع عبدى هذا بالف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا اذا باعه بغير الدرهم لا ينفذ
 وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لانه خلاف الى شر لان أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان في
 معنى الخلاف الى شر وان باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لانه خلاف الى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا
 لو وكله بالبيع بالف درهم حاله فباعه بالف نسيئة ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه
 بألف حالة نفذ لما قلنا وان وكله بان يبيع ويشترط الخيار للامر فباعه ولم يشترط الخيار لم يجز بل يتوقف ولو باع
 وشترط الخيار للامر ليس له أن يجز لانه لو ملك الاجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة هذا اذا كان التوكيل بالبيع مقيدا
 فأما اذا كان مطلقا يراعى فيه الاطلاق عند أبي حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع
 الاجماعتين في مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف
 الى البيع المتعارف والبيع بغير فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف اليه كالتوكيل بالشراء ولا يبي حنيفة أن
 الاصل في اللفظ المطلق أن يجري على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغير فاحش
 لغرض التوصل بثمنه الى شراء ما هو أرحم منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييده المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغير
 فاحش ان لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكرا وتسمية لان كل واحد منهما يسمى بيعا وهو مبادلة شيء مرغوب
 بشيء مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف ذكرا وتسمية من غير اعتبار الفعل الا ترى أن
 من حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الأدمى أو لحم الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا
 وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف
 القياس لكونه أمرا بالتصرف في مال غيره وذكر الثمن فيه تتبع الا ترى انه يصبح بدون ذكر الثمن الا انه يجوز باعتبار
 الحاجة إذ كل أحد لا يتبها له أن يشتري بنفسه فيحتاج الى من يوكل به غيره والحاجة الى التوكيل بالشراء بمن جرى
 التعارف بشراء مثله فينصرف الامر بمطلق الشراء اليه البتة الثاني المشتري متهم بهذا الاحتمال انه يشتري
 لنفسه فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة في البيع منعدمة فهو الفرق وكذلك يملك البيع
 بغير الأثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعي رحمه الله وملك البيع بالتقدم والنسيئة عنده وعندهما
 لا يملك الا بالتقدم والمخجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغير فاحش ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على
 وجهين اما ان كان ذلك مما لا ضرر في تبعيضه كالمكيل والموزون بان كان وكيلا ببيع عبد بن فباع أحدهما جاز
 بالاجماع وان كان في تبعيضة ضرر بان وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز الا باجازة

الموكل أو يبيع النصف الباقي ولو كان وكيلاً بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم إلا ما جماعاً إلا أنه يشتري الباقي ويجزه
الموكل (وجه) قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجمع وهو العرف والعادة ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة
في الاعيان ولا يبي حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما سر الأيرى ان عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز
فلان يجوز بيع البعض به أولى لأنه تقع موكله حيث أمسك البعض على ملكه وهذا فرق الشراء لان الوكيل
بالشراء اذا اشترى النصف بثن الكل لا يجوز والوكيل بالبيع ملك ابراء المشتري عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن
يأخذ به عوضاً وله أن يصالح على شئ ويحتمل به على انسان وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيئاً
من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالابراء واخوانه تصرف في ملك الموكل من غير اذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي
(وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالابراء لان قبض الثمن حقه فكان الابراء عن الثمن ابراء عن قبضه تصحيحاً
لتصرفه بقدر الامكان ولو استقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لأنه لو بقي دين لا يحتمل القبض أصلاً وهذا
مما لا نظيره في أصول الشرع ولان دين لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد فسقط ضرورة ويضمن الثمن
للموكل لأنه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى الى ملك غيره بالانلاف فيجب عليه الضمان وكذا اذا أخذ بالثمن
عوضاً عن المشتري لأنه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذ منه
العوض ويضمن لما ذكرنا وكذا اذا صالحه على شئ لأن الصلح مبادلة وكذا اذا أحاله المشتري بالثمن على انسان
وقبل الوكيل الحوالة لأنه يقبل الحوالة تصرف في حق نفسه بالابراء عنه لان الحوالة مبرئة وذلك يوجب سقوط الدين
عن الخيل فيه لما ذكرنا ويضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق
نفسه فيصح لكنه تعدى الى الموكل بثبوت الحيلولة بينه وبين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره
لان مبنى الوكالة على الخصوص لان الوكيل يتصرف بولاية مستفاداً من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت
العموم الا لفظ يدل عليه وهو قوله اعلم فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثاني
بحضرة الاول جاز وان باع بغير حضرته لا يجوز الا أن يجزه الاول او الموكل وكذا اذا باعه فضولى فبلغ الوكيل أو الموكل
فجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يوز ببيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو لم يكن
بمحضرته وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لان عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل
بل المقصود رأيه فاذا باع الثاني بمحضرة فقد حصل التصرف برأيه فنفذ واذا باعه لا بمحضرة أو باع فضولى فقد خلا
التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينقد موقوفاً على اجازة الوكيل أو الموكل لصدره والتصرف من أهله في محله وليس
للكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لان الحقوق تتعلق بالعاقد فيؤدى الى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً
ومتسماً مطاباً ومطاباً وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولا يمتهم في ذلك وليس له
أن يبيع من أبيه وجدته وولده وولد والده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا
على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما ان البيع من هؤلاء من الاجنبي سواء لان كل واحد
منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولا يبي حنيفة أن البيع من هؤلاء يبيع من نفسه من حيث
المعنى لا اتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الاجنبي
ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لان البيع من عبده يبيع من نفسه لأنه لا ملك له وكذا المكاتب لأنه عبد ما بقي
عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا حقيقة أن اتصال منافع الاملاك بينهما يورث التهمة لهذا
لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الاجنبي ولو عم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو بيع من هؤلاء أو أجاز ما صنعته
الوكيل جاز يبيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده اذا لم يكن عليه دين بحال الوكيل
بالبيع مطلقاً يملك البيع الصحيح والفاسد لان اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين اذ هو مبادلة شئ من رغوب

يشي أمر غوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقاً أنه لا يملك النكاح الفاسد لان المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع الملك وأنه يثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وجه) قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل باحدهما توكيلاً بالآخر فاذا باع يباعاً صحيحاً صار مخالفاً (ولهما) ان هذا ليس بخلاف حقيقة لان البيع الصحيح خير وكل موكل بشي مموكل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً فكان آتياً بما وكل به فلا يكون مخالفاً (وأما) الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو اما ان كان مطلقاً أو كان مقيداً فان كان مقيداً ايراعى فيه التقييد اجماعاً لما ذكرنا سواء كان التقييد راجعاً الى المشتري أو الى الثمن حتى انه اذا خالف يلزم الشراء الا اذا كان خلافاً الى خير فيلزم الموكل مثال الاول اذا قال اشترى جارية اطؤها أو استخدمها أو اتخذها أم ولد فاشترى جارية بحوسيه أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك اذا قال اشترى جارية فتخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء لان الاصل في كل مقيد اعتبار التقييد فيه الاقيد لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من التقييد مفيد وكذلك اذا قال اشترى جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثاني اذا قال له اشترى جارية بألف درهم فاشترى جارية بأكثر من الالف تلزم الوكيل دون الموكل لانه خالف أمر الموكل فيصير مشترياً بنفسه ولو قال اشترى جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدرهم والدنانير لا تلزم الموكل اجماعاً لان الجنس مختلف فيكون مخالفاً ولو قال اشترى هذه الجارية بمائة دينار فاشترىها بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لان الدرهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مفيداً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل كانه اعتبرهما جنساً واحداً في الوكالة كما اعتبر اجنساً واحداً في الشفعة وهو أن الشفيع اذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدرهم وقيمتها مثل الدنانير صحح التسليم كذا ههنا فان اشترى جارية بألف درهم فان كان مثلها يشترى بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه لزم الموكل وان كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل لان شراء الوكيل المعروف المعروف وان اشترى جارية بمائة درهم ومثلها يشترى بألف لزم الموكل لان الخلاف الى خير لا يكون خلافاً فمعنى وكذا اذا وكله بأن يشترى له جارية بألف نسيت فاشترى جارية بألف حاله لزم الوكيل لانه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشترى بألف حاله فاشترى بألف نسيت لزم الموكل لانه وان خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشترى وبشروط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الوكيل والاصل أن الوكيل بالشراء اذا خالف يكون مشترياً بنفسه والوكيل بالبيع اذا خالف يتوقف على اجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء ملزم لان ملك الشراء لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى إنه لو كان صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على اجازة الموكل لانها لا يملك الشراء لانهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا اذا كان الوكيل مرئياً وكان وكيلاً بشراء عبده فاشترى نصفه لعدم امكان التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعد من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الاجازة ولو وكله بشراء عبده فاشترىه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الاجازة لانه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يقف على اجازة الموكل هذا اذا كان التوكيل بالشراء مقيداً فاما اذا كان مطلقاً فانه يراعى فيه الاطلاق ما يمكن الا اذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا اذا وكل رجلاً بشراء جارية وبسمى نوعها وتمنحها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لزم الموكل وكذا اذا اشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية تشتري للاستخدام عرفاً وعادة

وغيره الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتعبد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا لا يجوز نحر برها عن الكفارة وان كان نص النحر برمطلقا عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر يتعلق بنحر برقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقض الذات فلا يتناوله مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله ان يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم منها فاشترى الوكيل جارية ان اشتري بمثل القيمة أو باقل من القيمة أو بزيادة يتعابن في مثلها جاز على الموكل وان اشتري بزيادة لا يتعابن الناس في مثلها يلزم الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن النحر عنها فلومنت النفاذ على الموكل لضيق الامر على الوكلاء ولا امتنع عن قبول الوكالات وبالناس حاجة اليها فست الحاجة الى تحملها ولا ضرورة في الكثير لا مكان النحر عنه والفاصل بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل كانت زيارته متحققة وقد روي محمد الزيادة القليلة التي يتعابن في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال ان كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتعابن في مثلها وان كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتعابن في مثلها وقال الجصاص ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها لان ذلك يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبنا فيه وقد نص ابن يحيى القليل بالدينم وفي الحيوان بالدينم يارده وفي العقار بالدينم وازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل ان يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل اجماعا لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوما أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي منه أولا والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقا ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل ان يشتري الباقي قال أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجوز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل قد خالف في اوكل به فلم يكن مشترا بالموكل فكيف ينفذ منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتري لنفسه فينفذ اعتاقه ولا يبي يوسف ان اعتاق الموكل صادف عقدا موقوفا فانه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة واعتاق الوكيل لم يصادف عقدا موقوفا على اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتفل التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كراحتة بمائة درهم فاشترى نصف الكراحتة بمائة درهم وكذا لو وكله بشراء عبد بالف درهم فاشترى أحدهما بمائة لزم الموكل اجماعا وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحد أمنها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحسانا (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة لامعنى لانه خلاف الى خير وذال لا يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم ان يلزم الموكل كذا هذا (وجه) قوله ان الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

لدخولها بين الوزنين ولو وكله بشراء عبدة فاشترى بها عبد من كل واحد منهما يساوي مائة روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة إذا وكل رجلاً بشراء عبد من باعياهما بالف درهم وقيمتها سواء فاشترى أحدهما بستائة درهم لا يلزم الموكل إلا أن يشتري الثاني ببقية الالف وقال أبو يوسف ومحمد إذا كانت الزيادة مما يتعابن الناس في مثلها يلزمه وهذا لا يتحقق خلافاً والله عز وجل أعلم الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه وإذا اشترى يقع الشراء للموكل لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك إلا بحضور من الموكل كما لا يملك الموكل عزله إلا بحضور منه على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شئ بغير عينه إذا اشترى يكون مشترياً لنفسه إلا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه أنه إذا قال اشترىته لنفسى وصدقه الموكل فالشترى له وإذا قال الموكل اشترىته لى وصدقه الوكيل فالشترى للموكل لأن الوكيل بشراء شئ بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراءه لنفسه واحتمل شراءه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما ولو اختلفا فقال الوكيل اشترىته لنفسى وقال الموكل بل اشترىته لى يحكم فيه الثمن فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالشترى له وإن أداه من دراهم موكله فالشترى لموكله لأن الظاهر نقداً ثمن من مال من يشتري له فكان الظاهر شاهد الثمن فكان صادقا في حكمه (وأما) إذا لم تحضره النية وقت الشراء وانفق عليه يحكم فيه الثمن أيضاً عند أبي يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمدان الاصل أن يكون الانسان متصرفاً لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهد الوكيل فكان المشتري له (وجه) قول أبي يوسف ان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك في تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه لأن الحقوق في باب الشراء ترجع الى الوكيل فيؤدى الى الاحالة وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسماً مطالباً ومطالباً ولأنه متهم في الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا وكذلك لو اشترى من ولده الصغير لأن ذلك شراء من نفسه وكذلك لو اشترى من عبده الذي لا دين عليه أو مكاتبه وكذلك الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه ووجهه وولده وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وعندهما يجوز إذا اشترى بمثل القيمة أو باقل أو بزيادة يتعابن في مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لا دين عليه ومكاتبه وقد مرّت المسئلة بحججها من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعته الوكيل جاز لأن المنع من الجواز التهمة وقد زالت بالامر والاجازة ولو دفع اليه دراهم ووكله أن يشتري له بها طعاماً فهو على الخنطة والدقيق لا على الفاكهة واللحم والخبز لأن الطعام في الحقيقة وإن كان اسماً لا يطعم لكنه ينصرف الى الخنطة والدقيق بقرينة الشراء في العرف ولهذا سمي السوق الذي تباع فيه الخنطة والدقيق سوق الطعام دون غيره إلا إذا كان المدفوع اليه قليلاً كالدرهم ونحوه أو كان هناك ولية فينصرف الى الخبز وقيل يحكم الثمن ان كان قليلاً ينصرف الى الخبز وان كان كثيراً ينصرف اليهما ولو قال اشترى بدرهم لحمًا ينصرف الى اللحم الذي يباع في السوق ويشترى الناس منه في الاغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والا بل ان جرت العادة بشراءه ولا ينصرف الى المشوى والمطبوخ الا اذا كان مسافراً أو نزل خاناً ودفع الى انسان درهمًا ليشتري به لحمًا ولا الى لحم الطير والوحش والسماك ولا الى شاة حية ولا الى مذبوحة غير مسلوخة لا نعدام جريان العادة باشتراؤه وان اشترى مسلوخاً جاز على الموكل لأن المسلوخ يباع في الاسواق في العادة ولا الى البطن والكرش والكبد والرأس والكرام لانها ليست بلحم ولا يشتري مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فلا ينصرف مطلق التوكيل اليه بخلاف ما اذا حلف لا يأكل لحمًا فكل هذه الاشياء انه يحث لان مبنى الايمان على العرف ذكرنا وتسمية معنى الوكالة على العرف عادة وفعلاً ألا ترى ان حكم الحنث يلزم بأكل القديد ولو اشترى الوكيل القديد لا يلزم الموكل لا نعدام العادة ببيع القديد في الاسواق في الغالب ولا الى شحم البطن والالية لانها ليسا بلحم ولو وكله بشراء الالية لا يملك أن يشتري لحمًا لانها مختلفان اسماً ومقصوداً ولو وكله أن يشتري سمكاً بدرهم فهو

فهو على الطرى الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطرى الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله بشراء الرأس فهو على النى دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا في موضع جرت العادة بذلك والمذكو من الخلاف في الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور والسماك والجراد لان العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشتري أى دهن شاء وكذا اذا وكله بشراء فاكهة له أن يشتري أى فاكهة تباع في السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت اليمين المنعقدة عليه تقع على بيض الطيور كلها لما ذكرنا ولو وكله أن يشتري لبنا فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم والبقر والابل وكذا اذا وكله بشراء السمّن فان استوفى عليهم ما جميعاً بخلاف ما اذا حلف لا يذوق لبنا ان ذلك يقع على لبن الغنم والبقر والابل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكباش لا يملك شراء النعجة حتى لو اشترى لا يلزم الموكل لان الكباش اسم للذكر والنعجة اسم للانثى وكذا الوكيل بشراء عناق فاشترى جدياً أو شراء فرس أو برذون فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكرا وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران وذكر القدوري رحمه الله انها تقع على الانثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والانثى والدجاجة على الانثى والبعير على الذكر والناقة على الانثى والبخى ضرب خاص من الابل والتجبية ضرب معروف بسرعة السير وهي كالحمار في عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب الزكاة بعده عن أو هامهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله محضرة الاول أو باجازه أو باجازه الموكل جاز على الموكل والا فلا الا اذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيها وكلاهما أم الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجيز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى الرأى والموكل انما يرى برأيه لا يرى أحدهما واجتمعا على ذلك ممن فلم يمثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضراً لما ذكرنا في البيع الا ان في الشراء اذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشتري ولا يقف على الاجازة وفي البيع يقف على الاجازة وقدم الفرق وكذلك الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعق على مال والخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما باقراده وكذا ما خرج مخرج التملك بان قال لرجلين جعلت أمر امرأتى بيدكما أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطبيق لانه جعل أمر اليد تملكاً الا ترى انه يقف على المجلس والتملكات هي التي تختص بالمجلس والتملك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال طلقا امرأتى ان شئتما وهناك لا يملك أحدهما التطبيق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا ينزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى الرأى والامانة وقد فوض الرأى اليهما جميعاً لا الى أحدهما ورضى بما تهما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه الى صاحبه فيقع في أيديهما جميعاً أو يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض فصارت كأنهما قبضاه جميعاً ابتداءً (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعق على غير مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيها وكلاهما لان هذه التصرفات مما لا يحتاج الى الرأى فكان اضافة التوكيل اليهما تقوية أيضاً للتصرف الى كل واحد منهما باقراده (وأما) الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف باقراده عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول أصحابنا الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضي بما يملكه الخصم واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما هو أيضاً للخصومة الى كل واحد منهما فأيها خصم كان تمثيلاً الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة لك القبض عندئذ لان اجتماعهما على القبض يمكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما باقراده (وأما) المضار بان فلا يملك أحدهما التصرف بدون اذن صاحبه اجماعاً وفي الوصيين خلاف بين أصحابنا نذكره في كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضى الدين والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (أما) التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع الى الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطلب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فحقوقه راجعة الى العاقد كالباعات والاشربة والاجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالأجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن اليه ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيها مطالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم اليه ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيها ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيها غير ان المشتري اذا قدّم الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحساناً وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا قدّم المشتري الثمن ولا يطلب به الموكل واذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ان كان قدّم الثمن اليه وان كان قدّمه الى الموكل يرجع بالثمن عليه وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً له أن يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل ان كان قدّمه الثمن وان كان قدّمه الى الموكل أخذ منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل واذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيباً أن كان المبيع في يده ولم يسلمه الى الموكل بعد فله أن يردّه على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له أن يردّه عليه الا برضاه موكله وكذلك في الاجارة والاستجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعناق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن انكار المدعى عليه ونحوه فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً حتى ان وكيل الزوج في النكاح لا يطلب بالمهر وانما يطلب به الزوج الا اذا ضمن المهر فينثذ يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطلب ببديل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا الذي ذكرنا ان حقوق العقد في البيع والشراء وأخواتهما ترجع الى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق الى الوكيل وانما يرجع الى الموكل (وجه) قوله ان الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه الا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذا حقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فاذا كان الاصل له فكذا التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ويستحيل أن يكون الانسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لهما كسبت وعليهما ما اكتسبت وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً لان السبب وجد منه حقيقة وشرعاً الا ان الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله له بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف الى الأمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الأمر والابانة بايجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة

بأثبات توابع الحكم للوكيل توفيراً أعلى الشبهين حفظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو إثبات أصل الحكم للوكيل وإثبات التوابع للموكل لأن الأصل في تقاض تصرف الوكيل هو الولاية لأنها علة تقاضه إذ لا ملك له والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادته من قبل الموكل فكان إثبات أصل الحكم للموكل وإثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو وحد الحكمة وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو وحد السفه بخلاف النكاح وأخواته لأن الوكيل هناك ليس بتائب عن الموكل بل هو سفير ومعبّر بمنزلة الرسول ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله فاعدت النيابة فبقي سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه ثم نقول إنما تلزمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة (فأما) إذا لم يكن بان كان صبياً محجوراً ينفذ بيعه وشراؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لأن ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة بالحضمة فيقع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له فأما إذا كان جاهلاً فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه (وجه) قوله إن الرضا شرط جواز التجارة وقد احتل الرضا لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فإذا تبين أنها ليست عليه احتل رضاه فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية إن الجهل بالمحجر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي لأن الأصل فيه هو المحجر والأذن بمعارض الرشد فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً ولو علم بالمحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا يصنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة إليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشراً على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه وكذا في التوكيل بالاستعارة والارتمان والاستيهاج والحقوق ترجع إلى الموكل وكذا في التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق لأنه أصل في الحقوق والمالك أجنبي عنها فملك توكيل غيره فيها (ومنها) أن المقبوض في يد الوكيل بمجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده بدنياً عنه الموكل بمنزلة المدعى فيضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه ولو دفع إليه مالا وقال اقضه فلان عن ديني فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه إلى وكذبه صاحب الدين فالتول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على التبريم في إبطال حقه وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما مادون المصدق فإن صدق الوكيل في الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فإن حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وإن صدق الطالب أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه إليه فإن حلف برى وإن نكل لزمه ما دفع إليه وكذلك لو أودع ماله رجلاً وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان فقال المدعى دفعته وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو دفع المدعى الوديعة إلى رجل وادعى أنه قد دفعها إليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الأمر فالتول قوله مع يمينه أنه لم يأمر بذلك لأن المدعى يدعى عليه الأمر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على التبريم فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعته إليه وقال فلان ما قبضت فالتول قول

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الابينة أو بتصديق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعي
الدفع الى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الابينة أو بتصديق الموكل فان صدقه الموكل يبرأ
أيضاً لانه اذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض ويكون القول قوله لانه لم يقبضه مع يمينه
لان قولهما حجة في حق أنفسهما لا في ابطال حق الغير مع يمين الطالب لانه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو
كذبه الموكل في الدفع وطلب الوكيل يمينه فانه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم انه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان
نكل سقط الضمان عنه ولو ان الوكيل المدفوع اليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع اليه الموكل جاز لانه
لو لم يدفع اليه الدراهم أصلاً وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين في الحقيقة وكيل
بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء اذا تسد الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع اليه شيئاً ولكنه أمره
بقضاء دينه فقال الوكيل قضيت وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل البينة انه قد قضى صاحب الدين قبلت بيئته
وبرى الموكل من الدين ويرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان الثابت بالبينة كالتأبوت حسام ومشاهدة وقد
ثبت قضاء الدين بالبينة فله ان يرجع ولو لم تكن له بينة وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين لان الوكيل
يدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو أن
أن يصير المقبوض مضموناً على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر
وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل بقوله قضيت يدعى على
الطالب ببيع دينه من الغريم وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على
العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون
الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى ويفرم ألماً أخرى للطالب لان الموكل صدقه في دعوى القضاء عنه بأمره
وهو مصدق على نفسه في تصديقه فثبت القضاء في حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدرى رحمه الله وذكر
في الجامع ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لان
الطالب منكر الا اننا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده في حق الموكل لانه مقر
واقرار كل مقر حجة في حقه فكان الاول أشبه ولودفع الى انسان ما لا يقضى دينه فقضاه الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل
فان كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل وان علم
بان الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لان الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل الا ان عزل الوكيل لا يصبح الا بعد
علمه به فاذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصارت متعدي في الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان
عليه وليس هذا كالموكل يدفع الزكاة اذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل انه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم
يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة ما مور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو اسقاط القرض بتملك المال
من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقى الدفع من الوكيل تعدياً محضاً فكان مضموناً عليه فاما
قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض عنه والمقبوض
بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء والمقبوض بجهة القضاء مضمون على
القابض ويقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض
بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على المشتري بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد
التبعض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقى تعدياً فيجب عليه ضمان التعدى والقول قول الوكيل في انه لم يعلم
بدفع الموكل لان القول قول الامين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا اذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل
بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه واذا كان عالماً بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم الوكيل ببيع العبد اذا قال بعث

وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (أما) إن كان الموكل سلم العبد إلى الوكيل أو كان لم يسلم إليه فإن لم يكن سلم العبد إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن في يدي أو قال دفعته إلى الموكل فهذا لا يجوز أما إن صدقه في ذلك أو كذبه فإن كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن أو صدقه فيه ما وكذبه في الهلاك فإن صدقه في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شيء على الوكيل لأنه يهلك أمانة في يده وإن كذبه في ذلك كله بان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل لأن إقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه والمشتري بالخيار إن شاء نقد الثمن ثانياً إلى الموكل وأخذ منه المبيع وإن شاء فسسخ البيع وله أن يرجع في الحالين جميعاً على الوكيل بما عقده كذا ولو أقر الوكيل بالبيع وزعم أن الموكل قبض من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في إقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا ويحبر المشتري على ما ذكرنا إلا أن هناك لا يرجع على الوكيل بشيء لأنه لم يوجد منه الإقرار بقبض الثمن وإن صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك أو الدفع إليه فالقول قول الوكيل في دعوى الهلاك أو الدفع إليه مع يمينه لأنه أمين ويحبر الموكل على تسليم العبد إلى المشتري لأنه ثبت البيع وقبض الثمن بتصدقه إياه ولا يؤمر المشتري بنقد الثمن ثانياً إلى الموكل لأنه ثبت وصول الثمن إلى يديه ووصول الثمن إلى يديه وكيفية كوصوله إلى يده هذا إذا لم يكن العبد مسلماً إلى الوكيل فأما إذا كان مسلماً إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندي أو قال دفعته إلى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشتري فإن الوكيل يصدق في ذلك كله ويسلم العبد إلى المشتري ويبرأ المشتري من الثمن ولا يمين عليه (أما) إذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشكك وكذا إذا كذبه في البيع أو صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن لأن الوكيل أقر براءة المشتري عن الثمن فلا يحلف ويحلف الوكيل فإن حلف على ما يدعيه برى من الثمن وإن نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن للموكل فإن استحق العبد بعد ذلك من يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل إذا أقر بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري لأن الموكل لم يصدق على قبض الثمن فأقر الوكيل في حقه جائز ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فإن نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه في الهلاك أو الدفع إليه فإن الوكيل يرجع بما ضمن عليه لأن يديه وكيفية كيدته ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر أن الموكل قبضه من المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لأنه لم يقر بقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضاً لأن إقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل فإذا رد عليه بقضاء القاضى رجع عليه بالثمن إن أقر بقبض الثمن منه ولو أقر الوكيل بقبض الثمن على المشتري بما ضمن إذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن ويكون المبيع للموكل وإن لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فإن نكل رجع عليه وإن حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفي ما ضمن من ثمن العبد فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه لم يدفعه إليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لأنها لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على البنات فإن نكل رجع عليه والمبيع له وإن حلف لا يرجع عليه بشيء ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوي في الفصل الأول أن الوكيل يبيع في قولهما وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كبيع مال المديون المقاس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لأنه ما رد عليه فسحاً عادت الوكالة فإذا بيع العبد يستوفي المشتري الثمن منه إن أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه وإن أقر بقبض الثمن وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) إن الوكيل بقضاء الدين إذا لم يدفع الموكل إليه ما ليقضى دينه منه فقضاءه من

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لان الأمر بقضاء الدين من مال غيره استقرض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن الى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين اذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذلك الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجه) قوله ان المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى انه لو هلك في يده فإهلاكك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للامين حبس الأمانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) انه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمانا للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشتري واذا طاب منه الموكل فحبسه حتى هلك كان مضمونا عليه بلا خلاف بين أصحابنا لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضمونا ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضمونا ضمان الرهن وقال زفر يكون مضمونا ضمان الغصب (وجه) قول زفر ما ذكرنا ان المبيع أمانة في يده والامين لا يملك حبس الامانة عن صاحبها فاذا حبسها فقد صار غاصبا والمعصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغأ ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان هذه عين محبوسة بدين يستطع بهلاكها فكانت مضمونة بالاقبل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه) قوله ما ان هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع وكذلك الوكيل بالمبيع اذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشتري فانه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه ان كان قائما ومثله أو قيمته ان كان هالكا والله عز وجل أعلم

فصل في ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فتقول والله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة باشيء (منها) عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل به لان العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه الا بعد العلم به كالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا ارسلني اليك ويقول اني عزلتك عن الوكالة فانه ينزل كأنما كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا أصغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن سجت عبارته على أي صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينزل في قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد مقبول في المعاملات فان لم يكن عدلا فخير العدلين أو العدل أولى وان أخبره واحد غير عدل فان صدقه ينزل بالاجماع وان كذبه لا ينزل وان ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينزل اذا ظهر صدق الخبر وان كذبه (وجه) قوله ما ان الاخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الاخبار في سائر المعاملات (وجه) قول أبي حنيفة ان الاخبار عن العزل له شبهة الشهادة لان فيه التزام حكم الخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ووزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبهه الشهادة فيجب اعتبار احد شر وطها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع اذا أخبره بالبائع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفيعته عند أبي حنيفة وعندهما بطلت شفيعته وعلى هذا الاختلاف اذا جنى العبد جناية في بني آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه ان عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتقه لا يصير المولى مختارا للفداء عند أبي حنيفة وعندهما يصير مختارا للفداء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون اذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجورا عنده وعندهما يصير محجورا وان عزله الموكل واشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل احد لا ينزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الاحكام التي بينها وعن أبي يوسف في الموكل اذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات

العبد قبل التسليم الى المشتري كان للمشتري ان يرجع الثمن على الوكيل ويرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء لان العزل لم يصبح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثاني أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما اذا تعلق بها حق الغير فلا يصبح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو بمنزلة مال له عند رجل يدين له عليه أو وضعه على يدي عدل وجعل المرتين أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصبح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعي عليه وكيلًا بالخصومة مع المدعي بالتاس المدعي فعزل المدعي عليه بغير حضرة المدعي لا ينزل لما ذكرنا واختلف المشايخ فيمن وكل رجلاً بطلاق امرأته ان غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبهه الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به وانما فعله باختياره فيملك عزله كما في سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعني بالفارسية وكيلى دمار كست هل يملك عزله اختلف المشايخ قال بعضهم ان كان ذلك في الطلاق والعاق لا يملك لانه لما وكله وكالة تامة غير جائز الرجوع عنها فقد ألحق حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امرأته الى رجل يطلقها متى شاء أو امر عبده الى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه وكذا اذا قال لرجل طلق امرأتى ان شئت أو اعتق عبدى ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان كان في البيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل في الكل لان الوكالة ليست بلازمة بل هي اباحية وللمبيع حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانت وكيل وكالة مستقبلية فعزله ينزل ولكنه يصير وكيلًا تانيًا وكالة مستقبلية كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكلتك وقلت لك كلما عزلتك فانت وكيل فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلًا بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينزل الوكيل ولا يصير وكيلًا بعد ذلك بوجود الشرط وقال بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل على كالتى بعد العزل وكالة مستقبلية والاول اصح لانه لما ملك العزل في المرسل ففي المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بامر الموكل وقد بطلت أهلية الأمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنوناً مطبقاً لان الجنون المطبق يبطل أهلية الأمر واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبي يوسف ان هذا التقدير أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً فان أسلم الموكل نفذت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذلك الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالتها حتى تموت أو تلحق بدار الحرب اجماعاً لان ردة المرأة لا تمنعها من تصرفها لانها لا تؤثر في رتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلاً فعجز الموكل وكذا اذا وكل المأذون انساناً فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية أمره بالتصرف في المال فيبطل الأمر فتبطل الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت يبطل أهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلماً لان أمره قبل الحكم بلحاظه بدار الحرب كان موقوفاً فان عاد مسلماً زال التوقف وصار كأنه لم يرتد أصلاً وان حكم بلحاظه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافي الوكالة الا ترى انها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لا اختلاف الدارين فاذا عاد زال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلاً ببيع عبد بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج الى البصرة لا يملك يبعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة ملك يبعه فيها كذا هذا (وجه)

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم بطلانه بلحاظه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد
ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود ووجهه ان بطلان الوكالة
لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلماً عاد ملكه الاول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة
الموت ولومات لا يحتمل العود فكذا اذا لحق بدار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف
الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا اذا استحق أو كان حراً الاصل
لان الوكيل عجز عن التصرف لئلا يملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه
بعيب بقضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالفسخ عين الملك
الاول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف
فيما وكله به والوكيل بعد ما اعزل لا يعود وكيلا الا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع
في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة (وجه) الفرق له
لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بزواج امرأة فزوجهها لانه عجز عن تزويجها
منه فبطلت الوكالة وكذا اذا وكله بعقود عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا اذا وكله بخلع
امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة واقضت
عدها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث واقضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها
تحتمل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه
امرأة فزوجه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل
الامتثال فاتتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الموكل ثم رد عليه بقضاء قاض
ان له ان يبيعه ثانياً لان الرد بقضاء القاضي يوجب ارتفاع العقد من الاصل ويجعله كأن لم يكن فلم يكن هذا تكرر حتى لو
رده عليه بغير قضاء قاض لم يحجز له أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد
التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتاقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابته أو نحو ذلك لان التصرف في
المحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل ثم هذه الاشياء التي ذكرنا ان
يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن
الوكالة لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم
به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل
بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حراً الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك
العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولاً بتصرف الموكل ولكنه صار
مغرواً من جهته بترك اعلامه اياه فصار كقبيل له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان النهر وفي
الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى النهر ولا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخوانها فهو الفرق ولو وكله بقبض
دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك قبض الوكيل المال فهلك في يده كان
لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب
كقبض المنوب عنه فكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله عز وجل أعلم

— ❦ —

❦ كتاب الصلح ❦

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

بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الصلح وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفي بيان حكمه اذا بطل أوله
يصح من الاصل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الصلح في الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه
وصلح عن انكاره وصلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو اما أن يكون بين المدعى
والمدعى عليه وإما أن يكون بين المدعى والاجنبى المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع
الثلاثة مشروع عند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما وقال الشافعى
رحمه الله المشروع هو الصلح عن اقرار لا غير (وجهه) قول الشافعى رحمه الله ان جواز الصلح يستدعى حقاً ثابتاً ولم
يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلا أن الحق لو ثبت فانما ثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا
يثبت الحق عند التعارض فاما في السكوت فلان الساكت ينزل منكر أحكاماً حتى تسمع عليه البيينة فكان انكاره
معارضاً لدعوى المدعى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطله فكان في معنى الرشوة (ولنا) ظاهر
قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان
كل صلح مشروعاً وبظاهر هذا النص الاما خص بدليل وعن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى
يصلطحوا فان فصل القضاء يورث بينهم من الضغائن أمر رضى الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقاً وكان ذلك
بمحض من الحصانة الكرام رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعاً من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان
الصلح شرع للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها في التحقيق عند الانكار اذا اقرار مسالمة
ومساعدة فكان أولى بالجواز ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو
منصور الماترىدى السمرقندى رحمه الله ما صنع الشيطان من ايتاع العداوة والبغضاء في بني آدم ما صنع الشافعى
رحمه الله في انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت في
زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعاً

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الصلح فالإيجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من
دعواك كذا على كذا أو يقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجد الإيجاب والقبول فقد تم

عقد الصلح

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح وبعضها يرجع الى المصالح عليه وبعضها يرجع الى
المصالح عنه (أما) الذى يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلاً وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها
فلا يصح صلح المجنون والصبي الذى لا يعقل لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس
بشرط حتى يصح صلح الصبي فى الجملة وهو الصبي المأذون اذا كان له فيه نفع أولاً ولا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك
اذا وجب للصبي المأذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح لان عند انعدام
البيينة لاحق له الا الخصومة والحلف والمال أتع له منهما وان كان له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الحط تبرع وهو لا
يملك التبرعات ولو آخر الدين جاز سواء كانت له بينة أولاً فربما بينه وبين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة
والصبي المأذون فى التجارات كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل فى نفس العقد بان يبيع باجل فيملكه متأخراً عن العقد
أيضاً بخلاف الحط لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا أنه يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لان حط
بعض الثمن للعيب قد يكون أتع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صلح الصبي المأذون من
المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو
اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز لان الثمن اشترى من المبيع المعيب عادة ولو صلح البائع
لحط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الحط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان

عليه ديناً فاقرب به فصالحه على ان حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعاً على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصالح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة إلا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل كيف ما كان ويملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على انسان ديناً وهو مأذون فأقرب به ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعاً على العبد ببعض الدين فيصالح ولو حجج عليه المولى ثم ادعى انسان عليه ديناً فأقرب به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فان لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لان اقرار المحجور لا ينفذ اذ لم يكن في يده مال واذا لم ينفذ ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله إلا أنه اذا لم يظهر في حق المولى للحال لما منع وهو حق المولى فاذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما اذا كان في يده مال فيجوز اقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجور واقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة ان اقرار المحجور اذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من أهل الاقرار وانما المانع من ظهوره حق المولى فاذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهوره حق المولى لانه لا يمكن أن يكون صادراً في اقراره فيمنع ظهوره حق المولى فيه ويحتمل أن يكون كاذباً فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان يد المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لانه عتق ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه ديناً فاصطالحا على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لا يجوز لانه لما عجز فقد صار محجوراً عن التصرف فلا يصح صلحه وان كانت له عليه بينة جاز لانه وان عجز فالخصم في دينه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرابه مضره ظاهرة حتى ان من ادعى على صبي ديناً فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فان كان للمدعى بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتعاقب في مثلها فالصلح جائز لان الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لا مكان الوصول الى كل الحق بالبينة والاب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغين اليسير وان لم تكن له بينة لا يجوز لان عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعاً بمال الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من مال نفسه جاز لانه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على انسان ديناً للصغير فصالح على أن حط بعضه واخذ الباقي فان كان له عليه بينة لا يجوز لان الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وان صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الحط من دين وجب للصغير والابراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان ولي ذلك العقد بنفسه (واما) ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لكونه مضره محضه وان كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أبه كان المصالح أو غيره وان خرج حياً بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لانه لو صلح عليه لكان لا يخلو اما أن يصح على اعتبار الحال واما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سييسل الى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه مولى عليه ولا سييسل الى الثاني لان الصلح لا يمتثل الاضافة الى الوقت ويملك الاب استيفاء القصاص في النفس وما دونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والسرقة ان استيفاء القصاص تصرف

على نفس الصغير بالاحياء وتحصيل التشفي قال الله تعالى عز شأنه ولكم في القصاص حياة وكذا منفعة التشفي راجعة الى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها ولهذا ملك انكاحه دون الوصي إلا أنه يملك القصاص فيادون النفس لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لشبهه بالاموال ألا ترى ان القصاص لا يجري بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع جريان القصاص بينهم في الاتمس ويستوفى القصاص فيادون النفس في الحر كما يستوفى في سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفى القصاص في النفس فيسه ويقضى بالنكول في الأطراف كما يقضى به في الاموال عند أبي حنيفة ولا يقضى به في النفس وله ولاية التصرف في الحال والمال فيسلي التصرف فيما دون النفس ويملك الاب الصلح عن القصاص في النفس وما دونه لانه لملك الاستيفاء فلأن يملك الصلح أولى لانه أنفع من الاستيفاء وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيادون النفس لانه يملك الاستيفاء فيادون النفس فكذا الصلح عنه لانه أنفع وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح انه لا يملك وذكر في الجامع الصغير انه يملك وكذا روى القدوري رحمه الله فعلى رواية الجامع يحتاج الى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح (وجهه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والتشفي ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وانه فرق واضح (وجهه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فاذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الاب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمدة لا يجوز لان الخطأ تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والخطأ القليل والكثير سواء بخلاف العين اليسير في البيع انهما يملكانه والفرق أن الخطأ نقصان متحقق لان الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وان قل والنية ضمان في البيع غير متحقق لان العوض فيه غير مقدر لا اختلافه بتقويم المقومين فاذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالاب والجد والوصي لان الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه (ومنها) أن لا يكون مرتدا عند أبي حنيفة وعندهما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة لكن عند محمد نقاذ تصرف المريض وعند أبي يوسف نقاذ تصرف من عليه القصاص في النفس والمسئلة تعرف في موضعها ان شاء الله تعالى وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف لان حكمها حكم الحرة الا انها اذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك بطل بعضه دون بعض كصلح الحرة لثبوت أحكام أهل الحرب في حقها بالتحقق بدار الحرب

﴿فصل﴾ وأما الشرائط التي ترجع الى المصالح عليه فأنواع (منها) أن يكون مالا فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم وكل ما ليس بمال لان في الصلح معنى المعاوضة مما لا يصح عوضا في البياعات لا يصح بدل الصلح وكذا اذا صالح على عبد فاذا هو حر لا يصح الصلح لانه تبين أن الصلح لم يصادف محله وسواء كان المال عينا أو دينا أو منفعة ليست بعين ولا دين لان العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عينا وقد يكون دينا وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض في بعض الاعراض في بعض الاحوال دون بعض وجمل الكلام فيه أن المدعى لا يخلو من أحد وجوه (اما) أن يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقد اوصفت واستحقاقا كالعروض من الثياب والعقار من الارضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الخنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (واما) أن يكون دينا وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف (واما) أن يكون منفعة (واما) أن يكون حقا ليس بعين ولا دين ولا منفعة وبدل الصلح لا يخلو من أن يكون عينا أو دينا أو منفعة والصلح لا يخلو من أن يكون عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته فان كان المدعى عينا فصالح منها عن اقرار يجوز سواء كان بدل الصلح عينا أو دينا بعد أن كان معلوم القدر والصفة الا الحيوان والا ثياب الا بجميع شرائط

السلم لان هذا الصالح من الجانبين جميعا في معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن وهذه الاشياء تصلح ثمنافى البياعات عينا كانت أو دينا الا الحيوان لانه يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال أصلا والثياب لا تثبت دينا في الذمة الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمسكيل والموزون يثبتان في الذمة مطلقا في المعاوضة المطلقة من غير أجل ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بصرف ولا في ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وان كان دينا فان كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها فان صالح منها على عين جاز لان الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وانه جائز ولا يشترط القبض وان صالح منها على دين سواء لا يجوز لانه بائع ما ليس عنده لان الدرهم والدنانير أثمان أبدا وما وقع عليه الصلح مبيع فالصلح في هذه الصورة يقع ببيع ما ليس عند البائع وانه منهي عنه وان صالح منها على جنسها فان صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) ان صالح على أقل من حقه (واما) ان صالح على أكثر من حقه فان صالح على مثل حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف جياذ على ألف جياذ فلا شك في جوازه ولا يشترط القبض لان هذا استيفاء عين حقه أصلا ووصفا ولو صالح على أقل من حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف الجياذ على خمسمائة نهرجة يجوز أيضا ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلا والبراء عن الباقي أصلا ووصفا لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدي الى البر بالانه يصير بائعا لألفا خمسمائة وانه ربا فيحصل على استيفاء بعض الحق والبراء عن الباقي ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه ووصفا لا قدر بان صالح عن ألف جياذ على ألف نهرجة أو صالح على أقل من حقه قدر لا ووصفا بان صالح من ألف جياذ على خمسمائة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والخط والبراء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف نهرجة على الف وخمسمائة جياذ أو صالح على أكثر من حقه قدر الا ووصفا بان صالح من ألف جياذ على الف وخمسمائة نهرجة لا يجوز لان نهر بالانه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض واسقاط الباقي وان صالح على أكثر من حقه ووصفا لا قدر بان صالح من ألف نهرجة على ألف جياذ جاز ويشترط الحلول أو التقابض حتى لو كان الصلح مؤجلا ان لم يقبض في المجلس يبطل لانه صرف (وأما) اذا صالح على أكثر من حقه ووصفا وأقل منه قدر بان صالح من ألف نهرجة على خمسمائة جياذ لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وكان يقول أولا ولا يجوز ثم رجع (وجه) قوله الاول ان هذا حط بعض حقه وهو خمسمائة نهرجة فيبقى عليه خمسمائة نهرجة الا أنه أحسن في القضاء بخمسمائة جيدة فلا يمنع عنه حتى انه لو امتنع لا يكون عليه الا خمسمائة نهرجة (وجه) ظاهر الرواية ان الصلح من الف نهرجة على الخمسمائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة وهذا لا يجوز لان الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلة جنسها لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها وردئها سواء فلا يصح الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصلى سواء ولان الصلح على هذا الوجه لا يخلو اما أن يجعل استيفاء عين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل الى الاول لان حقه في الردى لا في الجيد فيحمل على المعاوضة فيصير بائعا الف نهرجة بخمسمائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير كحكم الدرهم في جميع ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض في المجلس لانه صرف ولو ادعى الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم الى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل حط الامعاوضة لانه لو جعل معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدرهم فيصير بائعا تسعمائة بخمسين فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وأمكن أن يجعل حط الدنانير أصلا وبعض الدرهم

وذلك تسعاً وثلاثين البعض وذلك مائة إلى شهر وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكر فصالحه على مائة جاز وطريق جوازه أن يجعل حطاً واسقاطاً للكر لا معاوضة لأن استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو كان المالك عليه لرجلين لأحدهما درهم والآخرون نير فصالحه على مائة درهم جاز وطريقه جوازه أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وحطاً واسقاطاً في حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينيهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذي أصاب الدنانير يكون عوضاً عنها فيكون صرفاً فإيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض في المجلس والقدر الذي أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضاً عنه لأنه يؤدي إلى الربا فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي والأصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لأنه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق والإبراء عن الباقي لأن استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فما جازت به المعاوضات يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الأصل وعلى هذا إذا صالح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز ويعتبر حطاً للحلول وتأجيلاً للدين وتجاوزاً بدون من حقه لا معاوضة ولو صالح من ألف حالة على خمسمائة قد ذكرنا أنه يجوز ويعتبر استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي وأما إذا صالح على خمسمائة أن يعطيها إياه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) أن وقت لاداء الخمسمائة وقتاً (وأما) أن لم يوقت فإن لم يوقت فالصلح جائز ويكون حطاً للخمسمائة لأن هذا الشرط لا يفيد شيئاً يمكن من قبل الأتري أنه لو لم يذكر لزمه الإعطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وكذلك الحط على هذا إن قال للبريم حطت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة لما بيننا وأن وقت بان قال صالحتك على خمسمائة على أن تعطيني اليوم أو على أن تعجلها اليوم فإما أن اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط العدم وإما أن نص عليه فقال إن لم تعطني اليوم أو إن لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها اليوم فالألف عليك فإن نص عليه فإن أعطاه وعجلت في اليوم فالصلح ماض وبرى عن خمسمائة وإن لم يعطه حتى مضى اليوم فالألف عليه بلا خلاف وكذلك الحط على هذا (وأما) إذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم فإن أعطاه في اليوم برى عن خمسمائة بالاجماع وأما إذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والألف عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله أن شرط التعجيل ما أفاده شيئاً يمكن من قبل لأن التعجيل كان واجباً عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الأمر على ما وصفنا فكذلك هذا بخلاف ما إذا قال إن لم تفعل فكذلك إلا أن التنصيص على عدم الشرط نفي للشرط عند عدمه فكان مفيداً (وجه) قولهما أن شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انقضاء العقد عند عدمه بدلاً من حال تصرف العاقل لأن العاقل يقصد بتصرفه الاستفادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للعالم لأن التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهراً شرطاً لا نفاخ العقد عند عدم التعجيل فصار كأنه نص على هذا الشرط فقال إن لم تعجل فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الأمر على ما نص عليه فكذلك هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لا تعليق العقد كما ادّعى بألف على أن ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فإن لم ينقده فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لا على العقد فكذلك هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلاً وشرط على الكفيل أنه إن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الألف فهو جائز والألف لازمة للكفيل إن لم يوفه لأنه جعل عدم إيفاء الخمسمائة إلى رأس الشهر شرطاً للكفالة بألف فإذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الألف ثم قال حطت عنك خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة فإن لم تفعل فالألف عليك فهذا أوثق من الباب الأول لأن هذا هنا علق الحط بشرط التعجيل وهو إيفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطاً لانقضاء الحط وفي الباب الأول جعل عدم التعجيل شرطاً للعقد وهو الكفالة بالألف والفسخ للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثاني

أوثق من الاول وكذلك لو جعل المال نحو ما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ما شرط لانه جعل الاخلال بنجم شرط الحلول كل المال عليه وأنه صحيح ولو كان له عليه ألف فقال بأدلى من الالف خمسمائة غدا على أنك برى من الباقي فان ادى اليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقي اجماعا وان لم يؤد فعليه الالف عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرّت المسئلة ولو قال ان أديت الى خمسمائة فانت برى من الباقي أو قال متى أديت فادى اليه خمسمائة لا يبرى عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا كان بلفظ الصلح أو الخط أو الامر لان ذلك ليس تعليق البراءة بالشرط على ما مر ولو قال لمكاتبه ان اديت الى خمسمائة فانت حر فادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو من ان يشترط التعجيل أو لا يشترط فان صالح على أقل من حقه قدر أو ووصفاً أو قدراً أو وصفاً ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جازو يكون حطاً وتجاوز بدون حقه وله ان يأخذ الباقي بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل برؤيه رد ما قبض والرجم برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالخط وهذا لا يجوز لان الاجل ليس بمال وان صالح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولو كان الواجب عليه قيمة المستهلك فان كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب في ذمته قبل التلغف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقاً للمائة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فاذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أى وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عيناً جاز ولا يشترط القبض وان كان ديناً موصوفاً يجوز أيضاً لكن القبض في المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون الذى ليس في تبغيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح في كراخنة فنقول والله التوفيق اذا كان المدعى ديناً سوى الدراهم والدنانير فان كان مكيلان كان كراخنة مثلاً فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح على جنسه أو على خلاف جنسه فان صالح على جنسه لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) على أقل منه (واما) ان صالح على أكثر منه فان صالح على مثل حقه قدر أو وصفاً جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه قدر أو وصفاً جاز ويكون حطاً لمعاوضة لما ذكرنا في الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلاً وان صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدر أو جاز أيضاً ويكون استيفاء لعين حقه أصلاً وبراءة عن الصفة فلا يشترط للقبض ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو تركه ويعتبر رضا بدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدر أو وصفاً أو قدر أو وصفاً لا يجوز لانه باوان صالح على أكثر منه وصفاً لا قدر أو بان صالح من كرى على كرجيد جاز ويعتبر معاوضة احترازاً عن الافتراق عن دين بدين ولو صالح منه على كرم مؤجل جاز لانه حط حقه في الحلول ورضى بدون حقه كافي الدراهم والدنانير هذا اذا كان أكثر الدين حالاً فان كان مؤجلاً فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذى ذكرنا في الصلح من الالف المؤجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من السكر على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان السكر الذى عليه سلماً لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون اقالة للمسلم وفسخاً له وذلك جائز وان لم يكن سلماً فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز ويشترط القبض وان كان معيناً مشار اليه لانه لا يتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقاً عن دين بدين وان كان ذلك من المكيلات

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوفا في الذمة جاز أيضا فارق بين هذا وبين ما اذا كان عليه دراهم أو دنانير فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قوبل بالاثمان والمبيع ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعا إلا انه لا بد من القبض في المجلس احترازا من الافتراق عن دين بدين وان كان من العروض والحيوان فان كان عيناً جاز وان كان ديناً يجوز في الثياب الموصوفة اذا أتى بشرائط السلم لكن القبض في المجلس شرط احترازا عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت ديناً في الذمة بدلا عما هو مال وكذلك اذا كان المدعى موز و نادياً موصوفا في الذمة فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه الى آخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف هذا اذا كان المدعى مكيلاً أو موز و نادياً موصوفا في الذمة فان كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف جنسه فان صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالح على مثل حقه قدر او وصفا فان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب هر وى جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وكذلك ان صالح على أقل من حقه قدر او وصفا أو وصفا لا قدر ايجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه وخطأ للباقي وبراء عنه أصلاً ووصفا وبراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من حقه قدر الا ووصفا بان صالح من ثوب ردى على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بان صالح من ألف نهر جرة على خمسين جيرة أو صالح من كر ردى على نصف كر جيد أو صالح من من حديد ردى على نصف من جيد انه لا يجوز والفارق ان المانع من الجواز هو الاعتراض عن الجودة هنا جائز لان الجودة في غير الاموال الربوية عند مقابلة ما يجانسها لقيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا لان الاصل ان تكون الجودة متقومة في الاموال كلها لانها صفة مرغوبة تبذل العوض في مقابلتها الا ان الشرع أسقط اعتبارها في الاموال الربوية نعبدا بقوله جيدها ووردتها سواء بقيت متقومة في غيرها على الاصل فيصح الاعتراض عنها وان صالح على أكثر من حقه قدر او وصفا بان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وى بين جيد يجوز لكن يشترط القبض لان جوازه بطريق المعاوضة والجنس باشراده بحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدي الى الربا وكذلك ان صالح على أكثر من حقه قدر الا ووصفا بان صالح عن ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وى بين رديين جاز والقبض شرط لما ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه ووصفا لا قدر بان صالح من ثوب ردى على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدي الى الربا وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز زدنا كان أو عيناً لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخا لا استبدالاً وان كان المدعى حيواناً موصوفا في الذمة في قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا في الاصل لا يخلو من وجهين (اما) ان صالح على ما هو مفر وض في باب الدية في الجملة (واما) ان صالح على ما ليس بمفر وض في الباب أصلاً وكل ذلك لا يخلو اما ان صالح قبل تعيين القاضى نوعاً من انواع المقر وضة أو بعد تعيينه نوعاً منها فان صالح على المقر وض قبل تعيين القاضى بان صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الابل أو على مائة بقرة أو على ألفي شاة أو على مائتي حلة جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد انواع المقر وضة بمنزلة تعيين القاضى فيجوز ويكون استيفاء العين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلاً برضا القاتل وكذا اذا صالح على أقل من المقر وض يكون استيفاء لبعض عين الحق وبراء عن الباقي وان صالح على أكثر من المقر وض لا يجوز لانه ربا ولو صالح بعد ما عين القاضى نوعاً منها فان صالح على جنس حقه المعين جاز اذا كان مثله أو أقل منه وان كان أكثر لا يجوز لانه ربا وان صالح على خلاف الجنس المعين فان كان من جنس المقر وض في الجملة بان عين القاضى مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز وتكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعيين القاضى فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب
 في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازاً عن الافتراق عن دين بدين وكذلك اذا كان من خلاف
 جنس المقر وض بأن صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترط التقابض
 لما قلنا ولو صالح على قيمة الابل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودنانير وانها ليست
 من جنس الابل فكان الصلح عليهما معاوضة فيجوز قل أو أكثر ولا يشترط القبض وكذلك اذا صالح من الابل على
 دراهم في الذمة وافتراق من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقاً عن دين بدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء
 عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان ديناً لكنه ليس بدين لازم الا ترى ان من عليه اذا جاء بقيمة يبيع
 من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة هذا اذا قضى القاضى عليه بالابل فان
 قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل
 هذه الاشياء دراهم ودنانير وانها أثمان فتمتعين هذه بمبيعة وبيع المبيع الذى ليس بمعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا
 اذا صالح على المقر وض في باب الدية فاما اذا صالح على ما ليس بمفروض أصلاً كالمكيل والموزون سوى الدراهم
 والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في الفرض قبل تعيين القاضى جاز وان كانت قيمته أكثر من المقر وض لكن
 القبض في المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضى فهو على ما ذكرنا من
 التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره في جميع ما وصفنا هذا الذى
 ذكرنا اذا كان بدل الصلح مالا عيناً أو ديناً فاما اذا كان منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه أو ركوب دابة بعينها أو
 على زراعة أرض أو سكنى دار وقتاً معلوماً جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى
 عليه أو عن انكاره أو عن سكوته لان الاجارة تملك المنفعة بموض وقد وجد اما في موضع الاقرار فظاهر لان بدل
 الصلح عوض عن المدعى وكذلك في موضع الانكار في جانب المدعى وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة
 واليمين وكذلك في السكوت لان الساكت منكر حكماً سواء كان المدعى عيناً أو ديناً لكن تملك المنفعة قد يكون بالعين وقد
 يكون بالدين كما في سائر الاجارات وان كان المدعى منفعة فان كانت المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من
 سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وأصل المسئلة في كتاب الاجارات
 واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما تصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به ولصاحب العبد أن يعتقه لان
 صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وانه قائم فأشبهه اعتاق المستأجر والمرهون وليس له أن يبيعه لان جواز البيع
 بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون وله أن يؤجره من غيره لان منفعتة صارت مملوكة
 له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن يؤجره من المدعى عليه في مدة
 الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كما لو أجره من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كما لو أجره من المؤجر
 في مدة الاجارة وانه لا يجوز بالاجماع وتبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شئ من الاجارة كذا هذا وله
 أن يسافر به وذكروا في الاجارة ان من استأجر عبد للخدمة لم يكن له أن يسافر به للتفاوت بين خدمتى السفر والحضر
 والفرق ان المسافر به للعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالآجر لان مؤنة الرد في باب الاجارة عليه وبما يلزمه برده
 مؤنة تزيد على الاجارة فيتضرر به فلم يملك المسافر به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم
 صاحب العبد فأشبهه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافر به كذا هذا ولو ادعى على رجل داراً في
 يده فانكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذى في يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعى جاز لان المدعى
 متصرف في ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة
 لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفاً في ملك نفسه في زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوماً فلا يصح

الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متقوم في حقه وكذا اذا صلح على دن من خل فاذا هو خمر لم يصح لانه تبين انه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للمصالح حتى انه اذا صلح على مال ثم استحق من يد المدعى لم يصح الصلح لانه تبين انه ليس مملوكا للمصالح فبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما لان جهالة البديل تؤدي الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيئا لا يفتقر الى القبض والتسليم كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وان كان مجهولا لان جهالة البديل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضاها الى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم فاذا كان مالا يستغنى عن التسليم والتسليم لا يفضى الى المنازعة فلا يمنع الجواز الا ان الصلح من القصاص في النفس وما دونه تتحمل الجهالة القليلة في البديل كما تتحمل في المهر في باب النكاح والخلع والاعتاق على مال والكتابة لما علم ولو صلح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له في رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا جذا على هذا الخاطو وعلى أن يسيل ميزابه في داره أو يمامة لا يجوز لان ما وقع عليه الصلح في هذه المواضع مفتقر الى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعه فلا يصح الصلح عليها والا صل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه وما لا فلا

فصل وأما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو ديناً أو حقا ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو سارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه الى ولى الامر لانه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا اذا صلح من حد القذف بأن قذف رجلا فصالحه على مال على أن يعفوه لانه وان كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالعدم شرعا فكان في حكم الحقوق المتحضرة حقا لله تعالى عز وجل وانها لا تتحمل الصلح كذا هذا وكذلك لو صلح شاهد ايريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد في اقامة الشهادة محتسب حقا لله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويجب عليه رد ما أخذ لانه أخذ بغير حق ولو علم القاضي به أبطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد وكذا يصح عن القصاص في النفس وما دونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البديل عينا أو ديناً الا اذا كان ديناً يشترط القبض في المجلس احتراز عن الافتراق عن دين بدين وسواء كان معلوما أو مجهولا جهالة غير متفاحشة حتى لو صلح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروى يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار ان شاء أعطى الوسط من ذلك وان شاء أعطى قيمته كما في النكاح فاما اذا صلح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لا اختلاف الا ما كن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كما في باب النكاح والا صل ان كل جهالة تمنع صحة التسمية في باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص وما لا فلا لان ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها الا ترى ان الشرع ورد بمهر المثل في باب النكاح مع أنه مجهول القدر وانما يمنع منها لا فضاها الى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالانسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضيا الى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المما كسة والمضايقة لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عز وجل الموفق واذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البديل يسقط القصاص وتجب الدية وفي النكاح

يجب مهر المثل إلا أن بينهما فرقا من وجه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شي آخر
ولوز وج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر اذا لم تصح بدل الصلح
بطلت تسميته وجعل لفظ الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو الفضل وفي الصلح معنى الفضل
فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شي آخر فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق
الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما اذا سكت عن المهر أصلا فهو الفرق وسواء كان البدل
قدر الدية أو اقل أو أكثر لقوله تعالى فن عني له من أخيه شي فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان قوله عز وجل فن عني
له أي أعطى له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أي فليتبع مصدر
بمعنى الامر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف اذا أعطى له شي واسم الشي يتناول القليل والكثير
فدللت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمدة اذا صالح
على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمدة عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم
لا تزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من
جنس المال حتى يكون البدل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الربا فهو الفرق وأما كون المصالح عنه معلوما فليس
بشرط لجواز الصلح حتى ان من ادعى على آخر حقا في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لان
الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد
البدلين فيصح بطريق الاسقاط فلا يؤدي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض لان الساقط لا يحتمل
ذلك وقد مر ان الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثاني ان يكون حق المصالح والثالث ان
يكون حقا ثابتا له في المحل فلا يكون حقا له أولا يكون حقا ثابتا له في المحل لا يجوز الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها
زوجها ادعت عليه صديقا في يده انه ابنه منها ووجد الرجل فصالحته عن النسب على شي فالصلح باطل لان النسب
حق الصبي لاحقا فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولو ان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملها ولو
صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شي على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لانه لاحق للشفيع في المحل
انما الثابت له حق التملك وهو ليس لمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنه
بخلاف الصلح عن القصاص لان هناك المحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في المحل فلك الاعتياض
عنه بالصلح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت
للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة
الوالي فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة في رابطة وابتان في رواية لا تبطل لانه ما رضى بسقوط
حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفي رواية يسقط لان البراءة لا تقف صحته على العوض فيصح وان لم
يسلم العوض فاذا صالح انه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا اذا كان لرجل ظلة على طريق أو كتيف
شارعه أو مزابه فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين اما أن يكون الطريق نافذا
واما أن لا يكون نافذا فاذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسامين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رغبة
الطريق النافذ لا تكون ملكا لا حد من المسامين وانما لهم حق المرور ورواه ليس بحق ثابت في رغبة الطريق بل هو عبارة
عن ولاية المرور ورواه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما انه لا فائدة في هذا الصلح لانه ان سقط حق هذا الواحد
بالصلح فالباقي حق القلع وكذا الوصالح الثاني مع هذا المتقدم اليه على مال يأخذ من المتقدم اليه الطرح فالصلح باطل
لان الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة هذا اذا كان الطريق نافذا فأما اذا لم يكن نافذا فصالحه رجل
من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز لان رغبة الطريق هنا مملوكة لا هل السكة فكان لكل واخذ منهم فيها

ملكها فجاز الصلح عنه وكذا استناط حق كل واحد منهم بالصلح مفيداً لاحتال تحصيل رضا الباقي ولا يحتمل ذلك في الوجه الاول لانهم لا يمحسون وكذا الوصال الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز ويطيّب له المال لان رغبة الطريق مملوكه لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضاً عن ملكه فصح فاما في طريق المسلمين فلا ملك لاحد فيها ولا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح اعتياضاً عن ملك ولا حق ثابت في المحل فبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما اذا بنى على الطريق فاما اذا شرع الى الهواء فلا يجوز لانه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وانكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه اليمين فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح وبرى من اليمين وكذا اذا قال المدعى عليه صالحتك من اليمين التي وجبت لك على أو قال افتديت منك يمينك بكذا وكذا صح الصلح لان هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لان اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والسكندى ألك بينة قال لا قال اذ لك يمينه جعل اليمين حق المدعى فكان هذا صلحاً عن حق ثابت شرعاً للمدعى وكذا الملك في المدعى ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه وهو بدل المال لا سقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال المدعى عليه اشتريت منك اليمين على كذا وقال المدعى بعثت منك اليمين على كذا الا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يحجز بلفظ البيع والشراء ولو ادعى على رجل انه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز لان هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعى لان الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه اعتقاً على مال فيصح الأمان الولاء لا يكون له لا نكار المدعى عليه الرق فان أقام المدعى بعد ذلك بينة لا تقبل الا في حق اثبات الولاء وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة الى أجل كان جائزاً لان الرق ثابت في حق المدعى فكان بدل الصلح بدلاً عن العتق في حقه فأشبهه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فجدته فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز لان النكاح حق ثابت في حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع اذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزاً وفي حقه بدل مال لا سقاط الخصومة وانه جائز أيضاً للنص ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً فجدته الرجل فصالحها على مال بذلها لانه لا يتخلو اما أن يكون النكاح ثابتاً ولم يكن ثابتاً فان لم يكن ثابتاً كان دفع المال اليها من الرجل في معنى الرشوة وان كان ثابتاً لا تثبت التفرقة بهذا الصلح لان العوض في التفرقة تعطية المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذها المرأة عوضاً عن شيء فلا يجوز ولو ادعى على انسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برىء فالصلح باطل والمدعى على دعواه حتى لو أقام بينة أخذها به لان قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برىء تعليق البراءة بالشرط وانه باطل لان في البراءة معنى التمليك والاصل في التمليك ان لا يحتمل التعليق بالشرط وان لم تكن له بينة وأراد استحلافه فهو على وجهين ان كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى لان تلك اليمين غير معتبرة لانها غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتداً بها وان كان عند القاضي لم يستحلفه تانياً لان الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الايفاء تانياً ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فاذا حلف فالمال واجب على المدعى عليه فهو باطل لان هذا تعليق وجوب المال بالشرط وانه باطل لكونه قماراً ولو ادعى انساناً ودبعة ثم طلبها منه فقال المودع هلكت أو قال رددتها وكذبه المودع وقال استهلكتم افتصالحا على شيء فالصلح باطل عند أبي يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد ان هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة وبين متوجهة فيصح كما في سائر المواضع (وجه) قول أبي يوسف ان المدعى مناقض في هذه الدعوى لان المودع أمين المالك وقول الامين قول المؤمن فكان اخباره بالرد والهلاك اقراراً من المودع فكان مناقضاً في دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى الا أنه يستحلف لكن لا يدفع الدعوى لانها مندفة لبطلانها بل للتمهة واذا لم تصح الدعوى لا يصح

الصلح ولو ادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فصالحا على شيء جاز لأن دعوى
 الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصالح الصلح ولو طلب المودع الوديعة فجددها المودع وقال لم تودعني شيئا
 ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فصالحا جاز لأن المالك يدعى عليه ضمان العيب بالحدود إذ
 هو سبب لوجوب الضمان وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والمضاربة لأن كل ذلك أمانة ولو
 اشترى من رجل عبد فطعن فيه بعيب وخاصمه فيه ثم صالحه على شيء أو حطم من ثمنه شيئا فإن كان العبد بما يجوز رده
 على البائع وله المطالبة بارش العيب دون الرد فالصلح جائز لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو
 صفة سلامة المبيع عن عيب وانما من قبيل الاموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصالح وكذا الصلح عن
 الارش معاوضة مال بمال لا شك فيه واذا صار المبيع بحال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بارشه بأن باع العبد
 فالصلح باطل لأن حق الدعوى والخصومة فيها قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ولو صالح من العيب ثم
 زال العيب بأن كان بيضا في عين العبد فاحل بطل الصلح ويرد ما أخذ لأن المعوض وهي صفة السلامة قد عادت
 فيعود العوض فبطل الصلح ولو طعن المشتري بعيب فصالحه البائع على أن يريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو
 جائز لأن البراءة عن العيب ابراء عن صفة السلامة واسقاط لها وهي مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والبراءة
 عن كل عيب وان كان ابراء عن الجحول لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة البراءة للفقهاء الذي مر
 قبل هذا ان الجهالة لعينها غير مانعة بل لا فضائها الى المنازعة المانعة من التسليم والتبض والذي وقع الصلح والبراءة عنه
 لا يفتقر الى التسليم والتبض فلا تضره الجهالة وكذلك لو طعن المشتري بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شيء
 فالصلح جائز لأنه وان لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فصالحه لا يبطال هذا الحق ولو خاصمه في ضرب من العيوب
 نحو الشجاج والقرح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له ان يخاصمه فيه لأن الصلح وقع عن نوع خاص
 فكان له حق الخصومة في غيره ولو اشترى شيئا من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تزوجه فهو جائز وهذا
 اقرار منها بالعيب فان كان يبلغ ارش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وان كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لان ارش
 العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فاذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شيئا
 بارش عيب كان اقرارا بالعيب لان الشراء معاوضة فالأقدام عليه يكون اقرارا بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون
 اقرارا بالعيب لان الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح اسقاطا فلا يصح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ولو
 اشترى ثوبين كل واحد بعشرة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده في ثمن الآخر
 درهما فالرد جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز شيء من ذلك (وجه) قوله
 ان الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمنزلة الاقالة والبيع تبطله الشرط الفاسدة (وجه) قوله ان هذا تعليق
 الزيادة في الثمن بالشرط وانه باطل لان الزيادة تلحق بأصل العقد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لانه في معنى
 القمار فكذلك الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العقد وانه يحتمل الشرط لجائز ولو ادعى على امرأة نكاحا فجدت
 فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لان اقرارها
 بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على انسان ألفا وأنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالألف
 فهو باطل لان المدعى لا يخلو اما ان يكون صاقا في دعواه الألف واما أن يكون كاذبا فيها فان كان صادقا فيها فالألف
 واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ المعوض عليه في معنى الرشوة وانه حرام وان كان كاذبا في دعواه فأقرار المدعى عليه
 بالألف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولو قال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتى ففعلت ذلك فهو جائز
 اذا كان بحضور من الشهود ويجعل كناية عن انشاء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فجدت
 فقال أزيدك مائة على أن تقر لي بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة ويحمل اقرارها على الصحة والله عز وجل

أعلم هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) إذا كان بين المدعى والاجنبى المتوسط أو المتبرع فلا يخلو أمان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فإن كان بأمره يصح لأنه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به وإن كان بغير أمره فهو صلح القضولى وأنه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو أصلحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على انى ضامن لك الالف أو على أن على الالف والثانى أن يضيف المآل الى نفسه بأن يقول على النى هذه أو على عبدى هذا والثالث ان يعين البدل وإن كان لا ينسبه الى نفسه بأن يقول على هذه الالف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وإن لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها اليه والخامس ان لا يفعل شيأ من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أو على عبد وسط ولم يزد عليه فى الوجوه الاربعه يصح الصلح لقوله تعالى انما المؤمنون اخوة فأصلحو بين أخويكم وهذا خاص فى صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام فى جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لا يستغراق الجنس ولأنه بالصلح فى هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وإن كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصبح تبرعه كما اذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحة يجب عليه تسليم البدل فى الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لأن التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على مانذ كرهه فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) فى الوجه الخامس فموقوف على اجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلاً من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك اذا صحق التوكيل بالاجازة وان رده بطل لان التصرف على الانسان لا يصح من غير اذنه واجازته ثم انما يصح صلح القضولى اذا كان حرا بالغا فلا يصح صلح العبد المأذون والصبي لانهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبى على هذه الفصول التى ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلاً ويجب المآل على المرأة دون الوكيل وإن كان بغير اذنها فهو على الفصول التى ذكرنا فى الصلح وكذلك الزيادة فى الثمن من الاجنبى على هذا التفصيل ان كان باذن المشتري يكون وكيلاً ويجب على المشتري وإن كان بغير اذنه فعلى ما ذكرنا من الفصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الاجنبى على هذه الفصول ثم لا يخلو أمان صالح على المفروض أو على غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضى أو بعده على ما تقدم والاصل فيه أنه يجوز من صلح الاجنبى ما يجوز من صلح القاتل ومالا فلا وبيان ذلك انه اذا صالح القضولى على خمسة عشر ألفاً وعلى ألفى دينار وضمن قبل تعيين القاضى الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشر آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان القضولى بالصالح فى مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر الف درهم دين قضى عنه الفين بغير أمره له أن يسترد الزيادة هذا اذا صالح على المفروض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الرابح ولا يجرى فى مختلفى الجنس وكذلك لو صالح على مائتى بعير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لأن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الا على المائة فكذا القضولى لما ذكرنا ثم ان كانت بغير اعيانها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة فى باب الدية لان مطلق الابل فى هذا الباب ينصرف الى الواجب وان كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار الى الطالب لان الرضا بالكل يكون رضا البعض فان كان فى اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة فى باب الدية فالطالب أن يرد الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان فى السن لا يجبر بزيادة العدد فاذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختلف رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص ولو صالح على مائة على

استان الدينة وضمنها فهو جائز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على اسنان الدينة استيفاء عين الحق وان كان القاضي عين الواجب ففرض عليه بالدرهم فصالح المتوسط على النى دينار جاز ولا بد من القبض في المجلس كما لو فعله القائل بنفسه لانه صرف في راعى له شرائطه والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ (وأما) بيان حكم الصلح فنقول وبالله التوفيق ان للصلح أحكاماً بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض أما الأصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملة ان المدعى لو كان داراً او بدل الصلح سوى الدار من الدرهم والدنانير وغيرهما فان كان الصلح عن اقرار المدعى عليه ثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى بينة أقامها للشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع وكذلك ان لم تكن له بينة خلف المدعى عليه فنكل وان كان بدل الصلح داراً او الصلح عن اقرار المدعى عليه ثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعاً لاسيما ان الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تبايعا داراً بدار فبأخذ الشفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة و يعطى المدعى عليه داراً اخرى فان كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعاً ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلاً عن ملكه واذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة ولو صلح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعي كون المأخوذ مبيعاً في حق من يأخذ منه لان الصلح عن انكار في جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه اذا كان عيناً فان كان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفي جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدان المدعاة حكم المبيع في حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة الا أن بدلى بحجة المدعى فيقيم البينة أو يخلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعاً ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت في جانب المدعى ولا يثبت في جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع في حقه لافي حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصصه العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شيء وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذا لو كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغروراً ولا يرجع قيمة الولد لان ما أخذه المدعى ليس بدل المدعى في حقه الا أنه اذا استحققت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى اليه لان المؤدى بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد بدل الصلح عيباً فلم يقدر على رده للهلاكه أو للزيادة أو للذات تصان في يد المدعى فان كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب في المدعى وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصصه العيب وكذا اذا حلقه فنكل وان حلف فلا شيء عليه ومنها الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح و الفرق الطحاوي بينهما والحق الرد في الصلح عن انكار ببديل الصلح عن القصاص وبالمر و بدل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت في تلك العقود فكذا ههنا وفي كتاب الصلح أثبت حق الرد في النوعين جميعاً من غير فصل هو الصحيح لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعي كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الاحكام تشهد بصحة هذا

على ما ذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك وإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ويجوز ذلك في الصلح عن القصاص للمصلح أن يبيعه ويرى عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق إن المانع من الجواز في سائر المواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنا لأن الصلح عن القصاص بما لا يحتمل الا نفساخ فلا حاجة إلى الصيانة بالمنع كالوروث وبذاتين إن الحاق العقد بالعقد الذي هي مبادلة مال بغير مال على ما ذكره الطحاوي غير سديد ولو صلح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لأن الصلح لم ينفسخ فوق وجوب التسليم وهو عاجز عن تسليم العين للمصلح فيجب تسليم القيمة (ومنها) إن الوكيل بالصلح إذا صلح ببديل الصلح يلزمه أو يلزم المدعي عليه فهذا في الأصل لا يخلو من وجهين إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة وإما أن يكون في معنى استيفاء عين الحق فإن كان في معنى المعاوضة يلزمه دون المدعي عليه لأنه لا يكون جارياً بمجرد البيع وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل وإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً إما أن ضمن بدل الصلح وإما أن لم يضمن فإن لم يضمن لا يلزمه لأنه يكون سفيراً بمنزلة الرسول فلا ترجع إليه الحقوق وإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد (وأما) الفضولي فإن نفذ صلحه فالبدل عليه ولا يرجع به على المدعي عليه لأنه متبرع وإن وقف صلحه فإن رده المدعي عليه بطل ولا شيء على واحد منهما وإن أجازه جاز والبدل عليه دون الفضولي.

فصل وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول والله التوفيق ما يبطل به الصلح أشياء (منها) الأقالة فيما سوى القصاص لأن ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتملاً للنسخ كالباع ونحوه (فأما) في القصاص فالصلح فيه اسقاط محض لأنه عفو والعفو اسقاط فلا يحتمل النسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده على الإسلام والحقوق بدار الحرب والموت فإن أسلم نفذ وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحر بية لأن حكمها حكم الحر بية والمسئلة تعرف في موضعها إن شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لأنه يسخ العقداً علم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس باطلاً حقيقته بل هو بيان أن الصلح لم يصبح أصلاً لأنه بطل بعد الصحة إلا أنه باطل من حيث الظاهر لفاذ الصلح ظاهراً فيجوز إلحاقه بهذا التسم لكن ليس باطلاً حقيقة فكان إلحاقه باقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب إلى الصناعة والفقهاء فكان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لأنه بمعنى الاجازة وأما تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعتة هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو أما إن كان حيواناً كالعبد والدابة أو غير حيوان كالدار والبيت فإن كان حيواناً لا يخلو أما إن هلك بنفسه أو باستهلاكه فإن هلك بنفسه يبطل الصلح إجماعاً وإن هلك باستهلاك فلا يخلو من ثلاثة أوجه إما أن استهلكه أجنبي وإما أن استهلكه المدعي عليه وإما أن استهلكه المدعي فإن استهلكه أجنبي يبطل الصلح عند محمد وقال أبو يوسف لا يبطل ولكن للمدعي الخيار إن شاء نقض الصلح وإن شاء اشترى له قيمته عبداً يخدمه إلى المدة المضروبة (وجه) قول محمد أن الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة لأن الاجارة تملك المنفعة بعوض وقد وجد وهذا ملك اجارة العبد من غيره بمنزلة المستأجر في باب الاجارة والاجارة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاك كذا هذا (وجه) قول أبي يوسف أن هذا صلح فيه معنى الاجارة وكما أن معنى المعاوضة لازم في الاجارة فعنى استيفاء عين الحق أصل في الصلح فيجب اعتبارهما جميعاً ما أمكن ومعلوم أنه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة لأنها ليست من جنس المدعي فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك إلا بعد ثبوت الملك له فيها فتجمل كأنه ملكه في حق استيفاء حقه منها وبعد القتل إن تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفي من البدل بأن يشتري له عبداً فيخدمه إلى

المدة المشروطة وله حق النقص أيضاً لتعذر محل الاستيفاء وان استهلك المدعى عليه بان قتله أو كان عبداً فأعقته يبطل الصلح أيضاً وقيل هذا قول محمد فاما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشترى له بها عبداً آخر بخدمه الى المدة المشروطة كما اذا قتله أجنبي وكاراهن اذا قتل العبد المرهون أو أعتقه وهذا لان رقبة العبد وان كانت مملوكة للمدعى عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعى لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعاً بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كما في الرهن وكذا لو استهلك المدعى بطل الصلح عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعى قيمة العبد وشتري عبداً آخر بخدمه وهل يثبت الخيار للمدعى في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا اذا كان الصلح على منافع الحيوان فاما اذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بان انهدم أو باستهلاكه بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار ان شاء بناه صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه الى المدة المضروبة وان شاء نقض الصلح ولا يعذر هنا خلاف محمد لان إجارة العبد تبطل بموته بالاجماع وإجارة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار ان يبنها مرة أخرى في بعض اشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر في الاجارات ولو تصالحا عن انكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا يفسخ الصلح لان الاقرار مبين ان الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقر الصلح لا يبطل له ولو أقام المدعى البينة بعد الصلح لا تسمع بينته الا اذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فاقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بينته وتبين ان للصلح الماضي حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا

فصل ﴿ وأما بيان حكم الصلح اذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً فهو أن يرجع المدعى الى أصل دعواه ان كان الصلح عن انكار وان كان عن اقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره الا ان في الصلح عن قصاص اذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص الا ان يصير مغروراً من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضممان الغرور أيضاً وبيان هذه الجملة انهما اذا اتاها الصلح فيما سوى القصاص أو رد البديل بالعيب وخيار الرؤية يرجع المدعى بالمدعى ان كان عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى دعواه لان الاقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد واذا فسخ جعل كان لم يكن فماد الامر على ما كان من قبل وكذا اذا استحق لان بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لقوات شرط الصحة فكانه لم يوجد أصلاً فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا أن في الصلح عن القصاص عن اقرار لا يرجع بالمدعى وان فات شرط الصحة لان صورة الصلح أو رثت شبهة في درء القصاص والقصاص لا يستوفى مع الشبهة فسقط لكن الى بدل وهو الدية فاما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيمكن استيفاؤه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشيء آخر الا اذا صار مغروراً من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية فتبضعها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عمرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فانه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار لانه صار مغروراً من جهته وان كان الصلح عن انكار يرجع الى دعواه لا غير فان أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع بما ادعى وقيمة الولد لانه تبين أنه كان مغروراً ف يرجع عليه بضممان الغرور ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح لان العقر بدل لمنفعة المستوفى فكان عليه العقر وان كان الصلح عن القصاص في النفس أو مادونها فصالح على جارية فاستولدها ثم استحققت فانه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الدان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر ما ذكرنا وان كان الصلح عن انكار يرجع الى دعواه لا غير فان أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لما قلنا وان حلف لا يرجع بشيء أو صالح المتوسط على عبده معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فرده حتى بطل الصلح لا سبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعى ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى دعواه لان المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو صالح على دراهم مائة وضمنها

ودفعها اليه ثم استحدثت أو وجدها زبوا فإله ان يرجع على المصالح المتوسط لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون ولو استحدثت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع (أما) في موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض في حتمها جميعاً (وأما) في موضع الانكار فلان المأخوذ عوض في حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقات فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فأما اذا استحق بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لقوات بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها حقاً لم يرجع بشئ لجواز أن يكون المدعى ما وراء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك في أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار رجوع المدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار رجوع الى الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صلح عن القصاص على دن من خمر فاذا هو حل أو على عبد فاذا هو حر فهو على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذاك هنا ولا يشبه هذا ما اذا صلح عن القصاص على خمر وهو يعلم بانه خمر أنه لا يجب شئ وهو هنا يجب شئ لان هناك صار مفروراً من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غر غيره في شئ يكون ملتزماً ما يلحقه من العهدة فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتقدر عند علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلاً فهو الفرق بين الامرين والله عز وجل أعلم

كتاب الشركة

الشركة في الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع ثبت بفعل الشريكين ونوع ثبت بغير فعلهما (أما) الذي ثبت بفعلهما فتحوان يشتر ياشياً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) الذي ثبت بغير فعلهما فال ميراث بان ورثاً شيئاً فيكون المورث مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فال كلام فيها يقع في مواضع في بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد الشركة وفي بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى شركة الابدان وشركة الصانع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولان اشتركتنا فيه على أن نشترى ونبيع معا وشئ أو أطلقا على أن مار زق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرنا الشراء دون البيع فان ذكرنا ما يدل على شركة العقود بان قالنا ما اشترينا فهو بيننا أو ما اشتري أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهم لما جعلوا ما اشتراه كل واحد بينهما علم انهما أراداه الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شئ من ذلك ان لم يذكرنا الشراء ولا البيع ولا ما يدل على شركة العقود بان قال رجل لغير ما اشتريت من شئ فيبني وبينك أو قال فيبيننا وقال الآخر نعم فان أراد بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشتري ونوعه وقدر الثمن كما اذا نصح على الشراء والبيع وان أراد به أن يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشركي التجارة بل يكون المشتري بينهما بعينه كما اذا أورتنا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشتري وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي أن يفوض الموكل الرأي الى الوكيل بان يقول ما اشتريت لي من عبد تركي أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشتريت لي من عبد أو جارية بالف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشتري في الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت لي من شئ اليوم

أوشهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشتريت لي من شيء بالف درهم فهو جائز أو ما اشتريت لي من الزواجر
فهو جائز وإنما كان كذلك لأن مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بد من النية فإن نوي به الشركة كان
شركة في عموم التجارات لأن الأصل في الشركة العموم لأن المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل إلا
بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شيء مما ذكرنا لأن ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وإن نوي به
الوكالة كان وكالة ويقف محتملها على شرائطها من الخاصة أو العامة لأن مبنى الوكالة على الخصوص لأن المقصود منها
تملك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا إلا أنه يكتفي في الوكالة العامة ببيان أحد
الاشياء التي وصفنا لأنه لما عممها بتقويض الرأي فيها إلى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان في احتمال الجهالة الفاحشة
كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فإن أتى بشيء مما ذكرنا جازت والا
بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فبيني وبينك نصفين فقال
الرجل نعم فإن أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذلك إن وقت مالا ولم يؤت يوما وكذا
إن وقت صنفا من الثياب وسبى عددا أو لم يسبب ثمنا ولا يوما وإن قال ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك ولم يسبب شيئا
مما ذكرنا فإن أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا أنه لا يملك كرايا ولا يبيع ولا ما يدل على شركة
العقود علم أنها وكالة فلا تصح إلا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد في الأصل في رجلين اشتراكا بغير مال على
أن ما اشتريا اليوم فهو بينهما خصا صنفا من الاصناف أو عملا ولم يخصا فهو جائز وكذلك إن لم يوقتا للشركة وقتا كان
هذا جائزا لهما ما جعلما يشتر به كل واحد بينهما ادل على انها شركة وليست بوكالة لأن الوكالة لا تكون من الجانبين
عادة وإذا كان شركة فالشركة لا تحتاج إلى التخصيص قال وإن أشهد أحدهما أن ما يشتره لنفسه بغير محضر من
صاحبه فكما اشترى ياشيا فهو بينهما لأن الشركة لما سمعت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتره فهو بالاشهاد
أنه يشترى لنفسه يريد إخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالأعمال فهو أن
يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولوا اشتركتنا على أن نعمل فيه على أن مارزق الله عز وجل من
أجرة فهي بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجوه فهو أن يشتركا وليس لهما مال لكن لهما واجهة عند الناس
فيقولوا اشتركتنا على أن نشترى بالنسيئة وبيع بالنقد على أن مارزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط
كذا وسمى هذا النوع شركة الوجوه لأنه لا يباع بالنسيئة إلا الوجوه من الناس عادة ويحتمل أنه سمي بذلك لأن كل
واحد منهما يواجه صاحبه ينتظر أن من يبيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الأنواع الثلاثة العنان والمفاوضة
ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة تذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة فقد قال أصحابنا إنها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة وقال الشافعي
رحمه الله شركة الأعمال والوجوه لا جواز لها أصلا ورأسا (وأما) شركة الأموال فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها
المفاوضة وقال مالك رحمه الله لا عرف المفاوضة وقيل في اشتقاق العنان أنه مأخوذ من العن وهو الاعراض يقال
عن لي أي اعترض وظهر قال امرؤ القيس

فمن لنا شرب كأن نعاجه * عذارى دوار في ملاء مدبل

سمى هذا النوع مثل الشركة عنانا لأنه يقع على حسب ما يعين لهما في كل التجارات أو في بعضها دون بعض وعند
تساوي المالكين أو تقاضيلهما وقيل هو مأخوذ من عنان الفرس أن يكون بأحدى يديه ويده الأخرى مطلقا يفعل بها
ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة له عنانا لأنه لا يكون إلا في بعض الأموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي
كيف يشاء أولان كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتماطون
هذه الشركة قال النابغة

وشاركنا قریشا في بقاها * وفي احسابها شرك العنان

(وأما) المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال القائل وهو العبدى

يهدى الامور بأهل الرأي ما صلحت * فان تولت فبالاشرار تنقاد

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالمهم سادوا

سمى هذا النوع من الشركة مفاوضة لا اعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما نذكر وقيل هي من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام في شركة الاعمال والوجوه (فوجه) قول الشافعي رحمه الله ان الشركة تنبى عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لانها وضعت لاستئناء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم أهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستئناء ولا بد من أصل يستنى ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا) ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الاعصار من غير انكار عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتي على ضلالة ولائها يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمستعمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة شرعت لاستئناء المال فيستدعى أصلا يستنى فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلا تنشرع لتحصيل الأصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير تكبير ومراة المسامون حسنا فهو عند الله حسن ولما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أن عرفني فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكى ونعم الشريك لا تدارى ولا تدارى وأدنى ما يستدل به على الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرر بأحد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استئناء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستئناء فكان مشروعاً ولا يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعاً (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا يعرف ما المفاوضة فان عني به لا أعرف معناها في اللغة فقد بينا معناها في اللغة انها عبارة عن المساواة وان عني به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة ولائها مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحدة منهما جائزة حال الافراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولانها طريق استئناء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الافراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة في عقد الشركة عفو وان لم يكن عفو حالة الافراد كما في شركة العنان فانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الافراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الافراد فكذا هذا وان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصوداً بل ضمناً للشركة وقد ثبتت الشيء ضمناً وان كان لا يثبت قصد او يشترط للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً كعزل الوكيل ونحو ذلك

فصل في بيان شرائط جواز هذه الانواع فليجوزها شرائط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض (أما) الشرائط العامة فانواع (منها) أهلية الوكالة لان الوكالة لازمة في الكل وهي أن يصير كل واحد

منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال لان كل واحد منهما اذن لصاحبه بالشراء والبيع
وتقبل الاعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها أهلية الوكالة لماعلم في
كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولاً تفسد الشركة لان الربح هو المعنود عليه
وجهالته توجب فساد العقد كما في البيع والاجارة (ومنها) أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لامعينا فان عينا
عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لان العمد يقتضى تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة
لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لاحدهما فلا يتحقق الشركة في الربح (وأما) الذي يخص البعض دون
البعض فيختاف (أما) الشركة بالاموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الاثمان المطلقة وهي التي لاتعين
بالتعيين في المفاوضات على كل حال وهي الدراهم والدنانير عانا كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح
الشركة في العروض وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة في العروض والصحيح قول العامة
لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي يتضمنها الشركة لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فان من
قال لغيره بيع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو
قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشترى به بيننا جاز ولان الشركة في العروض تؤدي الى جهالة الربح
عند القسمة لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولاً
فيؤدي الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لان رأس المال من الدراهم والدنانير عند
القسمة عينها فلا يؤدي الى جهالة الربح ولان النبي عايبه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة في
العروض تؤدي الى ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى شيئاً بعرض بعينه فهلك
العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً آخر لان العروض تتعين بالتعيين فيسقط البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها
تؤدي الى ربح ما لم يضمن وانه منهي بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لاتعين بالتعيين فالشركة
فيها لا تؤدي الى ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة في جواز الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن
يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما
ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما درهم ومن الآخر عرض فالحيلة في
جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقاضوا ويخلطوا جميعاً حتى يصير الدراهم
بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبرفيل يصلح رأس مال الشركة ذكر في كتاب
الشركة وجعله كالعرض وفي كتاب الصرف جعله كالائتمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فهلك لا يفسخ
العقد والا مر فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان
كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) الفلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة
ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف وعند
محمد تجوز والكلام فيها مبني على أصل وهو ان الفلوس الرائجة ليست أثماناً على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف
لانها لاتعين بالتعيين في الجملة وتصير ميبعا باصلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلوس بالفلسين باعيانها عندهما فاما اذا لم تكن
أثماناً مطلقة لاحتماؤها بالتعيين بالتعيين في الجملة في عقود المفاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند
محمد الثمنية لازمة للفلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا أنى جواز بيع الواحد منها باثنين فتصلح رأس
مال الشركة كسائر الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبي يوسف انه تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز
المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس
المال عند القسمة فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد

في الشركة لانهما عند الكساد يأخذان رأس المال عدد الاقيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعدييات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لانها انما تتعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا يرى انه لو قال آخر قبل الخلط بع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قولهم جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر في اذا كان المكيل نصفين وشرط الربح أن لا تأخذوا ما اشتريه فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالكين نصفين وعلى قول محمد على ما شرطه قول أبي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون تارة تارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس (ووجه) التخرج لمحمد ان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدرهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعدييات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلط حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقد عليها عقد الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرا لا دينيا ولا مالا غائبا فان كان لا تجوز عنانا كانت أو مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع الى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بهما لم يجز بل يخلط بيننا فقام المأمور بالينة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالكين وهو خلط الدرهم بالدنانير والدنانير بالدرهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط به أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الاصل ينبي ما اذا كان المالكان من جنسين بان كان لاحدهما درهم والاخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصحيح مع المكسرة أو كانت درهما أحدهما بيضاء والاخر سوداء وعلة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروي عن زفر ان الخلط شرط في المفاوضة لا في العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله ان الشركة تنبي عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالكين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهلاك يكون من المالكين وما هلك قبل الخلط من أحد المالكين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالكين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبي عن الاختلاط فسلم لكن على اختلاف رأسي المال أو على اختلاف الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لا اختلاف الربح لا اختلاف رأس المال واختلاط الربح يوجد وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالكين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالكين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما يذكروا في كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حريين عاقلين لان من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يجزى ان فيه يلزم

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لئلا يذكر فلا بد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة في رأس المال قدرها وهي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالكان متفاضلين قدر الم تمكن مفاوضة لأن المفاوضة تنبئ عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما محاحا والآخر مكسرة أو كان أحدهما ألقابيا والآخر ألقابيا سوداء أو بينهما فضل قيمة في الصرف لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبي يوسف أن إحدى الألفين إذا كانت أفضل من الأخرى جاز وكانت مفاوضة لأن الجودة في أموال الرابا لقيمة لها شرعا عندما يتماثلتا بمنسبهما فاستطاعت اعتبار الجودة فصارتا كإحدى على صفة واحدة وهل تشترط المجانسة في رأس المال بأن يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشترط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد أن استويا في القيمة ولا خلاف في أنهما إذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة أنه لا تكون مفاوضة وإن استويا في القيمة (وجه) هذه الرواية أن عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لأن القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لأنهما من جنس الأثمان فكانت المجانسة ثابتة في الثمنية (ومنها) أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فإن لم تكن مفاوضة لأن ذلك يمنع المساواة وإن تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لأن ما لا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الأزواج والأولاد (ومنها) المساواة في الربح في المفاوضة فإن شرط التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم في المفاوضة وهو أن يكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شركة لمافي الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة أنه لا تجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمي لأن الذمي يختص بتجارة لا تجوز ذلك للمسلم وهي التجارة في الحمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف يجوز لاستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما في التجارة (وأما) مفاوضة المسلم والمرتد كالكركخي أنها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفات المرتد متوقفة عنده لوقوف أملاكه فلا يساوي المسلم في التصرف فلا تجوز كالأبجوز بين المسلم والذمي وذ كرمحمد في الأصل وقال قياس قول أبي يوسف أنه يجوز يعني قياس قوله في الذمي ولا يبي يوسف أنه يفرق بينهما من حيث أن ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى أن قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاؤه وإذا كان ناقص الملك والتصرف نزل بمنزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاضل مسلم مرتد ذكر الكركخي أنها لا تجوز وقال القدوري رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لأن الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما) أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وإنما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المرأة وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله في عقود المرتد أنهما موقوفة فإن أسلمت جاز عقدهما وإن قتلتا على ردتها أو ماتتا أو لحقتا بالحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لأن عقودهما نافذة (وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن لا تجوز أما عند أبي يوسف فلان نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب ومالكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلان المرتد عنده بمنزلة المرتد مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح إلا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الإطلاق وإن شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وإن رجع قبل ذلك فهما

على الشركة لانه اذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملا كعند أبي حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة ان المرتد منهما اذا أقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه لان الملك محكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فاقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما انما بطلت بالقتل أو بالخاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان يشارك الذمي لانه يباشر عقود التجوز في الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كره توكيل المسلم الذمي ولو شاركه شركة عنان جاز كماله وكله (ومنها) لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان للمفاوضة شرائط لا يجمعها الا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والموافق ما يقفون على ذلك وهذه العقود في الاعم الاغلب تجرى بينهم فان كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة في العقود لمعانيها لا عين الالفاظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان وزيادة بطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد شرط في عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العقد ما يقف محته عليه ولا يقف بحجة العنان على هذه الشرائط فقد انما لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب ولا المساواة بين رأس المال فيجوز جمع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لاحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذي شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون في عموم التجارات بل يجوز عام وهو أن يشترط في عموم التجارات وخصوصا وهو أن يشترط في شيء خاص كالبر والخز والرقيق والثيراب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة لان اعتبارها في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها على شرائط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط في العنان فلا حاجة الى لفظة المفاوضة ولا الى لفظة العنان أيضا لان كل أحد يقدر على لفظ يؤدي معناه بخلاف المفاوضات ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا بالمالا والاصل ان الربح انما يستحق عندنا بالمال واما بالعمل واما بالضمان أمثوبت الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح نماء رأس المال فيكون للمالك ولهذا يستحق رب المال الربح في المضاربة واما بالعمل فان المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك واما بالضمان فان المال اذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقاولة الضمان خراجا بالضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراجه له والدليل عليه ان صانعا تقبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا بالضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فان لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف في ملكك على ان لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيئا من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا ضمان اذا عرف هذا فنقول اذا شرط الربح على قدر المالكين متساويا أو متفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما والوضعية على قدر المالكين متساويا ومتفاضلا لان الوضعية اسم لجزء هالك من المال فيقدر بقدر المال وان كان المالان متساويين فشرط الاحد هما فضلا على ربح ينظر ان شرط العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لاحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعي رحمه الله ولا خلاف في شركة الملك ان الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشرى كان في ملك ماشية لاحدهما فضلا من أولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمال لانه نماء الملك فيكون على قدر المال كالا ولاد والالبان (وأما) عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بيننا وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما يكون على

الشرط لان استحقاق الربح في الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة على قدر المالكين لما قلنا وان شرط العمل على أحدهما فان شرطه على الذي شرطه فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله وان شرطه على أقلهما ربحاً لم يجز لان الذي شرطه الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالكان متفاضلين وشرط التساوي في الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة اذا شرط العمل عليهما وكان زيادة الربح لأحدهما على قدر رأس ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالكين عنده وان شرط العمل على أحدهما فان شرطه على الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الربح في حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعي رحمه الله شرط (وجه) قوله ان جهالة قدر رأس المال تؤدي الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطاً (ولنا) ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة ووجهالة رأس المال وقت العقد لا تقضي الى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهر او غالباً لان الدرهم والدنانير تو زان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي الى جهالة مقدار الربح وقت القسمة (وأما) الشركة بالاعمال فاما المفوضة منها (فن) شرائها أهلية الكفالة (ومنها) التساوي في الاجر (ومنها) مراعاة لفظ المفوضة لما ذكرنا في الشركة بالاموال اما العنان منها فلا يشترط لها شيء من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل فقط كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال مات تجوز فيه الو كالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الو كالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا يخرج الشركة بالاعمال في المباحات من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما يكون في الجبال من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشترى كاعلى أن يصيد أو يحطبا أو يحتشا أو يستقي الماء ويبيعه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الو كالة لا تنعقد على هذا الوجه إلا ترى انه لو وكل رجلاً ليعمل له شيئاً من ذلك لا تصح الو كالة كذا الشركة فان تشاركا فآخذ كل واحد منهما شيئاً من ذلك منفرداً كان المأخوذ ملكاً له لان سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما منفرد بالآخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعاً كان المأخوذ بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على الافراد ثم خلطاه وباعه فان كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن يقسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما بقيمة الذي له لان المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه الى النصف من ذلك مع اليقين على دعوى صاحبه لان الشيء في أيديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوي في دليل الملك بوجوب التساوي في الملك فان ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شيء للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ (أما) وجوب أجر المثل للمعين فلانه استوفى منفعته بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ما سمي وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة لانه لا يزداد على المسمى هناك كذا هذا هنا والجامع بينهما انه رضي بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا وافرقت محمد بين هذا وبين سائر

الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به اسقاطاً لما زاد عليه والمسمى هنا ليس بمعلوم بل هو معدوم لانه ما سمي الا نصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطاً الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضارب بالفاسدة اذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله لا يتجاوز به المسمى من الربح في قول أبي يوسف وان لم يكن له ربح فلا شيء له وعند محمد له أجر مثله بالقأ ما بلغ ربح أو لم يربح وستأني المسئلة في كتاب المضاربة ولو ان رجلاً اجلس في دكانه رجلاً يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس ان لا تجوز هذه الشركة لانها شركة العر وض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الخانوت والخانوت من العر وض وشركة العر وض غير جائزة وفي الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من صاحب الخانوت وعمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه جائزة بان يوكل خياط أو قصار وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسله جميعاً كان ما أصاب بينهما لا يستوئهما في سبب الاستحقاق ولو كان الكلب لاحدهما وكان في يده فارسله جميعاً فأصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الاجنبي لا عبرة به مع ارسال المالك فكان ملحقاً بالعدم كان المالك أرسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما كلبه فأصابا بصيد أو واحد كان بينهما نصفين لانهما تساوا في سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما صيد أعلى حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاخص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشتترك رجلان ولا حدهما بعل وللآخر بعير على أن يؤاجر ذلك فمأرزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فأجرهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة على هذا الوجه لا تصح الا ترى ان من قال لا آخر أجر بعيرك على أن تكون الاجرة بينهما لا تصح الوكالة كذا الشركة ولان الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها واما قسمة الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير فلان الشركة اذا فسدت فالاجرة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان يؤاجر البغل والبعير ولكنهما تقبلان حمولة معلومة ببدل معلوم فملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضموناً عليهما بالعقد بمنزلة عمل الخياطة والقصارة فكان البديل بينهما على قدر الضمان وقد تساوى في الضمان فيتساوى في الاجرة ولا عبرة بزيادة حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكثره عمل أحد الشرىكين في شركة الصنائع لان البديل يقابل الضمان والبغل والبعير هنا آلة ايفاء العمل ولو أجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا اذا أجر البغل بعينه كانت الاجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالكهما فكانت الاجرة له فان كان الآخر أعانه على الحمولة والنقلان كان للذي أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شرىكه بعقد فاسد ثم عند أبي يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر به في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالقأ ما بلغ على ما ذكرنا في شركة الاحتطاب قصاران لا حدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملوا بأداة هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان ذلك جائزاً وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هنا ببدل عن العمل لا عن الآلة وقد صار العمل مضموناً عليهما فكان بدلهما وكان أحدهما معينا للآخر بنصف الآلة والآخر معيناً له بنصف الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهي ان يتقبلا حمولة ويحملاها على دابتهما ولو اشتركا ولا حدهما دابة وللآخر كاف وجوالقان على ان يؤاجر الدابة على ان أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة لصاحبها وللآخر معه أجر مثله في قولهم جميعاً اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة واما الاجر فلانه ببدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الآخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها

ولو دفع دابة الى رجل ليؤجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاجر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعتها بعقد فاسد ولو كان دفع اليه الدابة ليبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز ان اتفقت اعمالها واختلفت كالحياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالتصارين والحياطين بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعمليين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعمليين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجه فشرط المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشتري بينهما نصفين وان يكون الربح بينهما نصفين (ومنها) أن يتلفظا بلفظ المفاوضة لافصلنا فيما تقدم بتامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشتري حتى لو اشتركا بوجوهما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ما شرط على التساوي والتفاضل كان جائزا وضمان من المشتري بينهما على قدر ملكيهما في المشتري والربح بينهما على قدر الضمان فان شرط لأحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما من المشتري لان الربح في هذه الشركة إنما يستحق بالضمان فيقدر الضمان فاذا شرط لأحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا تجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لا خردفع اليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين الألف انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين

﴿فصل﴾ وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فكيفهما في النوعين جميعا واحدا وهو ان كل واحد من الشريكين كانه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة ولم يوجد شيء من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبدا باعاهما بألف درهم وألف بينهما أقرضاه اياه أو استهلك الرجل عليهما شيئا قيمته ألف درهم أو ورثا ديناً لرجل واحد عليه قبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فلا خراً أن يشاركه فيما خذ منه نصف ما قبضه والا صل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض أحدهما شيئاً منه فلا خراً أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل لأحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولى هذا الجانب لا يجوز لان عدم التمييز فاذا لم يصح في العين من غير تمييز في الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التمليك لان ما من جزأين الا واحد منهما ملكه والاخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تمليك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فحمل المقبوض من النصيبين جميعاً للثاني يؤدي الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقبض أن يمنع عنه بأن يقول أنا أعطيك مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان

المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ ما إذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد ألا ترى ان من عليه الردى إذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً لعين الحق وان كان أردأ فقبض الردى عن الجيد جائز لانه من جنس حقه وما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقبض ديناً على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما قبض أحدهما خمسمائة فجاء الشريك فأخذ نصفها كان للقبض ما بقي له على الغريم وذلك مائتان وخمسون ونكون الشركة باقية في الدين كما كانت لانه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقي الباقي من دينه على حاله فان أخرجه القابض عن يده بان وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فليس شريكه أن يضمه نصف ما قبض لانه أتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه فان لم يقبض أحد الشرىكين شيئاً ولكن أبرأ الغريم من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيئاً لانه لم يقبض شيئاً من الدين بل أتلف حصته لا غير فلا يضمن فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شيء اقتسماه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما أبرأ الغريم من مائة درهم بقي له من الدين أربع مائة ولشريكه خمسمائة فيضربان في قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك اذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسم الا ان القسمة تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا يتقض ابرأه بعد القسمة شيئاً مما اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض أحدهما شيئاً ولكن اشترى بنصيبه ثوباً من الغريم فالشريك أن يضمه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب لانه انما اشترى الثوب بثلث في ذمة الغريم لا بما له في ذمة الغريم لانه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصاً بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا جميعاً على الشركة في الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك ورضى شريكه به صار كانه باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيئاً ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان القابض بالخيار ان شاء سلم اليه نصف الثوب وان شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك الى القابض لان الصلح لم يوجب شيئاً على المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابراء بخلاف الشراء الا أنه قبض ثوباً عن الدين المشترك فكان له أن يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول أنا أعطيك نصف حقتك من الدين لانه لا حقتك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبضه ويرجع بدينه على الغريم لان من حجته أن يقول ديني قد ثبت عليك بمقدار المداينة فتسليمك الى غيري لا يسقط مالي في ذمتك فان سلم للشريك ما قبض ثم توى الذي على الغريم فله أن يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيها اذا لم يسلم الا وجهها واحداً وهو أنه اذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثلها لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم به الشريك المقبوض للقبض ليسلم له ما في ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض كما كان الا أنه ليس له في هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه أسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان آخر بتوابعه فثبت ذلك في ذمة القابض كسائر الديون فان أخر أحدهما نصيبه لم يجز تأخيره في قول أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عند أبي يوسف ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تأخيره في نصيب شريكه لانه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه وأما في نصيب شريكه فهو على الخلاف (وجهه) قوله ان نصيبه مملوك فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطاً بالابراء فالتأخير أولى لانه دونه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانما غير جائزة والدليل على أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشرىكين بنصيبه على وجهه لا يكون للاخر فيه

حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لا يحتمل معنى القسمة وهو التمييز إذ هو اسم للفعل أو مال حكى في الذمة بخلاف البراء فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرفا في الدين بل في المطالبة بالاسقاط فالجواب ان التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة مادام الاجل قائم فرغ على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي أخر ان يشركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله ان يشركه ان كان قائما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض فاذا حل صار كأنه لم يزل حالا فتثبت له الشركة فان لم يقبض الاخر شيئا حتى حل دين الذي أخر عاد الامر الى ما كان فاقبض أحدهما من شيء يشركه الاخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شريكين على امرأة فتر وجهها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف ان لشريكة أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف (وجه) الرواية الاولى ان النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين (وجه) الرواية الاخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكة أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكة كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكة يرجع عليه في قولهم جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبهه البيع وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن يضمه وروى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين اذا شجح المطلوب موثجة عمد أفصالحه على حصته لا يلزمه شيء لشريكة لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء واما اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه أو اقترض منه شيئا بقدر نصيبه من الدين فلشريكة أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما لآخر الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكة لانه ما استوفى الدين بل قضى ديننا كان عليه اذا لاصل في الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقضيا بالثاني لانه كان واجب القضاء قبل الثاني واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى وذكر ابن ساعدة في نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا وبرى من حصة القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشركه في أخذ منه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسله أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسله فرق بين هذا وبين ما اذا صلح على نفس الدين أو تزوج به (وجه) الفرق ان العقد هنا وهو الصلح والنكاح وقع على مافي الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوجه فان العقد هنا ما وقع على مافي الذمة مطلقا الا ترى ان العقد هنا أضيف الى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتركا بالحصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجنبي سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهنا بمحضته فهلك الرهن عنده فلشريكة أن يضمه لان قبض الرهن قبض استيفاء ومهلك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالا استيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشريكين من

المطلوب عبد ائمانات عنده فليسريكة أن يضمه لانه صار ضمنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بأفة سماوية في ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشئ لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضم لشرريكه شياً بخلاف نفس العبد لانه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشرريكه وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بأفة سماوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من الغريم عبداً فاسداً وقبضه فأت في يده أو باعه أو اعتقه انه يضمن لشرريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بأفة سماوية فرده لم يضم لشرريكه شياً ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة فإما الشركة بالاموال فبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لا حد شريكي العنان والمفاوضة ان يعمل في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلا حد شريكي العنان أن يبيع مال الشركة لانها بقصد الشركة اذن كل واحد صاحبه يبيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقدمهما على العقد اذ من كل واحد منهما صاحبه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لان الاذن بالبيع يقتضى الشركة وجد مطلقاً ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا الا بما لا يتغابن الناس في مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقاً انه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على الخلاف الذى ذكرنا في الدين المشترك اذا أخر أحدهما نصيبه هذا اذا عقد أحدهما وأجل الآخر فاما اذا عقد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه لانه مالك وعاقد وأما في نصيب شريكه فيجوز تأجيله في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسألة الوكيل بالبيع انه يملك تأخير الثمن والابراء عنه عندهما وعنده لا يملك (وجه) البناء ظاهر لان العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه وهى من مسائل كتاب الوكالة الا أن هناك اذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهنالا يضمن الشريك العاقد لان الشريك العاقد يملك أن يقابل البيع ثم يبيعه بنسيئة واذا لم يقابل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يقابل ويبيع بالنسيئة فاذا أخر يضمن وله يشترى بالنقد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا اذا كان في يده مال ناض للشركة وهو الدرهم والدنانير فاشترى بالدرهم والدنانير شيئاً نسيئة وكان عنده شئ من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيئاً نسيئة فاما اذا لم يكن في يده درهم ولدانير فاشترى بدرهم أو دنانير شيئاً كان المشتري له خاصة دون شريكه لانا لو جعلنا شراءه على الشركة لصار مستديناً على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدرهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالاثمان استدانة بخلاف ما اذا اشترى بها وفي يده مثلها لان ذلك ليس باستدانة وحكى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه اذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدرهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر الجانسة في رأس مال الشركة حقيقة حتى أبى انعقاد الشركة في الدرهم مع الدنانير لا اختلاف الجنس حقيقة فيصير كأنه اشترى بجنس ما في يده بصورة بالدرهم وعنده عروض ونحن نعتبر الجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانس في الثمنية فصار كأنه اشترى بجنس ما في يده بصورة ومعنى وله أن يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع من عادتهم ولان أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فلا يبضع أولى لان استعمال البضعة في البضاعة بغير عوض وله أن يودع لان

الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضا لانه لا بد للتاجر منه لانه يحتاج الى ذلك عند اعتراض احوال
 تقع عادة لان له أن يستحفظ المودع بأجر فبغير أجر أولى وليس له أن يشارك الا أن يؤذن له بذلك لان الشيء
 لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريك لان ان كان لا يملك
 الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى
 الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شيء للاجنبي فيه لانه لم يملكه فبقي ما اشتراه على
 حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكى العنان رجلا شركة مفاوضة بغير محض من شريكه لم تكن
 مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضى فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب أن يكون شريكه فى كل المال
 وذلك لا يصح فى حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان بحضور من صاحبه
 صح المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة
 بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق فى المال فلا يجوز الا فى القدر الذى رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة
 مضاربة ذكر محمد فى الاصل عن ابي حنيفة انه له ذلك وروى الحسن عن ابي حنيفة أنه ليس له ذلك (وجه)
 رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان فى الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد
 فلا يملك المضاربة (وجه) ظاهر الرواية انه يملك أن يستأجر أجيرا يعمل فى مال الشركة فلا يملك الدفع مضاربة
 أولى لان الاجير يستحق الاجر سواء حصل فى الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيئا بعمله الا اذا
 كان فى المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلا يملك الدفع مضاربة أولى والاستئجار بالشركة غير سديد لان
 الشركة فوق المضاربة لانها توجب الشركة فى الاصل والفرع والمضاربة توجب الشركة فى الفرع لافى الاصل
 والشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد
 لان المضاربة تمثل المضاربة ويملك التوكيل لانه دون المضاربة والتوكيل لا يملك أن يوكل غيره باطلاق الوكالة لان
 الوكالة تمثل الوكالة وله أن يعمل فى مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمل فى مال المضاربة وسنذكره فى كتاب
 المضاربة ان شاء الله تعالى لان تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فا كان للمضارب أن يعمل
 فالشريك أولى وله أن يأخذ ما لا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما
 لو أجر نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء استحسانا والقياس أن لا يجوز لان شريكه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره
 (وجه) الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عادتهم ولانه من ضرورات
 التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات
 التجارة بخلاف التوكيل بالشراء لانه لا يملك أن يوكل غيره لانه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشراء فيمكنه
 مباشرة بنفسه فلا ضرورة الى أن يوكل غيره ولان الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها والشيء يستتبع دونه
 ولا يستتبع مثله وبخلاف ما اذا كانا شريكين فى خادم أو ثوب خاصة انه ليس لاحدهما أن يوكل رجلا ببيعه وان
 وكل لم يجز فى حصة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين فى شركة الاملاك اجنبي عن صاحبه
 محجور عن التصرف فى نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بيننا فيما تقدم وله أن يوكل وكيله
 ويدفع اليه مالا ويأمره أن ينفق على شيء من تجارتهما والمال من الشركة لما قلنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه
 كتصرف الموكل فان أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كان فى بيع أو شراء أو اجارة لان كل واحد
 منهما للمالك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله
 وان كان وكيله فى تقاضى ما دابنه فليس للاخر اخرج لانه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله
 أن يستأجر أجيرا لشيء من تجارتهما لان الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون فى التجارة وهو من عادات التجار

أيضا ومن ضرورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجربد آمنه ولان المنافع عند ابراد العقد عليها تجرى بحرى الاعيان فكان الاستعجار بمنزلة الشراء وهو يملك الشراء فيملك الاستعجار والاجر يكون على المستأجر يطالب به دون شريكه لانه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد ويرجع على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله في العقد وله أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرهن بما باعه لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاءه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد في كتاب الرهن اذا رهن أحدهما متاع من الشركة بدين عليها لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما اذ اناه وقبض لم يجز على شريكه وذلك محمول على ما اذا رهن أحدهما بدين عليها وجب بعقد هلالان الرهن ايفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضمونا كالصحيح فكان مستوفيا حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفيا لجميع الدين فيصير مستوفيا حصته صورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء يرجع بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك في يده تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ويرجع الغريم على القابض بما قبضه لانه ما سلم اليه لملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك يرجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشر يكتن اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك أيضا هكذا يستوفى هو ويشاركه الآخر الى أن يستوفى الدين طعن عيسى بن أبان في هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمدا قال لو قال رجل لرجل اعطني رهنا بدين فلان الذي عليك فان أجازته جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل لانه لما أخذ رهنا لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلا وهلاك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس قبض استيفاء وهم هنا بما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس في المسئلة والافلاس وكون بعضهم أملا من بعض وفي العادة يختار الاملا فالاملا فكانت الحوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن في التوثيق للاستيفاء ولان الاحتمال تليقك ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئا من الثمن وكذلك كل دين لزم انسانا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمديون أن يتمتع من دفعه اليه كالمشترى من الوكيل بالبيع له أن يتمتع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المديون لم يلتزم الحقوق للمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما يلتزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل برى من حصته ولم يبرأ من حصة الدين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو اجنبي عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع الى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان أنه لا فائدة في نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لاحتمالنا الى اعادته لان المديون يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة في الحال وهذا على القياس والاستحسان في الوكيل بالبيع اذا دفع المشتري الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس

لا أحدهما إن يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس على الذي لم يل من ذلك شيء فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والاجنبى في هذاسواء لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقدة ولو اشترى أحدهما شيئاً لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعاقدة أن يوكل وكيلاً بقبض الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم ولا حد هما إن يقابل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحدهما واشترى فظهر عيب لا يرد الاخر بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانما يرجع الى العاقدة والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقدة فان أقر أحدهما بعيبه في متاع جاز اقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخي وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف رحمهم الله و فرق بين هذا وبين الوكيل اذا أقر بالعيب فرد القاضى المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولا حد الشريكين أن يقابل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء الى أن يسترد المبيع ويقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع أحدهما متاعاً من الشركة فرد عليه قبله بغير قضاء القاضى جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضى من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطى وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة وكذا القبول من غير قضاء القاضى بمنزلة الاقالة واقالة أحدهما تنفذ على الآخر وكذا الوحط من ثمنه أو آخر ثمنه لاجل العيب فهو جائز لان العيب بوجوب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح والخط أنفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز في حصته ولم يحز في حصة صاحبه لان الخط من غير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره وكذلك لو وهب لان الهبة تبرع ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشتراه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مرابحة وهل لاحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخي أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبي يوسف ومحمدان له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا وروى عن أبي حنيفة رحمه الله انه ليس للشريك والمضارب أن يسافروا وهو قول أبي يوسف وروى عن أبي يوسف ان له المسافرة الى موضع لا يبيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضاً بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بماله حمل ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبي يوسف ان السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه (وجه) الرواية التي فرق فيها بين التريب والبعيدانه اذا كان قريباً بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر (وجه) الرواية التي فرق فيها بين ماله حمل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة ان ماله حمل اذا احتاج شريكه الى رده يلزمه مؤنة الرد فيضرب به ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له (وجه) قول أبي حنيفة ومحمدان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانها صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجري على اطلاقه الا للدليل ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع لانه مؤتمن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة مع ما ان الشريك يملك أمر أرائد ألا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلا يملكه الشريك أولى وقول أبي يوسف ان المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم اذا كان الطريق مخوفاً (فاما) اذا كان أمناً فلا خطر فيه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الارض من فضل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى عز شأنه فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم مطلقاً من غير فصل وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة في عادة التجار لان كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال هذا اذا لم يقل كل واحد منهما صاحبه اعلم في ذلك رأيك فاما اذا قال ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخط مال الشركة بما له خاصة والرهن والارتهان مطلقاً لانه فوض الرأى اليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقاً واذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعلم رأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد فله أن ينفق من جملة المال على نفسه في

كرائه ونفقته وطعامه وادامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لان الاتفاق من مال الغير لا يجوز الا باذنه نصاً (وجه) الاستحسان العرف والعادة لان عادة التجار الاتفاق من مال الشركة والمصرف كالمشروط ولان الظاهر هو التراضي بذلك لان الظاهر ان الانسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لم يجز محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لانه التزام ضرر الحال لنفع محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان اقدمهما على عقد الشركة دليلاً على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولان كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لان ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شيئاً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب اذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فان ربحت حسب النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة من رأس المال لان النفقة جزء تالف من المال فان كان هناك ربح فهو منه والا فهو من الاصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا انه يصير مستديناً على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لاحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لان كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلانه لا عوض له في الحال فكان تبرعاً في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل الا ان ينص عليه بعينه لان قوله اعمل برأيك تفويض الرأي اليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالاً لزمها جميعاً لانه تملك مال بالعقد فكان كالمصرف فيثبث في حقه وحق شريكه ولانه ان كان الاستقرض استعارة في الحال فهو ملك الاستعارة وان كان تملكاً يملكه أيضاً وليس له أن يكتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لان الشركة تعتقد على التجارة والكتابة والاتفاق ليسا من التجارة ألا ترى انه لا يملكهما المأذون في التجارة وسواء قال اعمل برأيك أو لا لما قلنا وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما في قولهم جميعاً لانه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه الا باذن نصاً وكذلك تزويج الامتة في قول أبي حنيفة ومحمد لانه ليس من التجارة ويجوز عند أبي يوسف والمسئلة تقدمت في كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لان الاقرار حجة قاصرة فلا يصدق في ايجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لان الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالاقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بجارية في يده من تجارتهما انما الرجل لم يجز اقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما ذكرنا ان اقرار الانسان ينفذ على نفسه لا على غيره لانه في حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برأيك أو لا لان هذا القول فيد العموم فيما تضمنته الشركة والشركة لم تتضمن الاقرار وما ضاع من مال الشريك في يدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع بعينه لانه أمين والله عز وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرنا انه يجوز لاحد شريك العنان أن يفعله وهو جاز على شريكه اذا فعله فيجوز لاحد شريك المفاوضة أن يفعله واذا فعله فهو جاز على شريكه لان المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان فجاز له للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لانها لما كانت أعم من العنان فهو يقتضى شرط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لان المفاوضة يفسدها ما يفسد العنان لا اختصاصها بشرائط تشترط في العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والآن نبين الاحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز اقرار أحد شريك المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطلب المقر له ايها شاء لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر باقراره ويلزم شريكه بكفالاته وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كضمن المشتري في البيع الصحيح وقيمته في البيع الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمغصوب والخلاف في الودائع والعارى والاجارات والاستهلاك وصاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ هذا بدينه وان شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أما دين التجارة

فلا نه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البيعة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد لان الدين لزمه كما لزم شريكه لانه كفيل عن شريكه والبيعة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه فيفسد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودائع والعواري والاجارات في معنى الغصب لانه من باب التمدي على مال الغير بغير اذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنائيات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤخذ به شريكه لانه ليس بضمن التجارة ولا في معنى ضمان التجارة أيضاً لعدم معنى معاوضة المال بالمال رأساً وروى عن أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جنائية فأشبه ضمان الجنائية على بنى آدم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمن الاتلاف في غير بنى آدم ضمان معاوضة لانه ضمان بملك به المضمون عوضاً عنه بخلاف ضمان الجنائية على بنى آدم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلاً ولو كفل أحدهما عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أي حنيفة وعندهما لا يلزم وان كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه في قوهم جميعاً (وجهه) قوهم ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كاهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كان في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولا في حنيفة رضي الله عنه ان الكفالة تقع تبرعاً ابتداءً ثم تصير معاوضة باتها لوجود التملك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبي والمأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث عملاً بالابتداء ويلزم شريكه عملاً بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعاً حتى لو باع أحدهما شيئاً من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع من المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبائع ولو اشترى أحدهما شيئاً يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله أن يقبض المبيع كما للمشتري ولو وجد المشتري منهما عيباً بالمبيع فلصاحبه أن يرد به بالعيب كما للمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيباً فله أن يردّها على أيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما فقد اقراره على نفسه وشريكه ولو باع سلعة من شركتهما وجد المشتري بها عيباً فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم بين واحد على العلم في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فبإباحة ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعاً في خراج التجارة وضمنهما سواء ففعل أحدهما فيها كفعلها وقول أحدهما كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة كشخص واحد ولا حد هما أن يكتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود ثمنه الى مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روى عن محمد انه قال كلما يجوز أن يفعله الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمر او معناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا يملك له فيه رأساً فلا يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيئاً من عبيد التجارة على مال لانه في معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القول ويبقى البدل في ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع ولهذا لا يملك الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضرراً محضاً فلا يملك في ملك غيره ويجوز له أن يزوج الامه لان تزويج الامه تقع محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتهما وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود ثمنه الى مال الشركة سواء

كان من باب التجارة أو لا بخلاف الشريك شركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد
وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبي يوسف ينفذ كتصرف
المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لما ذكرنا في الشريك شركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل
في مال الشركة بمال يستحقه الاجير بيقين فالدفع مضاربة أولى لان المضارب لا يستحق الربح منها بيقين لجواز أن
يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان في قول أبي يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة
المقاوضة فكانت دونها فجواز أن تتضمنها المقاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونها فتبعضها ولان الاب يملك
ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز له ذلك
لانه يوجب للشريك الثالث حقا في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلا شركة عنان فأماذا
فاوض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في الاصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة
(وجه) قول محمد أن عقد المقاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولا يبي يوسف أن المقاوضة
مثل المقاوضة والشئ لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرهن على شريكه لان الرهن هو ايفاء والارتهان استيفاء
وكل واحد منهما يملك الايفاء والاستيفاء فمما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضى ماداناه أو ادائه
صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كقيل الآخر فيملك أن يستوفي حقوقه
بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كقيل عن الآخر
وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان
التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل التغيير وما اشتراه
أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو مالا بدله منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشتري
مشترا بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لان
ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المقاوضة فاخص به المشتري لكن للبائع أن يطالب بالثمن أي بما شاء وان وقع
المشتري للذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كقيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه
الاشتراك الأتيم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى ديناً عليه من ماله لاعلى وجه التبرع
لانه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه
الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى الافراد بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة
فأخر جاعن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية بقبولها تحت العموم فان اشتري ليس له أن يطأها
ولا لشريكه لانها دخلت في الشركة فكانت بينهما فهذه جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لاحدهما أن يطأها فان
اشتري أحدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشيء أو لا
يرجع وذكر في الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف
الثمن (وجه) قولهما ان الحاجة الى الوطء متحقة فتأخذ بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت
له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد تقدم ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف
ولا يبي حنيفة ان الاصل في كل ما يمتثل الشركة اذا اشتراه أحد الشركين أن يقع المشتري مشتركا بينهما من غير اذن
جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو مالا بدله منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة في الوطء فوقع المشتري
على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة الى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشتري
على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للتمليك كأنه قال اشتريته بيننا وقد ملكتك نصيبى منها فكانت
الهبة متعلقة بالشراء فاذا اشتري وقبض سحت الهبة كما لو قال ان قبضت مالي على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه

كذا هذا واذا كان كذلك فقد تقدمت الواقعة على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشئ فان اشترى
 جارية للوطء باذن شريكه فاستولدها ثم استحققت فعل الواطئ العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما) وجوب
 العقر فلا شك فيه لان وطء مملك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين اما الحد واما العقر وقد تعذر ايجاب
 الحد لكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الاخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء
 والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالتمن لان الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف
 المهر في النكاح الصحيح والفاقد لانه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة
 ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على
 الشركة فيملك الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة للمفاوض أولى واذا مات أحد المتفاوضين أو تفرق
 يمكن للذي لم يل المدابنة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانهما وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل
 لبطان أسرهم بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر
 اذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما)
 الذي ولي المدابنة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المدابنة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة
 بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل ولو أجر أحدهما نفسه في الحياطة أو عمل من الاعمال فلا جرم بينهما نصفان وان
 أجر نفسه للخدمة فلا جرم له خاصة لان الفصل الاول أجر نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فاذا
 عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الاجرة بينهما وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت
 الاجرة له خاصة وقال أبو حنيفة اذا قضى أحدهما ديننا كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لانه اذا قضى فقد صار
 المقضى ديننا على القاضى أو لا يتم بصير قصاصا بما له على القاضى فكان هذا تملكيا بعوض فتناوله عقد الشركة فملكه فجاز
 القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا ان قبضه قبض مضمون لانه قبض مال للشريك أن
 يملكه اياه ويرجع شريكه عليه بمحضته منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة وان ازداد مال أحد
 الشريكين لان الواجب دين وزيادة مال أحد الشريكين اذا كانت ديننا لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها
 لما مر ان الدين لا يصلح رأس مال الشركة فاذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لانه ازداد له مال صالح للشركة على مال
 شريكه ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسة مائة وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمسة مائة ولا يضمن ما بقي لان
 الزيادة أمانة في يد المرتهن فكان مودعا في قدر الامانة من الرهن ولم يودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصى أيتام
 رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بأربعمائة وذلك يكون ديننا للورثة على الوصي
 وهو أمين في الفضل وكذلك الاب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه لان الاب والوصي يملكان الايداع والزيادة
 على قدر الدين من الرهن امانة فكانت ودیعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين
 مالا فأعطاه رجلا ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزا عليهما ولا يضمن توى المال أو لم يتو وفي قياس قول أبي يوسف
 ان الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصص شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة ان الكفيل في حكم
 المقرض فاذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض وعند أبي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع
 فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين اذا استأجر ابلا الى مكة ليحج ويحمل عليها متاع بيته فلمؤجر أن
 يطالب أيهما شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه
 فحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له
 خاصة كما لو اشترى طعاما لنفسه ان المشتري يقع له ويطلب الشريك بالتمن كذا هذا ولو أجر أحدهما عبد الأبورته لم
 يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لانهما بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث والله

عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالأعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الاجرة لأنه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الاجرة والى أيهما دفع صاحب العمل يرى لأنه دفع الى من أمر بالدفع اليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جنائية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أنه قال إذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما اجميعا يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لأن هذه شركة عنان لا شركة مفوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان ان هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الاجر به فاذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفوضة في حق وجوب الضمان وان لم تكن مفوضة حقيقة حتى قالوا في الدين اذا أقر أحدهما بثن صابون أو اشنان أو غيرهما انه لا يصدق على صاحبه اذا كان المبيع مستهلكا لا باقراره أو بالينة كذا اذا أقر أحدهما باجر أجير أو حنوت بعد مضي هذه الاجارة وان كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض لزمهما جميعا باقراره وان جحدته شريكه كفي شركة العنان فدل انه ليس لها حكم المفوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال أبو يوسف اذا ادعى على أحدهما ثوبا عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الاقرار على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الاجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لانهما ليسا بمقتضيين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما يده صاحبه كشرى العنان في المال اذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر انه لا ينفذ اقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعه عن محمد انه أخذ بالقياس في هذه المسئلة وقال ينفذ اقراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك (ووجهه) ما ذكرنا أن الشئ في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكي العنان اذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على صاحبه وانما استحسانا والحقناها بالمفوضة في حق وجوب العمل والمطالبة بالاجرة في حق وجوب ضمان العمل فبقى الامر في وراة ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لاني يوسف انه لما ظهر حكم المفوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الاجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضا فينفذ اقراره بمحل العمل على صاحبه وان عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فالاجر بينهما على ما شرط الا ان الاجر في هذه الشركة انما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالتصاريح والخطاط اذا استعان برجل على التصاريح والخطاطة انه يستحق الاجر وان لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وهما شرط العمل عليهما فاذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب اذا شرط التفاضل في الضمان بان شرط الا أحدهما ثلثي الكسب وهو الاجر وللآخر الثلث وشرط العمل عليهما كذلك سواء عمل الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بمد أن شرط العمل عليهما لان استحقاق الاجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل انه لو عمل أحدهما استحق الآخر الاجر واذا كان استحقاق أصل الاجر باصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخي انه علل في هذه المسئلة فقال المنافع لا تتقوم الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير الى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل انه لو شرط فضل الاجر لهما عملا بان شرط ثلثا الاجرة له جاز فدل

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا يفضل العمل ولو شرط التفاضل في الاجرة فجعلها أثلاثاً ولم ينسبها العمل الى نصفين فهو جائز لانهما الماشرط التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك اشتراطاً للتفاضل في العمل تصحيحاً لتصرفهما عند امكان التصحيح ولو شرط الكسب أثلاثاً وشرط العمل نصفين لم يجز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والرجح لا يستحق الا باحد هذه الاشياء (وأما) الوضعية فلا تكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرط أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضعية بينهما نصفان كانت الوضعية باطلة والقبالة بينهما على ما شرط على كل واحد منهما لان الرجح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضعية على قدر الضمان أيضاً لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضعية في موضع لا يجوز اشتراط زيادة الرجح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضعية فيها الا بقدر المال في موضع لا يجوز اشتراط زيادة الرجح فيه لاحدهما فلا أن لا يجوز أن تكون الوضعية فيه الا على قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة منهما فالزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطلب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت ويجوز اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين وللمقر له أن يطلب به أيهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالتسه ولو ادعى على أحدهما بثوب في أيديهما فأقر به أحدهما وجد صاحبه يصدق على صاحبه وينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة في الاموال (وأما) الشركة الفاسدة وهي التي قامت شرط من شرائط الصحة فلا تنفذ شيئاً مما ذكرنا لان لأحد الشريكين أن يعمل بالشركة الصحيحة والرجح فيها على قدر الماين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فألحق بالعدم فوق الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لاحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا

غير سديد الا أنه استحق الرجح بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم

فصل ﴿ وأما صفة عقد الشركة فهي انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ الا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه حتى لو فسخ بمحض من صاحبه جاز الفسخ وكذلك لو كان صاحبه غائباً وعلم بالفسخ وان كان غائباً ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم يفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تضمنت الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكي العنان رجلاً شركة مفاوضة انه ان كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحض منه سحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسح العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته ويملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عيناً وقت الشركة لصحة الفسخ وهي أن يكون دراهم أو دنانير ذر الطحاوي انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا في الشركة وفي المضاربة رواية وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صح النهي لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لانهما في الثمنية جنس واحد فكانه لم يشتتر بها شيئاً وليس له أن يشتري بها عروضا وان كان رأس المال وقت النهي عروضا فلا يصح نهيها لانه يحتاج الى بيعها ليظهر الرجح فكان الفسخ ابطلا لحقه في التصرف فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عروضا ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة في يد الشريكين جميعاً ولهما جميعاً ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه عينا كان المال أو عروضا فاما مال المضاربة ففي يد المضارب وولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيها بعد ما صار المال عروضا

﴿ فصل ﴾ وأبى ما يبطل به عقد الشركة فإيبطل به نوعان (أحدهما) يم الشركات كلها (والثاني) يخص البعض دون البعض اما الذي يم الكل فانواع (منها) الفسخ من أحد الشريكين لانه عقد جائز غير لازم فكان محتملا للفسخ فاذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفسخ بنفسه (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به أو لم يعلم لانه عزل حكيم فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع الحاقه بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقا لان به يخرج الوكيل عن الولة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لان الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فانواع (منها) هلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء في الشركة بالاموال سواء كان المالك من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم والدنانير تعيينات في الشركات فاذا هلكت فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول المقود به فيبطل العقد بخلاف ما اذا اشترى شيئا بدرهم معينة ثم هلكت الدراهم قبل القبض ان العقد لا يبطل لان الدراهم والدنانير لا تعيينان في المعاوضات وتعيينان في الشركات ثم انما لم تتعين الدراهم والدنانير في المعاوضات وتعين في الشركات لانها جعلتا ثمنين شرعا فلو تعينا في المعاوضات لا تقلبا مثنين اذا مثنى اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مثنيا فلا يكون مثنيا وفيه تغيير حكم الشرع فلم تعين وليس في تعيينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لانها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا تعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا تعيينان في هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغييرا لحكم الشرع وهو جعلهما مثنين للمعاوضات لئلا يقابلها لان كل واحد من العقدين وضع وسيلة الى الشركة والوسيلة الى الشيء حكمه ذلك الشيء فجعل حكمهما في حق المنع من تعين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينا بالقبض كما في الشراء بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة الى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعين رأس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معينا لرأس المال لانه لا وجه الى ايجاب القبض فيهما ليتعين رأس المال لان العمل فيهما مشروط من الشر يكتفون وكون العمل مشروطا من رب المال يوجب أن يكون رأس المال في يده ليتمكن العمل وكون عمل الآخر مشروطا يوجب التسليم اليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض الا العقد فاذا لم يمكن ايجاب القبض جعل العقد موجبا لتعيينهما وان كان وسيلة الى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكا بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فاما) في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط بل لشرط ذلك في المضاربة لا ووجب فسادها فممكن جعل القبض سببا لتعيين فلا حاجة الى جعل العقد سببا فلم يوجب العقد تعيين الحاقاله بالشراء ثم اذا هلك أحد المالكين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لان الهالك مال ملكة أحدهما يتيقن انه أمانة في يد صاحبه فهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما اذا كان رأس المالكين من جنس واحد وخطا ثم هلك انه يهلك مشتركا لاننا نتيقن ان الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأسى المال في شركة المقايضة بالمال بعد وجودها في ابتداء العقد لان وجود المساواة بين المالكين في ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط بقائها معتقدة لانها مقايضة في الحالين فلا بد من معناها في الحالين وعلى هذا يخرج ما اذا تقاضا والمال مستوى ثم ورت أحدهما ما لا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك في يده انه تبطل المقايضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد وان ورت عرضا لا تبطل وكذا لو ورت ديونا لا تبطل ما لم يقبض الديون لانها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو زاد أحد المالكين على الآخر قبل الشراء بان كان

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

كتاب المضاربة

يحتاج في هذا الكتاب الى معرفة جواز هذا العقد والى معرفة ركنه والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكمه والى معرفة صفة العقد والى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه اذا بطل والى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب (اما) الاول فالقياس انه لا يجوز لانه استتجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكنا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخر ون يضربون في الارض يتنغون من فضل الله والمضارب يضرب في الارض يتنغى من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيتم الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تتنغوا فضلا من ربكم (وأما) السنة فاروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة (وأما) الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر وسيدنا عائشة رضي الله تعالى عنهم ولم يتقبل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعاً وروى ان عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الأشعري أمير بها فقال لهما لو كان عندي فضل لا كرمتكما ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه اليكما فابتاعا به متاعاً واحملاه الى المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه الى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضي الله عنه هذا مال المسامين فاجعلار بحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك متنا لضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف وليت المال النصف فرضي به سيدنا عمر رضي الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في سائر الاعصار من غير انكار من أحد واجماع أهل كل عصر حجة فتترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضاً وهو ان الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم

فصل في أركان العقد فالأيجاب والقبول وذلك بألفاظ تدل عليهما فالأيجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدى معاني هذه الألفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة علي ان مارزق الله عز وجل

أو أطمع الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا اذا قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصرح مأخوذة من الضرب في الارض وهو السير فيها سمي هذا العقد مضاربه لان المضارب يسير في الارض ويسعى فيها لا ابتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صرح في عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضارب بمقارضة كما يسمون الاجارة ببيعاً ولان المقارضة مأخوذة من القرض وهو القطع سميت المضارب بمقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة لتظن يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان مارزق الله عز وجل من شئ فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لانه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد والعبرة في العقود لما فيها الاصول والالفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكروا في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا فان كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا قبل هذا كان مضارباً باستحسانا والقياس ان لا يكون مضارباً (وجهه) القياس انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضارب به الا بالشراء والبيع (وجهه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الالباع ذكر البيع وهذا معنى المضارب به ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضارباً باستحسانا والقياس ان لا يكون لانه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضارب به (وجهه) الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملاً يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به ربيعاً أو بالبنصف أو ربيعاً بالنصف ولم يزد على هذا شيئاً فاشترى كما أمره فهذا فاسد وللمشترى أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لانه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولاذكري ما يوجب ذكر البيع ليحمل على المضارب به فحمل على الاستحسان على الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير اذن الامر لانه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيئاً لا ينفذ بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفاً مال الغير بغير اذنه وان اجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والتمن لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا اجاز فقد زال المانع وكذلك لو كان لا يدري حاله انه قائم أو هالك فأجاز لان الاصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لا عرف ان مالا يكون محلاً لانشاء العقد عليه لا يكون محلاً لاجازة العقد فيه وان علم انه هالك فلا اجازة باطله لما ذكرناه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم ليشتري بها ويبيع فارجح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان الوضعية على عليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضعية على رب المال لان شرط الوضعية على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن علي بن الجعد عن أبي يوسف لو ان رجلاً دفع الى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرصاً ولا شركة وقال ما ربحت فهو بيننا فهذه مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكر الشراء والبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضارب به جائزة قياساً واستحساناً والمضارب مباشر وما بقي فرب المال والاصل في جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه تمامه له لا بالشرط فلا يفترق استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالمقدار اعرف هذا فنقول في هذه المسئلة اذا سمي للمضارب جزء معلوما من الربح فقد وجد في حقه ما يفترق الى استحقاقه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب المال به ولو قال خذ هذا المال

مضاربة على ان لي نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي رحمه الله ولكنها جائزة استحسانا ويكون للمضارب النصف (وجه) القياس ان رب المال يجعل للمضارب شيئا معلوما من الربح وانما سمي لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وانما الحاجة الى التسمية في حق المضاربة ولم يوجد فلا تصح المضاربة (وجه) الاستحسان ان المضاربة تقتضي الشركة في الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب كأنه قال خذ هذا المال مضاربة على ان لك النصف كما في ميراث الابوين في قوله سبحانه وتعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث لما كان ميراث الميت لابوينه وقد جعل الله تعالى عز وجل للام منه الثلث كان ذلك جعل الباقي للاب كذا هذا ولو قال على ان لي نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقي لرب المال لما ذكرنا ان استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من نماء ماله فاذا سلم المشرط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال لكونه من نماء ماله ولو قال رب المال على ان مارزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضي المساواة اذ الميئين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه ونبيهم ان الماء قسمة بينهم وقد فهم منها التساوي في الشرب قال الله سبحانه وتعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزء من الربح في عقد المضاربة للاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الآخر فاما اذا شرط لهما وغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث اجنبيا أو كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهم اثلاثا وان لم يشرط عليه العمل لم يجز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشرط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد المضارب فان كان عليه دين فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ان شرط عمله لان المضارب لا يملك كسب عبده فكان كالاجنبي وان لم يشرط عمله فمأشروطه فهو لرب المال لما ذكرنا في الاجنبي وعند أبي يوسف ومحمد المشرط له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهذا التفصيل أيضا انه ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالاجنبي عند أبي حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشترط عمله فمأشروطه فهو لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل لان المولى يملك كسب عبده كان عليه دين أولا فان لم يكن على العبد دين ففي عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه اذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروط للمولى وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين وفي عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال لان المشرط له يكون مشروطا لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كأن رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا قالوا الوشرط ثلث الربح للمضارب والثلث لتضاهدين المضارب والثلث لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال وكذا الوشرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث لتضاهدين رب المال ان الثلثين لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لتضاهدين كل واحد منهما مشروط له

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب وبعضها يرجع الى رأس المال وبعضها يرجع الى الربح (اما) الذي يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة لان المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكر شرائط أهلية التوكيل والوكالة في كتاب الوكالة ولا يشترط اسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي والحر في المستأمن حتى لو دخل حر في دار الاسلام بأمان فدفع ماله الى مسلم مضاربة أو دفع اليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لان المستأمن في دارنا بمنزلة الذمي والمضاربة مع الذمي مضاربة جائزة فكذلك مع الحر في المستأمن فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما في دار واحدة وان

كان المضارب هو الحربي فرجع الى داره الحربي فان كان غير اذن رب المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز ويكون على المضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرط ان يرجع الى دار الاسلام مسالماً أو معاهداً أو بأمان استحساناً والقياس ان تبطل المضاربة (وجه) القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل امانه وعاد الى حكم الحرب كما كان فبطل أمر رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لانه لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الامر به وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفع اليه حربي ما لا مضاربة مائة درهم انه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا أو ربح أو وضع فالوضعية على رب المال والربح على ما اشترط ويستوفى المضارب مائة درهم والباقي لرب المال وان لم يكن في المسال ربح الا مائة فهي كلها للمضارب وان كان أقل من مائة فذلك للمضارب أيضاً ولا شيء للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا من الربح فاما على قول أبي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلاف فهم في جواز الربح في دار الحرب للمعلم (وأما) الذي يرجع الى رأس المال فأناؤه (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم والدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجاوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب الشركة ان ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى لو هلك قبل التسليم لا شيء على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ولا يتعين يكون مضموناً عند الشراء به حتى لو هلك العين قبل التسليم فعلى المشتري به ضمانه فكان الربح على ما في الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض تؤدي الى جهالة الربح وقت التسمية لان قيمة العروض تعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تقضي الى المنازعة والمنازعة تقضي الى الفساد وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز لانه لم يصف المضاربة الى العروض وإنما أضافها الى الثمن والنهن تصح به المضاربة فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالاثمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى مال التصح المضاربة به وهو الخنطة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك البيع بغير الاثمان ولا تفسد المضاربة لانها لم تصر مضافة الى مال يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهب والفضة فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير والا مرفيه موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزيوف والنهرجة فتجوز المضاربة به اذ كره محمد رحمه الله لانها تتعين بالعقد كالجباد (وأما) المستوقفة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وذكر ابن سماعه عن أبي يوسف في الدراهم التجارية لا تجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لانهم يتبايعون بالخنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا الكلام فيها في كتاب الشركة فالخاصل أن في جواز المضاربة بها روايتين عن أبي حنيفة ذكر محمد في المضاربة الكبيرة في الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند أبي حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز والصحيح من مذهب أبي يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت اثماناً كالدرهم والدنانير وعند أبي حنيفة وأبي يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن يكون معلوماً فان كان مجهولاً لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدي الى جهالة الربح وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة (ومنها)

أن يكون رأس المال عينا لا ديناً فان كان ديناً فالمضاربه فاسدة وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل
ديع فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربه بالنصف أن المضاربه فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضاربه
وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه
وضيعته بناء على أن من وكل رجلاً يشترى له بالدين الذي في ذمته لم يصب عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما
في ذمته عنده وإذا لم يصب الا من بالشراء بما في الذمة لم تصح اضافة المضاربه الى ما في الذمة وعندهما يصب التوكيل
ولكن لا تصح المضاربه لان الشراء يقع للموكل فتصير المضاربه بعد ذلك مضاربه بالعرض ولا نه بصير في التقدير
كانه وكله بشراء العرض ثم دفعه اليه مضاربه فتصير مضاربه بالعرض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالي على
فلان من الدين واعمل به مضاربه جاز لان المضاربه هنا أضيفت الى المقبوض فكان رأس المال عينا لا ديناً ولو
أضاف المضاربه الى عين هي أمانة في يد المضاربه من الدراهم والدنانير بان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما في يدك
مضاربه بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان أضافها الى مضمونة في يده كالدرهم والدنانير المعصومة فقال للغاصب
اعمل بما في يدك مضاربه بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربه
تتضمن كون المال أمانة في يد المضاربه والمغصوب مغصوب في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربه فلا يصح ولا ي
يوسف أن ما في يده مضمون الى ان يأخذ في العمل فاذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى
المضاربه فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاهبا ن دفع مالا الى رجل بمضاربه أو بمضاربه غير مضاربه
مشاعا في المال فالمضاربه جائزة لان الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضاربه يتمكن من التصرف في المشاع
وكذا الشركة لا تمنع المضاربه فان المضاربه اذا ربح يصير شريكا في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربه فاذا
لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا دفع الى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربه
ان ذلك جائز أما جواز المضاربه فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وان كان القرض تبرعا والشيوع يمنع صحة التبرع
كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لانه وان كان في الحال تبرعا لانه لا يقابل له عوض للحال فهو تملك المال بعوض
في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد المثل لارد العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فانها
تبرع محض فعمل الشيوع فيها واذا جاز القرض والمضاربه كان نصف الربح للمضاربه لانه ربح ملكه وهو
القرض ووضيعة عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرط لانه ربح مستفاد بمال المضاربه ووضيعة
على رب المال ولا تجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لانه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحد الشريكين بقسمته
قالوا ولو كان قال له خذ هذه الالف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الاخر مضاربه على أن الربح
لي فهذا مكره لانه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر شعرا
فان عمل على هذا فرح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة (أما) الربح فلان المضاربه ملك نصف المال
بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الاخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال (وأما) الوضيعة فلانها
جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة على قدره ولو قال خذ هذه الالف على أن نصفها مضاربه بالنصف
ونصفها هبة فقبضها المضاربه على ذلك غير مقسوم فاهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال
فرح كان نصف الربح للمضاربه حصبة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرط والوضيعة عليهما أما نصف الربح
للمضاربه حصبة الهبة فلانه يثبت الملك له فيه اذا قبض بعد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الاخر فاما يكون ربحه
بينهما على الشرط لانه استفيد بمال المضاربه مضاربه بحسبة (وأما) كون الوضيعة عليهما فلانها جزء هالك من
المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضاربه قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لانه
مقبوض بعد فاسد فكان مضمونا عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربه

فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ما سمي من المضاربة والبضاعة والوضعية على رب المال ونصف الربح
 لرب المال ونصفه على ما شرط لان الاشاعة لا تمنع من العمل في المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة
 وانما كانت الوضعية على رب المال لانه لا ضمان على المبيع والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة
 من الربح لرب المال خاصة لان المبيع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ما شرط انه ربح حصل من
 مال المضاربة والمضاربة قد سحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع اليه على أن نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها
 مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال في يد المضارب على ما سمي لان كل واحد منهما أعنى الوديعة والمضاربة أمانة فلا
 يتنافيان فكان نصف المال في يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة إلا أن التصرف لا يجوز الا بعد القسمة لان كل جزء
 من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف في الوديعة لا يجوز فان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد
 النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضعية عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على
 ما شرط لان قسمة المضارب المال لم تصح لان المالك لم يأذن له فيها فاذا افرز بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال
 المضاربة فاما كان في حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان في حصة المضاربة فهو على الشرط ومن
 هذا الجنس ما اذا دفع الى رجل متاعا فباع نصفه من المدفوع اليه بخسامة ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثلث
 كله مضاربة على أن يارزق الله تعالى من شئ فهو بيننا نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخسامة ثم عمل بها
 وبالخسامة التي عليه فربح في ذلك أو وضع فالوضعية عليهما نصفان والربح بينهما نصفان في قياس قول أبي حنيفة رحمه
 الله لان من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشتري له بذلك الدين شيئا لا يصح والمشتري يكون للمأمور
 لا للآمر ويكون الدين على المأمور حالة واذا كان كذلك فهنا أمران يعمل بالدين ونصف ثمن المباع فربح
 في حصة الدين فهو للمدفع اليه لانه تصرف في ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع
 والوضعية عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) في قياس قول أبي يوسف ومحمد فقد اراد ربح
 في الخسامة التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ما شرط وما ربح في النصف الذي عليه من الدين
 يكون لرب المال لان من أصلهما أن الأمر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه اذا اشتري صار عرضا
 والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة هنا جائزة في النصف فاسدة في النصف فالربح في الصحيحة يكون
 بينهما على الشرط وفي الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث والمضارب الثلثين والمسئلة بحالها
 فان في قول أبي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما شرط نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب
 الدافع كانه قال له اعمل في نصيبك على ان الربح لك واعمل في نصيبي على انك ثلث الربح من نصيبي (وأما) على
 قياس قولهما فقد دفع اليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فالربح في النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال
 لانه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرط فصار لرب المال ثلثا الربح
 وللمضارب الثلث وان كان شرط لرب المال ثلث الربح والمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان في قول أبي حنيفة لان
 رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال
 باطل فيكون الربح على قدر المال وفي قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لان المضاربة فيه فاسدة وللمضارب
 ثلث ربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال الى المضارب لانه أمانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة
 ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة لما
 قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعقدت على رأس مال
 من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطاً
 موافقاً مقتضى العقد بخلاف الشركة لانها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض

مقتضى العقد وكذا الوشرط في المضاربه بعمل رب المال فسدت المضاربه بسوء عمل رب المال معه أو لم يعمل لان شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال الى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع اليه المال بضاعة جازلان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقداً بدمن زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربه حتى ان الاب أو الوصي اذا دفع مال الصغير مضاربه وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربه لان يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكي المفاوضة أو العنان اذا دفع مالاً مضاربه وشرط عمل شريكه مع المضارب لان لشريكه فيه ملكاً فيمنع التسليم (فاما) العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فان كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربه لم يفسد المضاربه كالأب والوصي اذا دفع مال الصغير مضاربه وشرط أن يعمل مع المضارب بجزء من الربح لانهما لو أخذوا مال الصغير مضاربه باقتساماً جاز فكذا اذا شرط عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي وان كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربه فشرط عمله فسد العقد كما إذا دفع مالاً مضاربه وشرط عمله مع المضارب لان المأذون وان لم يكن مالكا لرقبة المال في التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده ما نعامن التسليم والقبض فيمنع صحه المضاربه وان شرط المأذون عمل مولا مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربه فاسدة لان المولى هو المالك للمال حقيقة فاذا حصل المال في يده فقد وجد المالك فيمنع التسليم وان كان عليه دين فالمضاربه جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي (وأما) المكاتب اذا شرط عمل مولا لم يفسد المضاربه لان المولى لا يملك اكساب مكاتبه وهو فيها كالأجنبي ولو دفع الى انسان مالا مضاربه وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الاول الى آخر مضاربه على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربه فاسدة لان اليد للمضارب والمالك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا في المضارب اذا دفع المال الى رب المال مضاربه بالثلث فالمضاربه الثانية فاسدة والمضاربه الاولى على حالها جائزة والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرط في المضاربه الاولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربه الثانية فلان يد رب المال يملك ويد المالك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربه الثانية وقيت المضاربه الاولى على حالها ولا يذكر القدوري رحمه الله في شرحه مختصر الكرخي خلافاً وذكراً للقاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنسخ المضاربه الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه (وجه) قوله أن زوال يد رب المال شرط صحه المضاربه فكانت اعادته يده اليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معيناً للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقى العقد الاول ولا أجر لرب المال لانه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الاجر (وأما) الذي يرجع الى الربح فانواع (منها) اعلام مقدار الربح لان المقود عليه هو الربح وجهالة المقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع اليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لان الشركة تقتضى المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء في الثلث ولو قال على أن للمضارب شركاً في الربح جاز في قول أبي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربه فاسدة (وجه) قول محمد أن الشركة هي النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك في السموات أي نصيب وقال تعالى وما لهم فيها من شرك أي نصيب فقد جعل له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولاً (وجه) قول أبي يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته في هذا الامر اشركه شركة وشركا قال القائل

وشاركنا قر يشأ في بقاها * وفي أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضاً لكن في الحمل على الشركة تصحيح للمقيد فيحمل عليها (ومنها) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً فان شرط عدداً مقدران

شرط أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز والمضاربة فاسدة لأن المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط بوجوب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطاً أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو قالا الا مائة درهم فانه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة في الربح لانه اذا شرط لأحدهما النصف ومائة فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمشروط له واذا شرط له النصف الا مائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح ولو شرط في العقد أن تكون الوضعية عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد اذا دخل في هذا العقد أنه ينظر ان كان يؤدي الى جهالة الربح بوجوب فساد العقد لان الربح هو المقنود عليه وجهالة المقنود عليه بوجوب فساد العقد وان كان لا يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضعية عليهما شرط فاسد لان الوضعية جزء هالك من المال فلا يكون الاعلى رب المال لانه يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تنقحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع الى المقنود عليه كالهبة والرهن ولائها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة وذكر محمد في المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة بصحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذكر في المزارعة اذا دفع اليه أرضه بثلاث الخراج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالزراعة باطلة من أصحابنا من قال في المسئلة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهدة معقود عليه وهو قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة يقتضي أن تصح المضاربة لانه عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرطاً فاسداً فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المستثنين لان معنى الاجازة في المزارعة أظهر منه في المضاربة بدليل أنها لا تصح الاجمعة معلومة والمضاربة لا تقتصر صحتها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع ألامضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دار ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرطاً فاسداً لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجره الدار والارض فصارت حصصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى المولى عن أبي يوسف في رجل دفع مالاً الى رجل مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو على أن يبيع في دار المضارب كان جائزاً ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع في أحد الدارين فاما خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجره له وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز ولم يذكر أنه لا يجوز الشرط ولا يجوز المضاربة وذكر القدرى رحمه الله أنه ينبغي أن يكون الفساد في الشرط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله هي مضاربة فاسدة وله أجره مثل ما اذا عمل (وجه) قوله أن المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطاً فاسداً (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصح قرضاً لانه أتى معنى القرض والعبرة في العقود لما فيها وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع

فصل في أحكام المضاربة فالمضاربة لا تخلو اما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام أما أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب مال كل واحد منهما أن يعمل وما ليس له أن يعمل وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

للمال بالمال (أما) الذي يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب
 به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لاعلى وجه البدل والوثيقة فاذا اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل
 بالشراء والبيع لانه تصرف في مال الغير بامرهم وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته
 أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى
 شراء فاسداً يملك اذا قبض لا يكون مخالفاً ويكون الشراء على المضاربة وكذا اذا باع شيئاً من مال المضاربة بيماً فاسداً
 لا يصير مخالفاً ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقاً يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفاً
 فاذا ظهر في المال ربح صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزءاً من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال
 لانه نساء ماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة
 الغاصب و يصير المال مضموناً عليه ويكون ربح المال كله بعدما صار مضموناً عليه لانه ربح بالضمان لكنه
 لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم في الغاصب
 والمودع اذا تصرف في المنصوب والوديعة وربحاً ولو أربد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب فالحيلة
 في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه
 الى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه واذا لم يهلك و ربح يكون الربح بينهما على
 الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الا درهما واحداً ويسلمه اليه ويشهد على
 ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال القرض درهما ورأس مال المستقرض جميع
 ما استقرض على أن يعمل جميعاً وشرطاً أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك
 المال في يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما) الذي يرجع الى عمل المضارب بماله
 أن يعمل بالعقد وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال
 مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيئاً من ذلك وتصرف
 المضارب في كل واحد من النوعين يتقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمل من غير الحاجة الى التنصيص
 عليه ولا الى قول اعمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له اعمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم
 منه ماله أن يعمل اذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمل رأساً وان نص عليه (وأما)
 القسم الذي للمضارب أن يعمل من غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيود
 وهي ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن مارزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة
 على كذا فله أن يشتري به و يبيع لانه يعمل بسبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد
 المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري
 أو باقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله لانه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس
 في مثله كان مشترياً لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة
 وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم في التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقداً ونسيئةً وبعين فاحش في قول أبي حنيفة
 رحمه الله فالمضارب أولى لان المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله
 وهي من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشتري ما بدله من سائر أنواع التجارات في سائر الامكنة مع سائر الناس لاطلاق
 العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان البضاعة من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والبضاعة
 طريق الى ذلك ولانه يملك الاستئجار فالابضاعة أولى لان الاستئجار استعمال في المال بعوض والابضاعة
 استعمال فيه بعوض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

يستأجر من يعمل في المال لانه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضا لان الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال
 بنفسه فيحتاج الى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجمع المال فيها لانه لا يقدر على حفظ المال الابنه وله أن يستأجر
 السفن والدواب للحمل لان الحمل من مكان الى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء
 والبيع لان التوكيل من عادة التجار ولانه طريق الوصول الى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان
 المضاربة اعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشيء ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره
 بمطلق الوكالة الا اذا قيل له اعمل برأيك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع
 في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولى والشيء لا يستتبع مثله وكل مال المضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل
 فيه غيره وكل مالا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لانه لا يملك أن يعمل بنفسه فيوكيله
 أولى وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرهن بدين له منها على رجل لان الرهن بالدين
 والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بمعدني
 رب المال عن العمل ولا بمعدونه لان المضاربة تبطل بالنيهي والموت الا في تصرف ينضربه رأس المال والرهن
 ليس تصرفا ينضربه رأس المال فلا يملك المضارب ولو باع شيئا وأخر الثمن جاز لان التأخير للثمن عادة التجار وأما
 على أصل أي حنيفة عليه الرحمه فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لان تصرفه اعم من تصرف
 الوكيل الا أن الوكيل بالبيع اذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك أن يستقبل
 ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة فاذا أخر ضمن (وأما)
 عند أبي يوسف فاعجاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو
 يستقبل فيها ثم يبيعها نسيئة فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يجتال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال
 عليه أو معسر لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الى الدين قد يكون أيسر من ذمة المحال عليه منه من ذمة المحيل
 بخلاف الوصي اذا احتال بمال اليتيم ان ذلك ان كان أصلح جاز والا فلا لان تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على
 النظر وتصرف المضارب مبني على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا بيضاء ويشترى ببعض المال طعاما
 فيزرع فيها وكذلك له أن يقبلها لغيرس فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جائز والربح على ما شرط لان الاستعجار
 من التجارة لانه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملك المضارب والمضارب أن لا يسافر بالمال
 لان المقصود من هذا العقد استئناء المال وهذا المقصود بالسفر أو فرولان العقد صدر مطلقا عن المكان فيجوز على
 اطلاقه ولان ما أخذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض وهو السير قال الله تبارك وتعالى
 وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله ولانه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من
 فضل الله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف في رواية محمد عنه وفي رواية أصحاب الاملاء عنه ليس له
 أن يسافر وروى عنه انه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين الذي لا يثبت وبين ماله حمل ومؤنة وبين ماله حمل
 له ولا مؤنة في الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك في كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف
 عن أبي حنيفة رحمه الله انه اذا دفع اليه المال بالكوفة وهما من أهلها فان أبا حنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان
 الدفع في مصر آخر غير الكوفة فالمضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة
 (وأما) وجه رواية أبي يوسف عنه فهو ان المسافر بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا أو دلالة فاذا
 دفع المال اليه في بدنه فلم يأذن له بالسفر نصا ولا دلت لم يكن له أن يسافر واذا دفع اليه في غير بدنه فقد وجد دلالة
 الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربا ويترك بدنه فكان دفع المال في غير بدنه
 رضا بالرجوع الى الوطن فكان اذا دلالة وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية لان الاذن بالتجارة

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة
أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم اذا حقهم دين سواء كان المولى حاضر أو غائبا لان البيع في الدين
من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل انسانا خطأ وقيمه مثل مال المضارب بأن
كان رأس المال الف درهم فاشترى بها عبد أقيمه الف فقتل انسانا خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء لان
الدفع أو القداء ليس من التجارة ولا ملك أيضا للمضارب في رقبته لا نعدام الفعل والتدبير في جنايته الى رب المال
لان رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون اذا جنى انه يخاطب المأذون بالدفع أو
القداء مع غيبة المولى لان العبد المأذون في التصرف كالحر لانه يتصرف لنفسه كالححر بدليل انه لا يرجع بالعهد على
المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهد عليه فلما لم يرجع دل انه يتصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى في كسبه عند
فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى في مخاطب بالدفع كالححر (فأما)
المضارب فانه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهد عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق
بين المستلثين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب القداء فله ذلك لانه بالقداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة
في الجملة لتوهم الرجوع ولو دفع رب المال او فدى خرج العبد من المضاربة (أما) اذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع زال
ملكه لا الى بدل فصار كما نهلك واذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار القداء دليل
رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الرجوع لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألقي في جناية خطأ
لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء اذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لاصحاب الجناية على المضارب ولا على
الغلام سبيل الا ان لهم أن يستوتقوا من الغلام بكفيل الى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو القداء اذا كان
المضارب غائبا وليس لاحدهما أن يفدى حتى يحضرا جميعا فان فدى كان متطوعا بالقداء فاذا حضر ادفع أو فدى فان
دفع فليس لهما شيء وان فدى كان القداء عليهما أرباعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال
أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله ان نصيب المضارب لم يتعين في
الرجوع لعدم تعين رأس المال لان التبعين بالقسمة ولم توجد في المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم
الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه اذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا اعتته
تفدا عتاقه في نصيبه واذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله ان حقه لم يتعين
في الرجوع لعدم تعين رأس المال فمنع بل تعين ضرورة لزوم القداء في نصيبه ولا يلزم الا بتعيين حقه ولا بتعيين حقه الا
بتعيين رأس المال ولا بتعين رأس المال الا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فان اختار أحدهما الدفع والآخر القداء
فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير ان في العبد المشترك اذا حضر أحد الشرىكين
وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو القداء وهما لا يخاطب واحدا منهما لم يحضرا جميعا لان
تصرف أحدهما يتضمن قسمه لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو القداء والقسمة لا تصح الا بحضورهما
والدفع أو القداء من أحد الشرىكين لا يتضمن قسمة ولا حكما في حق الشرىك الآخر فلا يقف على حضوره وهذا
بخلاف العبد المرهون اذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ أنه يخاطب الرهن والمرتهن بحكم الجناية فان
اختار أحدهما الدفع والآخر القداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الامرين لان الملك هناك واحد
فاختلاف اختيارهما يوجب تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وهنا
مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وقد قالوا اذا غاب
أحدهما وادعت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضرا الا كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير في الجناية
اليهما فلا يجوز سماع البينة على أحدهما مع غيبة الآخر وانما أخذ بالعبد كفيل لانه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولي الجناية لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد في الشراء والبيع ترجع الى المضارب لا الى رب المال لان المضارب هو العاقد فهو الذي يطالب بتسليم المبيع ويطالب بتسليم الثمن ويقبض المبيع والثمن ويرد بالعيب ويرد عليه ويخاصم ويخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا ميبا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فلمضارب أن يردده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يردده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبدا فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضى به فقد أبطل حق نفسه ولو أن رب المال دفع اليه ألف درهم مضارباً على أن يشتري بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب ولم يره فليس له أن يردده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضاه منه بذلك العيب فكانه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما اذا أمره بشراء عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشتري العبد المبيع لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به وهل له أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها أجنبي الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار نفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة فقيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولو دفع المال الى رجلين مضارباً فليس لأحدهما أن يبيع ويشترى بغير اذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيئاً مما للمضارب الواحد أن يعمله سواء قال لهما عملاً برأبكما ولم يقل لانه يرضى برأبهما ولم يرض برأبى أحدهما فصاراً كالكيلين واذا أذن له الشريك في شيء من ذلك جاز في قولهم جميعاً لانه لما أذن له فقد اجتمع رأبهما فصار كأنهما عقد جميعاً (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمله الا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال ويكون ديناً على المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة في رأس المال من غير رضارب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فان المضارب يرجع الى رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لأزمنناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز ثم الاستدانة هي أن يشتري المضارب شيئاً بثمن دين ليس في يده من جنسه حتى انه لو لم يكن في يده شيء من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيئاً بالدراهم أو الدنانير لم يجز على المضاربة وكان المشتري له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن ليس في يده من جنسه فكان مستديناً على المضاربة فلم تجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء وجد نقاداً عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل لانه لما اشترى بما ليس في يده من جنسه صار مستديناً على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما في يد المضارب من العبد أو العرض يساوي رأس المال أو أكثر فاشترى شيئاً للمضاربة بالدراهم والدنانير لبيع العرض ويؤدي ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً لما ذكرناه استدانة ولو باع ما في يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشتري باكثر من رأس المال الذي في يده لان الزيادة تكون ديناً وليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بالفي درهم ومال المضاربة ألف كانت حصة الألف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على الألف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته وان زيادة دين عليه في ماله لانه يملك الشراء بالألف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم في يده فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكييل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل اذا لم يكن في يده شيء من ذلك لان الشراء بغير المال يكون استدانة على المال ولو كان في يده من مال المضاربة مكييل أو موزون فاشترى ثوباً أو عبداً بمكييل أو

موزون موصوف في الذمة كان المشتري للمضارب لان في يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان في يده دراهم فاشترى سلعة بدرهم نسبتة لم يكن استدانة لان في يده من جنسه ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانيراً وكان في يده دنانير فاشترى بدرهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعرض (وجه) الاستحسان ان الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أمان الاشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنائيات وقيمة المتلفات ولا يتعدر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكانا بمنزلة شيء واحد فكان مشترياً بثن في يده من جنسه وكذلك لو اشترى بثن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه في الصفة بان اشترى بدرهم بيض ورأس المال دراهم سوداً واشترى بصحاح ورأس المال غلة أو اشترى بدرهم سود ورأس المال دراهم بيض أو اشترى بدرهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شيء من ذلك على المضاربة ويكون استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمدان اشترى بما صفتها انقص من صفة رأس المال جاز وهذا يشير الى أنه لو اشترى بما صفتها أزيد من صفة رأس المال انه لا يجوز على المضاربة (وجه) انه اذا اشترى بما صفتها انقص من صفة رأس المال كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز واذا اشترى بما صفتها أكمل لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولو كان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانيراً أو بفلوس قيمة ذلك الف لا يملك أن يشتري بعد ذلك على الف المضاربة شيئاً بالف أخرى أو غير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقاً بالثن الاول فلواشترى بعد ذلك لصار مستديناً على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولاً بعد الخمسة لا يملك بعد ذلك أن يشتري الا بقدر خمسة لان الخمسة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال لان ذلك صار مستحقاً من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى باكثر مما بقي صار مستديناً على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له أن يشتري متاعاً بثن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبداً بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفي يده جاز وان كان في يده أوجد مما اشترى به أو دون لم يكن للمضاربة ولو كان للمضارب لانه اذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستديناً على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة في الدراهم لان اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف الصفة أولى لانه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم في جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لان قوله اعمل برأيك تفويض اليه فيما هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصاً ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثياباً ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعاً في ذلك كله لانه اذا لم يبق في يده شيء من رأس المال صار بالاستعجار مستديناً على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقد لنفسه متطوعاً في مال الغير كما لو حمل متاعاً غيره أو قصر ثياباً بالغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك اذا صبغها سوداً من ماله فنقصها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ولا يصبر بشر يكاب السواد لانه لم يوجب في العين زيادة بل أوجب نقصانها فيها ولا يضمن بفعله سواء قال له اعمل برأيك أو لم يقل لانه ما دون فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب به سوداً

فنفقها ذلك لمضمن وكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بصفر أو زعفران أو صبغ يزيد فيها وليس في يده من مال المضاربه شيء فان كان لم يقل اعمل برأيك فهو ضمان ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فما اصاب المتاع فهو مال المضاربه وما زاد الصبغ فالمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربه والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربه ولم يقل له اعمل برأيك يضمن وصار كأجني خلط المال ولو صبغ الثياب أجني كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضار بائتمنها على الشركة كذا هذا وان كان قال له اعمل برأيك فلا ضمان عليه لانه اذا قال ذلك فله ان يخلط مال نفسه بمال المضاربه والصبغ على ماله فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فما اصاب ذلك كان في المضاربه وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا اذن للمضارب ان يستدين على مال المضاربه تجازله الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشتري بينهما نصفين لانه لا يمكن ان يجعل المشتري بالدين مضاربه لان المضاربه لا تجوز الا في مال عين فتجعل شركة وجوه ويكون المشتري بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما في المضاربه نصفين أو أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربه وقد بينا في كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل في الضمان فان شرط التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وان اطلقا كان المشتري نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح واذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربه فلا يملك المضارب ان يرهن به مال المضاربه الا باذن رب المال فان اذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له ان يقرض مال المضاربه لان القرض تبرع في الحال اذ لا يقابله عوض للحال وانما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتل التبرع وكذلك الهبة والصدقة لان كل واحد منهما تبرع ولا يأخذ سفتجة لان أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذلك يعطى سفتجة لان اعطاء السفتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة أنه قال ليس له ان يقرض ولا ان يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج وأقرض ان أحببت فاما اذا قال له اعمل في ذلك برأيك فاما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربه واخلط المال وهذا قول أبي يوسف وقولنا ما ذكرنا ان قوله اعمل في ذلك برأيك تفويض الرأي اليه في المضاربه والتبرع ليس من عمل المضاربه وكذلك الاستدانة بل هي عند الاذن شركة وجوه وهي عقد آخر وراء المضاربه وهو انما فوض اليه الرأي في المفاوضة خاصة لا في عقد آخر لا تعلق له بها فلا يدخل في ذلك وليس ان يشتري بما لا يتعابن الناس في مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشتري يصير محالفا لان المضاربه توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو ان يكون بمثل القيمة أو بما يتعابن الناس في مثله ولان الشراء بما لا يتعابن في مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربه وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدني في ذمة المفلس فكان في معنى التبرع ولا أنه ليس بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال وليس له ان يكتب لان الكتابة ليست بتجارة لا نعدام مبادلة المال بالمال لهذا لا يملك المأذون له في التجارة وليس له ان يعتق عبداً من المضاربه اذا لم يكن في نفس العبد فضل عن رأس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيد ولا لانه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فالاعتاق بغير مال أولى ولا ملك للمضارب في العبد مما لا ينفذ اعتاقه وسواء كان في يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن لان العبد اذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول برأس المال بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال وان كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز اعتاقه في قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال فقد تعين المضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه في قدر نصيبه كعبد بين شر يكن اعتقه أحدهما وكذلك ان كاتب
عبد آمن المضاربة أو اعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يحجز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شر يكن اعتقه أحدهما
على مال فاذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء
لانه لا يتضرر به في الحال وفي الثاني أما في الحال فلا يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته مادام شي منه فكذا هذا (وأما الثاني
فسلانه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقي على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة
للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشرى يكن اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشرى
نقض بيعه وان باع ملك نفسه ما أن الشرى يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج الى قسمين
قسمة البيت مع المشتري وقسمة بقية الدار مع الشرى الاول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا
هذا بخلاف ما اذا بر المضارب نصيبه أو عتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع اذا أمكن
وهناك لا يمكن لان التدبير والاعتاق تصرفان لا يمتثلان للفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ
عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا أن لرب المال أن يأخذ مما أداه المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب
عبد مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبيدين قيمة كل واحد منهما ألف
فاعتق أحدهما انه لا يجوز اعتاقه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز اعتاقه في نصيبه منهما لان رأس المال ليس الا
الالف فما زاد على ذلك يكون ربها ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه في نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب
ملك في أحد العبيدين لان كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والاخر ربها فليس أحدهما بأن يجعل رأس
المال والاخر ربها أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين في
الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب في الربح وكذلك لو كان في يد المضارب
عشرون عبدا قيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه في واحد منهم لانه لا يتعين
للمضارب في واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون رأس المال فاذا لم يملك شيأ منهم لا ينفذ اعتاقه
من مشايخنا من قال هذا على أصل أبي حنيفة ان العبيد والجواري لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم
على حدة لان العبيد والجواري بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك في الاجناس المختلفة
من العروض ونحوها فأما على أصل أبي يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ
اعتاقه في قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا بالاتفاق لان عندهما انما يقسم القاضى قسمة واحدة اذا
رأى القاضى ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد دون بيان الثمن
بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا لو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة الفطر بسببهم في عامة
الروايات والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه الى بعض
ويتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال واذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال
لا يضم أحدهما الى الآخر فلا يتعين للمضارب في أحدهما ملك لا اشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا في
هذه المسئلة ان رب المال لو عتق العبيد نفذ اعتاقه في جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملك نفذ على
رب المال فاذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصص المضارب فيهم سواء كان موسرا أو معسرا (أما الضمان
فلان المضارب وان لم يملك شيأ من العبيد فقد كان له حق ان يملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما استوى
فيه اليسار والاعسار لانه اعتق الكل مباشرة ونفذ اعتاقه في الكل فصارت لهما المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه
يعتق نصيب العتق ابتداء ثم يسرى الى نصيب الشرى على أصل أبي يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار
والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبدا من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه ان لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تحرير وانها مبنية على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه لم ادعى النسب ولا ملك له في الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فاذا ازدادت قيمته فقدم ملك جزأ منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملك انه تنفذت دعوته بخلاف ما اذا اعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير لا يتوقف كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيئاً ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لانه ليس لاحدهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخي وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على انها علق على ان يشتريها فاما اذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسئلة يتغير لان المضارب يفرم العقر مائة فاذا استوفى هارب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال وصار تسعاً فثبتت للمضارب ملك فيهما جميعاً فنفذت دعوته ويثبت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الام سبعمائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يفرم خمسين درهما وهو تمام ما بقي من الام فظهر ان الولد يرجح بينهما فيعتق نصف الولد من المضارب به ويسعى في النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب هو الصحيح وذكر محمد في الاصل مسئلة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوى ألفا فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويقوم العقر فان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الرجح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الرجح في الجارية حتى يصل الى رب المال شئ من المال فلا يملك شيئاً منها ولا صحة للاستيلاء بدون الملك ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت ألفين فان الجارية أم ولد له لظهور الرجح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وان لم يكن له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون فعله أو من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله ولو زادت قيمتها جميعاً فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لانه ملك بعض كل واحد منهما لانه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية التي درهم وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الرجح ألفاً ومائة وللمضارب أن يستوفى من رجح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقي من الولد مقدار تسعاً فارجح بينهما لان لكل واحد منهما أربعمائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقي الولد يرجح بينهما يسعى في نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدوري رحمه الله هذا الذي ذكره عيسى هو جواب محمد في المسئلة التي قدمناها اذا لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد في المسئلة الزيادة تجب أن يقول اذا لم تزد قيمتها ينبغي أن يفرم المضارب الف والمائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقي تسعاً فبينهما فن أحسبنا من قال القياس ما أجاب به في المسئلة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يفرم بعد ما غرم تمام رأس ماله الا نصف ما بقي من الام لان نصف ما بقي من الام يرجح بينهما فلا يجوز أن يفرم الكل والذي أجاب به في مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والعتق والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية

الرق ومن أصحابنا من قال إنما افترت المسئلةان لوصفهما لان سبب العتق في مسئلة الزيادة زيادة قيمة الولد وفي المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العتق فلما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه أن يجتمع ربحه في الجارية (وأما) في المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية لان المضارب قد ملكها وقد قيل أيضا ان في تلك المسئلة انما قصد تكثير العتق وفي المسئلة الاخرى اذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا في المضارب اذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية أم ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوة صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى وقت العلوق ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا تجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطى ملك نفسه وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة في موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد انه ليس له أن يزوج أمة من المضاربة لانه لا يملك أن يشتري شيئا من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جائز اذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلانه اذا لم يكن في المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن المضاربة فلان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع وإبرازها للمشتري وكان اتفاقهما على التزويج اخر اجاباها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما أخرجها من المضاربة صار كأنه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزويج ليس من التجارة وذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن يكون هذا قولهم لان عند أبي يوسف ان كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة على أن ينفق من المال لم يجز على رب المال وان كان له رب المال حين دفع اليه العمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كالموآجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الاتفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط في اجارة الخياط والصبغ في الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا ان ذلك فيسند تفويض الرأي اليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدله رب المال ولو أخذ أرضا مزارعة على أن يزرعها فخرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاما ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له اعمل برأيك لم يجز لانه يوجب حقا لرب الارض في مال رب المال فيصير كأنه شاركه بمال المضاربة وانه لا يملك الاشارك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل برأيك فاذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقر اذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعة وانما البقر آلة العمل والا لتتبع ما لم تقع عليها العقد ولو دفع المضارب أيضا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل لانه لم يوجب شركة في مال رب المال انما أجر أرضه والاجارة داخلة تحت عقد المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمله اذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة بشركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بماله نفسه اذا قال له رب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيئا من ذلك اذا لم يقل له ذلك أما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة

والشيء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضار به مثله وهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما) الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لأنها أعم من المضار به والشيء لا يستتبع مثله فافوقه أولى (وأما) الخلط فلا نه يوجب في مال رب المال حتماً لغيره فلا يجوز إلا باذنه وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب مال المضار به مضار به إلى غيره فنقول لا يخلو من وجوه أمان كانت المضار بتان صحيحتين وأمان كانتا فاسدتين وأمان كانت احدهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانتا صحيحتين فان المال لا يكون مضموناً على المضارب الا بالبيع مجرد الدفع إلى الثاني حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل بهلك أمانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضموناً بنفس الدفع عمل الثاني أو لم يعمل واذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً (وجه) قول زفر ان رب المال اذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضار به إلى غيره فاذا دفع صار بالدفع مخالفاً فصار ضامناً كالمودع اذا أودع (ولنا) ان مجرد الدفع ايداع منه وهو يملك ايداع مال المضار به فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا ضمان على الاول حتى يعمل به الثاني ويرجع فاذا عمل به ويرجع كان ضامناً حين يرجع وان عمل في المال فلم يرجع حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن أبي يوسف أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فاذا عمل ضمن ربح الثاني أو لم يرجع وهكذا روى ابن سماعه والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى ان هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجه) قولهما انه لما عمل فقد تصرف في المال بغير اذن المالك فيتمتع به الضمان سوا ربح أو لم يرجع ولا يضمن بالبيع ولا يضمن بالبيع لان ايداع وابطح ولا بالعمل لانه ما لم يرجع فهو في حكم المبيع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لانه مجرد قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال باثبات المضارب الاول فصار الاول مخالفاً فيضمن كما لو خلط مال المضار به بغيره أو شارك به واذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني أما على أصل أبي يوسف ومحمد في المودع اذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان الاول تعدى بالدفع والثاني تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع اذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسألة الودعة فيحتاج الى الفرق لان الضمان عنده على المودع الاول لا على الثاني وفي مسألة المضار به أثبت له خيار تضمين الثاني لان المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملاً لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة الاول لحفظ الودعة فلم يضمن فان ضمن المضارب الاول لا يرجع بما ضمن على الثاني وسحت المضار به بين الاول والثاني والربح على ما شرط لانه لما تقرر الضمان على الاول فقد ملك المضمون وصار كأنه دفع مال نفسه مضار به إلى الثاني فكان الربح على ما شرط لان الشرط قد صح وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الاول وصار حاصل الضمان على الاول لان الاول غره بالعقد فصار مغروراً من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كمودع الغاصب وهو ضمان كفالة في الحقيقة لان الاول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما اذا غصب رجس شيئاً فنهه فملك في يد المرتهن فاختر المالك تضمين المرتهن انه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن (وجه) الفرق ان قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين ان قبضه لم يصح فبين ان الرهن لم يصح اذ لا صحته بدون القبض فاما في المضار به فيضمن الثاني ابطال القبض بعد وجوده لان المضار به عقد جائز فكان لبقائه حكم الابتداء كأنه ابتداء العقد بعد أداء الضمان فكان التضمين ابطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل المضار به الا ترى ان المضارب لو باع المال من رب المال لا يبطل المضار به وان بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سماعه عن محمد انه يطيب الربح للأسفل ولا يطيب للاعلى على قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لان استحقاق الاسفل بعمله ولا يخطر في عمله فيطيب له الربح فاما للاعلى

فانما يستحق الربح رأس المال والملك في رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجبر في مال المضاربة والثاني أجبر الاول فصار كمن استأجر رجلا يعمل في ماله فاستأجر الاجير رجلا وان كانت احدهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثاني في المال لان المضارب الثاني أجبر الاول والاجير لا يستحق شيئا من الربح فلم يثبت له شركة في رأس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثاني لانه لا ضمان على الاجير وله أجر مثل عمله على المضارب الاول وللمضارب الاول ما شرط له من الربح لوقوع المضاربة بصحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثاني صحيحة فكذلك لان الاول أجبر في مال المضاربة فلاحق له في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذا الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه لم يحصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه وللتاني على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل مضاربة صحيحة وقد سمي له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل لرب المال اعمل برأيك فاما اذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره لانه فوض الرأي اليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فتقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضيفه الى المضارب بان قال على ان مارزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان أو قال ما أطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه الى المضارب بان قال على ان مارزق الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان ماربحت من شئ أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يضيفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثاني فثلث جميع الربح الثاني لان شرط الاول للتاني قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه للتاني فكان ثلث جميع الربح للتاني ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيئا فانصرف شرطه الى نصيبه لا الى نصيب رب المال فبقى نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للتاني فبقى له بالعقد الاول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر انسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل اجيره وقع له فكأنه عمل بنفسه كذا هذا ولو دفع الى الثاني مضاربة بالنصف فنصف الربح للتاني ونصفه لرب المال ولا شئ للمضارب الاول لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للتاني وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالمعقد الاول وصار كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بدرهم ولو دفعه اليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الاول بمثل سدس الربح الذي شرطه له لان شرط الزيادة ان ينفذ في حق رب المال لما لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثاني لان الاول غير الثاني بتسمية الزيادة والقرور في العقود من أسباب وجوب الضمان وهو في الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملتزما سلامة هذا القدر للتاني ولم يسلم له فيعزم للتاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك محالاً لان شرطه لم ينفذ في حق رب المال فالتحق بالعدم في حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة الاجرة كذا هذا ولو أضافه الى المضارب فدفعه الاول مضاربة الى غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ما شرط للتاني من الربح يسلم له وما شرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول (ووجهه) الفرق ان هنا شرط رب المال لنفسه نصف مارزق الله تعالى للمضارب أو نصف ماربح المضارب فاذا دفع الى الثاني مضاربة بالثلث كان الذي رزق الله عز وجل المضارب الاول الثلثين فكان الثلث للتاني والثلثان بين رب المال وبين المضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث

واذا دفع مضارباً بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثاني والنصف بينهما نصفين واذا دفعه مضارباً بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثاني والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفي الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى كل الربح وكذلك ان يخلط مال المضارب به بماله نفسه لانه فوض الرأي اليه وقد رأى الخلط واذا ربح قسم الربح على المالكين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضارب يكون بينهما على الشرط وكذلك ان يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضارب به مع حصة المضارب من الربح فيستوفي منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمله أصلاً ورأساً فشرء ما لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (أما) الاول فنحو شراء الميتة والدم والحجر والخزير وأم الولد والمكاتب والمدبر لان المضارب به تتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فلا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيئاً من ذلك كان مشترئاً لنفسه لا للمضارب به فان دفع فيه شيئاً من مال المضارب به يضمن وان اشترى ثوباً أو عبداً أو عرضاً من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضارب به لان المبيع هنا مملوك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسداً والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دابة اشترى به لا يكون على المضارب به لان الميتة والدم لا يملك بالقبض أصلاً (وأما) الثاني فنحو أن يشتري دار حرم محرمة من رب المال فلا يكون المشتري للمضارب به بل يكون مشترئاً لنفسه لانه لو وقع شراؤه للمضارب به لعق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى دار حرم محرمة من نفسه فان لم يكن في المال ربح فالشراء على المضارب به لانه لا يملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضارب به لانه اذا كان في المضارب به ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقي لانه معتق البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضارب به لما قلنا (وأما) المضارب به المقيدة فكما حكى المضارب به المطلقة في جميع ما وصفنا لا تقارقه الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيد ان كان مفيداً يثبت لان الاصل في الشرط اعتبارها ما أمكن واذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر بقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام المسامون عند شروطهم فيتعبد بالمدكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الاصل المهود في المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقاً فيما وراءه كالعالم اذا خص منه بعضه انه يبقى عاماً فيما وراءه وان لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً لان ما لا فائدة فيه يلعو ويلحق بالعدم اذا عرفنا هذا فتقول اذا دفع رجل الى رجل مالا مضارباً به على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير الكوفة لان قوله على ان من أفاض الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذلك السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدماً وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراءه ما تناوله العقد على أصل عدمه وكذلك لا يعطيهما بضاعة لمن يخرجها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلا يملك الا امر بذلك أولى وان أخرجها من الكوفة فان اشترى بها وباع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن وكان المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وان لم يشتري بها شيئاً حتى ردها الى الكوفة برى من الضمان ورجع المال مضارباً به على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يرد حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لانه المالم يتصرف به بتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه وورد ببعضه فما اشتراه فهو له وما رجع على المضارب به لانه تقرر الخلاف في القدر المشتري وزال عن القدر المردود ودفع اليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في الكوفة في غير

سوقها فهو جائز على المضاربه استحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به في سوق الكوفة أولا تعمل به الا في سوق الكوفة فعلم في غير سوق الكوفة يضمن لان قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة محجور له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفي الفصل الاول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد فلما ولو قال له خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم يجز له العمل في غيرها لان في كلمة ظرف قد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي اذن له فيه فلوجاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك اذا قال له اعمل به في الكوفة لما قلنا ولان القاء من حر ورف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف في غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباء حرف الصاق فتقتضي التصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها ولو قال خذ هذا المال مضاربه واعملى به في الكوفة فله ان يعمل به بالكوفة وحيث ما بداله لان قوله خذ هذا المال مضاربه اذن له في التصرف مطلقا وقوله واعملى به في الكوفة اذن له بالعمل في الكوفة فكان له ان يعمل في أي موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبدا من عبيدي ثم قال له اعتق عبيدي سالما ان له ان يعتق أي عبدا شاء ولا يتقيد بالتوكيل باعتق سالم كذا هذا اذا المضاربه بتوكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال مضاربه الى سنة جازت المضاربه عندنا وقال الشافعي رحمه الله المضاربه باسنة فاسدة (وجه) قوله انه اذا وقت للمضاربه وقتا فيحتمل انه لا يجوز كونها في الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضاربه بتوكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضاربه بقياس قوطم في الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا في الوكيل اذا قيل له بعه اليوم ولا تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له ان يبيعه غدا وكذا اذا قيل له على ان تبعه اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال مضاربه بالنصف على ان تشتري به الطعام او قال فاشتري به الطعام او قال تشتري به الطعام او قال خذ هذا المال مضاربه بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له ان يشتري سوي الطعام بالاجماع لما ذكرنا على ان للشرط والاصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والفاء لتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله يشتري به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله في الطعام ففي كلمة ظرف فاذا دخلت على مالا يصلح ظرفا لتصير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضي التقييد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون اقرب الى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون في ذلك فقد يهتدى الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيدا فيتقيد به ولا يملك ان يشتري غير الطعام والطعام هو الخنطة ودقيقها اذا لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض والامر مختلف باختلاف عادة البلد ان فاسم الطعام في عرفهم لا ينطلق الا على الخنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا آخر بان قال له خذ هذا المال مضاربه بالنصف على ان تشتري به الدقيق او الخبز او البر أو غير ذلك ليس له ان يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وان يبضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمل به المضاربه في المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيما وراءه وقال ابن سباعة سمعت محمد اقال في رجل دفع الى رجل مالا مضاربه فقال له ان اشتريت به الخنطة فلك من الربح النصف ولى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولى الثلثان فقال هذا جائز وله ان يشتري أي ذلك شاء على ما سمي له رب المال لانه خيره بين عمليين مختلفين فيجوز كماله خير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل في المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرطان عمل في المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشتري في المصر و باع في السفر أو اشتري في السفر و باع في المصر فقد روى عن محمد انه قال المضاربه في هذا على الشراء فان اشتري في المصر فربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر سواء

باع في المصر أو في غيره لأن المضارب إنما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فإذا اشترى في المصر تعين أحد
 العاملين فلا يتغير بالسفر وان عمل ببعض المال في السفر وبالعض في الحضر فربح كل واحد من المالكين على ما شرط
 ولو قال له على أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشتري ويبيع من غيره وقال
 الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة لأن في تعيين الشخص تضيق طريق الوصول إلى المقصود من التصرف وهو
 الربح وتغيير مقتضى العقد لأن مقتضى العقد التصرف مع من شاء (ولنا) أن هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة
 والأمانة لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل في البيع وقد يكون أوثق على المالك فكان التقييد
 مفيداً كالتقييد بنوع ودون نوع وقوله التعمين يغير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيداً من
 الابتداء وإنه قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع فاشترى وباع من رجال
 بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لأن هذا الشرط لا يفيد الإلتزام بالسفر كأنه قال على أن تشتري بمن بالكوفة وكذلك
 إذا دفع إليه مالا مضارباً في الصرف على أن يشتري من الصيرفة ويبيع كان له أن يشتري من غير الصيرفة ما بداه
 من الصرف لأن التقييد بالصيرفة لا يفيد الإلتزام بالبلد أو النوع فإذا حصل ذلك من صيرفي أو غيره فهو سواء ولو
 دفع إليه مالا مضارباً به ثم قال له بعد ذلك اشتري به البز وبع فله أن يشتري البز وغيره لأنه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء
 البز فكان له أن يشتري ما شاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضارباً وعمل به بالكوفة إلا أن هناك القيد مقارن
 وهما مترادفان وقد ذكرناه وذكر القيد دورى رحمه الله أن هذا المحمول على أنه نهاه بعد الشراء والحكم في التقييد
 الطارىء على مطلق العقد أنه ان كان ذلك قبل الشراء يعمل وان كان بعد ما اشترى به لا يعمل إلى أن يبيعه بمال عين
 فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري إلا ما قال ولو دفع إليه مالا مضارباً به على أن يبيع ويشترى بالتقد
 فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالتقد لأن هذا التقييد مفيد في التقييد بالمدكور ولو قال له بع بنسيئة ولا تبع بالتقد فباع
 بالتقد جاز لأن النقد يقع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيداً فلا يثبت القيد وصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع
 بأكثر منها جاز كذلك هذا (واما) الذي يرجع إلى عمل رب المال بماله أن يعمله وما ليس له أن يعمله فقد قال أصحابنا
 إذا باع رب المال مال المضارب به بمثل قيمته أو أكثر جاز يبيعه وإذا باع بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يجيزه المضارب سواء
 باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لأن جواز بيع رب المال من طريق الاعانة
 للمضارب وليس من الاعانة إدخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو أكثر وعلى هذا لو كان المضارب
 اثنين فباع أحدهما باذن رب المال لم يجز أن يبيعه إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن يجيزه المضارب الآخر لأن أحد
 المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه غبن فلا يملك
 الأمر به وإذا اشترى المضارب بمال المضارب به متاعاً وفيه فضل أو لا فضل فيه فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب
 وأراد أمساك حتى يجدر بمحافظ المضارب يبيع على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال لأن منع المالك عن تنفيذ
 إرادته في ملكه لحق محتمل الثبوت والعدم وهو الربح ولا سبيل إليه ولكن يقال له إن أردت الامساك فرد عليه ماله
 وإن كان فيه ربح يقال له ادفع إليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع إليك ولو أخذ رجل مالا ليعمل لأجل
 ابنه مضارباً فإن كان ابن صغيراً لا يعقل البيع فالمضارب به للاب ولا شيء للابن من الربح لأن الربح في باب
 المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فإن كان الابن يقدر على العمل فالمضارب به للابن والربح
 له أن يعمل فإن عمل الابن فهو متطوع وإن عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير
 إذنه فصار كالأجنبي وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارية فليس لرب المال أن يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن
 أما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه لأن للمضارب فيه ملكاً ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وإن لم يكن فيها ربح
 فللمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولومات كان للمضارب أن يبيعها

فصارت كالجارية المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وان لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجه) قول زفر ان هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله إذ المالا ن جميعاً لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الاجنبي وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الاجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب داراً ورب المال شفيقها بدار أخرى بمجنها فله أن يأخذ بالشفعة لان المشتري وان كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من المضارب ولو باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيقها فلا شفعة له سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل يبيع الدار اذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصة رب المال فكذلك هو وكيل بيعها واما حصة المضارب فلان الوأوجبنا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري ولان الربح تابع لرأس المال فاذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيقها بدار أخرى من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفاء بمن الدار لم تجب الشفعة لانه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن في يده وفاء فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لانه أخذها لرب المال وان كان فيه ربح فلم يضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيباً في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو ان اجنبياً اشترى داراً الى جانب دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضارب به وملك التصرف في المضاربة للمضارب فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفاء فان كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعاً فان سلم أحدهما فللاخر أن يأخذها جميعاً لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب فيه قال أبو يوسف اذا استأجر الرجل أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليشترى له ويبيع ثم دفع المستأجر الى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شيء للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شيء للاجير في الوقت الذي يكون مشغولاً بعمل المضاربة (وجه) قول محمد انه لما دفع اليه المضاربة فقد اتفق على ترك الاجارة وتفضيها فادام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولان الاجارة شركة لهذا لا تقبل التوقيت ولو شاركه بعدما استأجره جازت الشركة فكذلك المضاربة ولا يوجب يوسف انه لما استأجره فقدم ملك عمله فاذا دفع اليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحاً بعمل قدمه لرب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والاجر ولا يجوز أن ينتقض الاجارة بالمضاربة لان الاجارة أقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشئ لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قدم ملك العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فيسقط عنه الاجارة بمحضته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف فقتل عمداً فرب المال القصاص لان العبد ملكه على الخصوص لاحق للمضارب فيه وان كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وان اجتمع الا لملك كل واحد منهما لم يتعين امرار مال فلان رأس المال ليس هو العبد وانما هو الدراهم ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن واذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال واذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجز القصاص لواحد منهما وان اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

من القاتل في ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط في القتل العمد لما منع مع وجود السبب فوجب الدية في ماله
ويكون المأخوذ على المضاربه يشتري به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضاربه فيكون على المضاربه كالتن و ذكر
محمد في النوادر اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدین عمدالم يكن لرب
المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله ويكون في المضاربه
لما قلنا والاصل ان في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربه وفي كل موضع وجب بالقتل
مال فالمال على المضاربه لان القصاص اذا استوفى فقد هلك مال المضاربه وهلاك مال المضاربه يوجب بطلان
المضاربه والقيمة بدل مال المضاربه فكانت على المضاربه كالتن وقال محمد واذا اشترى المضارب ببعض مال
المضاربه عبداساوى الفاقته لرجل عمدا فلا قصاص فيه لارب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا مارب المال
فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لرأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا لو عفا المرء عن
القصاص كان من جميع المال واذا لم يصبر به مستوفيا رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال واذا استوفى تبين أن
العبد كان رب محققين أنه انقربا استيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا
يجوز لهما الاجتماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا في القتل العمد
اذا ادعى على عبد المضاربه انه هل يشترط حضور الولى لسماح البينة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال
أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد في باب القصاص مبقى على أصل الحرية بدليل أنه لو أقر به يجوز
اقراره وان كذبه الولى فلا يقف سماح البينة عليه على حضور المولى كالحر (ولهما) ان هذه البينة تتعلق بها استحقاق
رقبة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة على جناية الخطأ وقد قالوا جميعا لو
أقر العبد بقتل عمدا فكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده
وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شركين وقد أقر به العبد فعفا أحدهما فلا شئ للآخر لان
موجب الجناية أقلب مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال فصاركانه أقر بجناية الخطأ فان كان رب المال صدقه
في اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أو افده وان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال
قيل للمضارب ادفع نصيبك أو افده وصار كاحد الشركين اذا أقر في العبد بجناية وكذبه الاخر (وأما) وجوب
القصاص على عبد المضاربه وان لم يجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا
كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولى القاتل وانه متعين وتجوز المراجعة بين رب المال والمضارب وهو أن يشتري
رب المال من مضارب به فيبيعه مراجعة أو يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مراجعة لكن يبيعه على أقل الثمنين الا
اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من
رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشترى مال نفسه بماله نفسه والمضارب يبيع مال رب
المال من رب المال إذا مالان ماله والقياس يأبى ذلك الا اننا استحسننا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك
التصرف فجعل ذلك بيعا في حقه مالا في حق غيره مما بل جعل في حق غيره مملوحتا بالعدم ولان المراجعة يبيع بحره البائع
من غير بينة واستخلاف فوجب صيانته عن الجناية وعن شبه الجناية ما يمكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما
لجواز ان رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضى به المضارب لان الجود بمال الغير أمر سهل فكان تهمة
الجناية ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مراجعة الا على أقل الثمنين بيان ذلك في مسائل اذا دفع الى
رجل الف درهم مضارب به فاشترى رب المال عبدا بمائة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مراجعة على
خمسة لانها أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المنع هو التهمة وقد زالت ولو اشترى
المضارب عبدا بألف من المضارب فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مراجعة بألف ومائة ان كانت

المضاربة بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب لانه لاحق فيه لرب المال فصار كأن رب المال اشترى ذلك من أجنبي وتمكنت الشبهة في حصة رب المال لانه ماله بعينه فكانه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى الفا وخمسة مائة فباعها من المضارب بألف وخمسة مائة فان المضارب يبيعها مائة بلف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سباعة في نوادره عن محمد سمعت أبا يوسف يقول في مسألة المضاربة وهو آخر ما قال اذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال الف في يد المضارب فان المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة بانه يبيعه أبدا على أقل الثمنين لانه لا تهمة في الاقل وانما التهمة في الزيادة فيثبت مال التهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة ولو اشترى رب المال بخمسة مائة فباعه من المضارب بألف ومائة فانه يبيعه مائة بلف وخمسة مائة وخمسين لان المائة الزيادة على الالف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح الى القدر الذي اشترى رب المال به ويسقط خمسة مائة لانها نصيب رب المال ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مائة بلف وخمسين ولو اشتراه المضارب بمائة بانه لا يفضل في ثمنه عن رأس المال فيسقط كل الربح ويباع على أقل الثمنين والاصل أن المضارب لا يحتسب شيئا من حصة نفسه حتى يكون ما تقدأ أكثر من الف فيجب من حصته نصف ما زاد على الالف لانه اذا لم يزد على الف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله في المال ربح لم يتعين له في المشتري حق لكونه مشغولا برأس المال فلا يظهر له الربح كانه اشترى ولا ربح في يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل فتى كان شراء المضارب بأقل الثمنين فان كان للمضارب حصة ضمها الى أقل الثمنين واذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين ويضم اليه حصة المضارب ولو كان رب المال اشتراه بخمسة مائة ثم باعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بألف وخمسة مائة رأس المال وخمسة مائة حصة المضارب من الالفين لان نصيب رب المال من الثمن الف وخمسة مائة فتسقط الزيادة فيباع على رأس المال وهو الف ويبقى من نصيب رب المال خمسة مائة ونصيب المضارب خمسة مائة ورب المال فيها كالأجنبي فيبيعه مائة بلف وخمسة مائة ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين فان المضارب يبيعه بألف وخمسة مائة لان الالف رأس مال رب المال وخمسة مائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالأجنبي وخمسة مائة نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال ابن سباعة وروى عن أبي يوسف أنه قال وهو قوله الآخر ان رب المال اذا اشترى عبدا بعشرة آلاف ثم باعه من المضارب بمائة بانه المضارب مائة بلف وخمسة مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب المال بمائة بانه المضارب مائة بلف وخمسة مائة لان البيع على أقل الثمنين لا تهمة فيه ولانه اشتراه بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزد على الثمن الذي اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الحط على قول أبي يوسف فالجواب انه انما لا يجوز له حطه عند أبي يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا باعه من رب المال وحط فقد رضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول أبي يوسف الاول الذي أشار اليه ابن سباعة فهو ان الحط لا يجوز لانه قال اذا كان رأس المال الفاقربح فيه الفاقثم اشترى بألفين جارية ثم باعه من رب المال بألف وخمسة مائة فان رب المال يبيعها مائة بلف وسبع مائة وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسة مائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك الحط في حق نصيبه ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مائة بلف وسبع مائة وخمسين فينبغي على هذا القول اذا باع مائة بلف وسبع مائة وخمسة مائة ان يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف الى ما وقع العقده والصحيح قوله الاخير لما ذكرنا أن عدم جواز الحط في مال المضاربة لحق رب المال فاذا اشترى هو فقد رضى بذلك فكانه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لأجنبي

وذكر محمد في كتاب المضار بة لو اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بألفين الف رأس المال والف ربح
 فان المضارب يبيعه مرابحة على الف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع على رأس المال وربح المضارب
 لما بينا ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والبعد يساوي الفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه
 مرابحة على الف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت
 حكمه على ما بينا فيما تقدم الا أن بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين
 فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بألف وقيمته الف فباعه من المضارب بألفين الف مضاربة والف
 ربح فان المضارب يبيعه مرابحة على الالف لانه لما اشترى ما قيمته الف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار
 كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة والمسألة بمجالها فان المضارب يبيعه مرابحة
 على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار اشراء مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول
 ولو كان رب المال اشتراه بالفين وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من
 ذلك لان قيمته الف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولان رب المال لم يباعه بألفين ما يساوي الف وهما متهمان
 في حق الغير في العقد فصار كانه أخذ الفاً على طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد
 يساوي الفاً وخمسمائة والمسألة بمجالها وقد اشتراه بالف وأراد المضارب ان يبيعه مرابحة بابعه مرابحة على الف ومائتين
 وخمسين لان في العبد ربحاً للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالأجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة
 المضارب من الربح وذكر محمد في الاصل اذا اشترى المضارب عبداً بالف درهم مضاربة فباعه من رب المال بالفين
 ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشتراه المضارب من الاجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه
 مرابحة لم يجز له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان بين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه
 مرابحة على الفين وهذه فرعية مسئلة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشترى شيئاً فربح فيه ثم ملكه بشراء
 آخر فاراد أن يبيعه مرابحة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود وفي مسئلة تناقروا ربح فيه رب المال
 التي درهم لان المضارب لما اشتراه بالف وباعه من رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما
 باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه الفاً وخمسمائة لانه قام عليه بالف وخمسمائة مقدار رأس المال ونصيب
 المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فقد ربح الفين فاذا اشتراه المضارب بالفين وجب ان يطرح الفين من رأس المال
 فلا يبقى شيء ولهذا لم يجز البيع مرابحة الا بعد ان يبين وأما على قولهما فالتما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد
 الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مرابحة على جميع الفين ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال
 بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وستائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه
 مرابحة بابعه على الف وأربعمائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قدر ربح فيه ستائة الا ترى ان المضارب لما
 اشتراه بالف بابعه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى
 بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بالف وستائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح
 مائتين وخمسين بربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى الف واربعمائة ولو اشترى المضارب
 عبداً بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي
 مرابحة بالفين ثم ان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثمائة فان الاجنبي يحط من المضارب أربعمائة لان رب المال
 لما حط من الاجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن في طرح من رأس المال وتطرح
 حصته من الربح وقد كان الاجنبي ربح مثل ثلث الثمن في طرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أربعمائة
 فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة بابعه على الف ومائتين لان رب المال ربح أربعمائة الا ترى أنه لو باعه من

الاجنبي فرج خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الحط من رأس المال والرجح جميعاً مائتين من رأس المال ومائة من الرجح
 فلما سقط من الرجح مائة يبقى الرجح أر بعائة فلما اشتراه المضارب بالفين ثم حط عنه أر بعائة صار شراؤه بالف
 وسبائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أر بعائة فيبيعه على ما بقى وتجوز المراجعة بين المضاربين كما
 تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع الرجل الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف ودفع الى
 رجل آخر الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب
 الآخر بالف فاراد الثاني أن يبيعه مراجعة باعه على خمسمائة فهو أقل الثمنين لان مال المضاربين لرجل واحد فصار
 يبيع أحدهما من الآخر في حق الاجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مراجعة على أقل الثمنين ولو باعه الاول
 من الثاني بألفين الف من المضاربة والف من مال نفسه فان الثاني يبيعه مراجعة على الف ومائتين وخمسين لان الثاني
 اشترى نصفه لنفسه وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مراجعة على الف لانه
 لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصارا كاجنبيين فاما النصف الذي اشترى الثاني بالف المضاربة فقد
 كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بألف المضاربة فباعه
 من الثاني بألفين للمضاربة بالف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مراجعة بألف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل
 الثمنين وعلى حصته من الرجح وأقل الثمنين الف وحصصة المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة والمسئلة
 بحالها باعه الثاني على الف لان أقل الثمنين خمسمائة وحصصة المضارب خمسمائة فيبيعه مراجعة على أقل الثمنين وحصصة
 من الرجح والرجح في المضاربة بينهما على الشرط والوضعية على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لان
 المال أمانة في يده (وأما) الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال المضاربة يشبان أحدهما
 النفقة والكلام في النفقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيما فيه النفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما
 تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الرجح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقلة لا يسافر بحال غيره
 لقاعدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تجمل نفقته من مال المضاربة لا تمتنع الناس من قبول
 المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدامها على هذا العقد والحال ما وصفنا اذ من رب المال للمضارب بالاتفاق
 من مال المضاربة فكان ما ذونا في الاتفاق دلالة فصار كما لو اذن له به نصاً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع
 ولا يبدل واجبه له لمحالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبيع لا يسافر بحال الغير على وجه التبرع وبخلاف
 الاجير لانه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لمحالة فلا يستحق النفقة وهكذا روى ابن سماعة عن محمد في
 الشريك اذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فخرج المضارب بالمال من
 المصر الذي أخذ المال منه مضاربة سواء كان المصر مصره أو لم يكن فادام يعمل به في ذلك المصر فان نفقته في مال نفسه
 لا في مال المضاربة وان اتفق شيئاً منه ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضر لا تكون لاجل
 المال لانه كان مقياً قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من
 ذلك حتى لو خرج من المصر يوماً أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبي يوسف من
 مكان المضاربة لوجود الخرج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذي قصدته فان كان ذلك مصر نفسه أو
 كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقياً بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره
 ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه وان نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً لم
 يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه داراً اقامة لانه اذا لم يتخذ داراً اقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذ وطناً كانت
 اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصل فيقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال الا
 بالاقامة في مصره أو في مصر يتخذ داراً اقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر

الذي أخذ المال فيه مضاربة فان نفقته من مال المضارب به حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب المال بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له في المال مادام بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خر وجهه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلي له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لاجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لان خر وجهه من البصرة لاجل المال وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامته وانه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليس له وطن فكان اقامته فيها لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضارب به حراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته لان نفقته من نفقة نفسه لانه لا يتبها له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضارب به ونفقة من على رب المال خاصة لان اعانة عبد رب المال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضارب به كذا عبيده فأما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب اذا عمل بنفسه في المال اتفق عليه منه كذا عبيده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضارب به وله أن ينفق من مال نفسه ما له ان ينفق من مال المضارب به على نفسه ويكون ديناً في المضارب به حتى كان له أن يرجع فيها لان الاتفاق من المال وتدبيره اليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضارب به كالوصي اذا اتفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما اتفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا ان يرجع بما اتفق في مال المضارب به لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء كذا ذكر محمد في المضارب به لان نفقة المضارب من مال المضارب به فاذا هلك بمافيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضارب به فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراش بنام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج والحطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة لان المضارب لا بد له منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحجامة والقصد والتنوير والادهان وما يرجع الى التداوي وصلاح البدن في ماله خاصة لا في مال المضارب به وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضارب به عنده وذكر في الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضارب به والصحيح أنه يكون في ماله خاصة لان وجوب النفقة للمضارب في المال دلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة هذا اذا قضى القاضي بالنفقة بقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها مجرى مجرى الطعام والادام وقال بشر في نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من المأكل المعتاد (وأما) قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاو ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضارب به لان سفره في الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم ينفق له شراء متاع من حيث يقصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافراً في مال المضارب به لان عمل التجارة على هذا وهو ان يتفق الشراء في وقت ودون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضارب به بوجه أو بماله ومال المضارب به ومال المضارب به لرجل أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضارب به أو بمالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالحصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فلهما وان كان أخذ المالين مضارباً لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضارب به لان سفره لاجله لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لانه بدل العمل في المضارب به وليس على رب البضاعة شيء الا أن يكون اذن له في النفقة منها لانه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضارب به بماله وقد اذن له في ذلك فالنفقة

بالخصص لان سفره لاجل المالين (وأما) ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أو لان كان في المال ربح فان لم
 يكن فهي من رأس المال لان النفقة جزءه هالك من المال والاصل ان لهلاك ينصرف الى الربح ولا نالوجعلناها من
 رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لزيادة نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال فاذا رجع
 المضارب الى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا
 انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما بقي الى المضاربة وروى المعلى عن أبي يوسف اذا كان مع الرجل ألف درهم
 مضاربة فاشترى عبدا بألفين فأفق عليه فهو متطوع في النفقة لانه لم يبق في يده شيء من رأس المال فالنفقة تكون
 استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبي اذا أفق على عبده غيره الا أن يكون القاضى أمره بذلك فان رفعه الى
 القاضى فأمره القاضى بالنفقة عليه فما أفق فهو عليهم ما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من
 القاضى بين المضارب وبين رب المال اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة ديناً بأمر القاضى لان له ولاية على الغائب في
 حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستدانة عليه وانما صار قضاء القاضى بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة
 وهو التعيين لان القاضى لما أزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا
 بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولودفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة
 على المضارب وعلى رب المال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدوري رحمه
 الله الاختلاف (وجهه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب
 المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها في رأس ماله في رواية عنه وفي رواية أخرى عنه يقال لرب المال اشق ان
 شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الا اتفاقاً على
 ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد عين الربح ورأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة
 وعلى هذا الخلاف العبد لا يبقى من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمته ألفان وليس في يده من المضاربة غير العبد ان
 جعل عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد الجعل على رب المال يحسب في رأس
 ماله اذ هو زيادة في رأس المال فاذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على ما اشترط من الربح
 قال بشر عن أبي يوسف ان الجعل لا يحتسب به في مال المضاربة ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال فان كان
 هناك ربح فالجعل منه والافهو وضعية من رأس المال وانما لم يلحق الجعل برأس المال في باب المراجعة لان الذي يلحق
 رأس المال في المراجعة ما جرت عادة التجار بالحاقه به وما جرت عادتهم بالحاق الجعل ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق
 بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لاجل المال ويجوز ان يحتسب بالشيء
 فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال في المضاربة كنفقة المضارب على نفسه والثاني ما يستحقه
 المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان في المضاربة ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط
 جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة
 بالنصف فربح ألفاً فاقسما الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الألف التي في يد المضارب
 بعد قسمتهما الربح فان القسمة الاولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب
 دين عليه برده الى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال
 والاصل في اعتبار هذا الشرط ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له
 ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمهم فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل
 قبض رأس المال لا تصح ولان الربح يزاد والنزاد على الشيء لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقي
 في يد المضارب فحكم المضاربة بما لها فلو صححنا قسمة الربح لثبتت قسمة التفرع قبل الاصل فهذا لا يجوز واذا لم تصح

القسمة فاذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً ثم اقتسما الربح ثم رد الالف التي قبضها بعينها الى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضارب مستقبلة فان هلك في يده لم تنتقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصححت القسمة فاذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو كان الربح في المضاربة الاولى ألغيت واقتسما الربح فأخذ رب المال ألفاً والمضارب ألفاً ثم هلك ما في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الالف الذي قبض لانه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله واذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضموناً عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شيء لان ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم يقبض رأس المال قبل ذلك فالتقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما برده المضارب فان بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعى انهار رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان أميناً لكن القول قول الامين في اسقاط الضمان عن نفسه لافي التسليم الى غيره ولان المضارب يدعى خلوص ما بقي من المال والربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لانه ثابت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء رأس المال اذ الربح لا يكون الا بعد الايفاء اذ هو شرط صحة قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهد للمضارب وذكر ابن سباعة في نوادره عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضارباً بصحيفة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفسه والمضارب يعمل بالنفقة ويترى فيما يشتري ويبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصاناً من رأس المال ولكنهما يحتسبان برأس المال ألقامن جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل رأس المال فيما بقي لثلاثين بطل هذا اذا كان في المضاربة بقرى فان لم يكن فيها بقرى فلا شيء للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الربح ولم يوجد (وأما) الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى اذا كان في المال بقرى وان لم يكن فلا شيء له على المضارب هذا كله حكم المضاربة بالصحيفة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيئاً مما ذكرنا ان له أن يعمل في المضاربة بالصحيفة ولا يثبت بها شيء مما ذكرنا عن أحكام المضاربة بالصحيفة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له أجر مثل عمله سواء كان في المضاربة بقرى أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة في معنى الاجارة الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح نماء ملكه وانما يستحق المضارب شطراً آمنه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع والهلاك في المضاربة الفاسدة مع يمينه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وجعل المال في يده أمانة كما في المضاربة بالصحيفة وذكر الطحاوي فيه اختلافاً وقال لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن كما في الاجير المشترك اذا هلك المال في يده

﴿ فصل ﴾ وأما صفة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعني رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عرض وقت النهي لم يصح نهيه وله أن يبيعها لأنه يحتاج إلى بيعها بالدرهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهي والفسخ باطلاً لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي صح الفسخ والنهي لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لأن ذلك لا يعد بيعاً لا محادهما في الثمنية

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فإن اختلاف في العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بان ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الامكنة أو مع عموم الاشخاص وادعى الآخر نوعاً دون نوع ومكاناً دون مكان وشخصاً دون شخص لأن قوله من يدعى العموم موافق للمقصود بالعقد إذا المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر وكذلك لو اختلف في الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعى الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الخطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع عينه لأن الاطلاق أقرب إلى المقصود بالمقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد ان القول قول رب المال في الفصلين جميعاً وقيل انه قول زفر (ووجهه) ان الاذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى العموم في دعوى العموم والخصوص لأنها تثبت زيادة وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعى التقييد لأنها تثبت زيادة فيه وبينه الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال إليك مضاربة في البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعاً لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فترجح بالاذن وأنه يستفاد من رب المال فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لأن بينته مثبتة وبينه رب المال نافية لأنه لا يحتاج إلى الاثبات والمضارب يحتاج إلى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البينتين إذا تعارضتا في صفة الاذن وقد وقتان الوقت الاخير أولى لأن الشرط الثاني ينتقض الاول فكان الرجوع إليه أولى وإن اختلفا في قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالي ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح فان كان في يد المضارب ألف درهم يقرأ مال المضاربة فالقول قول المضارب في ان رأس المال ألف والقول قول رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد وكان قوله الاول ان القول قول رب المال في الامرين جميعاً وهو قول زفر (وجهه) قوله الاول ان الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاقها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال المضارب بعض هذه الاثني خلطته بها أو بضاعة في يدي لأنهما ما اتفقا على ان الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شيء فالقول قوله (وجهه) قوله الآخر ان القول في مقدار رأس المال قول المضارب لأنهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى انه لو أنكر القبض أصلاً وقال لم أقبض منك شيئاً كان القول قوله فكذا اذا أنكر البعض دون البعض وإنما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لأن شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول في مقدار المشروط قوله ألا ترى انه لو أنكر الشرط رأساً فقال لم أشرط لك ربحاً وإنما دفعت إليك بضاعة كان القول قوله فكذا اذا أقر البعض دون البعض واذا كان القول قول المضارب في قدر رأس المال في قوله الاخير فالقول قول رب المال في مقدار الربح في قولهم يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الالف الاخرى فلا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول يأخذ رب المال الاثني جميعاً وإن كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بجهاها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الاخير

واقسمها ما بقي من المال أثلاثا وعلى قوله الاول يأخذ رب المال أثنى درهم و يأخذ ثلثي الألف الاخرى لما بينا وان كان في يد المضارب قدر ما ذكرانه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعاً لأنه لا سبيل الى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب فان جاء المضارب بشلثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف ودبعة لآخر أو مضاربة لآخر أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر أو على ألف دين فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقاليل كلها لان من في يده شيء فالظاهر انه له الا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الألف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما بينة على ما يدعى من فضل فالبينه بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فينبه رب المال تثبت زيادة رأس المال وبينه المضارب تثبت زيادة في الربح وقال محمد رحمه الله اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العقد فلا يقبل قوله وان قامت لهما بينة فالبينه بينة رب المال لانها تثبت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول رب المال لأنه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعى تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح وفي هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعى صحة العقد ورب المال يدعى فساده فينبغي أن يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوى رب المال وان تعلق به فساد العقد لكنه منكر زيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره لانه مفيد في الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم أو لم تشتترط لي شيئا أو لي أجر المثل فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى أجره واجبا في ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فان أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على انه لم يشترط له شيئا فالبينه بينة رب المال لانها مثبتة للشرط وبينه المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب البينة انه شرط له مائة درهم فبينته أولى لان البينتين استويا في اثبات الشرط وبينه المنهارب أوجبت حكما زائدا وهو ايجاب الاجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخي رحمه الله انهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة الا في هذا الفصل خاصة وهو انه اذا أقام رب الارض والبذر البينة على انه شرط للعامل نصف الخراج وقال العامل شرطت لي مائة فقبير فالبينه بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل ان من لا بذله من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه فرجحنا بينة من يدعى الصحة والمضاربة ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحنا بايجاب الضمان وهو الاجر ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضاربة بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله انه لم يشترط ولان المضارب يدعى استحقاقا في مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتني المال والربح لي وقال رب المال دفعت اليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى عليه التملك وهو منكر فان أقام البينة فالبينه بينة المضارب لانها تثبت التملك ولانه لا تناهي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت الي مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على أن الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فان قامت لهما بينة فالبينه بينة رب المال لانها تثبت أصل الضمان ولو وجد المضارب المضاربة أصلا ورب المال يدعى دفع المال اليه مضاربة فالقول قول المضارب لان رب المال يدعى عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو وجد ثم أقر فقد قال ابن سماعه في نوادره سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع الي شيئا ثم قال بلى استغفر الله العظيم قد دفعت الي ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال لانه أمين والأمين اذا جحد الامانة ضمن كالمودع وهذا لان عقد

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان وجوده فسخا له أو رفعه وإذا ارتفع العقد صار المال مضمونا عليه كالوديعة فإن اشترى بهامع الجحود كان مشترى بنفسه لأنه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة بل إن من حكم المضاربة أن يكون المال أمانة في يده فإذا صار مضمينا لم يبق أمينا فإن أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لأن العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود إلا بسبب جديد فإن اشترى بها بعد الاقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لأنه قد ضمن المال بجهوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان لأن الأمر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لأن الضمان لا ينافي الأمر بالشراء بدليل أن من غصب من آخر شيئا فأمر المصوب منه الغاصب ببيع المصوب أو بالشراء به صرح الأمر وإن كان المصوب مضمونا على الغاصب وإذا بقي الأمر بعد الجحود فإذا اشترى بموجب الأمر وقع الشراء للأمر ولو يقع الشراء له إلا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب إذا باع المصوب بأمر المالك وسلم أنه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالغاصب منه إذا أمر الغاصب أن يجعل المصوب في موضع كذا أو يسلمه إلى فلان أنه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبدا فجده ألف ثم أقر بها ثم اشترى جازا للشراء ويكون للأمر و يرى الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبدا ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضاربة ولو دفع إليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا بعينه ثم جحد ألفا ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالألف فإن العبد للأمر لأن الوكيل بشراء العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للأمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضاربة لأنه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحل على الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد إذا جحد أياه فادعاه لنفسه ثم أقر له به أن البيع جائز وهو يرى من ضمانه وكذلك لو دفع إليه عبدا فأمره أن يهبه لفلان فجده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فباعه أن البيع جائز وهو يرى من ضمانه وكذلك إن أمره بعتقه فجده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فأعتقه جاز عتقه لما ذكرنا من الأمر بعد الجحود قائم فإذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع العبد أو هبه أو عتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سميعة يبغي في قياس ما إذا دفع إليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا بعينه أنه يجوز ويلزم الأمر لأنه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمد قال في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فجاءه بألف وخمسة مائة فقال هذه الألف رأس المال وهذه الخمسة مائة ربح وسكت ثم قال علي دين فيه لفلان كذا كذا قال محمد القول قول المضاربة وقال الحسن بن زياد إذا أقر المضارب أنه عمل بالمال وإن في يده عشرة آلاف وعلي فيها دين ألفا أو ألفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمي صاحبه أو لم يسمه وإن سكت سكتته ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما قال محمد (ووجهه) أنه إذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح فإذا قال علي دين ألف فقد رجعت عما أقر به لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين والأقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما إذا قال ذلك متصلا لأن الأقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجه) قول محمد أن أقر بالدين في حال يملك الأقرار به فينفذ أقراره كما إذا قال هذا ربح وعلي دين وقوله أن قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعا عما أقر به من الربح ممنوع فإنه يجوز أنه ربح ثم لزمه الدين الأتري أن الرجل يقول قدر بحت ولزمني دين وهو يملك الأقرار بالدين فإذا أقر به صرح ولو جاء المضارب بألفين فقال الف رأس المال وألف ربح ثم قال ما أربح إلا خمسة مائة ثم هلك المال كله في يد المضارب فإن المضارب يضمن الخمسة مائة التي جحد ها ولا ضمان عليه في باقي المال لأن الربح أمانة في يده فإذا جحد فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن إذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت إليك رأس مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجعت فقال لم أدفعه إليك ولكن هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لأنه صار

جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالجحود وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك ولكنه هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لما بينا ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت الى النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه الى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لا ناقد بينا أن القول في شرط الربح قول رب المال وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى أمانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح والله عز وجل الموفق

فصل وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ والنهي عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهي فإن كان متاعا لم يصح وله أن يبيعه بالدرهم والدنانير حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم وإن كان عينا صح لكن له صرف الدرهم الى الدنانير والدنانير الى الدرهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لأن المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لأنه عزل حكيم فلا يتفق على العلم كما في الوكالة إلا أن رأس المال إذا صار متاعا فلو وكيل أن يبيع حتى يصير ناضبا لما بينا وتبطل بمجنون أحدهما إذا كان مطبقا لأنه يبطل أهلية الأمر للأمر وأهلية التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله ولوارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن يرجع الى الاسلام بعد ذلك فهذا كله والتحقق رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذلك إن لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد موقوف إن مات أو قتل أو لحق في حكم اللعوق يزول ملكه من وقت الردة الى وراثته ويصير كأنه مات في ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بأمرة بطلان أهلية الأمر ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة فإن كان رأس المال يومئذ قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى وربحه يكون له لأنه زال ملك رب المال عن المال فينزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير أمرهم وإن كان صار رأس المال متاعا فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا ينزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك رده فإن حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن لا يجوز له التصرف لأن الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كأن عين المال قائم في يده إلا أنهم استحسنوا فقالوا إن باعه بجنس رأس المال جاز لأن على المضارب أن يرد مثل رأس المال فكان له أن يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تقدر في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد رد رأس المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فإن مات رب المال أو قتل كان موته كموته المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك إن لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه لأن ذلك بمنزلة الموت بدليل أن ماله يصير ميراثا لورثته فيبطل أمره في المال فإن لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا لأن وقوف تصرف رب المال بنفسه لو قوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة إلا أنه لا عهد على المضارب وإنما العهد على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لأن العهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيًا محجورا أو عبداً محجورا فأما على قولهما فالعهد عليه لأن تصرفه كتصرف المسلم وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كموته قبل الردة وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاظه لأن رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فإن لحق المضارب

بدار الحرب بعد رده فباع واشترى هناك ثم رجع مسلماً فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه في شيء من ذلك لأنه لما لحق بدار الحرب صار كالحر بي إذا استولى على مال إنسان ولحق بدار الحرب أنه يملكه فكذا المرتد وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعاً سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لأن ردها لا يؤثر في ملكها إلا أن تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها لما ذكرنا أن ذلك بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً في قول أصحابنا لأنه تمين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلك المضارب أو أتلفه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه لساقلنا حتى لا يملك أن يشتري به شيئاً للمضاربة فإن أخذ مثله من الذي استهلكه كان له أن يشتري به على المضاربة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأنه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة أخذ ثمنه فيكون على المضاربة وروى ابن رستم عن محمد أنه لو أقرضها المضارب رجلاً فان رجع إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لأنه وإن تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به وإن أخذ مثله لم يرجع في المضاربة لأن الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان ولهذا يخالف مرواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في الاستهلاك هذا إذا هلك مال المضاربة قبل أن يشتري المضارب شيئاً فان هلك بعد الشراء كان مال المضاربة الفاء فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض بثلثها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبد حتى يسلم إلى البائع ويكون مادفعه وألرب المال وما غرم كله من رأس المال وإنما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه كالوكيل غير أن الفرق بين الوكيل والمضارب أن الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثلها إلى الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق أن الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل لأن المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح فإذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهت عقد الوكالة بانتهائه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شيء آخر فاما المضاربة فانها لا تنتهي بالشراء لأن المقصود منها الربح ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى فإذا بقي العقد فكان له أن يرجع ثانياً وثالثاً وما غرم رب المال مع الأول يصير كله رأس المال لأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصبر ما غرم رب المال من رأس المال وبهلك مجاناً يتضرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز ولو قبض المضارب الألف الأولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقدها البائع فانه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويقرم المضارب من ماله خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصه وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع الخمسمائة وإنما كان كذلك لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها أرباعاً للمضارب وثلاثة أرباعاً لرب المال لأنه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح لأنه اشتراها بالالفين ورأس المال ألف فحصة رب المال من الربح خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضمناه عليه وأما خرج ربع الجارية من المضاربة لأن القاضي لما ألزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين إلا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة وبقى الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصارت زيادة في رأس المال فصارت رأس المال ألفين وخمسمائة فان بيعت هذه الجارية بربعة آلاف منها للمضارب ألف لأن ذلك حصته من الربح فكان ملكه وبقى ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربع خمسمائة

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تساوي ألفين والشراء بألف وهي مال المضاربة فضاغت غرمها
 رب المال كلها لان الشراء اذا وقع بألف فقد وقع ثمن كله رأس المال وانما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب
 المال بخلاف الفصل الاول فان هناك الشراء وقع بالفين فظهر ربح المضارب وهلك ربح الجارية فيغرم حصة ذلك
 الربح من الثمن وروى عن محمد في المضارب اذا اشترى جارية بالفين درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاغت الاقان
 قبل ان يتقدها البائع انه على ان على المضارب الربح وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال
 محمد ولو اشترى جارية تساوي ألفين بامه تساوي ألفاً وقبض التي اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتت جميعاً في يده فانه يغرم
 قيمة التي اشترى وهي ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها ولا فضل في ذلك
 عن رأس المال وهذا انما يجوز وهو ان يشتري المضارب جارية قيمتها ألف بالفين اذا كان رب المال قال له اشتر بالليل
 والكثير والاقشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعاً وذكر ابن سماعه عن محمد في موضع آخر في
 نوادره في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف
 فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبد قيمة كل واحد ألف ولم يتقده المال حتى ضاع قال يغرم ذلك كله على رب المال
 ويكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك في واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون
 رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه في
 شيء من العبيد وهذا يخالف ما ذكره الكرخي فانه قال ان محمداً يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما
 وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم يتقده الثمن حتى هلك كان المعترفاً يجب عليه
 ضمانه فان كان ما يضمنه زائداً على رأس المال كان على المضارب حصة ذلك والا فلا وهذا بخلاف الاول لانا
 اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار
 مضموناً على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليقه بعدم تقاذا العتق فلا يطرده
 لانه لو اشترى بالفين جارية تساوي ألفاً يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل تقاذا العتق في الجارية المشتراة
 بالفين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده في جميع
 المواضع وقال محمداً اذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهي مال المضاربة فقد المالك فقال رب المال اشترته
 على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشترته بعدما ضاع وانأرى ان المال عندي فاذا قد ضاع قبل ذلك
 فاقول قول المضارب لان الاصل في كل من يشتري شيئاً أنه يعتبر مشترياً لنفسه ولان الحال يشهد به أيضاً وهو
 هلاك المال فكان الظاهر شاهداً للمضارب فكان القول قوله وذكروا في المضاربة الكبيرة اذا اختلفوا وقال
 رب المال ضاع قبل ان تشتري الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشتريتها وأنا أريد ان
 آخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة انه اشترى والمال عنده انما ضاع
 بعد الشراء لان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعي عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعي وقوع العقد
 له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو ان لا يشهد له رب المال فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب
 لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا اتمسخت المضاربة ومال المضاربة بديون على الناس وامتنع عن التقاضي
 والقبض فان كان في المال ربح أجبر على التقاضي والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال
 بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجير والاجير مجبور على العمل فيما التزم
 وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن
 غير انه يؤمر بالمضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق القدر اجمعة الى
 العاقد فلا تثبت ولاية القبض للامر بالحوالة من العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوبى حقه ولو ضمن العاقد

لرب المال هذا الدين الذي عليه لم يجز ضمانه لان العاقد قد جعله أميناً فلا يملك ان يجعل نفسه ضمينا فيما جعله العاقد
 أميناً ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود ديناً فيما خلف المضارب وكذا المودع
 والمستعير والمستبضع وكل من كان المال في يده امانة اذا مات قبل البيان ولا تعرف الامانة بعينها فانه يكون عليه ديناً
 في تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولو عين الميت
 المال في حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك امانة في يد وصيه أو في يد وارثه كما كان في يده ويصدقون على الهلاك
 والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته والله عز وجل أعلم

~~~~~

### كتاب الهبة

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم  
 الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس ركن استحساناً والقياس ان يكون  
 ركناً وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضاً ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء  
 لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحساناً وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض وأجمعوا على انه  
 اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لا خير وهبت هذا  
 الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعند القائل قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعث  
 هذا الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعي والتصرف  
 الشرعي وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب  
 هبة شرعاً لهذا يمكن الايجاب بدون القبول تبعاً كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب  
 المالك من غير شريطة القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فاذا أوجب فقد أتى بالهبة  
 فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يتف على القبول ما روى عن النبي عليه الصلاة  
 والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعب بن  
 جثامة أهدى الى النبي عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفي رواية بودان فرده النبي عليه الصلاة  
 والسلام وقال لولا انا حرّام والاقبلنا فقد أطلق الراوي اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ الهبة وروى  
 ان سيدنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضي الله عنها في مرض موته فقال لها اني كنت نحتك  
 جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق  
 رضي الله عنه اسم التحلي بدون القبض والتحلي من الفاظ الهبة فثبت ان الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب المالك  
 والاصل ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم  
 البيع لغة وشرعية على أحدهما دون الآخر فاما يوجد الا يتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو  
 اكتساب المدح والتناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف  
 هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول  
 والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والمالك محكوم شرعي ثبت جبراً من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا  
 يتصور منع النفس عنه أيضاً بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا أن الايجاب هناك لا يصير  
 تبعاً بدون القبول فشرط القبول ليعبر تبعاً فالايجاب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو  
 جعلته لك أو هولك أو أعطيته أو نحتته أو أهديته اليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به  
 الهبة (أما) قوله وهبت لك فصرح في الباب وقوله ملكتك بجرى مجرى الصريح أيضاً لان تملك العين للحال من

غير عوض هو تيسير الهبة وكذا قوله جملة هذا الشيء لك وقوله هو لك لان اللام المضاف الى من هو أهل الملك للتمليك فكان تملك العين في الحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لان العطية المضافة الى العين في عرف الناس هو تملكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك الله كذا ووهبك بمعنى والنحلة هي العطية يقال فلان نحل ولده نحلي أى أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أطعمتك هذا الطعام في معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فإنه روى أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم آهاتباع في السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع في صدقتك فاحتمل تملك العين واحتمل تملك المنافع فلا بد من النية للتعين ولو قال منحتك هذا الشيء أو قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا ينحل أما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه وأما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كما قال هذه الدار لك منحة وهذه الدابة أو هذه الأرض فهو عارية كالدار والثوب والدابة والأرض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذه الدابة أو هذه الأرض فهو عارية لان المنحة في الاصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الأرض زراعتها فكان هذا تملك المنفعة من غير عوض وهو تفسير العارية وكذا اذا قال لأرض بيضاء هذه الأرض لك طعمة كان عارية لان عين الأرض مما لا يطعم وإنما يطعم ما يخرج منها فكان طعمة الأرض زراعتها فكان ذلك حينئذ عارية ولصاحبها أن يأخذها اذا لم يكن فيها زرع وان كان فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفي الاستحسان يترك الى وقت الحصاد باجر المثل وسند كروجهما في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوا بأو ناقة حلوا بأو بقرة حلوا وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجازله الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عين حقيقة فهو معدود من المنافع عرفا وعادة فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا أو عنقا كان له عارية لان الجدي يمرض أن يصير فخلا والعناق حلوا وان عني بالمنحة الهبة في هذه المواضع على فهو ما عني لانه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كاللأ كحل والمشروب والدرهم والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة لان المنحة المضافة الى ما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهي تملكها وتملك العين للحال من غير عوض هو تيسير الهبة هذا اذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة فأما اذا كان مقرنا بقربة فالقربة لا ينحل (أما ان كان وقتا (وأما ان كان شرطا (وأما ان كان منفعة فان كان وقتا بأن قال أعمرتك هذه الدار أو صرح فقال جعلت هذه الدار لك عمري أو قال جعلتها لك عمرك أو قال هي لك عمرك أو حياتك فاذا مات أنت فهي رد على أو قال جعلتها لك عمري أو حياتي فاذا مات أنا فهي رد على ورتي فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حياته ولو رثته بعد وفاته والتوقيت باطل والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فان من أعمار شيئا فإنه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل أعمار عمري له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا يرجع الى الذي أعطاه لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارد وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعمار عمري حياته فهي له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدل ذلك هذه النصوص على جواز الهبة وعلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تملك العين للحال مطلقا ثم قوله عمري توقيت التملك وانه تغيير يقتضي العقد وكذا تملك الاعيان لا يحتتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت تصرفا مخالفا للتقضي العقد والشرع فبطل وبقي العقد صحيحا وان كانت القرينة شرط نظر الى الشرط المقرون فان كان مما يمنع وقوع التصرف تملك للحال يمنع صحة الهبة والاقبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال



جعلت هذه الدار لك رقبى أو قال هذه الدار لك رقبى ودفعها إليه فى عارية فى يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا  
 قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم  
 أجاز العمرى والرقبى ولأن قوله دارى لك تملك العين لا تملك المنفعة ولما قال رقبى فقد علقه بالشرط وأنه لا يحتمل  
 التعليق فبطل الشرط وبقى العقد صحيحا ولهذا الوقال دارى لك عمرى انه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر كذا هذا  
 واحتج بما روى الشعبي عن شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الرقبى ومثله ما لا يكذب  
 ولأن قوله دارى لك رقبى تعليق التملك بالخطر لأن معنى الرقبى انه يقول ان مت أناقبك فى لك وان مت أنت قبلى  
 فهى لى سسمى الرقبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته  
 وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليق التملك بأمر له خطر الوجود والعدم والتملكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر  
 فلم تصح هبة وصحت عارية لأنه دفع اليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمرى لأن هناك  
 وقع التصرف تملك الحال فهو بقوله عمرى وقت التملك انه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقى العقد على الصحة ولا حجة  
 له فى الحديث لأن الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهى الانتظار ويحتمل أن تكون من الارقاب وهى هبة الرقبة  
 فان لم يدها الا اول كان حجة له وان أريدها الثانى لا يكون حجة لأن ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحتمل على  
 الثانى توفيقا بين الحديثين صيانة للكلام من استحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين أن لا اختلاف بينهم فى الحقيقة  
 ان كان الرقبى والارقاب مستعملان فى اللغة فى هبة الرقبة وينبى أن ينوى فان عنى به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف  
 وان عنى به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين دارى لا طولكما حياة فهو باطل لأنه لا يدري أيهما  
 أطول حياة فكان هذا تعليق التملك بالخطر فبطل ولو قال دارى لك حبيس فهذا عارية عند أبى حنيفة ومحمد وعند  
 أبى يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقبى (وجه) قوله أن قوله دارى لك تملك وقوله حبيس نى الملك فلم  
 يصح النى وبقى التملك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبيس خرج تفسير القوله لك فصار كأنه ابتداء بالحبيس  
 فقال دارى حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال دارى رقبى لك كان عارية باجماعا ذكره  
 القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ولو وهب جارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان  
 أو على أن يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لأن هذه الشروط مما لم يمنع وقوع التصرف تملك الحال  
 وهى شروط تخالف مقتضى العقد فبطل وبقى العقد على الصحة بخلاف شروط الرقبى على ما بينا وبخلاف البيع  
 فإنه تبطل هذه الشروط لأن القياس أن لا يكون قران الشرط القاسد لعقد ما مفسر له لأن ذكره فى العقد لم يصح فيلحق  
 بالعدم وبقى العقد صحيحا إلا أن الفساد فى البيع للنهى الوارد فيه ولا نهى فى الهبة فيبقى الحكم فيه على الاصل ولأن  
 دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه فسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا مجرى مجرى  
 الترغيب فى أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا ندب الى التهادى والهدية هبة وروى عن  
 الصديق رضى الله عنه انه قال لسيدتنا عائشة رضى الله عنها انى كنت نحلكت كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضى الله عنه  
 انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه أراد بها الثواب فهو على  
 هبته يرجع فيها ان يمرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم  
 يقرن وعلى هذا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما فى بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما فى بطنه أن الهبة جائزة فى  
 الام والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام فى العقود التى فيها استثناء الحمل انها أقسام ثلاثة  
 قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء جميعا وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء (أما)  
 الاول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لأن الاستثناء لما فى البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل  
 بالشرط الفاسد (وأما) القسم الثانى فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأن هذه العقود

لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها اذا لم يصح التحقق بالعدم فصار كأنه لم يستثن وكذا العتق بان أعتق جارية واستثنى ما في بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا لما قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية بان أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أبقى ما في بطنها ميراثا لورثته والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلته لورثته انه تصح الوصية ويبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلته لانسان ومات الموصى ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة الموصى ويمثله لو أوصى بما في بطن جارية لابنته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افرقا الا لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منفعة بان قال داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هي لك عمرى عارية ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى دل على انه أراد تملك المنافع لان قوله هذا ذلك ظاهره وان كان تملك العين لكنه يحتمل تملك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسير للمحتمل وبيانا انه أراد به تملك المنفعة وتملك المنفعة بتغير عوض هو تفسير العارية وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسير الهبة لان قوله هبة محتمل هبة العين ويحتمل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بيانا المراد المتكلم انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تملكها من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فعناها ان سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك الغير باطالة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما اذا قال وهبتها لك لتؤجرها ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الواهب وبعضها يرجع الى الموهوب وبعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو ان لا يكون معلقا بما له خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدم خالد والرقبي ونحو ذلك ولا مضافا الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غدا أو رأس شهر كذا لان الهبة تملك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع الى الواهب فهو ان يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لانهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضاً لا يقابل به نفع دنيوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان المتبرع بمال الصغير قرر بان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابل به نفع دنيوي وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقر بوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولانه اذا لم يقابل به عوض دنيوي كان التبرع ضررا محضاً وترك الرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضه وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد أن الهبة تملك فاذا شرط فيها العوض كانت تملكها بعوض وهذا

تفسير البيع وإنما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التملك (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا في الانتهاء بدليل انها تنفد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لأن البيع يفيد الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهو لا يمكن التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع الى الموهوب بأنواع (منها) أن يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقدان وهب ما يثمر نخلة العام وما تند أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تملك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تملك مضافا الى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها لا يجوز وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب لانه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث لان التملك بالهبة مما لا يحتمل الاضافة الى الوقت فبطل ولهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لانه يمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدورا للقبض بطريقه على ما سئد كره ان شاء الله تعالى وكذلك لو وهب زيدا في لبن أو ذهبا في سمس أو دقيقا في حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينقد ولا سبيل الى الاضافة الى وقت الحدوث فبطل أصلا بخلاف ما اذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لان الموهوب موجود مملوك للحال الا أنه ينقد للحال لما منع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينقد عند وجود القبض كما لو وهب شقفا مشاعا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون الما لا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالخمر والميتة والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كما الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرار من وجه ولهذا لا يجوز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لا يجوز بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا كافي نفسه فلا تجوز هبة المباحات لان الهبة تملك وتمليك ما ليس بمملوك محال (ومنها) أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة تملك ما ليس بمملوك وان شئت رددت هذا الشرط الى الواهب وكل ذلك صحيح لان المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلاقة التي تدور عليها الاضافة هي الملك فيجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب في صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فحائز أيضا اذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز ان أذن له بالقبض (وجه) القياس ان القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لان الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة (وجه) الاستحسان ان ما في الذمة مقدور التسليم والقبض الا ترى ان المديون يجبر على تسليمه الا أن قبضه قبض العين فاذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة الا أنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما ذكره في موضعه (ومنها) أن يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدين ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحسب بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو جب سبحانه وتعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول الا أن يوجد الخط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيبدل على جواز هبة المشاع في الجملة وبما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الفترات فقام عليه الصلاة والسلام الى تسام بعير وأخذ منه

وبرة ثم قال أما انى لا يحل لي من غنيمتكم ولو بمثل هذه البرة الا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط  
والخيط فان الغلول عار وشنا على صاحبه الى يوم القيامة فجاه اعرابي بكبة من شعر فقال أخذتها لا صلح بها  
بردة بعيرى يارسول الله فقال أما نصيبى فهولك وسأسلمك الباقي وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروى أن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجده بين  
أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستباغ أسعد نصيبهما اليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى  
ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبي عليه الصلاة والسلام فوهباً أيضاً نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم  
فقد قبل النبي عليه الصلاة والسلام الهبة في نصيب أسعد وقبل في نصيب الرجلين أيضاً ولو لم يكن جائزاً لما قبل لان  
أدنى حال فعل النبي عليه الصلاة والسلام الجواز لان الشيع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك  
والشيع لا يمنع الملك الأترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيع لا يمنع  
القبض لانه يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وان كان القبض فيها  
شرطاً لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا أبابكر رضى الله عنه قال  
في مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقر أنت وانى كنت تحلتك  
جداد عشرين وسقمان مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتبه ولا جديتبه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق  
رضى الله عنه القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك لان الحيازة في اللغة جمع الشىء المفرق في جزوهذا معنى القسمة لان  
الانصاء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب في جزى وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه  
قال ما بال أحدكم ينحل ولده نحلاً لا يجوزها ولا يقسمها ويقول ان مت فهو له وان مات رجعت الى وائم الله لا ينحل  
أحدكم ولده نحلاً لا يجوزها ولا يقسمها فيموت الاجعلتها ميراثاً لورثته والمراد من الحيازة القبض هنا لانه ذكرها  
بمقابلة القسمة حتى لا يؤدى الى التكرار اخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى  
عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما يقاسم وكل ذلك بمحض من أصحاب  
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعاً ولا ان القبض شرط جواز هذا العقد والشيع  
يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشاع وحده لا يتصور  
فان سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لان  
العقد لم يتناول الكل وهكذا تقول في المشاع الذى لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا الا ان هناك ضرورة  
لانه يحتاج الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشيع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة  
المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فست الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف  
ولا ضرورة هنا لان المحل محتتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو تقول الصحابة رضى الله  
عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة  
دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفى بالصورة في المشاع الذى لا يحتتمل القسمة للضرورة التى ذكرنا ولا ضرورة هنا  
فلزم اعتبار الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صححت في مشاع محتتمل القسمة لصار عقد  
ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدى الى تغيير المشروع ولهذا توقف  
الملك في الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد ثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدى الى ايجاب الضمان في عقد  
التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع  
لان الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة له فيها لان المراد من المفروض  
الدين لا العين الأترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل وكذا الغالب في المهر أن يكون

ديناً وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لانه اسقاط الدين عنه وانه جائز في المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل ان النبي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فهو واسلموا الكل جملة وفي الحديث ما يدل عليه فانه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسألمك الباقي وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على ان ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان كبة واحدة لو قسمت على الجمل العفير لا يصيب كلا منهم الا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة في حكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشرى بكاوه وها نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جائز عندنا ويحتمل ان الانصباء كانت متمسومة منفرزة ويجوز أن يقال في مثل هذا بينهم اذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها تضاف اليهم وان كانت أنصباؤهم متمسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه الى الموهوب له جائز لان هبة المشاع عندنا منعقد موقوف فآذنه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذ الشيوخ لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضي الله عنه لا يدل عليه فانه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها اني كنت نخلتك جداد عشرين وسقاً من مالي وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النخل من الفاظ الهبة ولو لم ينقسم لافعله الصديق رضي الله عنه لانه ما كان ليعقد عقدا باطلا فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهو عين مذهبنا والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم اليه ثم وهب منه النصف الآخر وسلم اليه جملة جاز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بنحلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوى فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريك كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا يجوز الهبة الا مقبوضة محوذة من غير فصل ولان المانع هو الشيعاء عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله (وجهه) قوله ان الشيعاء لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جوازه كالمفروض (ولنا) ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع أو لا يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولان التصديق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع بصيرها عقداً في تغيير المشروع على ما بينا في الهبة ولو وهب شيئاً ينقسم من رجلين كالدار والدرهم والدنانير ونحوها وقبضها لم يجز عند أبي حنيفة وجاهز عند أبي يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيئاً ينقسم وقبضه أنه يجوز فابو حنيفة يعتبر الشيوخ عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعاً فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشيعاء وقت القبض وهما يجوزاهما لانه لم يوجد الشيعاء في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلعدم الشيوخ في وقت القبض (وأما) هما فلا نعداه في الحالين لانه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تملك كل الدار جملة أو تملك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبي حنيفة تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كانه أفر دتمليك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هي تملك الكل منهما لا تملك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تملك الشائع فيجوز (وجهه) قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك توزيع وتفريق واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لانه الضرورة الصحة وفي العدول عن ظاهر الصيغة هبنا فساد العقد بسبب الشيوخ فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تملك الكل منهما وموجب التملك

منها ثبوت الملك لهما في الكل وانما ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الانقسام ضرورة المزامحة واستواءهما في الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء كالأخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو اقر دأحدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزامحة مع المساواة في الاستحقاق يثبت عند انقسام الميراث في النصف وكذا الشفيعان ثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزامحة والاستواء في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما صالحاً لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب للصيغة بل لتضييق المحل لهذا جاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جازلانه يكون رهن المشاع لهذا الوقضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا تملك مضاف الى الشائع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تملك مضاف الى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منك بما ان يكون تملك كل الدار من كل واحد منهما وما ان يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والحال لا يكون موجب العقدتين الثاني وهو أن يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل الدار مملوك لكل واحد منهما الملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبه صاحبه بالتهابي أو بالتقسمة وهذا آية ثبوت الملك له في النصف واذا كان هذا تملك الدار لهما على التناصف كان تملك مضافاً الى الشائع كانه أقر لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يؤثر في القبض الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمر المحال أيضاً فكان موجب العقد التملك منهما على التناصف لان هذا تملك الدار منهما فكان عملاً بموجب الصيغة من غير احواله فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بان يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدي عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيئاً مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكاهذه الدار لهذا انصفها ولهذا جاز لان قوله لهذا انصفها ولهذا انصفها خرج تفسير الحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسيراً للنفس العقد لان العقد وقع تملك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسير الحكم فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا انصفها لم يجوز لان الشيوع دخل على نفس العقد فمنع الجواز ولو قال وهبت لكاهذه الدار ثلثها لهذا وثلثها لهذا لم يجوز عند أبي يوسف وجاز عند محمد (وجهه) قول محمد ان العقد متى جاز لثنين يستوى فيه التساوى والتفاضل كعقد البيع (وجهه) قول أبي يوسف ان الجواز عند التساوى بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعاً في العقد ولما فضل أحد النصبين عن الآخر تعدر جملة تفسيراً لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل أحد النصبين في معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع ولو رهن من رجلين لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا أو نصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا أهبهم بان قال وهبت منكاً أنه يجوز ولو وهب من فقيرين شيئاً ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصديق عليهما لان

الهبة من الفقير صدقة لانه يتعنى بها وجه الله تعالى وسند كرحمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون  
 الثمر والتمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس  
 بموهوب اتصال جزءه بجزء فكان كهبه المشاع ولو فضل وسلم جاز كما في هبة المشاع ولو تصدق بمشرة دراهم على رجلين  
 فان كانا غنيين لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لان التصديق على الغني ميتة في الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز  
 وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز في الهبة من رجلين وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في كتاب  
 الهبة لا تجوز وفي الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياح كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على  
 ما ذكرنا فيما تقدم وهم هنا يتحقق الشيوع في القبض (وجه) رواية الجامع وهي الصحيحة ان معنى الشيوع في القبض  
 لا يتحقق في الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله  
 تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة  
 تمنع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير  
 واحد ثم وكل قبضها وكيلين بخلاف التصديق على غنيين لان الصدقة على الغني يتعنى بها وجه الغني فكانت هدية لا  
 صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يتعنى بها وجه الله تعالى والدار الاخرة والهدية يتعنى بها وجه الرسول  
 وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع في القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن  
 يكون الموهوب مقبوضاً وان شئت رددت هذا الشرط الى الموهوب له لان القبض والمقبوض من الاسماء الاضافية  
 والعلاقة التي تدور عليها الاضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده الى كل واحد منهما في صناعة الترتيب فتأمل  
 والكلام في هذا الشرط في موضعين في بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفي بيان شرائط صحة القبض (أما) الاول  
 فقد اختلف فيه قال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك  
 رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا عقد تبرع بتملك العين فيفيد الملك  
 قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ما روينا ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر رضي الله  
 عنهما اعتبر التسمية والقبض لجواز التحلي بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعاً وروى عن  
 سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا  
 مقبوضة محبوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولا انها عقد تبرع فلو صحمت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب  
 بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تعبير المشروع بخلاف الوصية لانه ليس في ايجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها  
 عن موضعها اذ لا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصى لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض  
 عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة اذا علمت وان لم تقبض ولا  
 تجوز الهبة ولا التحلي الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما قالوا اذا علمت  
 الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خير أعن الله سبحانه  
 وتعالى يا ابن آدم تقول مالي مالي وليس لك من مالي الا ما أكلت فافئنت اولبست فابليت أو تصدقت فاقبقت اعتبر  
 الله سبحانه وتعالى الامضاء في الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر  
 وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان التصديق عقد تبرع فلا يفيد  
 الحكم بنفسه كالهبة وما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه  
 الصغير وبه نقول لاحاجة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض  
 (والثاني) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط  
 لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد

فلأن يكون في الهبة أولى لأن البيع يصح بدون القبض والهبة لا تحتملها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطاً للصحة فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطاً فيما يتوقف صحته على القبض أولى ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن وان لم يكن ركناً على الحقيقة فيشبهه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب أيضاً والاذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فنحو أن يقول اقبض أو اذنت لك بالقبض أو رضيت وما جرى هذا الجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحساناً والقياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وان كان باذن الواهب كالقبول في باب البيع (وجه) الاستحسان ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل اليه ست بدنان فجعلن يزدلفن اليه فقام عليه الصلاة والسلام فخرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فقد اذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث اذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولأن الاذن بقبض الواهب صريح بمنزلة اذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الدلالة فهي ان قبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهيه الواهب فيجوز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان في الزيادات ولو قبض المشتري المبيع بيعاً جازاً بحضرة البائع قبل نقد الثمن لم يجز قبضه قياساً واستحساناً حتى كان له أن يسترد في البيع الفاسد اختلاف روايتي الكرخي والطحاوي رحمهما الله ذكرناهما في البيوع (وجه) القياس ان القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان ان الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لان الاقدام على ايجاب الهبة اذن بالقبض لانه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان الاقدام على الايجاب اذناً بالقبض دلالة والتاب دلالة كالتاب نصاً بخلاف ما بعد الافتراق لان الاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولأن للقبض في باب الهبة شها بالركن فيشبهه القبول في باب البيع وايجاب البيع يكون اذناً بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذا ايجاب الهبة يكون اذناً بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيئاً متصلاً بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالتمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الارض أو حلية السيف دون السيف أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يجز قبضه سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للاذن التاب دلالة الايجاب ولم يوجد ههنا لان الايجاب لم يقع صحيحاً حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الاذن بالقبض وان قبض باذنه يجوز استحساناً والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد اذا وقع فاسداً من حين وجوده لا يمتثل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزاً وعندنا يمتثل الجواز باسقاط المفسد مقصوراً على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع وكذلك اذا وهب ديناً له على انسان لا آخر انه ان قبض الموهوب له باذن الواهب صريحاً قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وان قبضه بحضرة له ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياساً واستحساناً فرق بين العين والدين (وجه) الفرق ان الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الايجاب فيها دلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وايجاب الهبة في الدين لغيره من عليه الدين لا يصح دلالة الاذن بقبضه لان دلالة قصده تمليك وتتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض لانه اذا اذن له بالقبض صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير قبض العين قابضاً للواهب أولاً ويصير المقبوض ملكاً له أولاً ثم يصير قابضاً بنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي



ذكرنا واهب مالك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض واذا لم يصرح بالأذن بالقبض بقى  
المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن  
لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب لان معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع  
الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فانه لا يجوز  
لان الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قيل الحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له  
أولا ويحلى بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار اليه فتجوز الهبة فيها لانها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة  
اشكال وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتصح صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم  
سلم فارغا جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقول لان المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب  
ما فيها من المتاع دون الدار وحلى بينه وبين المتاع جازت الهبة لان المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة  
بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبها جميعا  
صفقة واحدة وحلى بينه وبينها جازت الهبة فيهما جميعا لان التسليم قد صح فيهما جميعا فان فرق بينهما في الهبة بأن  
وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعا  
وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظري في ذلك وروى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فالهبة في  
الدار لم تجز لانها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم  
هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا أما في المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلانها وقت التسليم  
كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الاصل أيضا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى  
ما في بطنها أو حيوانا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز لانه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لانه  
لا يجوز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو اعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام  
يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة أن وابتان (وجه) رواية عدم  
الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب (وجه) رواية الجواز وهي رواية  
الكرخي ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لان حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهر او هذا معنى الاستثناء  
ولو استثناه لفظا جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين  
الاعتاق والتدبير (وجه) الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز  
كهبة دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حر جالس وهذا يمنع جواز الهبة كذا هذا  
ومنها أن لا يكون الموهوب متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لان قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس  
بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضا فيها زرع دون الزرع أو شجرا عليها ثم ردون  
التمر أو وهب الزرع دون الارض أو التمر دون الشجر وحلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لان الموهوب متصل  
بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فنفع صحة القبض ولو جاز التمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغا جاز لان المانع من النفاذ  
وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهبها جميعا وسلم متفرقا جاز ولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل  
واحد منهما بمقد على حدة بأن وهب الارض ثم الزرع أو الزرع ثم الارض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة  
فيهما جميعا وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا مقدم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لان المانع من صحة القبض هنا  
الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف الدار مشاعا من رجل ولم يسلم  
اليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل انه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا  
وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفا على ظهر غنم انه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

القبض ولو جزه وسلمه جازلز وال مانع والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا تجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغا جازلما قلنا بخلاف هبة ما في بطن جاريتة أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو هبة سمن في لبن أو دهن في سمس أوزيت في زيتون أو دقيق في حنطة أنه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولاية أو عند استخراج ذلك لان الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوما لهذا لم يحز بيعها فلا تجوز هبتها وهنابخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض الجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحسانا فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطاً ولا يجوز قبض الصبي وان كان عاقلاً (وجه) القياس ان القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع (وجه) الاستحسان ان قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله وكذا الصبية اذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحريرة ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبدين أولاً فالقبض الى العبد والمالك للمولى في المقبوض لان القبض من حقوق العتد والعقد وقع للعبد فكان القبض اليه ولان الاصل في بني آدم الحرية والرق لعارض فكان الاصل فيهم اطلاق التصرف لهم والا محجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقى فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد القن للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة فالقبض اليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن فاذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لان الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الاصله وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الاصله فهو ان يقبض بنفسه بشرط جواز العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض أما الاول الذي يرجع الى القابض فهو القبض للصبي بشرط جوازه الولاية بالحر والعميلة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي فيقبض له أبوه ثم وصي أبيه بعده ثم جده أو أبويه بعد أبيه ووصيه ثم وصي جده بعده سواء كان الصبي في عياله هؤلاء أو لم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرهم لان هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له واذا غاب أحد هم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لان التأخير الى قدوم الغائب تقويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية الى من يتلوه وان كان دونه كما في ولاية الانكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربع مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عياله القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحم محرم منه كالاخ والم والام ونحوهم أو أجنبيا لانه ليس لتسير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فان لم يكن أحد من هؤلاء الاربع جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحسانا والقياس ان لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبياً كان أو ذارحم محرم منه قياساً واستحسانا وانما كان كذلك لان الذي في عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي (وأما) من ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلاً فلا يجوز قبضه له كالأجنبي والقبض للصبي اذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضاً استحساناً لانها في عياله لكن هذا اذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره (وأما) الثاني الذي يرجع الى نفس القبض فهو ان القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لانه اذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذا التماثلان غير ان ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسده فتثبت المناوبة مقتضى المماثلة واذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل اذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحسانا والقياس أن لا يصير قابضا ما لم يجدد القبض وهو ان يخلى بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد (وجهه) القياس ان يد المودع ان كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كانه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجهه) الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير مضمون اذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان فيتاوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لان قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض امانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يماثل القبضان بل الموجود اذنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب في يده منصوبا او مقبوضا ببيع فاسد او مقبوضا على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو اصل القبض وزيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهونا في يده ذكر في الجامع انه يصير قابضا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض امانة وقبض الرهن في حق العين قبض امانة ايضا فيتماثلان فتاب أحدهما عن الآخر ولكن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الامانة والا قوى ينوب عن الادنى لوجود الادنى فيه وزيادة واذا صحمت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع الرهن بدينه على الراهن وذكر الكرخي انه لا يصير قابضا حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة لان قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل البراءة بالهبة ليصير قبض امانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المنصوب والمقبوض على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض غير ضمان فتماثل القبضان فيتاوبان ولو كان مبيعا قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعته من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل أصلا ورأسا والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ولونحل ابنه الصغير شيئا جاز ويصير قابضا مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضا للصغير مع العقد وينبغي للرجل أن يعدل بين اولاده في التحلي لقوله سبحانه وتعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان (واما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل في ذلك أن يسوى بينهم في العتية ولا يفضل الذكرك على الانثى وقال محمد العدل بينهم أن يمطيهم على سبيل الترتيب في الموارث للذكور مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضى الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ ينبغي للرجل أن يسوى بين ولده في التحلي ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضى أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روى أن بشيرا أبا النعمان أتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلحت ابني هذا غلاما كان لى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام فارجمه وهذا اشارة الى العدل بين الاولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولان في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولونحل بعضا وحرم بعضا جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه لاحق لاحد فيه الا انه لا يكون عدلا سواء كان المحروم فقها تقياً أو جاهلا فاسقا على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأدبين والمتفقهين دون القسقة الفجرة

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته وفي بيان ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض لان الهبة تمليك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال أصحابنا هي ثبوت ملك غير لازم في الاصل وللواهب ان يرجع في هبته وانما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع باسباب عارضه وقال الشافعى رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم في الاصل ولا يثبت الرجوع الا في هبة الولد خاصة وهي هبة الولد لولده فنقول يقع

الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان نبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لو اهب ان يرجع في هبته الا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسألة هبة الاجني والوالد وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالعائد في قبته والعود في التيء حرام كذا في الهبة ولان الاصل في العقود هو اللزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فن طلب منهما العوض فقد طلب من المقدم ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً (ولنا) الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى واذا حيتيم بتحية فحيوا باحسن منها أو ردوها والصحية وان كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال (قال القائل) \* تحيتهم بيض الولاء بدنيهم \* لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى أو ردوها لان الرد انما يتحقق في الاعيان لأني الاعراض لانه عبارة عن اعادة الشيء وذالاً يتصور في الاعراض والمشارك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فاروى عن أبي هريرة رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل اليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فانه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا مثل مذهبننا ولم يرد عن غيرهم خلافاً فيكون إجماعاً ولان العوض المالى قد يكون مقصوداً من هبة الاجانب فان الانسان قد يهب من الاجني احساناً اليه وانعاماً عليه وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعاً قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروفًا فكافؤه فان لم تجدوا ما تكافؤه فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافأتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا والتهادى تفاعل من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجني وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء وذلك لا يجوز عندنا الا فيما يهب الوالد لولده فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للاتفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لامن حيث الحكم لان نفي الحل محتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلف ان تزوج عليهن بعدما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم اذا كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخر ان المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة الا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قبته وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا وقوله فيما يهب الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة اليه لكنه ساء رجوعاً لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعاً حقيقة على ما نذكره في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصبح بدون القضاء والرضا لان الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصبح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لانها ليست

بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من ملك الواهب باى سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لان الملك عرض يتجدد في كل زمان الا انه مع تجدد حقيقته جعل متجدداً تقديراً في حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف المالك واختلاف المالكين بمنزلة اختلاف العيين ثم لو وهب عينا لم يكن له ان يرجع في عين أخرى فكذا اذا اوجبه ملكاً لم يكن له ان يفسخ ملكاً آخر بخلاف ما اذا وهب لعبد رجل هبة فتبعضها العبدان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب اذا وهب له هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان أعتق المكاتب لان الملك الذي اوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكانه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد في الرق فللواهب ان يرجع عند أبي يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالولى يملك اكسابه بحكم الملك الاول أو يملكه كامل كما مبتدأ فنسب أبو يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها كامل كما مبتدأ فاختلف الملك فنع الرجوع (وجه) قول محمد ان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار أحق باكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتل العود فكان هذا ملكاً منتهياً فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبي يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية بآداء بدل الكتابة فاذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكاً منتهياً ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام في زيادة الهبة انها لا تخلو إما ان كانت متصلة بالاصل وإما ان كانت منفصلة عنه فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أولاً بعقله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنت أودار أفنى فيها أو أرضاً ففرس فيها غرساً أو نصب دولا أو غير ذلك مما استحق به وهو مثبت في الارض مبنى عليها على وجه يدخل في بيع الارض من غير تسمية قليلاً كان أو كثيراً أو كان الموهوب ثوباً فصبغه بمصفر أو زعفران أو قطعة قيصاً وخطه أو جبة وحشاه أو قباهلانه لا سبيل الى الرجوع في الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها الفسخ ولا سبيل الى الرجوع في الاصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله ان يرجع لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزد الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والتمر أو غير متولدة كالارش والعقر والكسب والغلة لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد في الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب لان المانع هناك هو ان يبقى الولد بمصدر الام بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابل به عوض وهذا تفسير الراجح في الهبة لان جريان الربا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة في سعر لا تمنع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب وانما هي رغبة يحدتها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع فلا تفسيره ان الرهن ولا النصب ولا تمنع الرد بالعيب وأما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع في بعض الموهوب وله ان يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكاله فكذا اذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس قبض مضمون ومنها العوض لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته

ما لم يثبت منها أي مال يعوض ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو أكثر لما روينا من الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط في العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً والثاني في بيان ماهية هذا التعويض أما الأول فله شرائط ثلاثة الأول مقابلة العوض بالهبة وهو أن يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو أن يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نحللتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أتيتك وما يجرى هذا المجرى لأن العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب لساناً شيئاً وقبضه الموهوب له ثم أن الموهوب له أيضاً وهب شيئاً للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لأنه لم يجعل الباقي مقابلاً بالأول لا نعدم ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في العقد مملو كذا ذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً وإن عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فإن كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضاً لأن التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة إذ لو كان ذلك مقصوده لا مسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وإن كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع فإن بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقي لأنه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضاً هذا إذا وهب شيئاً واحداً أو شيئين في عقد واحد فاما إذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يكون عوضاً وقال أبو يوسف لا يكون عوضاً (وجه) قول أبي يوسف أن حق الرجوع ثابت في غير ما عوض لأنه موهوب وحق الرجوع في الهبة ثابت شرعاً فإذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعاً فلا يقع موقع العوض بخلاف ما إذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضاً عن الباقي أنه يجوز وكان مكاناً عوضاً لأن حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض (وجه) قولهما إنهما ملكا بمقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وهذا لأنه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الأولى لأن الإنسان قد يهب شيئاً ثم يبدوله الرجوع فصار الموهوب باحد العقدین بمنزلة عين أخرى بخلاف ما إذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقع عليها العقد لأن بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فإن الإنسان لا يهب شيئاً ليس له بعضه عوضاً عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعاً نعم لكن الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يمتنع وقوعه عن جهة أخرى كما لو باعه منه ولو وهب له شيئاً وتصدق عليه بشيء فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الاصلين (أما) على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشكل لانهما ملكا بمقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدین أولى (وأما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فلان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقع موقع العوض والثالث سلامة العوض للواهب فإن لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع في الهبة لان بالاستحقاق تبين ان التعويض لم يصح فكانه لم يعوض أصلاً فله أن يرجع ان كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك ولم يزد دخيلاً ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فإن كان قد هلك أو استهلك الموهوب له لم يضمنه كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد خيراً لم يضمن كما قبل التعويض وإن استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي عوض عن كل الموهوب وإن شاء رد ما بقي من العوض ويرجع في كل الموهوب ان كان قائماً في يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض (وجه) قوله ان معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً فكان الثاني عوض عن الاول فالاول يصير عوضاً عن الثاني ثم لو استحق بعض الهبة الاولى كان للموهوب له أن

يرجع في بعض العوض فكذا اذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة  
(ولنا) ان الباقي يصلح عوضاً عن كل الهبة ألا ترى انه لو لم يعوضه الاب في الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع  
فكذا في الانتهاء بل أولى لان البقاء أسهل الا ان الواهب أن يردده ويرجع في الهبة لان الموهوب له غير حيث  
عوضه لا سقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه  
لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليستحق حق الرجوع في الهبة  
فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو  
استحق نصف الموهوب فلموهوب له أن يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما  
جعل عوضاً عن حق الرجوع في جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص  
في السعر أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا روى عن محمد في الاملاء  
وانما تمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لانه تبين انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بمقد فاسد فيثبت الفسخ  
في الزوائد وان قال الموهوب له اردد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطاً في  
العقد بل هراً متأخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لا سقاط الرجوع وقد حصل له  
سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة فلم يكن له أن يرجع في العوض فان كان العوض مستهلكاً ضمن قبض العوض  
بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلكاً ضمن كل قيمة  
العوض كذا ذكر في الاصل من غير خلاف وهو احدى رويين بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله  
وروي بشر رواية أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة انه لا يضمن شيئاً وهو قول أبي يوسف (وجه) رواية  
الاصل ان القبض في العوض ما وقع بمجاناً وانما وقع مطلقاً في الرجوع في الاول فان لم يسلم المقصود منه بقي القبض  
مضموناً فكلما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع قيمته اذا هلك (وجه) الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد  
في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا اذا كان  
الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه (فاما) اذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما  
بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هي المستحقة فاذا بطل العوض رجع في الهبة واذا  
بطلت الهبة يرجع في العوض لان بالاستحقة ان تبين ان الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل  
الثاني بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة وبطل بما  
تبطل به الهبة لا يخالفها الا في اسقاط الرجوع على معنى انه ثبت حق الرجوع في الاولى ولا يثبت في الثانية (فاما)  
فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتلك العين للحال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليستحق حق الرجوع  
عن نفسه في الهبة الاولى فكانت هبة مبتدأة مسقطاً لحق الرجوع في الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيباً  
فاحتشالم يكن له أن يردده ويرجع في العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيباً لم يكن له أن يرد العوض ويرجع  
في الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن مشروطاً في العقد لم يكن عوضاً على الحقيقة بل  
كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا في اسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل  
واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (اما) الواهب فلانه قد سلم له العوض عن الهبة وانه يمنع الرجوع (وأما)  
الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه  
الصلاة والسلام الواهب احق بهتة ما لم يثب منها وسواء عوضه الموهوب له أو اجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره  
لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب  
فانما لم يرجع في هبته لان الاجنبي انما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه

لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كالتبرع بمخالفة امرأة من زوجها (واما) الم عوض فانه لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واسقاط حق التبرع وقد سلم له ذلك وانما لم يرجع على الموهوب له (اما) اذا كان بغير أمره فلانه تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونا عليه (واما) اذا عوض بأمره لا يرجع عليه أيضا الا اذا قال له عوض عني على اني ضامن لانه اذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الأمر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفارة يميني أو أدز كاتي ففعل لا يرجع بذلك على الأمر الا ان يقول له على اني ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا أمره بغيره بقضاء الدين فقضاءه انه يرجع على الأمر وان لم يقبل على اني ضامن نصا لان قضاء الدين مضمون على الأمر فاذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة بما يتجزأ ألا ترى انه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف بخلاف العفو عن التصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل (واما) العوض المشروط في العقدان قال وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ان عقده عقده وجواز بيعه ورجوعه وان هبة ابتداء ببيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضا وكذا اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع رد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقده ببيع وجواز بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شرط نية القبض ولا يملك الرجوع (وجه) قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تملك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك (ولنا) انه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا يشبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملا يشبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الاول صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذى رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الوالد فيما يب لولده احتج بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحبل الواهب أن يرجع في هبته الا الوالد فيما يب لولده وهذا نص في الباب (ولنا) ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة فدخل تحت النص وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلية رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث محمول على النهي عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك وسيدنا عمر رضي الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة لكن سماه عودا لتصوره بصورة العود وهو نهى ندب لان الموهوب له يستحق فيسأحه في ثمنه فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكروه وهذا



المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده لان الولد لا يستحق عن المضايقة في الثمن لاستيفاء الثمن لمباشرة بينهما عادة فلم يكره الشراء حملناه على هذا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض وكذا اذا وهب لذي محرم لا رحمه له لانعدام معنى الصلة أصلا ولو وهب لعبد ذي رحم ومولاه أجنبيا (فاما) ان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا (واما) ان كان المولى والعبد جميعا ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذارحم محرم من الواهب والمولى أجنبيا فله أن يرجع بلا خلاف بين أصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد بصورة العقد بسلاحكم وانه لا يفيد معنى الصلة فانعدم معنى العوض أصلا وان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا اختلفوا فيه قال أبو حنيفة رضي الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجهه) قولهما أن بطلان حق الرجوع بمحصول الصلة لانها في معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لوقوع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وانما ثبت ضرورة تعدد الاتبات للعبد فأقيم مقامه واذ ثبتت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى من وجهه وللعبد من وجهه لان الايجاب أضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذا لم يكن دين فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذي رحم محرم فان كانا جميعا ذارحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخي عن محمد بن قيس قول أبي حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر في اسقاط الرجوع لان الملك لم يقع له وقرابة المولى أيضا لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل في الهبة والامتناع معارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهندي واني انه ليس له أن يرجع في هذه المسئلة في قولهم لان الهبة اما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحمة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعا واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شياً وهو ذورحم محرم من الواهب أو مولاه ذورحم محرم من الواهب انه ان أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها ان كان أجنبيا يرجع وان كان قريبا لا يرجع لانه لا أدى فعتق استقر ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبيا وان كان قريبا لا يرجع كذا هذا وان عجز ورد في الرق فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها ان كان أجنبيا فله الواهب أن يرجع وان كان قريبا فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده وأوجبت ملكا موقوفا على المكاتب وعلى مولاه على معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجوده، وان عجز ورد في الرق يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده كأن الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع في الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف ثم ينتقل الى المولى بالعجز كأنه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب الى ورثته الثاني الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها التوارث في جميع الاحوال فلا يدخلها محج الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها الثالث التوارث فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها للحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن عوضا في الحقيقة اذا العبد لا يستحق على مولاه عوضا ولو تصدق على غنى فالقياس أن يكون له حق الرجوع لان التصديق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع لانهم استحسنوا وقالوا ليس له ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في

يده في الصدقة عليه ثواب واذا كان الثواب مطلوباً من ذلك في الجملة فاذا أتى بلقطة الصدقة دل أنه أراد به الثواب  
 وأنه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوخ فتقول لا يمنع الرجوع في الهبة فلو اهب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً  
 وإن كان محتملاً للقسمة بان وهب داراً فباع الموهوب له نصفها مشاعاً كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذا لو بيع  
 نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلية لأنها لا تجوز في المشاع  
 الذي يحتمل القسمة لأن القبض شرط جواز العقد والبيع محل في القبض الممكن من التصرف والرجوع ففسخ  
 والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوخ مانعاً من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً  
 فتقول والله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي  
 فمسائل أصحابنا تدل على أنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة  
 ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشيعاء وكذلك اتفق بحته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض  
 وكذلك وهب لانسان شيئا وهبه الموهوب له لا آخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة  
 لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على أن الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفرانه هبة مبتدأة (وجه) قوله ان  
 ملك الموهوب عاد الى الواهب بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فيعتبر عقد جديد في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض  
 والدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكره في كتاب الهبة ان الموهوب له اذا ارد الهبة في مرض موته انها تكون من الثلث  
 وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) ان الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي  
 والدليل على أنه مستوفى حق نفسه بالفسخ ان الهبة عقد جائز وموجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً له فلا  
 يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي انه يعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث لأنه لا حق  
 للمشتري في الفسخ وانما حقه في صفقة السلامة فاذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم  
 موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي (وأما) ما ذكره محمد بن أصحابنا من التزم وقال هذا يدل على أن الرجوع  
 بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل يدل على أنها فسخ فكان في المسئلة روايتان (ومنهم) من قال هذا لا يدل  
 على اختلاف الروايتين لأنه انما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهما في الرد في حق ورثته فكان فسخاً فيما بين  
 الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالأقالة فانها  
 فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما واذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب  
 ويملكه الواهب وان لم يقبضه لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع  
 والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لان قبض الهبة قبض غير مضمون  
 فاذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضموناً عليه الا بالتعدي  
 كسائر الامانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به ولو كان الموهوب له وهب الموهوب للواهب  
 وقبله الواهب الاول لا يملكه حتى يقبضه واذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وليس للموهوب  
 له أن يرجع فيه وكذلك الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لفظ الفسخ وملك  
 الواهب لا يزول الا بالقبض بخلاف ما اذا تراضيا على الرجوع ان الواهب يملك بدون القبض لان اتفاقهما على  
 الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم اذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لان  
 الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها  
 ﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ اما بالاقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو التراضي  
 على ما بينا واذا انفسخ العقد يعود الموهوب الى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة الى القبض لما ذكرنا  
 فيما تقدم

### ﴿كتاب الرهن﴾

الكلام في هذا الكتاب يتبع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه رهوناً وما يبطل به الركن وما لا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أما ركن عقد الرهن فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بمالك على من الدين أو يقول هذا الشيء رهن بدينك وما يجرى هذا المجرى ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت وما يجرى مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئاً بدرهم ودفع إلى البائع ثوباً وقال له أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه أتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأشياء بعضها يرجع إلى نفس الرهن وبعضها يرجع إلى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع إلى المرهون وبعضها يرجع إلى المرهون به (أما) الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقاً بشرط ولا مضاعفياً في وقت لان في الرهن والارتهان معنى الايفاء والاستيفاء فيشبه البيع وأنه لا يحتمل التعليق بشرط والاضافة إلى وقت كذا هذا (وأما) الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لأن ذلك من تواجب التجارة فيملكه من يملك التجارة ولأن الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعاً لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بالمدينة من يهودي طعاماً ورهنه به درعه وكان ذلك رهناً في الحضر ولأن ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين يوجد في الحاضر وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والانكار وتذكره عند السهو والنسيان والتنصيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى فكانت بؤهم ان علمت فيهم خيراً (وأما) الذي يرجع إلى المرهون فأشياء منها أن يكون محلاً قابلاً للبيع وهو أن يكون موجوداً وقت انعقد ما لا مطلقاً متقوماً مملوكاً مملوكاً ما مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ما تدر أعنابه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والحرام لانه ميتة ولا رهن الحر لانه ليس بمال أصلاً ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لانهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالاً مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلم لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاءه ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر واستيفاءه إلا أن الراهن إذا كان ذمياً كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لان الرهن إذا لم يصبح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم وخمر الذي مضمون على المسلم بالغصب وإذا كان الراهن مسلماً والمرتهن ذمياً لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهاهما منهم لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخمر والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لانها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكاً للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية كالاب والوصي برهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لان الرهن لا يخلو (أما) ان يجرى مجرى الايداع (وأما) ان يجرى مجرى المبادلة والاب إلى كل واحد منهما في مال الصغير فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فان هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الاب هلك بالاقبل من قيمته ومما رهن به لان الرهن وقع صحيحاً وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ماسقط من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس

له أن يسترده قبل قضاء القاضى لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد قبضه ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضى الولد دين أبيه واقتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لانه مضطر الى قضاء الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الاب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم ان المعير قضى دين المستعير واقتك الرهن انه يرجع بجميع ما قضى على المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصى في جميع ما ذكرنا حكم الاب وانما يفترقان في فصل آخر وهو انه يجوز للاب أن يرهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذا هلك بهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين واذا أدرك الولد ليس له أن يسترده اذا كان الاب يشهد على الارتهان وان كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الا بتصديق الولد ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لاجل الولد واذا هلك بعد ذلك فهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين اذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدق الولد بعد الادراك والوصى لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشكل لانه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشراء لكن اذا كان خيرا لليتيم ولا خيره في الرهن لانه يهلك أبدا بالاقبل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجز رهن مال الغير باذنه كما لو استعار من انسان شيئا ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ابقاء الدين وقضاؤه والانسان بسبيل من أن يقضى دين نفسه بمال غيره باذنه ثم اذا أذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فالمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأى جنس شاء وفي أى مكان كان ومن أى انسان أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وان كان مقيدا بان سمي قدرا أو جنسا أو مكاثا أو انسانا تقيده حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالاكثر ولا بالاقبل أيضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا بالقدر وقد يكون له في ذلك عرض صحيح فكان التقيده مفيدا وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر لان قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقيده بالجنس مفيدا وكذا اذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجز له أن يرهنه بالبصرة لان التقيده بمكان دون مكان مفيد فتقيده بالمكان المذكور وكذا اذا أذن له أن يرهنه من انسان بعينه لم يجز له أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيدا فان خالف في شىء مما ذكرنا فهو ضامن لقيمته اذا هلك لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن لان الرهن لم يصبح فبقي المرهون في يده بمنزلة المصوب فكان له أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن ولا بعد الا فتكالك فان فعل ضمن لانه لم يأذن له الا بالرهن فان انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته برى من الضمان حين رهن ذكره في الاصل لانه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا عاد الى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها خالف ثم عاد الى الوفاق انه لا يبرأ عن الضمان لان المستعير للانتفاع ليست يده يد المالك بل يد نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم تكن بالعود الى الوفاق رادا للمال الى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (فأما) المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد الى الوفاق فقد رد المال الى يد المالك فيبرأ عن الضمان واذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لانه هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان وكذلك اذا هلك في يده بعد ما افتكته من يد المرتهن لانه بالافتكالك من يد المرتهن عادية فكان الهلاك في قبض العارية ولو وكل الراهن معنى المستعير بقبض الرهن من المرتهن أحدا فقبضه فهلك في يد القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده

والمالك رضى بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضياً بيده وان هلك في يد المرتهن وقدرهن على الوجه الذي أذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من نخل الغير باذنه بالرهن اذا الرهن قضاء الدين ويتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لا نسان فقضى دين نفسه بمال الوديعة باذن صاحبها فاقضى يكون مضموناً عليه وما لم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الراهن عن الافسكالك فافتسكك المالك لا يكون متبرعاً ويرجع بجميع ما قضى على المستعير وذكرا الكرخي انه يرجع بقدر ما كان علك الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعاً فيها حتى لو كان المستعير رهن بألقين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألقين فانه يرجع على المستعير بألقين وعلى ما ذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فاذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعاً فيها (وجه) القول الآخر ان المالك مضطر الى قضاء كل الدين الذي رهن به لانه علق ماله عند المرتهن بحيث لا فسكك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطراً في قضاء الكل فكان مأذوناً فيه من قبل الراهن دلالة كانه وكله بقضاء دينه فقضاء المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمنع من قبض الدين من المعير ويجبر على القبض ويسلم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخلص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون المرتهن ولاية الامتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما اقتسكته فالقول قول الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضياً دين نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن المحمول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والا صل فيه ان كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وما هيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركناً كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلا ناشياً فرهنه ولم يقبضه بحثت عندنا وعنده لا يحنث كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى في رهن مقبوضة ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى فدل ذلك على القبض مقرراً وبأن ذكر الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى في رهن مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيمتضي أن يكون القبض فيه شرطاً صائباً لتجربه تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقد اعلی أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليجبسه رهناً ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد ادخله في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقد اعلی أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى في رهن مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل رضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر ووضعاه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء وكذا اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعاه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الاجنبي سواء ولو رهن رهناً وسلط عدلاً على بيعه عند الحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة

التوكيل لا تقتف صحته على القبض فصيح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل  
والو كالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا في الامسك وعدلا في البيع جاز لان كل واحد منهما أمر مقصود فيصح  
افراده بالتوكيل (وأما) بيان شرائط صحته فأشياء (منها) أن يكون باذن الراهن لما ذكرنا في الهبة ان الاذن بالقبض شرط  
صحته فيما له صحة بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطا فيما لا صحة له بدون القبض أولى ولان القبض في هذا الباب  
يشبه الركن كإتي الهبة فيشبهه القبول وذلك لا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم نقول الاذن نوعان نص وما يجري  
مجري النص دلالة فالاول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو قبض وما يجري هدا المجري فيجوز قبضه  
سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة ان لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن  
يقبض المرتهن بمحضرة الراهن فيسكت ولا ينهيه فيصح قبضه استحسانا وقياس قول زفر في الهبة أن لا يصح كما  
لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل  
أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان انه وجد الاذن ههنا دلالة  
الاقدم على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد الى ايجاب حكمه ولا يتبوت لحكمه الا بالقبض ولا صحة للقبض بدون  
الاذن فكان الاقدم على الايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدم دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم  
يوجد الاذن هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الاقدم على ايجابه دليل  
القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيئا متصلا بما يقع عليه الرهن كالثمن المعلق على الشجر ونحوه مما  
لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض قفصل وقبض فان قبض غير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل  
والقبض في المجلس أو في غيره لان الايجاب ههنا لم يقع صحيحا فلا يستدل به على الاذن بالقبض وان قبض باذنه  
فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في الهبة والله الموفق (ومنها) الحيازة  
عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجه) قوله ان الشياح  
لا يتدفع في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع  
المرهون واستيفاء الدين من بدله على ما ذكر والشيوخ لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن في النصف  
الشائع بتخلية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه  
وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أو لا يحتملها لان الشيوخ يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعا بخلاف الهبة فان  
الشيوخ فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا في كتاب الهبة وانه  
يخص المقسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ما ذكرنا شاء الله تعالى وسواء كان مقارنا للعقد أو طرأ عليه  
في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشيوخ الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته اذا  
رهن شيئا وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء مجتمعا أو متفرقا فباع نصفه شائما أو استحق بعض الرهن  
شائما (وجه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا فرق  
الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والابق الطارئ ونحو ذلك فكون الحيازة شرطا  
في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوخ مانعا  
عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا  
عبد ادين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كل رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن أن يمسه حتى يستوفي كل الدين واذا  
قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه  
وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن  
فانه يجوز رهن مال الغير باذنه لما بينا واقدمهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد

رهنما بكل الدين ولا استحالة في ذلك لان الرهن حبس وليس يمتنع أن يكون العبد الواحد محبوسا بكل الدين فلم يكن هذا رهن الشائع فجاز وليس لاحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد اذا قضى ما عليه من الدين لان كله مرهون بكل الدين فما بقي شيء من الدين بقي استحقاق الحبس وكذلك اذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شركاء في شركة بينهما جاز واذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيئا من الرهن لانه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد يصلح رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة انها غير جائزة لان الهبة تملك وتمليك شيء واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محال والمأقل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة في كون الشيء الواحد محبوسا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير انه وان كان محبوسا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونا لاجبسته حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما قدره لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا الدين من مال الرهن وانه لا يبقى لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما قدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بان اشترى رجلان من رجل شيئا فأدى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيئا من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفي ما على الآخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن فما بقي جزء من الثمن بقي استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز لان عدم الشيوخ وعلى هذا الاصل تخرج زيادة الدين على الرهن انها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة الكلام في الزيادات انها أنواع أربعة زيادة الرهن وهي نماء كالولد واللبن والتمر والصفوف وكل ما هو متولد من الرهن أو في حكم المتولد منه بان كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو في حكم الجزء كالارش والعقرو زيادة الرهن على أصل الرهن كما اذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبدا أو غير ذلك رهنا بذلك الدين وزيادة الرهن على نماء الرهن كما اذا رهن بالدين جارية فولدت ولدا ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما اذا رهن عبدا بألف ثم ان الراهن استقرض من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بالاول والزيادة جميعا (واما) زيادة الرهن فرهونة عندنا على معنى انه يثبت حكم الاصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق الزوم وعند الشافعي رحمه الله ليست برهونة أصلا والمسئلة تأتي في بيان حكم الرهن ان شاء الله تعالى (واما) زيادة الرهن فجازة استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثمن وقد مررت المسئلة في كتاب البيوع (واما) زيادة الرهن على نماء الرهن بعد هلاك الاصل فهي موقوفة ان بقي الولد الى وقت الفسك جازت الزيادة وان هلك لم تجز لانها اذا هلكت تبين انها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (واما) زيادة الدين على الرهن فهي على الاختلاف الذي ذكرناه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف جائزة (وجه) قوله ان الدين في باب الرهن كالثمن في باب البيع بدليل انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة في الثمن والمثمن جميعا فكذا هنا تجوز الزيادة في الرهن والدين جميعا والجامع بين البابين ان الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عشرين ابتداء وذا جائز كذا هذا (وجه) قوله ان هذه الزيادة لو صححت لا وجبت الشيوخ في الرهن وانه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك انها لو صححت لصار بعض العبد مقفلا بلها فلا يخلو (واما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقاءه مشغولا بالاول (واما) أن يفرغ من الاول ويصير مشغولا بالزيادة لا سبيل الى الاول لان المشغول بشيء لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل الى الثاني لانه رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما اذا رهن عبدا واحدا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بمضه بخلاف زيادة الرهن على أصل الرهن لان الزيادة هناك لا تؤدي الى شيوخ الرهن بل الى شيوخ الدين لان قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فراجع

الشيوخ الى الدين لا الى الرهن والشيوخ في الدين لا يمنع صحة الرهن وفي الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا  
 بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجز لذلك افترق حكم الزياتين ولو رهن مشاعا فقسم وسلم جاز لان  
 العقد في الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فاذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون  
 المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها  
 من المتاع أو رهن جوالقادون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمه مع ما فيه لم يجز لان معنى القبض هو التخليص الممكنة من  
 التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد  
 لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيه اذن الدار وخلي بينه وبين الدار جاز  
 بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض  
 المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة وخلي بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز  
 الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم  
 الآخر فان جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا  
 بالدار (وأما) في الدار فلان المانع وهو الشغل قد زال وان فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يجز  
 الرهن في الدار وجاز في المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فان هناك راعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم تجز الهبة  
 في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا نه غير مشغول بالدار  
 (وأما) في الدار فلانها وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار  
 مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا او الراهن والمرهون في جوف الدار فقال الراهن  
 ساءتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم وهو التخليص لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد  
 من تسليم جديد بعد الخروج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها ثم يسلمها الى  
 المرهون ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما في الحمل لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا  
 بالدابة كما في رهن الدار التي فيها المتاع بدون المتاع الذي في الدار بدون الدار ولو رهن سرجا على دابة  
 أو لحاما في رأسها أو رسنا في رأسها فدفع اليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم يكن رهنا حتى ينزع من رأس الدابة ثم  
 يسلم بخلاف ما اذا رهن متاعا في الدار لان السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن  
 الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس تبع للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سرج أو لحام دخل ذلك في  
 الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستنتى ما في بطنها أو بهيمة واستنتى ما في بطنها انه لا يجوز  
 الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلانه لو جاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلان استثناء  
 ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشرط الفاسد كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما في بطن جاريته  
 ثم رهن الام أو دبر ما في بطنها ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام في الهبة وقد مر الكلام في الهبة ومنها ان يكون  
 المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده  
 غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبهه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون البناء  
 أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر انه لا يجوز  
 سواء سلم المرهون بتخليص الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو وجد الثمر  
 وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في عقد الرهن فرهنها جميعا وسلم  
 متفرقا جاز وان فرق الصفقة بان رهن الزرع ثم الارض أو الارض ثم الزرع ينظر ان جمع بينهما في التسليم جاز الرهن  
 فيهما جميعا وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع في الفصلين مختلف



فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل هو الاتصال وأنه لا يختلف والمانع من صحة القبض في الفصل الأول هو الشغل وأنه يختلف مثال هذا اذا رهن نصف داره مشاعا من رجل ولم يسلم اليه حتى رهنه النصف الباقي وسلم الكل انه يجوز ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا اذا رهن صوفا على ظهر غنم بدون الغنم انه لا يجوز لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جره وسامه جاز لان المانع قد زال وعلى هذا أيضا اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسامها فارغه جاز لما قلنا بخلاف ما اذا رهن مافي بطن جاريته أو مافي بطن غنمه أو مافي ضرعها أو رهن سمنا في لبن أو دهننا في سمس أو زيتنا في زيتون أو دقيقنا في حنطة انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض لان العقد هناك لم ينعد أصلا لعدم الحمل لكونه مضافا الى المعدوم ولهذا لم ينعد البيع المضاف اليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد من مقدم موقوف فإذ على صحة التسليم بالفصل والتميز فاذا وجد فقد زال المانع ولو رهن الشجر بمراضعه من الارض جاز لان قبضه ممكن ولو رهن شجرا وفيه ثم لم يسلمه في الرهن دخل في الرهن بخلاف البيع انه لا يدخل الثمر في بيع الشجر من غير تسمية لانه قصد تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ماهو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحه بخلاف البيع فانه يصح في الشجر بدون الثمر ولا ضرورة الى ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنتك هذه الدار أو هذه الارض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيئا دخل فيه كل ما كان متصلا به من البناء والعرس لان ذلك يدخل في البيع مع ان القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل في الرهن أولى الا انه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل في البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع انه لا يدخل في رهن الدار ويدخل الثمر في رهن الشجر لان الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن بنظر الى الباقي ان كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء لا يفسد الرهن فيه وان كان مما لا يجوز رهنه ابتداء ففسد الرهن في الكل لانه لما استحق بعضه تبين ان العقد لم يصح في القدر المستحق وأنه لم يقع الاعلى الباقي فكانه رهن هذا القدر ابتداء فينظر فيه ان كان محلا لا ابتداء الرهن يبقى الرهن فيه ولا يفسد في الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداء الا انه اذا بقى الرهن فيه بقي بحصته حتى لو هلك الباقي بهلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفاق جميع الدين ولا يذهب جميع الدين واذا رهن الباقي ابتداء وفيه وفاق بالدين فهلك بجميع الدين وان شئت ان تجعل الحيازة شرطا مفردا وخرجت المشاع على هذا الاصل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تحريره عليه مستقيا فافهم ومنها أهلية القبض وهي العقل لانه يثبت به أهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلان تثبت به أهلية الشرط أولى وأما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتجاع الموانع وأنه يحصل بتخليه الراهن بين المرهون والمرتهن فاذا حصل ذلك صار الراهن مسلما والمرتهن قابضا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يشترط معه النقل والتحويل فمالم يوجد لا يصير قابضا وجه هذه الرواية ان القبض شرط صحة الرهن قال الله تبارك وتعالى فانه مقبوضة ومطلق القبض ينصرف الى القبض الحقيقي ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلي فقبض حكما لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض في العرف والشرع أما العرف فان القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والمعار يقال هذه الارض أو هذه القرية أو هذه الولاية في يد فلان فلا يفهم منه الا التخلي وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فان التخلي في باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشرعية فيكتفى به وأما بيان أنواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الاصلية ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق الاصلية فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وأما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القابض أما الذي يرجع الى القابض فنحو قبض الاب والوصى عن الصبي وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض

المرتهن حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن لان نفس القبض مما يحتمل النياية ولان قبض الرهن قبض استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النياية وأما الذي يرجع الى نفس القبض فهو ان المرهون اذا كان مقبوضا عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فلا يصل فيه ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبة ان القبضين اذا انحبا نساناب أحدهما عن الآخر واذا اختلفا نواب الاعلى عن الادنى وقد بينا فقه هذا الاصل وفروعه فيما تقدم وان شئت عددت الحيازة والقراغ والتميز من شرائط نفس العقد قللت ومن شرائط صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا وبنيت المشاع عليه وان شئت قلت ومنه اذ دام القبض عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وبنيت عليه المشاع (ولنا) في اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة أخبر الله سبحانه وتعالى ان المرهون مقبوض فيقتضى كونه مقبوضا مادام مرهونا لان اخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف والشيوخ يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن والثاني ان الله تبارك وتعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا في متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى حبيسة بكسبها فيقتضى ان يكون محبوسا مادام مرهونا والشيوخ يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها لان الشيوخ يمنع ادامة القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيوخ مقارنا أو طارئا في ظاهر الرواية لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان الرهن من أجنبي أو من شريكه لانه لو جاز لا مسكه الشريك يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فمختلف جهة القبض والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ويصير كانه رهنه يوما ويومالا وذا لا يجوز وعلى هذا أيضا يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لان اتصاله بعين المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وانه شرط جواز الرهن ومنها ان يكون فارغا ما ليس بمرهون ومنها ان يكون منفصلا مما راعى ليس بمرهون وخرجت على كل واحد منهما مسائله التي ذكرنا فافهم (وأما) الذي يرجع الى المرهون به فأنواع منها ان يكون مضمونا والكلام في هذا الشرط يقع في موضعين أحدهما في أصل اشتراط الضمان والثاني في صفة المضمون أما الاول فاصل الضمان هو كون المرهون به مضمونا بشرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عندهلاكه أو بمعنى استيفاء الواجب ولست نغني بالمضمون سوى ان يكون واجب التسليم على الراهن والمضمون نومان دين وعين أما الدين فيجوز الرهن به بأى سبب وجب من الاتلاف والعصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها فكان الرهن بهارها مضمون فيصبح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يكون القول بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن مما يحتمل الاستبدال وهذه الديون كمالا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرهن ان شاء الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعي المجانسة قلنا المجانسة تامة من وجه لان الاستيفاء يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة ويكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما في اتلاف ما لا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب الرهن لحاجة الناس الى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فمكن القول بالاستيفاء واذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك الرهن في المجلس ثم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان لم يملك حتى افتراق بطلا لقوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس وأما العين فنقول لا خلاف في انه لا يجوز الرهن بالعين التي هي أمانة في يد الراهن كالوديعة والمارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فانها ليست بمضمونة أصلا

وأما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عنده لا كأن كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة أو بدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة ولا خلاف في انه يجوز الرهن به والمرتهن ان يجبس الرهن حتى يسترد العين فان هلك المرهون في يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للراهن سلم العين الى المرتهن وخدمته الاقل من قيمة الرهن ومن الدين لان المرهون عندنا مضمون بذلك فاذا وصل اليه العين يجب عليه رد قدر المضمون الى الراهن فان هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بهارنا بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالاقل من قيمته وقيمة العين لان قيمة العين بدلها وبدل الشيء قائم مقامه كانه هو وأما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالبيع في يد البائع ليس هو مضمون بنفسه الا ترى انه لو هلك في يده لا يضمن شيئاً بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشتري اذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر في كتاب الصرف انه يجوز وله ان يجبس حتى يقبض المبيع وان هلك في يده قبل القبض يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه وله ان يقبض المبيع اذا أو في ثمنه وعليه أيضاً ضمان الاقل بهلاك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لان اهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري أن يرد الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الردهلك بضمانه وهو الاقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لانه وان هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه عوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يصح الرهن وبه اخذ الكرخي وجده رواية الحسن ان قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لان المشتري لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن انما يسقط عنه الثمن لا غير (وجه) ظاهر الرواية ان الاستيفاء ههنا يحصل من حيث المعنى لان المبيع قبل القبض ان لم يكن مضموناً بالقيمة فهو مضمون بالثمن الا ترى انه لو هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفياً ما لية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيئاً بدراهم بعينها فاعطى بهارها لم يجز عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر يجوز بناء على ان الدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات وان عينت فكان الواجب على الراهن مثلها لا عينها فلم يكن العين مضموناً فلم يجز الرهن به وعند يتيين بالتعيين بمنزلة العوض فكان العين مضموناً فجاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لان المكفول به ليس بمضمون على الكفيل الا ترى انه لو هلك لا يجب على الراهن شيء ولا يسقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لان الشفعة ليست بمضمونة على المشتري بدليل انه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يسقط عن المرتهن بشيء بمقابلته فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يجز ولا يجوز الرهن بالعبد الحاني والعبد المديون لانه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فلم يكن مضموناً أصلاً فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة النأحة والمغنية بان استأجر مغنية أو نأحة وأعطاهما بالاجرة رهناً لان الاجرة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يجز ولو دفع الى رجل رهناً ليقرضه فهلك الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضموناً بالاقل من قيمته ومما سمي من القرض وان حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه في حكم المضمون لانه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقته في الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (وأما) صفة المضمون فنوعان (أحدهما) متفق عليه (والثاني) مختلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضموناً في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضموناً في الثاني كالرهن بالدرك بان باع شيئاً وقبض الثمن وسلم المبيع الى المشتري فخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من البائع رهناً قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك أو لم يوجد وكذا الرهن بما ثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فان الكفالة بما يصير مضموناً في

الثاني جائزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه للحال ولا شئ للحال يستوفى واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الايفاء والاستيفاء أشبهه البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالبيع ولان القياس يابى جوازهما جميعا لان كل واحد منهما يستدعى مضمونا الا أن الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى انسان رهنا ليقرضه ان الرهن يكون مضمونا وان كان ذلك رهنا بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضمونا حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شئ بمنزلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لا خر ضمنت لك مالك على فلان اذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجوز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان في المسئلة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف الى مضمون في الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل في تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هناك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدم فلان فكان عدمه مقبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لانه لا تستدعى مضمونا في الحال بل في الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضمونا ظاهرا أو باطنا أو كونه مضمونا من حيث الظاهر يكفي لجواز الرهن ذكر محمد في الجامع ما يدل على ان كونه مضمونا في الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضمونا حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل القأ وهي قرض عليه فوجدها المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسمائة وأعطاه بهارها يساوي خمسمائة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وانه لم يكن للمدعى عليه شئ ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسمائة لان الدين كان تابعا على الراهن من حيث الظاهر ألا ترى أنهم لو اختلفوا الى القاضي قبل أن يتصادقا ان القاضي يجبر المدعى عليه على ايفاء الخمسمائة فكان هذا رهنا بما هو مضمون ظاهر افيصح يدل عليه أن الرهن بمجبة الضمان جائز على ما ذكرنا فلا يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبي يوسف انه لا يضمن شيئا لانهما تصادقا على أنه لم يكن عليه شئ عتبه ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلا فلم يصح وكذا ذكر في الجامع اذا اشترى من رجل عبد بالف درهم وقبض العبد وأعطاه بالف رهنا يساوي القأ فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده يهلك مضمونا لان الالف كانت مضمونة على الراهن ظاهر أفتد خصص الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بشرة دراهم واشترى دنانير من خل وأعطاه بالثمن رهنا فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والخل حمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبدا انسان خطأ وأعطاه بقيمته رهنا ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضمونا بالاقبل من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف ينبغي أن لا يضمن في هذه المسائل أيضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع والمضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصادقا على مال واخذ رب المال بالمال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهما في صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهنا بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبي يوسف لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالتقصص في النفس وما دونها انه لا يجوز لانه لا يمكن استيفاء التقصص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجناية لان استيفاء من الرهن يمكن فصح الرهن به وعلى هذا أيضا يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

أيضا يخرج الرهن بالكفالة بنفسه فانه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن  
 ﴿فصل﴾ وأما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد (أما) الاول فله أحكام بعضها يتعلق  
 بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه (أما) الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الاول ملك حبس  
 المرهون على سبيل الدوام الى وقت الفكالك أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام الى وقت الفكالك ويكون  
 المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل الزوم الى وقت الفكالك والعبارات متفقة المعاني في متعارف الفقهاء (والثاني)  
 اختصاص المرتهن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذا ان الحكمان أصيلان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم  
 المرهون عند الافتكالك وقال الشافعي رحمه الله الحكم الاصلى للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون  
 وأخص بثمنه من بين سائر القراء (فاما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شياً يمكن  
 الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان  
 شيئاً لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالسكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احسب بما روى عن  
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له  
 غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يعلق أى لا يحبس وعندكم بحسب فكان حجة عليكم وكذا  
 أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التملك وسماه صاحباً له على لا طلاق فيقتضى أن يكون هو  
 المالك للرهن مطلقاً رقبته وانتفاعاً وحسباً ولان الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد  
 معنى الوثيقة لانه يكون في يده دائماً وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توثيقاً للدين لا توثيقاً له ولان فيما قدم تعطيل العين  
 المنتفع بها في نفسها من الانتفاع لان المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلاً والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان  
 تعطيلاً وتعطيل تسيب وأنه من أعمال الجاهلية وقد فاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا)  
 قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة أخبر الله تعالى يكون الرهن مقبوضاً واخباره سبحانه  
 وتعالى لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضاً مادام مرهوناً ولان الرهن في اللغة عبارة عن الحبس قال الله  
 عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أى حبس فيقتضى أن يكون المرهون محبوساً مادام مرهوناً ولو لم يثبت ملك  
 الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهوناً ولان الله تعالى لما سمى العين التي ورد العقد عليها رهناً  
 وأنه يني عن الحبس لغة كان مادله عليه اللفظ لغة حكماً له شرعاً لان للاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ  
 الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق  
 للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنع من الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء  
 الدين في أسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن تواء حقه بالوجود والانكار على ما عرف ولا حجة له في الحديث  
 لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن أى لا يملك بالدين كذا قاله أهل اللغة غلق الرهن أى ملك بالدين  
 وهذا كان حكماً جاهلياً فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذي رهنه تفسير  
 لقوله لا يعلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى نفقته وكنفه وقوله ان ما شرع  
 له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطرفين لا يتوى بل يصير مستوفياً والاستيفاء  
 ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فالهالك ليس بقالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فالهالك ليس  
 يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسيب ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير  
 الراهن موفياً دينه في حق الحبس والمرتهن يصير مستوفياً في حق الحبس والايفاء والاستيفاء من منافع الرهن واذا  
 عرف حكم الرهن في حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسائل  
 المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفية أمالذي يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق

ليس للراهن أن ينتفع بالرهون استخدما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتحن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتحن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتحن ان اجازة لان عدم النفاذ لمكان حقه فاذا رضى ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهنا سواء شرط المرتحن عند الاجازة كونه رهنا أولا في جواب ظاهر الرهن وروى عن ابي يوسف أنه لا يكون رهنا الا بالشرط لان الثمن ليس برهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع الا أنه اذا شرط عند الاجازة أن يكون مرهونا فلم يرض بزوال حقه عنه الا ببدل واذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا (وجه) ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه مازال حقه بالمبيع لانه زال الى خلف والزائل الى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الاصل وسواء قبض الثمن من المشتري أو لم يقبضه لانه يقوم مقام ما كان مقبوضا وان رده بطل لما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على اجازة المرتحن ان رده بطل وله أن يعيده رهنا وان اجازة جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤجره من أجنبي بغير اذن المرتحن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجازة ولان الاجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع بنفسه فكيف يملك غيره ولو فعل وقبض على اجازته فان رده بطل وان اجازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجازة اذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له ولا ية قبض الاجرة له أيضا لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة رهنا لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست برهونة فلا يكون بدلها مرهونا (فاما) الثمن في باب البيع فبذل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا وكذلك لو أجره من المرتحن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد المرتحن القبض للاجارة (أما) حصة الاجارة وبطلان الرهن فلماذا كرنا (وأما) الحاجة الى تجديدا القبض فلان قبض الرهن دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها يملك أمانة ان لم يوجد منع من الراهن وان منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الاجارة ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبي بغير اذن المرتحن لما ذكرنا فلو أعار وسلم للمرتحن أن يبطل الاعارة ويعيده رهنا وان اجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا اذا أعاره باذن المرتحن بخلاف ما اذا أجره فجاز المرتحن أو أجره باذنه أنه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم لا ترى ان أحد العاقدين لا ينفرد بالتسخير من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد في أى وقت شاء فجازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذلك ليس للمرتحن أن ينتفع بالرهون حتى لو كان الرهن عبد ليس له أن يستخدمه وان كان دابة ليس له أن يركبها وان كان ثوبا ليس له أن يلبسه وان كان دارا ليس له أن يسكنها وان كان مصحفا ليس له أن يقرأ فيه لان عقد الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع فان انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لانه صار غاصبا وليس له أن يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تمليك العين فلا يملك المرتحن من غير اذن الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان اجازة جاز وكان الثمن رهنا وكذا اذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهنا سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتحن وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون دينيا والثمن دينيا في ذمة المشتري فكيف يصلح رهنا (والجواب) أن الدين يصلح رهنا في حال البقاء وان كان لا يصلح ابتداء لانه في حالة البقاء بدل المرهون وبطل المرهون مرهون لانه قائم مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتداء وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل الاجازة يجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الاجازة والراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتحن وان شاء ضمن

المشتري لأن كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فان ضمن المرتهن جاز البيع والتمن  
للمرتهن وكان الضمان رهنا لانه مملوك بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لانه بدل ملكه والضمان  
يكون رهنا لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل انما يجوز البيع بتضمن المرتهن اذا سلم الرهن الى المشتري أولا  
ثم باعه منه فاما اذا باعه ثم سلمه فانه لا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لانه سبب وجوب الضمان وملك  
المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما اذا باع مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز  
بيعه كذا هذا وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشتري بطل البيع لان بتضمن المشتري لم يتبين أن  
المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون ويرجع المشتري على البائع بالثمن لان البيع لم يصح وليس  
له ان يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير اذن الراهن لان الهبة والتصدق تملك العين والثابت  
للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فان فعل وقف على اجازة الراهن ان اجاز جازو بطل  
الرهن وان در عا درهنا كما كان ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار ان شاء ضمن  
المرتهن وان شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن  
فلا شك فيه لانه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (وأما) الموهوب له والمتصدق  
عليه فلان الرجوع بالضمان بحكم الضرور وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والاجارة وليس له أن  
يؤجره من غير الراهن بغير اذنه لان الاجارة تملك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من  
غيره فان فعل وقف على اجازة الراهن فان اجاز جاز و بطل الرهن لما ذكرنا فاما تقدم وكانت الاجارة للراهن ولا تكون  
رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لان القبض من حقوق العدة والعاقد هو المرتهن ولا يعود رهنا اذا انقضت مدة  
الاجارة لان العدة قد بطل فلا يعود الا بالاستئناف وان رد بطل وأعاد رهنا كما كان ولو أجره بغير اذن الراهن وسلمه  
الى المستأجر فهلك في يده فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم الى المستأجر وان شاء ضمن  
المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه ان ضمن المرتهن لا يرجع  
بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه باجرة قدر المستوفى من المنافع الى وقت الهلاك لانه ملكه بالضمان فتبين  
أنه أجر ملك نفسه فصح وكانت الاجارة له لانها بدل منفعة مملوكة له الا انها لا تطيب له وان ضمن المستأجر  
فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة  
ولا اجارة عليه لان الاجارة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عا درهنا كما كان لانه لما استرده فقد عاد  
الى الوفاق بعدما خالف فاشبه المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق والاجر للمرتهن لكن لا يطيب له  
كالغاصب اذا أجر الموصوب وليس له أن يصير الرهن من غير الراهن بغير اذنه لما ذكرنا في الاجارة فان أعاره  
وسلمه الى المستعير فللراهن أن يبطل الاعارة فان هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء  
ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فلانه  
ملكه بالضمان فتبين أنه أعاره ملكه (وأما) المستعير فلان الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الاجارة (وأما) كون  
الضمان رهنا فلانه بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لانه عاد الى الوفاق  
فالتحقق للخلاف فيه بالعدم ولو أعاره باذن الراهن أو بغير اذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما  
نذكر بخلاف الاجارة فانها تبطل الرهن وقد مر الفرقه وليس له أن يرهنه بغير اذن الراهن لانه لم يرض بحبس غيره فان  
فعل فللراهن الاول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده الى المرتهن الاول لان الرهن الثاني لم يصبح فلو هلك في يد المرتهن  
الثاني قبل الاعادة الى الاول فالراهن الاول بالخيار ان شاء ضمن المرتهن الاول وان شاء ضمن المرتهن الثاني فان ضمن  
المرتهن الاول جاز الرهن الثاني لانه ملك المرتهن الاول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك في يد المرتهن

الثاني يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الاول بما ضمنه وبدينه (أما) الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه (وأما) الرجوع بدينه فلان الرهن الثاني لم يصبح فيبقى دينه عليه كما كان وان رهن عند الثاني باذن الراهن الاول جاز الرهن الثاني وبطل الرهن الاول (أما) جواز الرهن الثاني فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول فاذا أجاز الثاني بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعمار مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه وليس له أن يودعه عند اجنبي ليس في عياله لان الراهن لم يمرض الا بيده أو بيد من يده في معنى يده وبدا اجنبي الذي ليس في عياله ليست في معنى يده فان فعل وهلك في يد المودع ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالابداع وله أن يدفعه الى من هو في عياله كزوجته وخدمه وأجيره الذي يتصرف في ماله لان يده ولا يده كسده الا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده والاصل في هذا أن للمرتهن ان يفعل في الرهن ما بعد حفظه وليس له أن يفعل ما بعد استعماله وانتفاعه وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله في خنصره فهلك ضمن كل قيمته لان التختم بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعماله وهو مأذون في الحفظ لا في الاستعمال ويستوى فيه العيني واليسري لان الناس يختلفون في التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم في العيني ومنهم من يتجمل به في اليسري فكان كل ذلك استعمالا ولوجمله في بقية الاصابع فهلك هلاك الرهن لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا لاستعمالا ولولبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه الى العرف والعادة فان كان اللابس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولورهنه سيفين فتقدم بهما يضمن ولو كانت السيوف ثلاثة فتقدم بهما يضمن لان التقدم بسيفين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال (فأما) بالثلاثة فليس بمعتاد فكان حفظا لاستعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا يضمن وان جملة على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثاني حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضى لان يبيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضى له لان له ولاية في مال غيره في الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر الحاكم كان ثمنه رهنا في يده لانه بدل المرهون فيكون رهنا وله أن يطالب الراهن بإفهاء الدين مع قيام عقد الرهن اذالم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإفهاء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه قتل الراهن بعه واستوف حقه فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حتى فله ذلك لان الرهن وثيقة وبالبيع يخرج عن كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوثق باستيفائه الى استيفاء الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقه الى وقت كذا والا فبولك بدينتك أو ببيع محقق لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التملك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضى أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما له أن يبيعه عليه وهي مسألة الحجر على الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام في العدل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان مال للعدل أن يفعله في الرهن وما ليس له أن يفعله فيه والثاني في بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح والثالث في بيان ما ينزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينزل (أما) الاول فنقول والله التوفيق للعدل أن يمسك الرهن بيده ويبيد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه الى المرتهن بغير اذن الراهن ولا الى الراهن بغير اذن المرتهن قبل سقوط الدين لان كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعها في يد العدن ولو دفعه الى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده الى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع



بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالأجرة والأغارة والرهن وغير ذلك لأن الثابت له بالوضع في يده هو حق الامسك  
 لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا إلا إذا كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن أو متأخراً عنه فله أن يبيعه  
 لأنه صار وكيلاً بالبيع لأن التسليط إذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن وإذا كان متأخراً عن العقد  
 يملك لما ذكرنا وله أن يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها موهونة تبعاً للأصل وكذا له أن يبيع ما هو قائم  
 مقام الرهن نحو أن كان الرهن عبداً اقتله عبد أو فقراً عينه لأنه إذا قام مقامه جعل كان الأول قائماً ثم إذا سلطه على  
 البيع مطلقاً فله أن يبيعه بأى جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما بأى قدر كان بمثل قيمته أو بأقل منه قدر  
 ما يتغابن الناس فيه وبالتقد والنسيئة عند أبي حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الأجل لأن الأمر بالبيع مطلق وإذا باع  
 كان الثمن رهناً عنده إلى أن يحل الأجل لأن ثمن المرهون مرهون فإذا حل الأجل أو في دين المرتهن إن كان من  
 جنسه وإن ساط على البيع عند الحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند  
 الحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهي  
 مسألة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع بأى جنس كان عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بمالا  
 يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير إلا أنهم ما جوزا ما في مسألة السلم بجنس المسلم فيه لأن الأمر  
 بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب إلى القضاء منه ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فإن نهاه عند عقد  
 الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لأن التوكيل حصل مقيداً فيلزمه مراعاة القيود متأخراً إذا كان التقييد مفيداً وهذا  
 النوع من التقييد مفيد ولو نهاه متأخراً عن العقد لم يصبح تقييداً لأنه لا يملك التقييد المتراخي إبطال من حيث الظاهر كالتخصيص  
 المتراخي عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسحاً لا يبايناً وإذا كان إبطالا لا يملكه الراهن كإبطال  
 إبطال الوكالة الثابتة عند العقد بالمزل ثم إذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهناً لأنه صار ملكاً للمشتري وصار ثمنه  
 هو الرهن لأنه قام مقامه سواء كان مقبوضاً أو غير مقبوض حتى لو توى عند المشتري كان على المرتهن وبهلك بالأقل من  
 قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر إلى قيمة المبيع بل ينظر إلى الثمن بعد البيع لأن الرهن انتقل إلى الثمن وخرج المبيع عن  
 كونه رهناً فاعتبر قيمة الرهن ثم إن باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وإن باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين  
 وقضى الدين منه لأنه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن  
 ثم استحق في يد المشتري فالمشتري أن يرجع بالثمن على العدل لأن العاقد هو وحقوق العقد في باب البيع ترجع إلى  
 العاقد والعدل بالخيار إن شاء استرد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وإن شاء رجع بما ضمن  
 على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن  
 قبض الثمن من المرتهن لم يصبح فله أن يسترد منه وإذا استرد منه عاد الدين على حاله (وأما) الرجوع بما ضمن على  
 الراهن فله أن يرجع بالعهد عليه وإذا رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لأنه صح قبضه هذا إذا سلم الثمن إلى المرتهن فإن  
 كان هلك في يده قبل التسليم ليس له أن يرجع الأعلى الراهن لأنه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه  
 في الأصل لا على غيره إلا أن له أن يرجع على المرتهن إذا قبض الثمن لما ذكرنا فإذا لم يقبض وجب العمل بالأصل فيرجع  
 على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدنيه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن  
 المشتري وجد به عيباً كان له أن يرد على العدل لأن الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع إلى العاقد والعاقد هو العدل  
 فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي أعطاه والعدل بالخيار إن كان رده عليه بقضاء القاضى إن شاء رجع على المرتهن إن كان  
 سلم الثمن إليه وإن شاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلأنه إذا رده عليه بعيب بقضاء القاضى فقد انسخ البيع فكان  
 له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهناً بالدين (وأما) الرجوع على الراهن فلأنه  
 وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهد وإن كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فإن رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على

أحد وان كان هلك في يده وضمن في ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لماذا كرتافي الاستحقاق ويكون الردود رهنا كما كان هذا اذا كان بيع العدل بتسليط مشروط في عقد الرهن فاما اذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سواء قبض المرتهن الثمن أو لم يقبضه لانه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله في الاصل لانه عامل له فكان عهدته عمله عليه الا أن التسليط اذا كان مشروطاً في العقد ثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما نذكر ان شاء الله تعالى فاذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن مشروطاً فيه لم يثبت التعليق فبقي حق الرجوع بالعهد على الموكل على حكم الاصل وللعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لانها موهوبة تبعاً للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعاً فله أن يبيعها كما له أن يبيع الاصل وكذا البند المدفوع بالجناية على الرهن بأن قتل الرهن أو قتل عينه فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثاني قائم مقام الاول للحما وما فصار كان الاول قائم وللعدل أن يمنع من البيع واذا امتنع لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان في الرهن لم يكن له أن يمنع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطاً في الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلاً محضاً بالبيع فأشبهه التوكيل بالبيع في سائر المواضع واذا كان مشروطاً فيه كان حق المرتهن متعلقاً به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (وأما) بيان من يصلح عدلاً في الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلاً في رهن عبده المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يده مولاة لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلاً في رهن مولاة حتى لو رهن انسان شيئاً على أن يضع في يده المأذون يصبح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلاً في استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لم يقبضه من فراغ قبضة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من مولاة لذلك اختلفا وعن أبي يوسف ان المولى يصلح عدلاً في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلاً في رهن مولاة لان المكاتب حر يد أو كان كل واحد منهما أجنبياً عما في يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلاً في رهن الكفيل وكذا الكفيل لا يصلح عدلاً في رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلاً في استيفاء الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فببشر يغمته عن الدين (وأما) الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين وأحد شرى يكي المفاوضة لا يصلح عدلاً في رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه فكان ما في يد كل واحد منهما كأنه في يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا أحد شرى يكي العنان في التجارة لا يصلح عدلاً في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جائز في الشرى يكي جميعاً لان كل واحد منهما أجنبي عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلاً في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيئاً من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد رب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلاً في رهنه بدين ما اشترى للصغير بأن اشترى الاب للصغير شيئاً ورهن بدين ما اشترى له على أن يضعه على يده نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما شرط على أن يضعه في يده نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلاً في الرهن فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط في عقد الرهن على أن يكون الرهن في يده فسد العقد لان قبض المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه في يده شرطاً فاسداً فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

في ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فاذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (وأما) بيان ما ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينعزل فنقول التسليط على البيع اما أن يكون في عقد الرهن واما أن يكون متأخرا عنه فان كان في العقد فعزل الرهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة اذا كانت في العقد كانت تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لماذا ذكرنا ان الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وان كان التسليط متأخرا عن العقد فلراهن أن يعزله وينعزل بموت الراهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ فينعزل الوكيل بمنزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن التسليط الطارىء على العقد والمقارن اياه سواء لانه يلتحق بالعقد فيصبر كالوجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد أو في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الراهن رضى به ولم يرض بغيره فاذا مات بطلت الوكالة لكن لا يبطل العقد ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع في يد الاول في الاجراء بتراضيهما فكذا في يد الثاني في الانتهاء فان اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثاني أن يبيع الا أن يموت الراهن لان الراهن سلب الاول والثاني وعلى هذا يخرج ثقة الراهن انها على الراهن لا على المرتهن والاصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لان الملك له وما كان من حقوق السيد فهو على المرتهن لان اليد له اذا عرف هذا فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه وشرابه وكسوته على الراهن وكفنه عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعي عليه وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان في قيمة الرهن فضل أو لم يكن لان هذه الاشياء من حقوق الملك ومؤونات الملك على المالك والمالك للراهن فكانت المؤنة عليه والخارج على الراهن لانه مؤنة المالك (وأما) العشر في الخارج يأخذها الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شائعا انه يبطل الرهن في الباقي (ووجه) الفرق ان الفساد في الاستحقاق لسكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن في القدر المستحق لم يصح والباقي شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه في الخارج لا يخرج عن ملكه دليل أنه يجوز بيعه ويجوز له الاداء من غيره فكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشيء عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع فهو الفرق ولو كان في الرهن نماء فأراد الراهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه في نماء الرهن ليس له ذلك لان زوائد المرهون مرهونة عندنا تبعاً للاصل فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك الانفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الراهن للمرتهن أجرا على حفظه فحفظه لا يستحق شيئا من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة ان له الاجر لان حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لانها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبي يوسف ان كراء المأوى على الراهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الباقي على المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء أو قيمة الرهن أقل فالجعل كله على المرتهن وان كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن وبقدر الزيادة على الراهن لان وجوب الجعل على المرتهن لكون المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فاقسم الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان بخلاف أجرة المسكن انها على المرتهن خاصة وان كان في قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت على المرتهن لكونها مؤنة الحفظ وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجعل فانما لزمه لكون الردود مضمونا

والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والقداء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الأبق ينقسم على المضمون والامانة وكذلك مداواة الجروح والقروح والامراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير اذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير اذنه فهو مقطوع لانه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضي يرجع على صاحبه لان القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن بالاتفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالكين وكذا اذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلاً عنه بالاتفاق وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن الراهن ان كان غائباً فأفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه وان كان حاضر لم يرجع عليه وقال أبو يوسف ومحمد يرجع في الجالين جميعاً بناء على أن القاضي لا يلبى على الحاضر عنده وعندهما يلبى عليه وهي مسألة الجرح على الحر وستأتي في كتاب الجرح وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انها مرهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على ضرر بين زيادة غير متولدة من الاصل ولا في حكم التولد منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد والتمر واللبن والصفوف أو في حكم التولد من الاصل كالارش والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الاولى انها ليست برهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمهم الله انها مرهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست برهونة بناء على أن الحكم الاصل للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر المزاء قبل البيع لاحق له في الرهن حتى يسرى الى الولد فأشبهه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت ان حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الام هو وجوب الدفع الى الجني عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست مرهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت مرهونة لكانت مضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم أصلي للرهن أيضاً وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعاً للام الا انها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل فكانت مرهونة تبعاً لأصلها كولد المبيع انه مبيع على أصل أصحابنا رضي الله عنهم لكن تبعاً لأصلها فلا يكون له حصصه من الثمن الا اذا صار مقصوداً بالتبض فكذا المرهون تبعاً لا يكون له حصصه من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالفكك واذا كانت الزيادة مرهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وينقسم الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقائها الى وقت الفكك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكك وبين ذلك في موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتهن أن يحبسها جميعاً بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما ما يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا أنه تعتبر قيمة الرهن الاصل وقت العقد وقيمة الزيادة وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزيادتين يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الاول ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لانه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لأن ذلك دين لا رهن به والثاني ان المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقي قبل الباقي أو أكثر لان الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فابقى شيء من الدين بقي محبوساً به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوساً بجميع الثمن فابقى شيء من الثمن بقي محبوساً به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير

رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيئاً واحداً أو أشياء ليس المرهون أن يسترد شيئاً من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمي لكل واحد منهما شيئاً من المال الذي رهن به أو لم يسم في رواية الاصل وذكر في الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيدان ما ذكر في الاصل قول أبي يوسف وما ذكر في الزيادات قول محمد وذكر الجصاص ان في المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيادات أنه لما سمي لكل واحد منهما ديناً متفرقاً وأوجب ذلك طريق الصفقة فصار كأنه رهن كل واحدة منهما بمقد على حدة (وجه) رواية الاصل أن الصفقة واحدة حقيقة لأنها أضيفت الى الكل إضافة واحدة الا انه تفرقت التسمية وتفرقت التسمية لا يوجب تفرق الصفقة كما في البيع اذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها الى أن يستوفي جميع الثمن وان سمي لكل واحد منهما ثمناً على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثاني وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق اذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لان بمقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن ثم ان كان الدين حالاً والثمن من جنسه فقد استوفاه ان كان في الثمن وفاة بالدين وان كان فيه فضل رده على الراهن وان كان نقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وان كان الدين مؤجلاً حبس الثمن الى وقت حلول الاجل لانه بدل المرهون فيكون مرهوناً فاذا حل الاجل فان كان الثمن من جنس الدين صار مستوفياً دينه وان كان من خلاف جنسه يحبس الى أن يستوفي دينه كله وكذلك اذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا أخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فان فضل منه شيء يضم الفضل الى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وان نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين أخر كان المرتهن فيه اسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لان ذلك الدين لا رهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو جوب تسليم المرهون عند الافتكالك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضى الدين أو لا ثم يسلم الرهن لان الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولانه لو سلم الرهن أولاً فن الجائز ان يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيطلب حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن الا ان المرتهن اذا طلب الدين يؤمر بحضور الرهن أولاً ويقال له احضر الرهن اذا كان قادراً على الاحضار من غير ضرر زائد ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين لانه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز ان الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفياً دينه من الرهن فيؤدي الى الاستيفاء مرتين وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولاً اذا كان ديناً ثم يؤمر بالبائع بتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع الا ان البائع اذا طلبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع لجواز ان المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائماً في يد المرتهن أو كان في يده ببدله بعد ان كان البديل من خلاف جنس الدين نحو ما اذا كان المرتهن مسلطاً على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن ان لا يدفع حتى يحضره المرتهن لان البديل قائم مقام البديل فكان البديل قائم ولو كان قائماً كان له ان يمنع ما يحضره المرتهن فكذلك اذا قام البديل مقامه ولو كان الرهن على يدي عدل وجعل للعدل ان يضعه عنده من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه بجبر الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن بحضور الرهن لان قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضيق الا انه رخص له التأخير الى غاية احضار الدين عند القدرة على الاحضار وهنا لا قدرة للمرتهن على احضاره لان للعدل ان يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبراً كان غاصباً

والى هذا المعنى أشار محمد في الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شئ لو أخذه كان غاصبا واذا سقط التكليف  
بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك اذا وضعا الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا  
يدرى أين هو لا يكلف المرتهن باحضار الرهن ويجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن في يد المرتهن  
فالتقياف بعد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا  
يجبر المرتهن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير الى وقت الاحضار  
للضرورة التي ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتهن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة  
بالرهن أو بقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتحن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال  
المرتحن لم يهلك فالقول قول المرتحن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل في الثابت بقاءه فالمرتحن يستصحب حالة  
القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهده لان الراهن يدعى  
الهلاك يدعى على المرتحن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه ويحلف على البتات لانه يحلف على  
فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتحن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك  
فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتهن في هلاك الرهن ان هناك يحلف  
المرتحن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف  
على العلم كما لو ادعى الراهن انه وفي الدين وكيل المرتحن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان  
الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يجبر على قضاء الدين وفي الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتحن الرهن لانه  
ليس في احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل في الزيادات ولو اشترى شياً ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى  
لقيه البائع في غير مصره الذي وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشتري حتى يحضر المبيع لا يجبر المشتري على تسليم الثمن  
حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن فرق بين البيع والرهن ووجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة  
والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن  
لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين  
في هذا الحكم

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يتخلوا ما ان يهلك بنفسه واما أن يهلك  
بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع أحدها في بيان  
أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثاني في بيان شرائط الضمان والثالث في بيان قدر الضمان وكيفيته أما الاول فقد  
اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعي رحمه الله يهلك أمانة احيح  
بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه  
له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا هلك أمانة  
لان عليه قضاء دين المرتحن فاما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتحن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا  
خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع  
تمريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة  
والسلام انه قال الرهن بما فيه وفي رواية الرهان بما فيها وهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا  
رهن بدين عند رجل فربا بحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتحن بحقه فاخصم الى رسول الله صلى الله عليه  
وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقتك ولان المرتحن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك  
الاستيفاء ثانيا كما اذا استوفى بالفكك وتقرر معنى الاستيفاء في الرهن ذكرناه في مسائل الخلاف وأما الحديث

فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن أى لا يهلك إذا العلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لأنه يذهب بالدين فلا يكون هالكاً بمعنى وقيل معناه أى لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكماً جاهلياً جاء الإسلام فأبطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أى هتته وكفنه ونحن به نقول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوصل إليه في أقرب الأوقات لأنه كان للمرتهن ولاية مطالبته الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله وبعد الرهن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فإذ طريق الوصول إلى حقه فحصل معنى التوثيق

**فصل** (وأما) شرائط كونه مضموناً عند الهلاك فأشياء منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما إذا أبر المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء ولا ضمان على المرتهن فيه إذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوي بين الأبراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء ويقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كأنه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولو أن المرهون لم يصار مضموناً بالقبض يبقى الضمان ما بقي القبض وقد بقي لانعدام ما يثبته وجه الاستحسان أن كون المرهون مضموناً بالدين يستدعي قيام الدين لأن الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالأبراء فاستحال أن يبقى مضموناً به وقد خرج الجواب عن قوله أن الاستيفاء يقرر عند الهلاك لانا نقول نعم إذا كان الدين قائماً فإذا سقط بالأبراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما إذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لأن قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لأن المستوفى يصير مضموناً على المرتهن بخلاف الأبراء لأنه مسقط لأن الأبراء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا إذا لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فإن وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لأنه صار غاصباً بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما إذا أخذت المرأة بصدقاها رهنًا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها أنه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لأنهم تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبقى القبض مضموناً وكذلك لو أخذت بالصدقا رهنًا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن في يدها لا ضمان عليها لأن الصداق لم يسقط بالردة لم يبق القبض مضموناً فصار كما لو أبرأته عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل رهنًا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يجبس الرهن بالمتعة ولو هلك في يدها ولم يوجد منها منع يهلك بغير شيء والمتعة باقية على الزوج وهذا قول أبي يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة ولقب المسئلة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهنًا بالمتعة عند أبي يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبي حنيفة في الأصل وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع قول أبي يوسف وجد قول محمد أن الرهن بالشئ رهن يبدله في الشرع لأن بدل الشئ يقوم مقامه كأنه هو وهذا كان الرهن بالمغصوب رهنًا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنًا برأس المال عند الأقالة والمتعة بدل عن نصف المهر لأنه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا أحد البدل في أصل الشيوخ ولا يبي يوسف أن المتعة وجبت أصلاً بنفسها لا بدلاً عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداءً كأن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال في حق أحد الحكيمين وبقي في حق الحكم الآخر إلا أنه لا يعمل فيه إلا بعد الطلاق فكان الطلاق شرط عمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلاً كما في سائر الأسباب المتعلقة بالشروط ولو أسلم في طعام وأخذ به رهنًا ثم قاسخا العقد كان له أن يجبس الرهن برأس المال لأن رأس المال بدل عن المسلم فيه فإن هلك الرهن في يده يهلك بالطعام لأن

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام وبالقالة لم يسقط الضمان أصلا لأن بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما إذا أبراه عن الدين ثم هلك الرهن في المرتهن أنه يهلك بتفسيره لأن الضمان هناك سقط أصلا ورأسا فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبدا أو تقاضيا ثم تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لأن المشتري بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا المشتري وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم ومنها أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فان لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وان بقي عقد الرهن لأن المرهون إنما صار مضمونا بالقبض فاذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شيء من الدين لأن قبض الغاصب أبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده إلى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وإن هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لأن المرهون قبل أن يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لانعدام ما ينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد تقضه لوجود قبض الاعارة وقبض الاعارة ينافي قبض الرهن لانه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فاذا جاء أحدهما انتهى الآخر ثم إذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الاعارة فعاد قبض الرهن وكذلك إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لأن قبضه قبض الاعارة وأنه قبض أمانة فينتهي قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه إلى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولد أقال ولد الرهن لأن الأصل مرجوح لقيام عقد الرهن حتى لو هلكت الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لأن الضمان وانفاد فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر وإذا بقي العقد في الأمصار الولد مرهون تبعاً للام فكان له أن يجلسه بجميع المال وكذلك الولد هذه الابنة ولدا فانها رهن بجميع المال وان مات لم يسقط شيء من الدين لأن الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الأم لو كانت قائمة فهلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا إذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدا منهما حتى يؤدي المال كله لانهما دخلا جميعا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولومات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يرد إلى المرتهن المرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وان بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وان لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به نجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته إلى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعي عوده إلى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا إذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فأما إذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تحرق وقال المرتهن لبسته فتحرق فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن يدعي الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وان أقام الراهن البيينة انه تحرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البيينة انه تحرق بعد خروجه من الضمان فالبيينة بينة الراهن لأن بينته مثبتة لانها تثبت الاستيفاء وبينة المرتهن تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد وانثر اللبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا إلا الارش خاصة حتى



لوهلك شيء من ذلك لا يسقط شيء من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط حصته من الدين وانما كان كذلك لان  
الولد ليس بمرهون مقصودا بل تبعه الاصل كولد المبيع على أصل أمحبا بنا انه مبيع تبعه الا مقصودا والمرهون تبعه  
لا حصته له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكالك كما أن المبيع تبعه الا حصته له من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض  
بخلاف الارش لانه بدل المرهون لان كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبذل الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه  
حكم الاصل والاصل مضمون فكذا بدله بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن انما مضمونة لانها  
مرهونة مقصودا لتبعه لان الزيادة اذا سحقت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والنز يد عليه على ما ذكر  
في موضعه ان شاء الله تعالى ولو هلك الاصل بقيت الزيادة تقسم الدين على الاصل والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر  
قيمة الاصل وقت القبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الايجاب والقبول  
لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكالك لان الاصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر  
قيمة يوم القبض والزيادة انما يصير لها حصته من الضمان بالفكالك فتعتبر قيمتها حينئذ الا ان هذه القسمة للحال  
ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة الى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن  
والقسمة الحقيقية وقت الفكالك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الاصل بالزيادة والنقصان في السعر أو في البدن لان  
الاصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لا يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما يأخذ قسطا من الضمان بالفكالك فتعتبر  
قيمتها يوم الفكالك وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها الف ألف فولدت ولدا يساوي الف فان الدين يقسم على  
قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقى الولد رهنها  
بالنصف الباقي يفتكه الراهن به ان بقي الى وقت الافتكالك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شيء وجعل كأن لم يكن  
وعادت حصته من الدين الى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار  
يساوي القين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة اثلاثا لثلاث الدين في الولد والثالث في الام وتبين ان الام هلكت  
بثلث الدين وبقى الولد رهنها بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت قسمة الاثلاث وصارت  
القسمة اربعا لثلاثة ارباع الدين في الولد وربع في الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين وبقى الولد رهنها بثلاثة  
اربعة ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة اثلاثا لثلاث الدين  
في الام والثالث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلاثي الدين وبقى الولد رهنها بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان  
الولد واحدا أو أكثر ولدوا معا أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم  
العقد وقيمة الاولاد يوم الفكالك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا وولدت  
بنتها وولدا فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد  
الاصل ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان ولو  
ولدت الجارية ولدا ثم قصت قيمة الام في السعر أو في البدن فصارت تساوي خمسمائة أو زادت قيمتها فصارت  
تساوي القين والولد على حاله يساوي الف فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانتقصت  
قيمة الولد بميب دخله أو لسعر فصار يساوي خمسمائة فصار الدين فيهما اثلاثا لثلاث في الام والثالث في الولد ولو  
زادت قيمة الولد فصار يساوي القين فثلثا لثلاث في الولد والثالث في الام حتى لو هلكت الام ببقى الولد رهنها بالثلثين  
لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لا يتغير فلا تتغير القسمة والولد انما يصير له حصته من الضمان  
بالفكالك فتعتبر قيمته يوم الفكالك ولو اعورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعور رها به  
وذلك ما ثمان وخمسون وبقى الولد رهنها بثلاثة ارباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت  
ثم اعورت ظاهرا لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة فاذا اعورت والعين من

الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقى الولد رهنا بقيمة الدين وهو ثلاثة الأرباع (فأما) إذا عورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الا عورار كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقى النصف فاذا ولدت ولدا فيبسخى أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أنثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين بالاعورار لم يكن حجابا بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم عورت ولو هلك الولد وقد عورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا عورت ذهب بالاعورار نصفه وبقى النصف الاخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شئ من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا اعور أولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لانها محتمل التغير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا يخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبد لأن هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصود أفكانت مرهونة أصلا لا تبعاً فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزيد عليه والزيادة وجملته الكلام في كيفية الاقسام ان الراهن لا يخلو (أما) ان زاد في الرهن وليس في الرهن نماء (وأما) ان كان فيه نماء فان لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزيد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية والفاو قيمة العبد الف والدين الف كان الدين فيما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيما أنثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما رهون مقصودا لا تبعاً الا أنه تعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما انما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي نماء وان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها مرهونة تبعاً لأصلاً والمرهون تبعاً لا يأخذ حصه من الضمان الا بالفكالك فتعتبر قيمتها يوم الفكالك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الاصل في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما اذا رهن جارية قيمتها الف بالف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقى النصف ثم زاد الراهن عبد قيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية بعوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أنثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية ففرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماء بأن عورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكالك نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقى ثلثمائة أربعين والدين وذلك سبعمائة وخمسون في الام والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادتين أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصل لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست بمرهونة مقصودا الا عند وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعاً للاصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتاً في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن للمرته من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن

عبد اقيمته ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسمائة وعلى قيمة العبد الزيادة وبقى ألف أثلاثا ثلثها في العبد وثلثها في الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلثي الخمسمائة وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ولو هلك الجارية هلكت بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لأن الزيادة زيادة على المرهون والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها ويلبى نصف الدين لصبر ورته مقضيا فالزيادة تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثا ولو قضى خمسمائة ثم عورت الجارية قبل أن يزبد الرهن ثم زاد عبد اقيمته ألف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية العوراء لأنه لما قضى الرهن خمسمائة فرغ نصف الجارية شائعا من الدين وبقى النصف الباقي في نصفها شائعا وذلك خمسمائة فإذا عورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون وبقى مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فإذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسة وذلك خمسون في الاصل هذا إذا زاد وليس في الرهن نماء فأما إذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوي ألفا ثم زاده عبد اقيمته ألف فالرهن لا يخلو أمانا زاد والام قاعمة واما ان زاد بعد ما هلكت الام فان كانت قاعمة فزاد لا يخلو أمانا ان جعله زيادة على الولد أو على الام أو عليهما جميعا أو أطلق الزيادة ولم يسم المزد عليه انه الام أو الولد فان جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لأن الاصل وقوع تصرف الماقل على الوجه الذي أوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون زيادة معه فيقسم الدين أولا على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بيننا في تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهي وقت قبضها لانها إنما جعلت في الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لأنه اذا هلك جمل كأن لم يكن أصلا ورأسا فلم تتحقق الزيادة عليه لأن الزيادة لا بد لها من من يد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيادة على الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف الماقل على الوجه الذي باشره ولأنه لو أطلق الزيادة لوقعت على الام فمنذ التقييد والتنصيب أولى واذا وقعت زيادة على الام جعل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ولومات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير ويقسم الدين أولا على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها فتعبر زيادة الولد في حق الام ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لأن الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلكت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقى الولد والزيادة عما فيها بخلاف ما اذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لأن بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهى ويتقرر حكمه فسلوكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لأنه اذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كأن لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصبح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء لأن الولد غير مضمون بالهلاك فإذا هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وان جعله زيادة على الام والولد جميعا فالعبد زيادة على الام خاصة ولا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وإنما يعتبر في حق الام ويدخل في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه في حال قيام الام فيقسم الدين على الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الام قسمة أخرى بينهما وبين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد ويوم الفكاك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

ولا الولد فالزيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الاثر اذ يصلح مزيدا عليه الا ان الام اصل في الرهن والولد تابع فعند الاطلاق جعلها زيادة على الاصل أولى واذا صارت الزيادة رهنا مع الام يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا اذا كانت الام قامة وقت الزيادة (فأما) اذا هلك الام ثم زادوا العبد زيادة على الولد فكانا جميعاً رهناً بخمسائة فثبت الرهن لكل واحد منهما بما تئمتين وخمسين لان الزيادة تستدعي مزيدا عليه والهالك خرج عن احتقان ذلك فتمين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام وبقي النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد أخذ الرهن العبد بغير شيء لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وعادت حصته الى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك امانة الا اذا منع بعد الطلب لانه تبين أنه لم يكن رهنا في الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدين ثم تصادقا على أنه لا دين ثم هلك الرهن أنه يهلك امانة لما قلنا كذا هذا الا اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصبا بالمنع فيلزمه ضمان العصب (وأما) بيان كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلو اما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من خلاف جنس حقه فان كان من خلاف جنس حقه فاما أن يكون شيئا واحداً واما أن يكون أشياء فان كان شيئا واحداً يهلك مضمونا بالاقول من قيمته ومن الدين وتفسيره اذا رهن عبداً قيمته الف بألف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب كل الدين أيضاً وفضل الرهن يهلك امانة وان كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهورواه عن سيدنا علي رضي الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أي على المرتهن بفضل قيمة الرهن وهكذا روى عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغاً ما بلغ أي يذهب كل الدين قلت قيمة الدين أو كثرت وهو مذهب شريح وعن سيدنا علي رضي الله عنهما واية أخرى أنه قال يتراد ان الفضل يعني ان كانت قيمة الرهن أكثر فالرهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فلا يرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي رحمه الله في قوله ان المرهون امانة لان اختلافهم في كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضمونا فانكار الضمان أصلاً يرجع الى مخالفة الاجماع فكان باطلاً ثم الرجحان في كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض الرهن قبض استيفاء وبتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فان كانت قيمة الرهن مثل الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله صورة ومعنى أو معنى لا صورة واذا كانت قيمته أكثر لا يصح تحقيق الاستيفاء الا في قدر الدين ولا يصح تحقيق الزيادة لان استيفاء الاقل لا يتصور هذا اذا كان المرهون شيئاً واحداً فاما اذا كان أشياء بأن رهن عشرين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (أما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيئاً من الدين (وأما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدر معلوم من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضمونا بالاقول من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في باب البيع باعتبار قيمتهما المرفقة مقدار الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل واحد منهما مضموناً بالاقول من قيمته وسمي له لانه لاسمى وجب اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد منهما فايها هلك بالاقول من قيمته ومن القدر المسمى كما في باب البيع اذا سمى لكل واحد من المبيعين ثم أنه يتقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك في يد المرتهن فاما اذا كان من

جنسه بأن رهنه وزنا بجنسه أو مكيلاً بجنسه وهلك في يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة يهلك مضموناً بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن يمثل وزن الدين وقيمته أقل منه فهلك يذهب كل الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما نذكر فن أصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن دون القيمة في الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن في الألتضرر به المرتهن فاما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنس (وأما) في الألتكسار فابو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الألتواء في الوزن والقيمة ولا يران الألتكسار بالدين أصلاً ومحمد يجعل بالدين لكن عند الألتكسار بأن لا يؤدي ذلك الى الألتضرر بالرهان ولا بالمرتهن ولا يؤدي الى الرهان أدى الى شىء مما ذكرنا فإنه لا يجعل بالدين أيضاً وإذا كانت قيمة الرهن أكثر فابو يوسف يجعل الألتكسار الحاصل بالألتكسار شائعاً في قدر الألتكسار والمضمون فما كان في الألتكسار يذهب بغير شىء وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمه بصرف الألتكسار الى الزيادة وإذا أكثر الألتكسار حتى ألتقص من الدين بخير الرهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين ومن أصل أبي حنيفة أنه يجوز أستيفاء الزوف من الألتكسار حتى لو أخذ صاحب الدين الزوف عن الألتكسار ولا يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا عند محمد إلا أن محمد أترك أصله في الرهن وعند أبي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض وأخذ مثل حقه فمن أصله أنه لا يجوز أستيفاء الزوف عن الألتكسار فهذه أصول هذه المسائل (وأما) تخير الألتكسار على هذه الأصول فنقول وبالله التوفيق إذا كان الدين عشرة دراهم فرهنه بقلب فضة فهلك أو أنكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يخلو أما أن يكون مثل وزن الدين بأن كان عشرة وأما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية وأما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثني عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والألتكسار فإن كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك بالدين بلا خلاف لأن في وزنه وقيمته وقاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه بأفهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا وان أنكسر وألتقص لا يغير الرهن على الألتكسار بلا خلاف لأنه لو ألتكسار ما أن يفتكه بجميع الدين وأما أن يسقط شىء من الدين بمقالة الألتكسار لا سبيل الى الألتكسار لأن فيه ضرراً بالرهن لقوات حقه عن الألتكسار والصناعة من غير عوض ولا سبيل الى الألتكسار لأنه يؤدي الى الرهان بالدين والرهان يستويان في الوزن والألتكسار لا قيمة لها شرعاً عندنا بلتها بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعاً فيكون إفاء عشرة بثمانية فتكون ربا في تخيران شاء ألتكسار بجميع الدين ورضى بالألتكسار وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهناً مكانه وبصير القلب ملكاً للمرتهن بالضمان وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمدان شاء ألتكسار بجميع الدين وان شاء جعله بالدين وبصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمدان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لأن ذلك موجب قبض هو تعدى كقبض القصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الألتكسار بالدين لأنه قبض أستيفاء وفي الألتكسار بالدين تقرير الألتكسار (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الألتكسار جاء الاسلام وأبطله بقوله لا يعلق الرهن والألتكسار بالدين غلق الرهن فكان باطلاً وبه تبين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هذا الألتكسار وان حكمه ملك اليد والألتكسار لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصلح حكماً في الألتكسار ألا ترى ان محمد يقول به عند تعدد الألتكسار بالدين على ما نذكر وان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك يهلك بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وقاء الدين وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (أما) ان يهلك بوزنه (وأما) أن يهلك بقيمته لا سبيل الى الألتكسار لأن فيه ضرراً بالرهن ولا وجه الى الألتكسار لأنه يؤدي الى الرهان بخير المرتهن بين أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان قبض الرهن قبل أستيفاء الألتكسار والردى في الألتكسار على السواء لأن أستيفاء الزوف عن الألتكسار جائز عنده وان

انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكك بجميع الدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له خيار الجعل بالدين هنا بلا خلاف (أما) على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف فلاهما لا يريان الجعل بالدين أصلاً ومحمد رحمه الله ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لانه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدي الى الضرر بالمرتهن حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدي الى الربا فاستت الضرورة الى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك بالدين عند أبي حنيفة اعتباراً للوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا أفضل فكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن (أما) على قول أبي يوسف فقيل يضمن المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك بالدين عنده أيضاً لانه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء افتكك بالدين مع التقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان التقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بأن عادت قيمته الى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت قيمته عشرة أو أكثر من ذلك بأن صارت قيمته ثمانية وعند أبي يوسف ان شاء افتكك بالدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة أسداس الرهن ملكاً للمرتهن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهناً بالدين لان من أصله أن يجعل قدر التقصان الحاصل بالانكسار شائعاً في قدر الامانة والمضمون والقدر الذي في الامانة يذهب بغير شيء والقدر الذي في المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكاً له وعند محمد ينظر الى التقصان ان كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتهن ويجبر الراهن على الفكك وان زاد على ذلك ينخير بين الفكك وبين الجعل بالدين كالمثل لو كانت قيمته وزنه سواء لان من أصله أنه يصرف التقصان الحاصل بالانكسار الى الجودة الزائدة الا اذا كثرت التقصان حتى عادت قيمته الى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان شاء وان شاء افتكك وقيل ان على قوله له أن يضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله في الجعل بالدين من اسقاط حقه عن الجودة هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فاما اذا كان أقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكك بالدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهناً والقلب للمرتهن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان شاء افتكك بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية في قول أبي حنيفة اعتباراً للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلاهما لا يجيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلاً ورأساً ومحمدان كان يجيزه لكن بشرطة انعدام الضرر وفي الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتهن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضمن القيمة وان انكسر ان شاء افتكك بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع لما ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك بثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمة وان انكسر فعند أبي حنيفة ان شاء افتكك بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة وكانت قيمته رهناً والقلب ملكاً للمرتهن وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهناً عنده بالدين وعند محمد يصرف التقصان الحاصل بالانكسار بالامانة ان قل التقصان بأن كان درهم أو درهمين ويجبر الراهن على الفكك وان كان أكثر من ذلك ينخير الراهن بين الفكك وبين الجعل بالدين هذا اذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فاما اذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بلا خلاف وان انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه

وأكثر من الدين بان كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تهلك أمانة عند أبي حنيفة ولا رواية  
عنهما في هذا الفصل وان انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لأنه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين  
وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التملك بالدين لما فيه من الضرر وان كانت قيمته مثل  
مثل وزن الدين عشرة فهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لأنه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة  
أسداسه ويرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يفرم جميع القيمة ولا يمكن الجعل  
بالدين عند محمد لأنه يؤدي الى الربا وان كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول  
أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يفرم القيمة في الحالين وان كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك  
خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ثم في كل موضع ضمن  
المرتهن بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان وصار شرى كما فهذا شيوخ طاري فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع  
القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهنا لان الشيوخ يمنع صحة الرهن مقارنة كان أو طارئا وعلى رواية أبي يوسف  
لا حاجة الى القطع لان الشيوخ الطاري لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما) الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون  
حتى لا يثبت للمرتهن حق الحبس وللراهن أن يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم  
يكن له مثل لأنه صار غاصبا بالمنع والمغضوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى  
هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله أنه يهلك أمانة لان الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض أمانة لأنه قبض  
باذن المالك فأشبهه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ذكر في الجامع الكبير ان كل ما هو  
محل للرهن الصحيح فاذا رهنه رهنا فاسدا فهلك في يد المرتهن يهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس بمحل  
للرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدر وأم الولد وهذا يدل على ان الفساد كان لمعنى في نفس المرهون  
لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وان كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا (وجهه) ان المرهون مضمون بالقبض  
ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون المقبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقا متقوما كما قبوض بالبيع الفاسد فان  
وجد الشرط يكون مضمونا والا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون (وأما) حكم استهلاكه فانه يقول المرهون  
لا يخلو (أما) أن يكون من بني آدم كالعبد والامة (وأما) ان كان من غير بني آدم من سائر الاموال فان كان من غير بني آدم  
فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته ان كان مالا مثل له ومثله ان كان مما له مثل كما اذا لم يكن مرهونا والمرتهن هو الخصم في  
تضمينه وكان الضمان رهنا لانه بدل المرهون ثم ان كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وان كان  
الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتهن لانه لو تلف مالا مملوكا متقوما بغير اذن مالكة فيضمن مثله  
أو قيمته كما لو تلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وان استهلكه الراهن فان كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في  
المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان كان لم يحل أخذ المرتهن منه الضمان فأمسكه الى أن يحل الدين واذا كان في الرهن  
نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن أو الراهن أو أجنبي بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فخلبت او ولدت فعليه  
ضمانه (أما) وجوب الضمان على الاجنبي والمرتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه  
بوجب الضمان (وأما) وجوبه على الراهن فلان المتلف وان كان مملوكا له لكن للمرتهن فيه حق قوى فيلحق بالمالك  
في حق وجوب الضمان واذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتهن لانه بدل المرهون  
فيقوم مقامه فان هلك الضمان لا يستقط شئ من الدين لانه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الاصل  
والاصل لو هلك يهلك بغير شئ كذا البديل وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لانها مرهونة متصودة  
فكانت مضمونة بالهلاك وفتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة تصرف مقصودة بالهلاك فيصير  
لها حصصه من الدين هذا اذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما اذا كان باذن بان قال الراهن للمرتهن احلب الشاة فاحلبت

فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فحلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لأن الزيادة ملك الراهن فيصح  
أذنه بالأكل والشرب ولا يسقط شيء من دين المرتهن حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لأن اتلاف  
المرتهن باذن الراهن مضاف إلى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شيء من الدين وكان عليه  
ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تهلك بمحضها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر  
قيمتها فان حصة الشاة يسقط وما كان حصة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لأن فعل المرتهن لما كان  
مضافاً إلى الراهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر إلى قيمة الزيادة فان كان فيها  
خمسة كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثها فاذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاءه وكذلك  
لو استهلكه أجنبي باذن الراهن والمرتهن فالجواب فيه وفي المرتهن اذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو  
استهلكه الراهن باذن المرتهن لاشي عليه لأن الضمان لوجب لوجب لحق المرتهن لالحق نفسه لانه ملكه وقد أبطل  
المرتحن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بأفة سماوية وبقيت الشاة رهناً بجميع  
الدين وان كان المرهون من بني آدم فبني عليه فجملة الكلام في جنبايات الرهن انها ثلاثة أقسام جنباية غير الرهن على  
الرهن و جنباية الرهن على غير الرهن و جنباية الرهن على الرهن اما جنباية غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجنباية  
في النفس واما ان كانت في ابدون النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمداً أو خطأً أو في معنى الخطأ والجاني لا يخلو اما ان  
كان حراً أو عبداً فان كانت في النفس عمداً أو الجاني حر فالرهن أن يقتص اذا اجتمع على الاقتصاص في قول أبي  
حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمع عليه وعن أبي يوسف وايتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله  
الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يقتصص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتهن  
ولم يذ كر اختلاف ( وجه ) قول محمد ان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولى هنا غير معلوم لان ملك العين والرقبة  
للراهن وملك السيد والحبس للمرتهن فكان العبد مضافاً إلى الراهن من وجهه وإلى المرتهن من وجهه فصار الولي  
مشتبهاً بمجهولاً وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمداً أنه لا يقتصص من قاتله وان اجتمع عليه  
المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمداً أن لهما الاقتصاص اذا اجتمع عليه  
لان هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من كل وجهه فكان الولي معلوماً  
فامكن القول بوجود القصاص لهما على الشركة لاستوائهما في الملك (وجه) قول أبي حنيفة ان الملك للراهن من كل  
وجه وانما للمرتهن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان الولي معلوماً وكان ينبغي أن لا تتوقف ولاية  
الاستيفاء على رضا المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه فاذا رضى فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لان الملك فيه  
للمولى من وجهه وللمكاتب من وجهه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقاً فاشبه الولي فامتنع  
الاستيفاء واذا اقتص القاتل سقط الدين لان العبد انما كان رهناً من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا إلى بدل  
اذا القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمع على القصاص (فاما) اذا  
اختلف لا يقتص القاتل لانه لا سبيل إلى اثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لان في استيفائه  
ابطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت  
القيمة رهناً ولو اختلفاً بطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلاقتصاص لان حق المرتهن وان بطل بالفسك  
لكن بعد ما حكم القاضي ببطولان القصاص فلا يثبت العود وان كانت الجنباية خطأ أو شبه عمداً فعلى عاقبة القاتل  
قيمتها في ثلاث سنين يقبضها المرتهن فتكون رهناً لان العبد وان كان مضموناً من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال  
على أصل أصحابنا رحمهم الله حتى لا تزداد دية على دية الحر ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فجاز  
أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهناً عند المرتهن ثم ان كان الرهن مؤجلاً كانت في بداهة إلى حل الاجل واذا حل فان



كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقي فيها فضل رده على الراهن وان كانت أقل من الدين استوفى  
منها من الدين بقدرها بالفضل أي يرجع بالبقية على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين حسبها في يده الى  
وقت التفكك وان كان الدين حالاً فالحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلاً فخل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد في ضمان  
الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمان  
الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفاً فانتقصت قيمته  
فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت  
هذه الدرهم رهناً يمثلها من الدين ويسقط الباقي من الدين لانه يصير مستوفياً كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من  
خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يؤدي الى الربا لانه  
لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتهن  
بغرم قيمته والحكم فيه وفي الاجنبي سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما اذا كان الرهن من غير بني آدم سواء  
وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجاني حراً (اما) اذا كان عبداً أو أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالقداء بقيمة  
المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين وبجبر الراهن  
على الافتكك بخلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفاً والدين ألف وقيمة  
المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضاً وبجبر الراهن على الافتكك بجميع الدين كما كان يجبر على افتكك العبد  
المقتول لو كان حياً بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمدان لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول  
فالراهن بالخيار ان شاء افتكك بجميع الدين وان شاء تركه للمرتهن بدينه فمحمد مر على أصله في الجعل بالدين عند  
تعذر الجبر على الافتكك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولا في حنيفة وأبي يوسف انه لما دفع الثاني بالاول قام  
مقام الاول للحاودما والاول كان رهناً بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكك بجميع الدين فكذلك الثاني  
وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم فقتله عبداً يساوي مائة درهم فدفع به فهو على  
الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار القداء فانه يفديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهناً عند  
المرتهن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حسبها رهناً حتى  
يستوفى جميع دينه وبجبر الراهن على الافتكك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بخير الراهن بين الافتكك  
بجميع الدين وبين الترك للمرتهن بالدين وقد مررت المسئلة هذا اذا كانت الجنائية في النفس فاما اذا كانت فيما دون  
النفس فان كان الجاني حراً يجب ارشده في ماله لا على عاقبته سواء كانت الجنائية خطأ أو عمداً (اما) الوجوب في ماله  
فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطأ والعمد فلان القصاص لا يجزى بين الحر والعبد فيما  
دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ في وجوب الارش فكان الارش رهناً مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان  
كان الجاني عبداً يخاطب مولاه بالدفع أو بالقداء بارش الجنائية فان اختار القداء بالارش كان الارش مع المجنى عليه رهناً  
وان اختار الدفع يكون الجاني مع المجنى عليه رهناً والخصومة في ذلك كله الى المرتهن لان حق الحبس له والجاني فوت  
الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل الفائم في قيمته مقامه رهناً هذا الذي ذكرنا حكم جنائية غير الرهن على  
الرهن (وأما) حكم جنائية الرهن على غير الرهن فجنابته لا تخلو اما ان كانت على بني آدم واما ان كانت على غير بني آدم  
من سائر الاموال فان كانت على بني آدم فلا تخلو اما ان كانت عمداً واما ان كانت خطأ أو في معناه فان كانت عمداً  
يقتص منه كما اذا لم تكن رهناً لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذا لم يكن رهناً واذا لم يكن  
الملك مانعاً فحق المرتهن أولى لانه دون الملك سواء قتل أجنبياً أو الراهن أو المرتهن لان القصاص ضمان الدم ولا حق  
للمولى في دمه بل هو اجنبي عنه وكذا المرتهن من طريق الاولى اذا ثبت له الحق والحق دون الملك فصارت جنابته

على الراهن والمرتهن في حق القصاص وجنابته على الاجنبي سواء واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلا كه حصل في ضمان المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جنابته عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ فان كانت شبه عمدا أو كانت عمد السكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا أو مجنوناً أو كانت جنابته في ادون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنائيات من العبيد والاماء توجب الدفع أو القداء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان تكون قيمة العبد ألقا والدين ألقا أو كان الدين ألقا وقيمة العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالقداء لانه بالقداء يستبق حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجنابة من غير أن يسقط حق المرتهن ولو بدى بالراهن وخوطب بالدفع أو القداء على ما هو حكم الشرع فر بما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن ويسقط دينه فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالقداء أولى واذا فداه بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجنابة وصار كأنه لم يحن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كالفداء اجنبي ولانه بالقداء أصلح الرهن باختياره واستبق حق نفسه فكان عاملا لنفسه بالقداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تملك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أبى الراهن أن يفدى يخاطب الراهن بالدفع أو القداء لان الاصل في الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما يبدى بالمرتهن بخطاب الفداء صيانة لحقه فاذا أبى عاد الا امر الى الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما) بطلان الرهن فلان العبد زال عن ملكه بالدفع الى خلف فخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعنى في ضمان المرتهن فصار كأنه هلك في يده وكذلك ان اختار القداء لانه صار قاضيا بما فدى المرتهن لان القداء على المرتهن لحصول الجنابة في ضمانه الا انه لما أبى القداء والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالقداء فكان مضطرا في القداء فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الراهن مثله فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا دين المرتهن مما فدى ينظر الى ما فدى والى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان القداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط الدين كله وان كان القداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر القداء وحبس العبد رهنا بالباقي وان كان القداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند القداء وان كان العبد بعضه مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألقا والدين ألقا فالقداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الامانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالقداء والمعنى من خطاب الدفع في جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خوطب بذلك (اما) ان اجتماعا على الدفع (واما) ان اجتماعا على القداء (واما) ان اختلفا فاختار أحدهما الدفع والآخر القداء والحال لا يخلو اما ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتماعا على الدفع ودفعاً قد سقط دين المرتهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتماعا على القداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فدى بطلت رغبة العبد عن الجنابة ويكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه فكان مؤديا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما القداء والآخر الدفع فأيهما اختار القداء فاختاره أولى (اما) المرتهن فلانه بالقداء يستبق حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن أولى وأما الراهن فلانه يستبق ملك الرقبة بالقداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وابطال ملك الراهن فلم يكن له في اختيار الدفع نفع بل كان سفها محضاً وتمتت بارداً فلا يلتفت اليه فكان للراهن ان يفدى ثم أيهما اختار القداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر ان كان الذي اختار الدفع هو المرتهن فدى بجميع الارش بقى العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجنابة بالقداء فصار كأنه لم يحن ويرجع المرتهن على الراهن

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع  
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى  
أنه التزم القداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لانه لو لم يلتزم لخطوب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع  
(وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج الى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان  
مضطر فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار القداء هو الراهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا  
بنصف القداءين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف القداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط  
من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان أحدهما حاضرا  
فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرتهن أو الراهن أما المرتهن فلا تشك فيه لانه لا ملك له في العبد أصلا  
والدفع تملك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية القداء بجميع الارش  
فان كان الحاضر هو المرتهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف القداء عند أبي حنيفة وله أن يرجع على الراهن  
بدينه وبنصف القداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبس رهنا بنصف القداء بعد قضاء الدين وعند  
أبي يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا في نصف القداء فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كالفداء بحضرة الراهن  
فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعا في الحالين جميعا وأبو حنيفة رضى الله عنه فرق بين حال الحضرة  
والغيبة فجعله متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف  
القداء بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف القداءين المرتهن كالفداء الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن  
فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كالفداء اجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة ولا في حنيفة  
رضي الله عنه أنه في حال الحضرة التزم القداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة  
الغيبة وهو محتاج الى إصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطر فلم يكن متبرعا هذا  
الذي ذكرنا حكم جنابة الرهن (فاما) حكم جنابة ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب  
المولى بالدفع أو القداء أما عدم وجوب القداء على المرتهن فلان خطابه فداء الرهن مع أنه ليس مملوكا لحصول  
الجنابة من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لانه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شيء وأما خطاب المولى بالدفع أو  
القداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شيء من الدين أما وجهه عن الرهن فلزوال ملك  
الراهن عنه فيخرج عن الرهن كالمهلك وأما عدم سقوط شيء من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف  
الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا فدى فله ذلك لان الولد مرمون  
وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصل للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان القداء منه اصلا حال الرهن  
فكان له ذلك هذا اذا جنى الرهن على اجنبي فاما اذا جنى على الراهن أو على المرتهن أما جنابته على نفس المرتهن  
جنابة موجبة للمال أو على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جنابة العبد المغصوب  
على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبي حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت  
الغصب فتبين أن تلك الجنابة لم تكن جنابة العبد على مولاه وأما جنابته على نفس المرتهن فهدر عند أبي حنيفة وعند  
أبي يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدى ان رضى به المرتهن ويبطل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجنابة لما في  
الدفع أو القداء من سقوط حتى فله ذلك وبطلت الجنابة والعبد رهن على حاله هكذا أطلق الكرخي وذكر  
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان  
بعضه مضمونا وبعضه أمانة فجنابته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل  
المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار القداء فنصف القداء على الراهن ونصفه على المرتهن فاما

كان حصصة المرتهن يبطل وما كان حصصة الراهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلافهم في جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم في جنايته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أبي حنيفة وعندهما معتبرة (وجهه) قولهما أن هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما إذا وردت على أجنبي وهذا لأن الأصل في الجنايات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا في اعتبار هذه الجناية فائدة لأن موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول إلى ملك العبد وان كان فيه سقوط دينه ولا يبي حنيفة أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت في ضمان المرتهن فورودها على غير المالك ان كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتهن يقتضى أن لا تعتبر لأنها توجب القداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من إيجاب الضمان عليه له وأنه محال فوقع الشك والاحتمال في اعتبارها فلا تعتبر هذا إذا جنى على نفس المرتهن فاما إذا جنى على ماله فان كانت قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضل لجنايته هدر بالاجماع لأنه لا فائدة في اعتبار هذه الجناية إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتهن لملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ ثمنه لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر وان كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية تعتبر الجناية في قدر الامانة وفي رواية لا يثبت حكم الجناية أصلا وجه الرواية الأولى أن المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتهن وقدر الامانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه فامكن اعتبار الجناية في ذلك القدر فلم يعتبرها وجه الرواية الأخرى أن ذلك القدر وان لم يكن مضمونا فهو في حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فلا شك انها معتبرة لأن المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفي حق المرتهن كونه في ضمانه ولم يوجد شيء من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الأجنبي سواء هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن على بنى آدم وأما حكم جنايته على سائر الأموال بان استهلك ما لا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه الاذا قضى الراهن أو المرتهن دينه فاذا قضاه أحدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكر من القداء من جنايته على بنى آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتهن الدين بقي دينه وبقي العبد رهنا على حاله لأنه بالقضاء استغرق رقبته العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنا بدينه كما كان لو فاداه عن الجناية وان أبي المرتهن أن يقضى وقضاه الراهن يبطل دين المرتهن لما ذكرنا في القداء من الجناية فان امتنع عن قضاء دينه يباع العبد بالدين ويقضى دين الغريم من ثمنه لأن دين العبد مقدم على حق المرتهن ألا ترى انه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن أولى لأنه دونه ثم اذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو اما ان يكون فيه وفاء بدين الغريم واما ان لا يكون فيه وفاء به فان كان فيه وفاء بدينه فدينه لا يخلو اما ان يكون مثل دين المرتهن واما ان يكون أكثر منه واما ان يكون أقل منه فان كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله لان العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجود ضمان المرتهن فصار كأنه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لأنه بدل ملكه لاحق لاحد فيه فيكون له خاصة وان كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتهن بما بقي لانه لا دين فيه فيبقى رهنا ثم ان كان الدين قد حل أخذه بدينه ان كان من جنس حقه وان كان من خلاف جنس حقه أمسكه الى أن يستوفي حقه وان كان الدين لم يحل أمسكه بما بقي من دينه الى أن يحل هذا اذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما اذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرّف الفاضل كله الى المرتهن بل يصرّف نصفه الى المرتهن ونصفه الى الراهن لان قدر الامانة لا دين فيه فيصرف ذلك الى الراهن وكذلك ان كان قدر المضمون منه والامانة على التفاضل يصرّف الفضل اليهما على قدر تفاوت المضمون والامانة في ذلك لما قلنا وان لم يكن في ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقي من دينه يتأخر الى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لانه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد اتماما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها فاذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقي الى ما بعد العتق واذا عتق وأدى الباقي لا يرجع بما أدى

على أحد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جنابة ولد الرهن على سائر الاموال وحكم جنابة الام  
سواء في أنه يتعلق الدين برقبته كما في الام الا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم لان سبب وجوب الدين  
لم يوجد في ضمان المرتهن ولان الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين وبين  
ان يستخلفه بقضاء الدين فان قضى الدين بقي الولد هنا كما كان وان يبيع بالدين لا يسقط شئ من دين المرتهن لانه  
ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذي ذكرنا حكم جنابة غير الرهن على الرهن وحكم جنابة الرهن على غير الرهن فاما  
حكم جنابة الرهن على الرهن فنقول وبالله التوفيق جنابة الرهن على الرهن نوعان جنابة على الرهن نفسه و جنابة على  
جنسه أما جنابته على نفسه فهي والهلاك بأفقسها وية سواء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر  
النقصان وان كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لامن الامانة وأما  
جنابة الرهن على نفسه فعلى ضرر بين أيضا جنابة بني آدم على جنسه و جنابة البيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما  
جنابة بني آدم على جنسه بان كان الرهن عبدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلوا ما ان كانا رهنًا في صفقة  
واحدة واما ان كانا رهنًا في صفقتين فان كانا رهنًا في صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنابته لا تخلو من أربعة  
أقسام جنابة المشغول على المشغول و جنابة المشغول على الفارغ و جنابة الفارغ على الفارغ و جنابة الفارغ على المشغول  
والكل هدر الا واحدة وهي جنابة الفارغ على المشغول فانه معتبرة و يتحول ما في المشغول من الدين الى الفارغ  
ويكون رهنًا مكامنه أما جنابة المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعنى الراهن واما  
ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لا سبيل اليه في الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه و جنابة المملوك  
على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها في حقه لو وجب الدفع عليه أو القداء له وإيجاب شئ على  
الانسان لنفسه ممنوع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل الى اعتبار جنابة المشغول على المشغول لحق  
المرتهن لان الاعتبار لحقه يحول ما في الجنى عليه من الدين الى الجاني والمشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه  
لا يشتغل بغيره وكذلك جنابة المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جنابة الفارغ على الفارغ فلانه لادين للفارغ ليتحول  
الى الجاني فلا يفيد اعتبارها في حقه وأما جنابة الفارغ على المشغول فممكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين الى  
الفارغ وبيان هذه الجملة في مسائل اذا كان الدين ألفين والرهن عبدين يساوي كل واحد منهما ألفاقتل أحدهما  
صاحبه وجنى عليه جنابة فيمادون النفس مما قبل ارشها أو كثر فجنابته هدر ويسقط الدين الذي كان في الجنى عليه  
بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجاني لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين و جنابة المشغول على المشغول هدر  
فجعل كان الجنى عليه هلك بأفقساوية ولو كان الدين ألفاقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنًا  
بسبعمئة وخمسين لان في كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغًا ونصفه مشغولًا  
فاذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من الجنى عليه  
و جنابة قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه  
شئ من الدين ولا يتحول الى الجاني و جنابة قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجاني  
وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فيبقى رهنًا بسبعمئة وخمسين ولو فقا أحدهما عين صاحبه تحول  
نصف ما كان من الدين في العين الى الباقي فيصير الباقي رهنًا بستمئة وخمسة وعشرين وبقى المفقود عينه رهنًا  
بمائتين وخمسين لان العبد القاقى جنى على نصف العبد الآخر لان العين من الأدمى نصفه الا أن ذلك النصف  
نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والقاقى جنى على النصف المشغول والفارغ جميعا والقاقى نصفه  
مشغول ونصفه فارغ الا أن جنابة المشغول على قدر المشغول والفارغ و جنابة الفارغ على قدر الفارغ والمشغول  
فقدر جنابة الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين الى القاقى وذلك مائة وخمسة

وعشرون وقد كان في الفاق خمسمائة فيصير الفاق رهنا بستائة وخمسة وعشرين ويبقى المقووم عينه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا في صفتين فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفا وقد وكل واحد منهما الفاققتل أحدهما الا آخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفقة اذا تفرقت صارت بمنزلة مالو رهن كل واحد منهما رجلا على حدة فبني أحدهما على الاخر وهناك يثبت حكم الجناية كذاهنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفقة واذا اعتبرت الجناية هنا بخير الراهن والمرتهن فان شا أ جعل القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان في القاتل من الدين وان شا أفدي القاتل بقيمة المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفسين بقيمة كل واحد منهما الفاققتل أحدهما الا آخر فان دفعاه في الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذي كان في القاتل وان قال نفدي فالقضاء كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الراهن الفا وأخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله ولو قفا أحدهما عين الاخر قيل لهما ادفعاه أو افديه فان دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فديه كان القضاء عليهما نصفين وكان القدا رهنا مع المقووم عينه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جني على عبد أجنبي فان قال المرتهن أنا لأفدي ولكني أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان الفاق رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المقووم من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتهن لا لحق الراهن فاذا رضى المرتهن بهدرا الجناية صار هدر ا وان قال الراهن أنا أفدي وقال المرتهن لأفدي كان للراهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فكيفها التخيير وان أبى الراهن القضاء وقال المرتهن أنا أفدي والراهن حاضر أو غائب فهو على ما بيننا في العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على جنسها فهي هدر لمار وي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبار أي هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك بافة سماوية سواء وكذلك جناتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث وأما جناية بني آدم عليها فكيفها وحكم جنابته على سائر الاموال سواء وقد بينا ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فنقول والله التوفيق يخرج المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشئ لا يبقى مع ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى كان للمرتهن حبسه بعد الاقالة لان المقدم لا ينعقد في الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا يساوى الفا بألف فقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بجارية وقال للمرتهن خذها مكان الاولى ورد العبد الى لاشك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد في الاول وانشاء العقد في الثاني وهما يملك ذلك الا أنه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك في يده قبل الردي هلك بالدين لما ذكرنا أن القبض في هذا الباب يجري مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون تقبض القبض وكذا لا يدخل الثاني في الضمان الا براد الاول حتى لو هلك الثاني في يده قبل رد الاول يهلك أمانة لان الراهن لم يرض برهنتها على الجميع وانما رضى برهن أحدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الاول والا كان مضمونا بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا ببعض القبض فيه لا يدخل الثاني في الضمان ولو هلكا جميعا في يد المرتهن فسقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شئ لانها أمانة هلكت في يده فتهلك الامانات ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية فخرج عن الضمان لانه خرج عن كونه مرهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنا بالدين الذي كان العبد مرهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة

الجارية ألف فهلكت تهلك بالألف لانه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداء إلا أن شرط كونه مضمونا رد الأول لانه لم يرض برهنهما جميعا إلا أن يكون الثاني بدل الأول بل هومة مقصود بنفسه في كونه رهنا فكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الأول ولو كان العبد يساوى ألفا والجارية تساوى خمسمائة فرد العبد على الراهن وقبض الجارية فهي رهن بالألف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا ان الثاني أصل بنفسه لكونه رهنا بعقد على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك في يد المرتهن بعد ما استوفى دينه فعليه رد ما استوفى ويخرج بالبراءة عن الدين عند انحبابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافا لفرق والمسئلة مرت في مواضع أخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالاغارة ويخرج بالاجارة بان أجره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو المرتهن باذن الراهن أو استأجره المرتهن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة اذا فعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الراهن أو المرتهن باذن الراهن أو باعه العبد لان ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لانه زال الى خلف وهو الثمن فبقى العقد عليه وكذا في كل موضع خرج واختلف بدلا ويخرج بالاعتاق اذا كان المعتق موسرا بالاتفاق وان كان معسرا فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يخرج ببناء على ان الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ (وجه) قوله ان هذا اعتاق تضمن ابطال حق المرتهن ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما اذا كان الراهن موسرا لان هناك لم يوجد الا بطلان لانه يمكنه الوصول الى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) ان اعتاقه صادف موقفا هو مملوك كدقيقة فينفذ كاعتاقه الا بقى والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لان المرهون مملوك للراهن عيناً ورقبة ان لم يكن مملوكا وحسبا وملك الرقبة يكفي لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق العبد المستأجر والابق وقوله يبطل حق المرتهن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وذلك لا يمنع النفاذ كما في موضع الاجماع مع ما ان الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق الحبس ولا شك ان اعتبار الحقيقة أولى لانها أقوى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعا لان القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد في المرهون لانه في يد المرتهن فاذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون مرهونا لانه صار حراما من كل وجه والحرم وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه أولى ولهذا لم يصلح رهنا في حالة الابتداء فكذا في حالة البقاء ثم ينظر ان كان الراهن موسرا والدين حال بحجر الراهن على قضائه لانه لا معنى لاجباب الضمان وكذلك ان كان الدين مؤجلا وقد حل الاجل وان كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه المرتهن رضامكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلا يملك على المرتهن حقه حقا قويا هو في معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماله من وجه فجاز أن يكون مضمونا بالاتلاف وأما كونه رهنا فلا يملك العبد في الحقيقة بدل ماله فيقوم مقامه واذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين يستوفى منها دينه فان كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وان كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الراهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حسبها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما) عدم وجوب السعاية على العبد فلا يملك وجود منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لان الاتلاف وجد من الراهن لا من العبد ومؤاخدة الانسان بالضمان من غير مباشرة بسبب منه خلاف الاصل وكذلك لو كان الراهن موسرا وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لان العبرة لوقت الاعتاق لانه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وان كان معسرا فالمرتهن أن يرجع بدينه على الراهن ان شاء وان شاء استسعى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد أيضا أقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق ويسعى في الاقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين القين وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فزادت قيمته في يد المرتهن حتى صارت تساوى القين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد في ألف قدر

قيمته وقت الرهن ولو انتقصت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سعى في خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما)  
 اختيار الرجوع على الراهن فلانه أبطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا  
 العبد مملوكة للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا لدينه من ماليتها فاذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتسبة  
 عند العبد فوصلت الى العبد بالانكشاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك  
 الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين في الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا  
 لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين  
 وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى في حال الاعسار لافي  
 حال اليسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض اذا أعتقه المشتري وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد  
 بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج عن ملك البائع من  
 كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محمية الحبس  
 بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب أمهنا فبخلافه (وأما) السعاية في  
 الاقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتسبة عند  
 العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم اذا سعى العبد يرجع بماسعى على الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص  
 ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضي أزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال  
 نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالأورث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقي  
 بعد السعاية شيء من الدين يرجع المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا  
 وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص في السعر حتى عادت قيمة الى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى في قدر  
 قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا قدر  
 خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبيد يساوي مائة درهم فدفع مكانه فاعتقه  
 الراهن وهو معسر يسعى في قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة لانه لما  
 دفع به فقد قام مقام الاول لحماؤه ما فصار رهنا بجميع المال كان الاول قائم وتراجع سعره الى مائة فاعتقه الراهن وهو  
 معسر ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن أن يرجع  
 بقيمة دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوي ألفا بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فاعتقها المولى وهو  
 معسر سعى في ألف لان الضمان فيما ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته ألفان فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى في ألف  
 درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحماؤه ما وهي كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى  
 لعبد رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة  
 رضی الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية  
 على العبد وقوله في الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال  
 لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف ما بعد  
 الاعتاق لانه هناك أقر بما يملك للحال انشاءه لوالملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا ادبره فيجوز  
 تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد  
 الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على  
 ما بيننا فاقدم وبالتدبير يخرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا في  
 حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف في أن الراهن اذا كان معسرا يسعى (وأما) اذا كان موسرا ذكر الكرخي



رحمة الله انه يسعى وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى انه لا يسعى وسوى بين المرتهن وبين الاعتاق وهو ان الدين ان كان حالاً أخذ المرتهن بجميع دينه من الراهن وان كان مؤجلاً أخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهنا مكانه كما في الاعتاق (وجهه) ما ذكره الكرخى ان الدين على المولى وكسب المدبر ملك المولى لانه بالتدبير لم يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكانت سعاية المولى الى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى فيستوى فيه حال الاسعار واليسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل أن لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهي حالة الاعسار (وجهه) ما ذكره القاضى أن السعاية وان كانت ملك المولى لكن لا يصح للعبد في الكتابة بسبب وجوبها اذ لا يصنع له في التدبير بل هو فعل المولى ومهما أمكن ايجاب الضمان على من وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من ايجابه على من لا يصنع فيه أصلاً ورأساً فاذا كان المولى معسراً كان الامكان ثابتاً فلا معنى لايجاب السعاية على العبد ثم اذا سعى في حالة الاعسار يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ لان السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً لما قلنا وقيل ان كان الدين حالاً فكذلك فاما اذا كان مؤجلاً فلا يسعى الا في قدر قيمته ويكون رهناً مكانه وهكذا ذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى (وجهه) الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان حالاً كان واجب القضاء للحال على سبيل التضييق وهذا مال المولى فيقضى منه دينه على الكمال واذا كان مؤجلاً لا يجب قضاؤه للحال أصلاً ولا يجب على سبيل التضييق الا أن الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فتجب اعادة حقه اليه ب عوض يقوم مقامه جبراً للفائت فيتقدر الجائر بقدر الفائت فيستسعيه بقدر قيمته ويكون رهناً مكانه ولا يرجع المدبر بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين (أحدهما) ان المدبر يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى في الاقل من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما يسعى على المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذا القات بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعاية ملكه على الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتهن من وجه المحتبس عنده وهو مال فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسراً لانه قضى ديناً واجباً عليه من مال نفسه مضطراً فيملك الرجوع في الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله اعلم وعلى ما ذكره الكرخى رحمه الله يقع الفرق بينهما في موضع ثالث أيضاً وهو ان المدبر يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا اعتق او دبر فاما اذا استولد بان كان الرهن جارية فقبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل سحت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له وخرجت عن الرهن (أما) صحة الدعوة فلان الجارية ملكة من كل وجه والملك من وجه يكفي لصحة الدعوة فالملك من كل وجه أولى وثبوت النسب حكم صحة الدعوة وصيرورة الجارية ام ولد له حكم ثبوت النسب وخرجت الجارية عن الرهن حكم الاستيلاء وهو صيرورتها ام ولد له لان ام الولد لا تصلح للرهن الا ترى انها لا تصلح رهناً ابتداءً فكذا في حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حرراً قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية في حكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية موضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد سحت دعوته وثبت النسب وصار حرراً وصارت الجارية ام ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الاول الا أن هنا صار الولد حرراً بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما الا أن قيمة

الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المدبر في جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الوادي في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك الآن هناك ينظر الى ثلاثة أشياء الى قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت الاعتاق والى الدين فيسمى في الأقل من الأشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط الى قيمة الولد وقت الدعوة والى حصته من الدين فيسمى في أقلهما اذا كان الراهن معسراً ويرجع بما سعى عليه

﴿فصل﴾ (وأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به فقال الراهن انه رهن بخمسة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذي لك على وهو الف والراهن يساوى الف وقال المرتهن ارهنته بخمسة والراهن قائم فقدر روى عن أبي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لانهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبهه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلفا في قيمة الهالك ان القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتي هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانهما اختلفا في قدر المعقود عليه وانه يوجب التحالف كما في باب البيع ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الاصل لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة أيضاً لانها تثبت استيفاء الدين وبينة المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل أن يقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعى دخوله في الضمان وهو ينكر ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبداً فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفاً فذهب بالاعور النصف بخمسة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسة وانما زاد بعد ذلك فانما ذهب من حقي الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لانه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهد له وان أقام البينة فالبينة بينة أيضاً لانها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلفا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفعت الى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه مضموناً بنفسه بخروج وجهه عن كونه رهناً بالبيع وتحول الضمان الى الثمن فالراهن يدعى تحوّل زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وبينة المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة أولى لان اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول في الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه اذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصاركاً نه ضاع ولا يرجع على الراهن بالتقصان الى ان تجبى بيمينته أو يصدق له ما ذكرنا انه كان مضموناً فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل اذا قال بعته بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الاتسعمائة

ويكون الراهن راها بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة لان قول العدل مقبول في براءة نفسه غير مقبول في اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا في الرجوع على الراهن وذكر في الاصل اذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بينة انه باعه بتسعة وأقام الراهن بينة انه مات في يد المرتهن أخذ بينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ بينة الراهن (وجه) قوله ان بينة الراهن ثبتت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى (وجه) رواية الاصل ان بينة المرتهن تثبت أمر الم يكن وهو تحول الضمان من العين الى الثمن وبينة الراهن تقر رضانا كان ثابتا قبل الموت فكانت المثبتة أولى والله تعالى أعلم

— — — — —

### ﴿ كتاب المزارعة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في معنى المزارعة لغة وشرعا وفي بيان شرعيتها وفي بيان ركن المزارعة وفي بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يميز المزارعة والشرائط المفسدة لها وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة وفي بيان المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة وفي بيان الذي ينسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفي بيان حكم المزارعة المنفسخة (اما) الاول فالزراعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف الى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيبها لا بتخليقه وإيجاده وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخراج بشرائطه الموضوعه له شرعا فان قيل المزارعة من باب المفاعلة فيقتضى وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره بدليل انه يسمى هو مزارعا ودون رب الارض والبذر ومن لا عمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالدواة والمعالجة وان كان الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولا أحد يقصد مقابلة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثاني ان كان أصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا والانبات المتصور من العبد هو التسبب لحصول النبات وفعل التسبب يوجد من كل واحد منهما الا ان التسبب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتكبير من العمل باعطاء الآلات والاسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لو جرد فعل الزرع منه بطريق التسبب الا انه اختص العامل بهذا الاسم في العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف في أصول الفقه

﴿ فصل ﴾ وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها مشروعة (وجه) قولهما ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخل خبير معاملة وأرضها مزارعة وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هي شرعية متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير انكار (وجه) قول أبي حنيفة ان عقد المزارعة استئجار ببعض الخراج وانه منهي بالنص والمعقول (اما) النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرافع بن خديج في حائط لا تستأجره بشئ منه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان والاستئجار ببعض الخراج في معناه والمنهى غير مشروع (واما) المعقول فهو ان الاستئجار ببعض الخراج من النصف والثلث والرابع ونحوه استئجار ببدل مجهول وانه لا يجوز كافي الاجارة وبه تبين ان حديث خبير محمول على الجزئية دون المزارعة صيانة للدلائل الشرعية عن التناقض والدليل على انه لا يمكن حمله على المزارعة انه عليه الصلاة والسلام قال فيه أقرم كما أقرم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام مجيب المدة وجهالة المدة يمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقى ترك الانكار على التعامل وذا يحتمل أن يكون للجواز ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال

﴿ فصل ﴾ وأما ركن المزارعة فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول صاحب الارض للعامل دفعت اليك هذه الارض مزارعة بكذا ويقول العامل قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجدتم العقد بينهما

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فهي في الاصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يحجز المزارعة وشرائط مفسدة له (أما) المصححة فأنواع بعضها يرجع الى المزارع وبعضها يرجع الى الزرع وبعضها يرجع الى ما عقد عليه المزارعة وبعضها يرجع الى الآلة للمزارعة وبعضها الى الخارج وبعضها يرجع الى المزرع فيه وبعضها يرجع الى مدة المزارعة (أما) الذي يرجع الى المزارع فنوعان الاول أن يكون عاقلاً فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفءاً واحداً لأن العقل شرط أهلية التصرفات (وأما) البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفءاً واحداً لأن المزارعة استتجار ببعض الخارج والصبي المأذون يملك الاجارة لأنها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرية ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفءاً واحداً كما ذكرنا في الصبي المأذون والثاني أن لا يكون مرتداً على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة وعند هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال بيان ذلك انه اذا دفع المرتد أرضاً الى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجل وأخرجت الارض زرعاً ثم قتل المرتد أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى بلحقه بدار الحرب فهذا على وجهين اما ان دفع الارض والبذر جميعاً مزارعة أو دفع الارض دون البذر فان دفعهما جميعاً مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لان مزارعته كانت موقوفة فاذا مات أو لحق بدار الحرب تبين انه لم يصبح أصلاً فصارك أن العامل زرع أرضه ببذر مغصوب ومن غصب من آخر حباو بذر به أرضه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لانه مغصوب استهلكه وله مشله فيلزمه مثله ثم ينظر ان كانت الارض تقصتها المزارعة فعليه ضمان التقصان لانه أتلف مال الغير بغير اذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما وراء قدر البذر وتقصان الارض لانه حصل بسبب خبيث فكان سبيله التصديق وان كانت لم ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وان أسلم فالخارج بينهما على الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لانه لما أسلم تبين ان المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي يوسف ومحمد والخارج على الشرط كيف ما كان لان تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم فتكون حصته له فان مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وان دفع اليه الارض دون البذر فالخارج له أيضاً لانه لما ظهر انه لما لم تصبح المزارعة صار كأنه غصب أرضاً وبذرها ببذر نفسه فأخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا الا انه يأخذ من ذلك قدر بذره ونفقته وضمنان التقصان ان كانت المزارعة تقصتها ويتصدق بالفضل لما ذكرنا وان كانت لم تنقصها فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه ضمان الارض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل وبين ورثة المرتد على الشرط (وجه) القياس ما ذكرنا انه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضاً فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها المزارعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان ان انعدام صحة تصرف المرتد بعد الموت والخلاق ليس لمكان انعدام أهليته لان الردة لا تنافي انعدام الأهلية بل لتعلق حق ورثته بما له لوجود أمارة الاستغناء بالردة لان الظاهر انه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغنى عن ماله فيثبت التعلق نظر الهم ونظرهم هنا في تصحيح التصرف لافي ابطاله ليصل اليهم شيء فأشبهه العبد المحجور اذا أجز نفسه وسلم من العمل انه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى تجب الاجرة لان الحكم يبطلان تصرفه لنظر المولى ونظره ههنا في التصحيح دون الابطال كذا هذا واذا أسلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أسلم قبل اقباض المزارعة أو بعد اقباضها تقصت المزارعة الارض أو لم تنقصها كما ذكرنا في الوجه الاول وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان أسلم أو قتل أو لحق لان تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم هذا اذا

دفع مرتد أرضه من أجرة إلى مسلم فما إذا دفع مسلم أرضه من أجرة إلى مرتد فهذا على وجهين أيضا إما أن دفع الأرض والبذر جميعا أو دفع الأرض دون البذر فإن دفعهما جميعا من أجرة فعلم المرتد فأخرجت الأرض زرا كثيرا ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لأن انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين رده بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بحاله على ما وعمل المرتد هنا ليس تصرفا في ماله بل على نفسه بإبقاء المانع ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الأرض دون البذر فعلم المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرا في قياس قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة أن الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب تقصان الأرض لأن عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للمال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج حادنا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو أن هذا الخارج من اكساب رده وكسب الردة فيء عند أبي حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر لم يبر من قبل فالخاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب تقصان الأرض لأن ضمان التقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير إذنه ولم يوجد إذا المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما إذا كان مسالما لما ذكرنا وأن أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا إذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) إذا كانت بين مسلمين ثم ارتد أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف لأنه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها فاعا واحدا أبالاجماع لأن تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها فاعا واحدا بمنزلة مزارعة المسلمة

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع لأن حال المزرع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والتقصان فرب زرع يزيد في الأرض ورب زرع ينقصها وقد يقل التقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافا إلى التزامه إذا قال له أزرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الأمر إليه فقد رضى بالضرر إلا أنه لا يملك الغرس لأن الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس ﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى المزرع فهو أن يكون قابلا لعمل الزراعة وهو أن يؤثره العمل بالزيادة بمجرد المادة لأن ما لا يؤثره العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا لأن الزرع إذا استحصد لا يؤثره عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل الزراعة

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى الخارج من الزرع فأشياء منها أن يكون مذكورا في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لأن المزارعة استتجار والسكوت عن ذكر الاجرة يفسد الاجارة (ومنها) أن يكون لها حتى لو شرط أن يكون الخارج لاحدهما يفسد العقد لأن معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين ببعض الخارج حتى لو شرط أن يكون من غيره لا يصح العقد لأن المزارعة استتجار ببعض الخارج به تنفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والرابع ونحوه لأن ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة في الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأ شائعا من الجسلة حتى لو شرط لاحدهما قرضا معلوما لا يصح العقد لأن المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة تنعقد اجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الاجارة فلا أن الاجارة تملك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لأن البذر إن كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو نماء بذره وإن كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض وهو نماء بذره فكانت المزارعة استتجارا للمعامل وأما الأرض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة

فلأن الخارج يكون مشتركاً بينهما على الشرط المذكور وإذا ثبت أن معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من الخارج ينفى لزوم معنى الشركة لا احتمال أن الارض لا تخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا اذا شرط في المضاربه سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا اذا ذكر جزأشائما وشرط معه زيادة أقفزة معلومة انه الا يصح لما قلنا وعلى هذا اذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا تصح المزارعة لجواز أن لا تخرج لارض الا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولأن هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لآعين البذر لأن عينه تهلك في التراب وذلك لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربه لأن قدر رأس المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط لأن المضاربه تقتضى الشركة في الربح لآي غيره ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح (فأما) المزارعة فتقتضى الشركة في كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق بين الفصلين وكذا اذا شرط ما على الماذيات والسواقي لا يصح العقد لأن ما على الماذيات والسواقي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روى أنهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لآحد ههما ما على الماذيات والسواقي فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية بطله

**فصل** وأما الذي يرجع إلى المزرع وفيه وهو الارض فأشأنواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو زرة لا يجوز العقد لأن المزارعة عقد استئجار لكن بعض الخارج والارض السبخة والزره لا تجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) اذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لارض من انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (ومنها) أن تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح المزارعة لأنها تؤدي إلى المنازعة ولودفع الارض مزارعة على أن يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيرافكذا يفسد العقد لأن المزرع وفيه مجهول لأن كلمة من للتبويض فيقع على بعض الارض وانه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا لأن التبويض على التبويض تنبويض على التجهيل ولو قال على أن يزرع فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعيرافكذا اجاز لانه جعل الارض كلها لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فان عدم التجهيل ولو قال على أن يزرع فيها بغير كراب فكذا ذكر في الاصل انه جائز وهذا مشكل لأن المزرع وفيه من الارض مجهول فأشبهه ما اذا قال مازرع فيها حنطة فكذا وما زرع فيها شعيرافكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجهه لم يتضح ولو قال على أنه ان يزرع حنطة فكذا وان يزرع شعيرا فكذا وان يزرع سمسما فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لانعدام جهالة المزرع وفيه وجهه لانزع للحال ليس بضائر لانه فوض الاختيار اليه فامى ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره فعلا كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيرافكذا لانه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيرافكذا لانه لو زرع البعض حنطة والبعض شعيرا أولى (ومنها) أن تكون الارض مسماة إلى العامل محلاة وهو أن يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح المزارعة لانعدام التخلية فكذا اذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعا لما قلنا ولهذا لو شرط رب المال في عقد المضاربه العمل مع المضارب لا تصح المضاربه لانه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا وعلى هذا اذا دفع ارضاً وذرأوا بقر على أن يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض الثلث ولعبده الثلث فهو جائز على ما اشترط لأن صاحب الارض صار مستأجر للعامل ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطا على نفسه لأن العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الاجنبي فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من العامل لا تصح المزارعة لانه يصير مستأجراً للارض والبقير والعبد ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وذا

لا يصح على ما نذكره ويكون الخارج له وعليه أجر مثل الارض والبقر والعبدان هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما يدكر في موضعه وكذلك لو كان شرط عمل رب الارض مع ذلك كان له أيضا أجر مثل عمله لان هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه في باب المزارعة مقصودا من حيث انها اجارة أحد أمرين إما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الارض وإما منفعة الارض بأن كان البذر من العامل لان البذر اذا كان من قبل رب الارض يصير مستأجر للعامل واذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للارض واذا اجتمع في الاستئجار فسدت المزارعة فأما منفعة البقر فان حصلت تابعة لصحة المزارعة وان جعلت مقصودة فسدت

﴿فصل﴾ وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الارض والبذر والبقر والا لة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لان صاحب الارض يصير مستأجر للعامل لا غير ليعمل له في أرضه ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض من جانب والباقي كله من جانب وهذا أيضا جائز لان العامل يصير مستأجر للارض لا غير ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض والبذر من جانب والبقر والا لة والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لان هذا استئجار للعامل لا غير مقصودا فأما البذر فغير مستأجر مقصودا ولا يقابله شيء من الاجرة بل هي توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل لانه آلة للعمل فلا يقابله شيء من العمل كمن استأجر خياطا فباطرة نفسه جاز ولا يقابله شيء من الاجرة ولانه لما كان تابعا للمعقود عليه فكان جاريا بحرى الصفة للعمل كان العقد عقداً على عمل جيد والاصاف لا قسط لها من العوض فأمكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الارض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الارض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يجوز (وجه) قوله انه لو كان الارض والبذر من جانب جعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا اذا كان الارض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض (وجه) ظاهر الرواية ان العامل هنا يصير مستأجر للارض والبقر جميعا مقصودا ببعض الخارج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لاختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فبقيت أصلا بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلا مقصودا واستئجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز لوجهين أحدهما ما ذكرنا أن المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الارض ومنفعة العامل والثاني أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفا للقياس لان الاجرة معدومة وهي مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذي ورد النص فيه وذلك فيما اذا كانت الا لة تابعة فاذا جعلت مقصودة يرد الى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والارض والعمل من جانب وهذا لا يجوز أيضا لان صاحب البذر يصير مستأجر للارض والعامل جميعا ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا لما قلنا وروى عن أبي يوسف في هذين الفصلين أيضا انه يجوز لان استئجار كل واحد منهما جائز عند الا شراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الا شراد فبقي حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الارض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الارض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضا لما مر وفي عين هذا ورد الخبر بالفساد فانه روى أن أربعة نفر اشتروا على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم من أراعتهم وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط في عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر وهذا لا يجوز لأن كل واحد منهما يصير مستأجراً صاحبه في قدر بذره فيجتمع استئجار الأرض والعمل من جانب واحد وأنه مفسد (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والبذر والبقير من جانب دفع صاحب الأرض أرضه إليه على أن يزرعها ببذره وبقره مع هذا الرجل الآخر على أن ما خرج من شئ فثلثه لصاحب الأرض وثلثاه لصاحب البذر والبقير وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح في حق صاحب الأرض والعامل الأول فاسد في حق العامل الثاني ويكون ثلث الخراج لصاحب الأرض وثلثاه للعامل الأول وللعامل الثاني أجر مثل عمله وكان ينبغي أن تفسد المزارعة في حق الكل لأن صاحب البذر وهو العامل الأول جمع بين استئجار الأرض والعامل وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها في حق صاحب الأرض والعامل الأول وإنما كان كذلك لأن العقد فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول وقع استئجار الأرض لا غير وأنه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجار الأرض والعامل جميعاً وأنه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهتان جهة الضحية وجهة الفساد خصوصاً في حق شخصين فيكون صحيحاً في حق أحدهما فاسداً في حق الآخر ولو كان البذر في هذه المسئلة من صاحب الأرض صححت المزارعة في حق الكل والخراج بينهم على الشرط لأن صاحب الأرض في هذه الصورة يعتبر مستأجراً للعاملين جميعاً والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح في صحة العقد وإذا صح العقد كان الخراج على الشرط

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر في العقد تابعاً فان جعل مقصوداً في العقد تفسد المزارعة وقد تقدم بيانه في الفصل المتقدم بما فيه كفاية

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصح المزارعة إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار ببعض الخراج ولا تصح الإجارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة أن لا تصح إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار العامل ببعض الخراج فكانت إجارة بمنزلة المزارعة إلا أنها جازت في الاستحسان لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة في أول السنة لأن وقت ابتداء المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء المزارعة فتفاوت حتى أنه لو كان في موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج كذا ذكر محمد ابن سامة أن بيان المدة في ديوان ليس بشرط كما في المعاملة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها في بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخراج لا أحدهما لأنه شرط يقطع الشركة التي هي من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض لأن ذلك يمنع التسليم وهو التخلي (ومنها) شرط البقر عليه لأن فيه جعل منفعة البقر مقفوداً عليها مقصودة في باب المزارعة ولا سبيل إليه (ومنها) شرط العمل والأرض جميعاً من جانب واحد لأن ذلك خلاف مورد الشرع الذي هو خلاف القياس على ما مر في الفصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة لأنه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع إلى البيدر والدياس والتذرية لأن الزرع لا يحتاج إليه إلا بتعلق به صلاحه والأصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تناهيه وإدراكه وجفافه ما يرجع إلى إصلاحه من السقي والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الأنهار وتسوية المسناة ونحوها فعمل المزارع لأن ما هو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المقفود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تناهي الزرع وإدراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه خلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخراج لأنه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع أرضاً مزارعة وفيها زرع قد استحصد لا يجوز لا قضاء وقت عمل المزارعة إذا عمل



فيه بعد الادراك مما لا يفيد وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاجراز المتسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبي يوسف انه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به أيضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلامة من مشايخ خراسان والجداذ في باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) في ظاهر الرواية فلا يشكل وأما على رواية أبي يوسف فلا نعدم التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجتمع على أن يقصلاه كان القصل على كل واحد منهما في قدر شرط الحب لانه بمنزلة شرط الحصاد (ومنها) شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله وجملة ان هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان شرط أن يكون التبن بينهما واما ان سكتاعنه واما ان شرط أن يكون لاحد همدون الآخر فان شرط أن يكون بينهما لا شك أنه يجوز لانه شرط مقرر مقتضى العقد لان الشركة في الخراج من الزرع من معاني هذا العقد على ما مر وان سكتاعنه يفسد عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما واذكر الطحاوي ان محمد أرجع الى قول أبي يوسف (وجه) قول محمد ان ما يستحقه صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة (وجه) قول أبي يوسف ان كل واحد منهما أعني الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب واذما فسد بالاجماع فكذا هذا وان شرط أن يكون لاحد همدون الآخر فان شرطه لصاحب البذر جاز ويكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيد الا تارة كيد او ان شرطه لمن لا بذره ففسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نماء ملكه ونماء ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذر من قبله بمنزلة شرط كون الحب له واذما فسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب الارض على المزارع عملا يبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الخائط والسرقة واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو في الاصل من وجهين (أما) ان شرطه في العقد واما ان سكتاعنه فان سكتاعنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أولا فسنذكره في حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطه في العقد فلا يخلو ايضا من وجهين اما ان شرطه مطلقا عن صفة التثنية واما ان شرطه مقيد أباها فان شرطه مطلقا عن الصفة قال بعضهم انه يفسد العقد لان أثره يبقى الى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل السقي على وجهه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطه مع التثنية ففسدت المزارعة لان التثنية اما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكر وبة وهذا شرط فاسد لا شك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة في هذه السنة واما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وانه عمل يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسدا حتى انه لو كان في موضع لا يبقى لا يفسد كذا قال بعض مشايخنا ولودفع الارض مزارعة على أنه ان زرعها بغير كراب فللمزارع الربع وان زرعها بكراب فله الثلث وان كرها وثناها فله النصف فهو جازر على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغي أن يفسد هذا الشرط واذما عمل يكون له أجر مثل عمله فاما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم صحوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع في الاصل فقال ولو زرع بمض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جازر والشرط بينهما في كل الارض نافذ على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية في كل الارض عند اختياره ذلك يصح في البعض بالطريق الاول

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجزها فنقول وبالله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام

(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لاصلاحه فعلى المزارع ان العقد تناوله وقد بيناه (ومنها) ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقة وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما وكذلك الحصاد والحمل الى البيدر والديس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) أن يكون الخراج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيئاً فلا شيء لواحد منهما لا أجر العمل ولا أجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها أجر المثل وان لم تخرج الارض شيئاً والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخراج ولم يوجد الخراج فلا يجب شيء والواجب في المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل في الذمة لا في الخراج فان عدم الخراج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق (ومنها) ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال لا أريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذر أو لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد بالاتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه اذا انسا ان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس في لزوم المعنى ايهم اتلاف ملكهم فكان الشروع في حقهم ملزماً ولا يفسخ الا من عذر كما في سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض أو لم يكر به لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما ذكره في حكم المزارعة المنسوخة ان شاء الله تعالى ومنها ولا يجر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرط الكراب في العقد واما ان سكتنا عن شرطه فان شرطاً لا يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتنا عنه ينظر ان كانت الارض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعا معتاداً يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلاً أو يخرج ولكن شيئاً قليلاً لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقي وقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفي بماء السماء ويخرج زرعا معتاداً بدونها لا يجبر على السقي وان كان مع السقي أجود فان كان مما لا يكتفي به يجبر على السقي لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخراج والحط عنه وعدم الجواز والاصل فيه ان كلمة الاحتمل انشاء العقد عليه احتمل الزيادة ومالا فلا والحط جائز في الحالين جميعاً كما في الزيادة في الثمن في باب البيع اذا عرف هذا فنقول الزيادة والحط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما أن يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما أن يكون البذر من قبل المزارع واما أن يكون من صاحب الارض بعدما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد فان كان من بعدما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلاً فزاد المزارع صاحب الارض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضى به صاحب الارض لا يجوز الزيادة والخراج بينهما على الشرط نصقان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز ألا ترمى انهما لو أنشأ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثاني حط من الاجرة وانه لا يستدعي قيام المعقود عليه كما في باب البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا اذا زاد أحدهما بعدما استحصد الزرع فان زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضاً بخلاف الفصل الاول

﴿فصل﴾ وأما حكم المزارعة الفاسدة فأنواع (منها) انه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة لان

وجوبه بالعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الارض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فاذا لم يصح الشرط استحققه صاحب الملك ولا يلزمه التصديق بشئ لانه نماء ملكه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه أجر المثل لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان هو مستأجر للعامل فاذا فسدت الاجارة وجب أجر مثل عمله واذا كان البذر من قبل العامل كان عليه رب الارض أجر مثل أرضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجر للارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الارض ويطيب ذلك لانه سلمه بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصديق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجارة الفاسدة لا تلحق بالاجارة الحقيقية الاستعمال ولا تلحق بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكين من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجازات (ومنها) ان أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم يخرج الارض شيئا بعد ان استعملها المزارع وفي المزارعة الصحيحة اذ لم يخرج شيئا لا يجب شيئا لو احدث منهما وقد مر الفرق فيما تقدم (ومنها) ان أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدر بالمسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجارة وهو حصة كل واحد منهما ماسة في العقد فان لم يكن يجب أجر المثل تاما بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل في الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تملك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين وذلك في وجوب أجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا ان فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البديل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع ايضا فاذا لم يصح العقد لتقوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البديل الاصلى للمنافع وهو أجر المثل ولهذا اذا لم يسم البديل أصلا في العقد وجب أجر المثل بالعاما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدر بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البديل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر ماضى بالزيادة على المسمى والا أجر ماضى بالتقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البديل مسمى في العقد لان البديل اذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق

﴿فصل﴾ وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع الى صاحب الارض وبعضها يرجع الى المزارع (أما) الاو، الذي يرجع الى صاحب الارض فهو الدين القادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا ادرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضى في العقد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضى الارض بدينه أو لا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ الى أن يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار الى وقت الادراك تأخير حق صاحب الدين

وفيه رعاية الجانيين فكان أولى و يطلق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المثل وانه غير مماطل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا أدرك الزرع برد الى الحبس ثانيا لبيع أرضه ويؤدى دينه بنفسه والافبيع القاضى عليه (وأما) الثانى الذى يرجع الى المزارع فنحو المرض لانه معجز عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك حرفة الى حرفة لان من الحرف ما لا يعنى من جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره وما منع يمنعه من العمل على ما عرف في كتاب الاجارة

**فصل** ﴿ وأما الذى يفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأشياء (منها) الفسخ وهو نوعان صريح ودلالة الصريح أن يكون بلفظ الفسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل للصريح الفسخ والاقالة وأما الدلالة فنوعان الاول امتناع صاحب البذر عن المضى فى العقد بان قال لأريد مزارعة الارض يفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم فى حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر ويكون ذلك فسخا منه دلالة والثانى حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الارض والبذر مزارعة وبيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة يفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لان العقد يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا يفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله افسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب افساخ العقد لقوات العقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا يفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله أن يفسخ ما لا يفسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا حجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهى باطل وكذلك نهى الاب الصبي المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهى عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لانها اذا انقضت فقد انتهت العقد وهو معنى الانقضاء (ومنها) موت صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو بقل لان العقد أفاد الحكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصلته فحكم تصرفه لغيره الا لضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حده الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا

**فصل** ﴿ وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول والله التوفيق لا يخول من وجهين اما ان افسخت قبل الزراعة أو بعدها فان افسخت قبل الزراعة فلا شئ للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنجات بأى طريق افسخ سواء افسخ بصريح الفسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان الفسخ يظهر أثره فى المستقبل بانتهاء حكمه لافى الماضى فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب فى العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخراج ولم يوجد فلا شئ وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضى فى العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التعزير وانه حرام وان افسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد فالحصاد والخراج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب فى صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقى الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلهما ان افساخ العقد يظهر أثره فى المستقبل لافى الماضى فبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانقضاء (وأما) العمل فيما بقى الى وقت الحصاد

عليهما لانه عمل في مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض لأن العقد قد انسخ وفي القلع ضرر بالمزارع وفي الترك بغير أجر ضرر بصاحب الأرض فكان الترك بأجر المثل نظر من الجانبين بخلاف ما إذا مات صاحب الأرض والمزارع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لأن هناك انسخ العقد حقيقة لوجود سبب الفسخ وهو الموت الا اننا بقينا نقتديرا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انسخ لتبنت لصاحب الأرض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في بقاء العقد تقديرا فاذا بقى العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان اتفق أحدهما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضي فهو متطوع ولو أراد صاحب الأرض أن يأخذ الزرع بقل لا يمكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقل فصاحب الأرض بين خيارات ثلاث ان شاء قلع الزرع فيكون بينهما وان شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شاء اتفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بمحصته لان فيه رعاية الجانبين (وأما) في موت أحد المتعاقدين أما إذا مات رب الأرض بعد ما دفع الأرض مزراعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقل الترك الأرض في يدي المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان في الترك الى وقت الحصاد نظر من الجانبين وفي القلع اضرارا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرا في هذه السنة في هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الأرض فلا امر الى ورثة المزارع لان في القلع ضررا بالورثة ولا ضرر بصاحب الأرض في الترك الى وقت الادراك واذا ترك لأجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرا فكأنه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لان العقد ينسخ حقيقة الا اننا بقينا باختيارهم نظر لهم فان امتنعوا عن العمل بقى الزرع مشتركاً فاما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الأرض قدر حصصهم من الزرع البقل أو ينفق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بمحصتهم لان فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم

### ﴿ كتاب المعاملة ﴾

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خبير انه عليه الصلاة والسلام دفع نخيلهم بمعاملة ولا بي حنيفة رحمه الله أن هذا استتجار ببعض الخارج وانه منهي عنه على ما ذكرنا في كتاب المزارعة وقد مر الجواب عن الاستدلال بحديث خبير فلا تعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت وأما الشرائط المصححة لها على قول من يميزها فاذكرنا في كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على نحو ما مر في كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين في قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وقت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخارج كله للدافع لانه نساء ملكه وللآخر أجر المثل اذا عمل وعندهما الخارج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الزدة أو لحق فالخارج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر في المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فأما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتدا أحدهما فالخارج على الشرط لما مر في كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتد دفعا واحداً

بالاجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة فيما يز يدثره بالعمل فان كان المدفوع نخلا فيه طلع أو بسر قد احمر أو اخضر إلا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وان كان قد تناهى عظمه إلا أنه لم يربط بالمعاملة فاسدة لانه اذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرط أن يكون لاحدهما فسدت لماعلم (ومنها) أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لماعلم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة في كتاب المزارعة (ومنها) التسليم الى العامل وهو التخلية حتى لو شرط العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تخرج في أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطا لان ترك البيان يؤدي الى الجهالة كما في المزارعة الا انه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى انه لو وجد التعامل به في موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتي محمد بن مسلمة على ما مر في المزارعة ولو دفع أرضا ليزرع فيها الرطب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة ثابتة ولم يسم المدة فان كان شيئا ليس لا ابتداء نباته ولا لا انتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وان كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذة الأولى كما في الشجرة المثمرة

فصل في شرائط المفسدة للمعاملة فأشأنها في شرائط المصححة للعتق لان ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للافساد (منها) شرط كون الخارج كله لاحدهما (ومنها) شرط أن يكون لاحدهما قفزان مسماة (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطاف على العامل بخلاف لانه ليس من المعاملة في شيء ولا انعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ما كيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعتة بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقية ونصب العرايش وغرس الاشجار وتقليم الارض وما أشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات العقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لان العامل أجير رب الارض واستئجار الانسان للعمل في شيء هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى ان النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما الى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثة للشريك العامل وثلثة للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن في المعاملة معنى الاجارة ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الاجير شريك المستأجر واذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف في الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لان الارض اذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج انه تجوز المزارعة لان هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل في شيء الاجير فيه شريك المستأجر لانعدام الشركة في البذر وهنا تحقق لبثوت الشركة في النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشيء من الخارج لانه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرط أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان استحقاق كل واحد منهما أعتى من الشريكين لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستئجار ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشتري ما يلقح به النخل فاشتراه رجوع عليه بنصف ثمنه لانه اشترى مالا متقوما على الشركة بامر به فيرجع عليه وسواء كان العامل في عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله الى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل لاحدهما فضلا لان كل واحد منهما أجير صاحب الارض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيقدر الشرط ولو شرط لاحد العاملين مائة درهم على رب الارض والاخر ثلث الخارج ورب الارض الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما أجر مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

شرط لصاحب النخل الثلث ولا أحد العاملين الثلثين وللاخر أجر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة ان من دفع الارض مزارعة على ان لرب الارض الثلث وللزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه بثلت الخارج ان المزارعة جائزة بين رب الارض والمزارع فاسدة في حق الثالث لان المعاملة استعجار العامل والاجرة تجب على المستأجر دون الاجير بمقابلة العمل والعمل للمستأجر فكانت الاجرة عليه فاذا اشترطها على الاجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الاجرة على غيره ولا سبيل اليه ففسد العقد وهذا هو الموجب للفساد في حق الثالث في باب المزارعة لانه صح فيما بين صاحب الارض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففسد أحدهما لا يوجب فساد الاخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح ويتضح ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجزها فتأواع (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقي واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من توابع العقود عليه فيتناولها العقد وكلما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والارض من السرقيين وتقليب الارض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيقتيهما لان العقد يتناولها لا مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه اذا لم يخرج الشجر شيئا فلا شيء لواحد منهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق في كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الا من عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقدم الفرق (ومنها) ولاية جبر العامل على العمل الا من عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والاقلا والحط جائز في الموضعين أصله بالزيادة في الثمن والمثلن فاذا دفع بخلاف النصف معاملة فخرج الثمران لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لان الانشاء للعقد في هذه الحالة جائزة فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسرجازت الزيادة من العامل لرب الارض شيئا ولا يجوز الزيادة من رب الارض للعامل شيئا لان هذه زيادة في الاجرة لان العامل أجير والحمل لا يحتمل الزيادة الا ترى انه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الحط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع الى غيره معاملة الا اذا قال له رب الارض اعمل فيه برأيك لان الدفع الى غيره اثبات الشركة في مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل الى رجل آخر معاملة فعلم فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الا بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضا لان عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافا اليه وله على العامل الاول أجر مثل عمله يوم عمل لانه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر في يد العامل الاخير من غير عمله وهو في رؤس النخل فلا ضمان على واحد منهما الا نعدام العصب من واحد منهما وهو تقييد بالمالك ولو هلك من عمله في أمر خالف فيه أمر العامل الاول فالضمان لصاحب النخل على العامل الاخر دون الاول لان الخلاف قطع نسبة عمله اليه فبقي متلفا على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الاول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لانه اذا لم يوجد منه بخلاف بقي عمله مضافا اليه كأنه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثاني لانه في معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الاول لم يرجع على الاخر بشيء لانه عمل بأمر الاول فلورجع عليه لرجح هو عليه أيضا فلا يفيد وان اختار تضمين الاخر يرجع على الاول لانه غره في هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما اذا قال وشرط النصف فدفعه الى رجل آخر بثلت

الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقى له السدس ضرورة وذكر محمد رحمه الله في الاصل انه اذا لم يقل اعمل فيه برأيك وشرط له شيئاً معلوماً وشرط الاول للثاني مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها في المزارعة منها أنه لا يجبر العامل على العمل لان الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح ومنها أن الخارج كله لصاحب الارض لان استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشئ منه لانه حصل عن خالص ملكه ومنها أن أجر المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل لما ذكرنا في المزارعة ومنها أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئاً بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق في كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب مقدراً بالسمي لا يتجاوز عنه عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاماً وهذا الاختلاف فيما اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم تكن مسماة في العقد يجب أجر المثل تاماً بلا خلاف وقد مرّت المسئلة في كتاب المزارعة

﴿ فصل ﴾ وأما المعاني التي هي عذر في فسخها فاذ ذكرنا في كتاب المزارعة ومن الاعذار التي في جانب العامل ان يكون سارقاً معروفاً بالسرقة فيخاف الثمر والسعف

﴿ فصل ﴾ وأما الذي ينسخ به عقد المعاملة فانواع منها صريح الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضاء المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر في كتاب المزارعة

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم

### كتاب الشرب

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



الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والشركة العامة تقتضي الاباحة الا انه اذا جعل في اناه  
 وأحرزه به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لاحد فيصير مملوكا للمستولى كما في سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم  
 يوجد ذلك بقى على أصل الاباحة الثابتة بالشرع فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع  
 الناس من الشفة وهو الشرب بانفسهم وسقى دوابهم منه لانه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى  
 عن منع نبع البئر وهو فضل ماؤها الذي يخرج منها فلهم ان يسقوا منها لشعاهم ودوابهم فاما لزروعهم وأشجارهم  
 فله ان يمنع ذلك لما في الاطلاق من ابطال حقه أصلاً الا اذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن  
 الدخول في أرضه اذا لم يضطروا اليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضرار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن  
 نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له اما ان تأذن بالدخول واما ان تعطى بنفسك فان لم يعطهم  
 ومنعهم من الدخول لم ان قاتلوه بالسلاح لياخذوا قدر ما يدفع به الهلاك عنهم والاصل فيه ما روى أن قوما وردوا  
 ماء فساءلوا أهله أن يدلومهم على البئر فأبوا وسألومهم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطابنا كادت تقطع  
 فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضي الله عنه فقال هلا وضعت فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز في الاواني والطعام حالة  
 المحضه لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا  
 ملك هناك بل هو على الاباحة الاصلية على ما بيننا فاذا منعه أحد ما له حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك  
 وأما الثالث الماء الذي يكون في الانهار التي تكون لاقوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع الى نفس الماء  
 وبعضها يرجع الى الشرب وبعضها يرجع الى النهر أما الذي يرجع الى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا  
 أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالا حراز بالا واني فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال اسقني  
 يوما من نهرك على ان أسقيك يوما من نهر كذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعاً واجارة الشرب بالشرب  
 وكل ذلك لا يجوز ولا يجوز اجارته لان الاجارة تملك المنفعة لا تملك العين بمنافعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضاً  
 أو بئر السقي منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه السمك لان هذا استئجار  
 السمك وكذا لو استأجر أجمة ليحطب لان هذا استئجار الحطب والاعيان لا تتحمل الاجارة وليس لصاحب  
 النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقى الزرع والأشجار لان له فيه حقاً خاصاً وفي  
 اطلاق السقي ابطال حقه لان كل احد يتبادر اليه فيسقى منه زرعاً وأشجاره فيبطل حقه أصلاً ولو أذن بالسقي  
 والنهر خاص له جاز لانه ابطال حق نفسه وأما الذي يرجع الى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفرداً بأن باع شرب يوم  
 أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقي والحقوق لا تتحمل الا افراد بالبيع والشراء ولو اشتري به داراً وعبداً  
 وقبضها لم يرد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما في سائر البياعات الفاسدة ولا شيء  
 على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض ويجوز ان يجعل الشيء تبعاً لتسيره  
 وان كان لا يجعله مقبوضاً بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب في بيع الارض الا بالتسمية صريحاً أو بذكر  
 ما يدل عليه بان يقول بعثا بحقوقها أو بمراقبها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر  
 شيئاً من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا يجوز اجارته مفرداً لان الحقوق  
 لا تتحمل الاجارة على الافراد كما لا تتحمل البيع وكذا الوجه له أجره في اجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان  
 الاجرة في باب الاجارة كالتن في باب البيع وانه لا يصلح ثمن في البياعات فلا يصلح أجره في الاجارات ولو انتفع  
 بالدار والعبد زمة أجر مثله لانه استوفى منفعة المعقود عليه عقد فاسد أفيلزمه أجره المثل كما في سائر الاجارات  
 الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض كما في البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضاً ولم يذكر  
 الشرب والمسيل أصلاً فالتقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما في البيع وفي الاستحسان كانه لا يدخل تحت

اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لان الاجارة تملك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا بذكر الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تملك العين والعين تحتل الملك بدونه ولا تجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تملك والحقوق المفردة لا تحتل التملك ولا يجوز الصلح عليه بان صالح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس وما دونه لان الصلح في معنى البيع الا أنه يستقط القصاص ويكون الصلح كأنه على العفول كما ذكرنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات وتجب على القاتل والجرح الدية وارش الجنانية ولا تصح تسميته في باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج المثل لان النكاح تصرف تملك وأنه لا يحتل التملك واذا لم تصح التسمية يجب العوض الاصلى وهو مهر المثل ولا تصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لان تسميته في مرض التملك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فن حيث انه لم يحتل التملك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلا فيظهر في وجوب رد المأخوذ وهذا أصلي في باب الخلع محفوظ أنه شيء تعذر تسليم البديل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ومورثه لان الارث لا يقف على الملك لا محالة بل ثبت في حق المال كما ثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو وصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تملكها لكنها تملك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وانما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتل الارث احتل الوصية التي هي أخت الميراث واذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لان الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب ولو وصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح لانه لم يحتل التملك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا في قدر الشرب ولا بينة لاحد منهم تحكم الاراضي فيكون الشرب بينهم على قدر اراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة اذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وإنما كان كذلك لاختلاف المقصود اذا المقصود من الشرب السقى والسقى يختلف باختلاف الاراضي والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب مالم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت أرضه روبة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحمصته لان في سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا اذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحي أو دالية أو سانية نظر فيه فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلا لان رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك الارضا الشركاء وأما الذي يرجع الى النهر فالاصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقيين سواء أضر بهم التصرف أولا لان رقبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الاضرار بالمالك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهر أصغر من النهر المشترك فيسوق الماء الى أرض أحيائها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحدا أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم في النهر باجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحي فان كان موضع البناء مملوكا والماء يدير الرحي على سببه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركا وتقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول حقهم اليهم بالتعريج كما اذا حفر نهر في أرضه وأراد أن يعرج الماء اليه ثم يعيده الى النهر وكذلك لو أراد  
 أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لأحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم  
 لأن القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شرين يكن له خمس كوى من النهر  
 الا اعظم ولا حد الشر يكن أرض في أعلى النهر ولا آخر أرض في أسفله فأراد صاحب الاعلى أن يسد شيئاً من تلك  
 الكوى لما يدخل من الضرر في أرضه ليس له ذلك الا برضا شره لانه يتضرر به شره فلا يجوز له دفع الضرر  
 عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتمايا حتى يسد في حصته ما شاء لم يكن له ذلك الا برضا الشر يك لما قلنا وان  
 تراضيا على ذلك زمانا ثم بدد صاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان المراضاة على ما لا يحتمل التملك تكون  
 مهابة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أحجبي اليها كوة وحفر نهر آمنه الى أرضه  
 برضاهما ومضى على ذلك زمان ثم بدد الا جدهما أن ينقض فله ذلك لان العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات  
 لورثتها أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الاعظم ولكل رجل نهر من هذا النهر  
 فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم  
 لان دفعة الماء وكثرته في أول النهر ولا يأتينا الا وهو قليل فأرادوا المهابة بأمام معلومة فليس لهم ذلك ويتك الماء  
 والنهر على خاله لان ملكهم في رقبة النهر لا في نفس الماء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لانه  
 يدخل فيها الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر في أسفل النهر جاز ولو زاد في عرضه لا يجوز لان الكوى  
 من حقوق النهر في ملكه بملك النهر بخلاف الزيادة في العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الاعظم بين قوم  
 تخافوا أن ينبتق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عما يجيرون على أن يحصنوه بالحصص وان  
 لم يكن فيه ضرر عما لا يجيرون عليه لان الانتفاع متمتع عند عموم الضرر فكان الجبر على التخصيص من باب دفع  
 الضرر عن الجماعة فجاز واذا لم يكن الضرر عما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتخصيص جبرا عليه لزيادة الانتفاع  
 بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لأرض رجل فاختلف صاحب الارض والنهر في مسنة فالمسنة  
 لصاحب الارض عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يغرس فيها طينته ولكن ليس له أن يهدمها وعند أبي يوسف ومحمد  
 المسنة لصاحب النهر حر بما لنهره وله أن يغرس فيها ويلقى طينته ويحتمل فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر  
 والارض حائل من حائط ونحوه كانت المسنة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على  
 ان النهر هل له حر يم أم لا بأن حفر رجل نهر في أرض موات باذن الامام عند أبي حنيفة لا حر يم له وعندهما حر يم  
 (ووجه) البناء عليه انه لما لم يكن للنهر حر يم عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهد صاحب الارض فكان القول  
 قوله ولما كان له حر يم عندهما كان الظاهر شاهد صاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححو البناء وقالوا  
 لا خلاف ان للنهر حر يم في أرض الموات لان للبر والعين حر يم فيها بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام  
 انه جعل لهما حر يم بالحاجتهما الى الحفر لتعذر الانتفاع به بدون الحفر لان حاجة النهر الى الحر يم كحاجة البر والعين  
 بل أشد فكان جعل الشرع للبر والعين حر يم جاعلا للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير  
 صحيح فكان هذا خلافا مبتدأ (وجه) قولهما انه لما كان للنهر حر يم بالاتفاق كان الظاهر شاهد صاحب النهر  
 فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البر والعين عند الاختلاف كذا هذا  
 ولا يحنيفة ان المسنة اذا كانت مستوية بالارض فالظاهر انها ملك صاحب الارض اذ لو كانت حر يم بالنهر  
 لكانت مرتفعة لكونها ملق طينته فكان الظاهر شاهد صاحب الارض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب  
 النهر بها وفي الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير كحائط لا تسن عليه جذوع  
 غيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشفة في الكرى

شيء لان هذا من حقوق الملك ولا ملك لاهل الشفة في رقبة النهر بل لهم حق شرب الماء والسقي للدواب فقط  
واختلف في كيفية الكرى عليهم قال أبو حنيفة عليهم أن يكر وامن أعلاه واذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان  
الكرى على من بقي وقال أبو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعاً من أوله الى آخره بمحصص الشرب والاراضى حتى  
ان النهر لو كان بين عشرة أنفس اراضيهم عليه لأخر كرى فوهة النهر الى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم  
على كل واحد منهم العشر فاذا جاوزوا شرب الاول سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على تسعة أسهم فاذا جاوزوا  
شرب الثاني سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبي حنيفة (وأما) عندهما  
فالكرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر الى أسفله (وجهه) قول أبي حنيفة ان الكرى من حقوق الملك والملك  
في الاعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر الى شرب أولهم فكانت مؤنته على الكل فأما بعده فلا ملك لصاحب  
الاعلى فيه انما له حق وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لا على صاحب الحق ولهذا كانت  
مؤنة الكرى على أصحاب النهر ولا شيء على أهل الشفة لان الملك لا صاحب النهر ولا هل الشفة حتى الشرب وسقى  
دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما)  
الانهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لاحد فيها ولا في رقبة النهر وكذا ليس لاحد حق خاص  
فيها ولا في الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلعل أحد أن ينتفع بهذه الانهار بالشفة والسقي وشق النهر منها الى  
أرضه بأن احيا ارضاً مهيئة باذن الامام له أن يشق اليها نهر من هذه الانهار وليس للامام ولا لاحد منعه اذا لم يضر  
بالنهر وكذا انه أن ينصب عليه رحى ودالية وسانية اذا لم يضر بالنهر لان هذه الانهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت  
الاختصاص بها لاحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشرطة عدم  
الضرر بالنهر كالاتفاق بطريق العامة وان أضر بالنهر فللكل واحد من المسلمين منعه لما بينا انه حق لعامة المسلمين  
واباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الاعظم وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو  
نهر عظيم أحيا رجل أرضاً كانت مواتاً ففرضها نهر افوق مرو من موضع ليس يملكه أحد فساق الماء اليها من ذلك  
النهر فقال أبو يوسف ان كان يدخل على أهل مرو ضرر في مائهم ليس له ذلك وان كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن  
يمنعوا ما قلنا وسئل أيضاً اذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفه هل له أن يزيد فيها فقال ان زاد في ملكه وذلك  
لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له  
ذلك وان كان لا يضر بالنهر (وجهه) الفرق أن الزيادة في الفصل الاول تصرف في حق مشترك بين العامة وحرمة  
التصرف في حقوق العامة لا تثبت الا بشرطة الضرر والزيادة في الفصل الثاني تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة  
الماء في النهر والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمة على الضرر بالملك هو الفرق ولو جزماء هذه الانهار عن  
أرض فليس لمن يليها أن يضمها الى أرض نفسه لانه يحتتمل أن يعود ماؤها الى مكانه ولا يجبد اليه سيلاً فيحمل على  
جانب آخر فيضرحق لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستضر أحد بحمل الماء عليه فله  
ذلك ويملكه اذا احياها باذن الامام أو بغير اذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الانهار الى الكرى فعلى  
السلطان كراه من بيت المال لان منفعتها العامة للمسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام  
اخرج بالضمان وكذا لو خيف منها الفرق فعلى السلطان اصلاح مسناتهما من بيت المال لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الاراضى

الكلام في موضعين في بيان أنواع الاراضى وفي بيان حكم كل نوع منها (أما) الاول فالاراضى في الاصل  
نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحة نوعان أيضاً نوع هو من

مرافق البسدة محتطابهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهو المسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الاراضي المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير اذن صاحبها لان عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب الذي انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها وهبتها واجارتها وتصير ميراثا اذا مات صاحبها الا انها اذا كانت خرابا فلا خراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمسك من الاستبراء فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فكيف حكم اللقطة يعرف في كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلا الذي ينبت في أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحب الارض واخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضي الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله انه اذا سقاه وقام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والكلا اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد والشركة العامة هي الاباحة الا اذا قطعه واحرزه لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء الحرز في الاواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهومضى عدائم الحركة علوا فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاضطلاع بها لان النبي عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فأما الجرف فليس بنا وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلا فاذا كان يجده في موضع آخر له أن يمنعه من الدخول وان كان لا يجده فيقال لصاحب الارض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه اليه كالماء الذي في الابار والعيون والحياض التي في الاراضي المملوكة على ما ذكرنا في كتاب الشرب ولودخل انسان أرضه بغير اذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت يده اليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تختمل الاجارة على ما ذكرنا في كتاب الشرب والجواب في الكلا في البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب في الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلا على هذا وكذلك الأجام المملوكة في حكم السمك لان السمك أيضا مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا بالاخذ والاستيلاء لما بيننا ولو حظر السمك في حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفس الحظر لوجود الاستيلاء واثبات اليد عليه ولهذا يباعه جازوا وان كان لا يمكن أخذه الا بصيد لا يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير اذا باضت أو فرخت في أرض انسان انه يكون مباحا ويكون للاخذ لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذها وكرا أم لا وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له ملكا يسترده من الاخذ وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك في المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه والاخذ هو المستولى دون صاحب الارض وان اتخذها وكرا وكذلك صيد التجأ الى ارض رجل أو دره فهو للاخذ لقلنا ولورد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تعقلا لا خلاص له فهو لنا صب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كمن أرسل بازي انسان بغير اذنه فاخذ صيدا أو غري كلبا لانسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمغري لاصحابه ولو نصب فسقاطا فخاء صيد فته تل به فهو للاخذ ( ووجه ) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشئ اكتساب له ( فاما ) نصب الفسقاط فموضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء

والاخذ حقيقة ولو حفر حفيرة فوق وقع فيها صيد فان كان حفرها لاجتماع الماء فيها فهو للاخذ لانه بمنزلة الاصطياد وان كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة ( واما ) الاجام المملوكة في حكم القصب والحطب فليس لاحد أن يحطب من أجمة رجل الاباذنه لان الحطب والقصب مملوكان لصاحب الاجمة ينتان على ملكه وان لم يوجد منه الانبات أصلا بخلاف الكلا في المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هي القصب والحطب فكان ذلك مقصودا من ملك الاجمة فيملك بملكها ( فاما ) الكلا فغير مقصود من المروج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقارا رعى بقرا في أجمة مملوكة لانسان فليس له ذلك رهوضا من لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الاجمة القصب والحطب وهما مملوكان لصاحب الاجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف الكلا في المروج لانه ثبت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ولا يجوز دفع الكلا معاملة والاصل المحفوظ فيه أن القصب والحطب يملكان بملك الارض والكلا لا ( واما ) ما لا ينبت عادة الا بصنع العبد كالتنة والتصيل وما بقي من حصاد الزرع ونحو ذلك في أرض مملوكة يكون مملوكا لصاحب الارض أن يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لان الانبات يعد اكتسابا له فيملكه ولان الاصل أن يكون من المملوك مملوكا لان الاباحة في بعض الاشياء تثبت على مخالفة الاصل بالشرع والشرع ورد به في أشياء مخصوصة فيقتصر عليها ( واما ) أرض الموات فالكلام فيها في مواضع في تفسير الارض الموات وفي بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفي بيان حكمه اذا ملك ( أما ) الاول فالارض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكا لاحد ولا حقاله خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطبا بها لاهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها لان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كقضاء دارهم وفي الاقطاع ابطال حقهم وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لانها حق لعامة المسلمين وفي الاقطاع ابطال حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط أن يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوي رحمه الله فانه قال وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله ان أرض الموات بقعة لو وقف على أذناها من العامر رجل فنأدى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر وفي ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان بحرا من البلدة جزر مأوؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد تكون أرض موات في ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبي يوسف وقول الطحاوي لا تكون والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فاذا لم يكن ملكا لاحد ولا حقا خاصا لم يكن منتفعا به كان بعيدا عن البلدة أو قربا منها ( واما ) بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات فالامام يملك اقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك الى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للامام ككسرى الانهار العظام واصلاح قناطرها ونحوه ولو أقطع الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض له الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين بقي مواتا كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمختر بعد ثلاث سنين حق ولان الثلاث سنين مدة لا يلبث الاعذار فاذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها فبطل حقه وتعود الى حالها مواتا وكان للامام أن يعطيها غيره ( واما ) بيان ما يثبت به الملك في الموات ومالا يثبت ويثبت به الحق فالملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الاحياء واذن الامام ليس بشرط ( وجه ) قولهما قوله عليه الصلاة والسلام من أحيأ أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحيي من غير شريطة اذن الامام ولانه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو وحش كلاً وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

حق روى منونا ومضافا فالمنون هو أن تثبت عروق أشجار انسان في أرض غيره بغير اذنه فلصاحب الارض  
 قلمها حشيشاً ولا يي حنيفة عليه الرحمة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للسراء الاماطات به  
 نفس امامه فاذا لم ياذن فلم تطلب نفسه به فلا يكون له ولان الموات غنيمة فلا بد للاختصاص به من اذن الامام  
 كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب من أهل الحرب بالجباف الخليل والركاب والموات كذلك  
 لان الارض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا  
 يختص بمض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحطب والحشيش لانها لم تكن  
 في يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها ( وأما ) الحديث فيحتمل أنه يصير به شرعا  
 ويحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بوجهه فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه  
 الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به في ايجاب السلب للقائل على ما ذكر في كتاب  
 السير أو يحتمل ذلك على حال الاذن توفيقاً بين الدلائل وملك الذي بالاحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث ولو  
 حجر الارض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء لانه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها  
 ير يد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها وشئ من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره  
 حتى لم يكن لغيره أن يزعمه لانه سبقت يده اليه والسبق من أسباب الترجيح في الجملة قال النبي عليه الصلاة  
 والسلام منى مباح من سبق وعلى هذا المسافر اذا نزل بارض مباحة أو رباط صار أحق بها ولم يكن لمن يجيء بعده  
 أن يزعمه عنها واذا صار أحق بها فلا يقطعها الامام غيره الا اذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها ( وأما ) بيان  
 حكم أرض الموات اذا ملكت فيختص بها حكمان أحدهما حكم الحریم والثاني الوظيفة من العشر والخراج أما  
 الاول فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل الحریم والثاني في قدره ( أما ) أصله فلا خلاف في أن من  
 حفر بئر في أرض الموات يكون لها حریم حتى لو أراد أحد أن يحفر في حریمه له أن يمنعه لان النبي عليه الصلاة  
 والسلام جعل للبئر حرماً وكذلك العين لها حریم بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حرماً  
 ( وأما ) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه ( وأما ) تقديره فحریم العين خمسمائة ذراع بالاجماع وبه نطقت السنة وهو قوله  
 عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحریم بئر العطن أر بعون ذراعاً بالاجماع نطقت به السنة قال النبي عليه  
 الصلاة والسلام وحریم بئر العطن أر بعون ذراعاً وأما حریم بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبي حنيفة رحمه الله  
 أر بعون ذراعاً وعندهما ستون ذراعاً احتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال وحریم بئر الناضح  
 ستون ذراعاً ( وجه ) قول أبي حنيفة أن الملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام أو بغير اذنه ولم يوجد منه احياء  
 الحریم وكذا اذن الامام يتناول الحریم مقصوداً الا أن دخول الحریم لحاجة البئر اليه وحاجة الناضح تندفع باربعين  
 ذراعاً من كل جانب كحاجة العطن فبقى الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة  
 والسلام ذلك في بئر خاص وللإمام ولاية ذلك ( وأما ) حریم النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في تقديره  
 فمند أبو يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب وعند  
 محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه ( وأما ) النهر اذا حفر في أرض الموات فنهم من ذكر الخلاف  
 فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حرماً بلا خلاف لما قلنا ( وأما ) الثاني حكم الوظيفة فان احياءها  
 مسلم قال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية وان كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وقال  
 محمد ان احياءها بماء العشر فهي عشرية وان احياءها بماء الخراج فهي خراجية وان احياءها ذي فهي خراجية كيف  
 ما كان بالاجماع وهي من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿ كتاب المفقود ﴾

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بحاله وفي بيان حكم ماله (أما) الأول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت

﴿ فصل ﴾ وأما حال المفقود فعبارة مشابها بخيار حميم الله عن حاله أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة أنه تجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يرث ماله ولا تبين أمره أنه كأنه حي حقيقة وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحداً كأنه ميت حقيقة لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لانبثاق ما لم يكن وملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لا بقاءه وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة إلى الانبثاق واستصحبنا الحال لا يصلح حجة لانبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم يحتمل أنه حي ويحتمل أنه ميت وهذا يمنع التوارث والبنوثة لأنه إن كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين أمره أنه وإن كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والأثر من الجانبين أمر لم يكن ثابتا يبين وقوع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البنوثة على الأصل المهور في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فإذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه إلى أن يظهر حاله أنه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال حتى أن من هلك وترك ابنا مفقودا أو بنتين وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فإن القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني إلى أن يظهر حاله لأنه إن كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن وإن كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا يبين في دفع ذلك اليهما ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حاله فإن لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان اليهما والباقي لابن الابن وكذا الوأوصى له بشيء يوقف وكذا إذا فقد المرء ولا يدري أنه لحي بدار الحرب أم لا توقف تركته كالسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بحاله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفاظ لأنه مال لا حافظ له لمجرد صاحبه عن الحفاظ فيحفظ عليه القاضي نظرا له كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها أنه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ منه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يده مودعه ومضاربه ليحفظه لأن يدهما يدنيا به عنه في الحفاظ فكان محفوظا يحفظه معنى فلا حاجة إلى حفظ القاضي ومنها أنه ينفق على زوجته من ماله إن كان عالما بالزوجية لأن الاتفاق عليها أحياءها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفاظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها أنه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والانات وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والفقيرات من الانات سواء كن زمني أو لا وعلى والديه المحتاجين إن كان عالما بالنسب لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية أحياء لهم وأحياء نفسه واجب فكذا أحياء جزئته وكله فكان الاتفاق عليهم من ماله أحياء لهم معنى وهو جاز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وإن لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضر رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فآقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب أتفق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا نظرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فإذا أقران هذا ماله وهذه أمر أنه ثبت لها حق الأخذ وكذا في الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فإذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الأخذ وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسن الجواز إن يحضر المفقود فيقيم البينة على أنه كان طلق أمر أنه أو



كان اعطاهم النفقة معجلة هذا اذا أقر الرجل بهما فاما اذا أنكرهما جميعاً وأقر باحدهما دون الآخر فاقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضاء على الغائب وله من غير ان يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا اخصاء عن الغائب في اثبات الزوجية واجاب النفقة عليه وكذا الا ولاد والوالدون والمرأة ليسوا اخصاء للغائب في اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيئاً فهو من مال أنفسهم لانهم متطوعون في ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوى الارحام لان نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبمضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان اليهم الا ترى انهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم فيأخذوا من ماله عند حاجتهم اليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الاتفاق من ماله قضاء على الغائب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضي له ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضي ان ينفق منه ثم القاضي انما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا اذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاماً أو ثياباً من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الاتفاق بالبيع وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من عن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الاتفاق فافتقر الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بيما بصورة فهو حفظ وامسالك له معنى والقاضي يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير اذن القاضي بالاجماع وأما المتقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي وعندهما لا يبيع المتقول كما لا يبيع العقار لما علم في كتاب النفقات والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يمشي اليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره وتبين امره أنه ويصير ماله ميراثاً لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة في ظاهر الرواية تقديره وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من ولادته وذكر محمد في الاصل انه فقد رجل بصفين أو بالجل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا علي رضي الله عنه في سنة أربعين ووفاته أبي حنيفة رضي الله عنه في سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالمدة كما اذا قامت البينة على موته والله سبحانه وتعالى أعلم

### ﴿كتاب اللقيط﴾

الكلام في اللقيط في مواضع في تفسير اللقيط لغة وعرفاً وفي بيان حاله وفي بيان ما يتعلق به من الاحكام أما في اللغة فهو فاعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما انه يؤخذ فيرفع وأما في العرف فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى جل شأنه اني أراي أعصر جحراً وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمي العنب جحراً والحى الذي يحتمل الموت ميتاً باسم العاقبة كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله في الحرية والرق وحاله في النسب أما حاله في الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما انها حكما يكون اللقيط حراً ولان الاصل هو الحرية في بني آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء وهما كاتا

حرين والمتولد من الحرين يكون حرا وانما حدث الرق في البعض شرعا بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر  
 الباعث على الحراب فيجب العمل بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الاحرار من أهلية  
 الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار الا انه  
 لا يحد قاذف أمه لان احضان المذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احصائها لان انعقاد القذف عليه  
 لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره انه عبده لا يسمع منه الا بيينة لان حر يته ثابتة من حيث الظاهر فلا  
 يقدر على ابطال هذا الظاهر الا بدليل ولو بلغ فأقر انه عبده فلان نظر في ذلك ان كان لم يجز عليه شئ من أحكام الاحرار  
 بعدم قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لانه لم تعرف حر يته الا بظاهر الحال فاذا أقر بالرق  
 فالظاهر انه لا يقرب على نفسه بالرق كاذبا فصح اقراره الا انه لا يعتبر في ابطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة  
 والاعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تنسخ وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في  
 أحد قولي يفسخ (وجه) قوله انه لما أقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا قامت البيينة  
 على رقه ولنا ان هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لان حر يته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق في حق ذلك الغير  
 لما عرف أن الاقرار تصرف على نفس المقر فاذا تضمن ابطال حقة حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك  
 الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بجرية عبد انسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا  
 كذا هذا والاستدلال بالبيينة غير سديد لان الشاهد غير متهم في شهادته على غيره فاما المقر في اقراره على غيره فتهم فهو  
 الفرق وان كان قد أجرى عليه شئ من ذلك لا يصح اقراره لانه اذا أجرى عليه شئ من أحكام الاحرار فقد ظهرت  
 حر يته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطاله بالاحرار بالرق وأما حاله في الاسلام والكفر فان وجدته  
 مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرىهم يكون مسلما حتى لومات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر  
 المسلمين وان وجدته ذمي في بيعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا بحكمي للظاهر كما اذا وجدته مسلم في بيعة  
 أو كنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة يكون ذميا ولو وجدته ذمي في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرىهم  
 يكون مسلما كذا ذكر في كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن سماعه عن محمد انه اعتبر حال الواجد  
 من كونه مسلما أو ذميا وفي كتاب الدعوى اعتبر الاسلام الى أيهما نسب الى الواجد أو الى المكان والصحيح رواية  
 هذا الكتاب لان الموجود في مكان هو في أيدي أهل الاسلام وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو في يد المسلم  
 وتصرفه يكون مسالما ظاهرا والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو  
 في يد الذمي وتصرفه يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان أولى فان وجدته مسلم في مصر من أمصار المسلمين فيبلغ  
 كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة وانما حكمه تبع للدار فلم تتحقق رده فلا يقتل  
 وأما حاله في النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى انسان نسبة الملتقط أو عتقه تصح دعوته ويثبت النسب منه  
 لما علم في كتاب الدعوى وأما الاحكام المتعلقة به فانواع منها أن التقاطه أمر مندوب اليه لما روى أن رجلا  
 أتى سيدنا عليا رضي الله عنه بليقطة فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب الي من  
 كذا وكذا عد جملة من أعمال الخير فقد رغب في الالتقاط والغلب في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير  
 على المبالغة في الندب اليه ولانه نفس لا حافظ لها بل هي في مضیعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى  
 ومن أحيها فكأنما أحيانا الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بما ساء كمن غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لانه  
 هو الذي أحياه بالتقاطه ومن أحيأ أرضا ميتة فهي له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت  
 يد الملتقط اليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان تقته من بيت المال لان ولاءه  
 له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون له

كثيابه التي عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة لما قلنا وتكون الثقة من ماله لان الاتفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان يتفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للثقة عليه ولو اتفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضي له ان يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا فيه ومنها ان عقله لبيت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ومنها ان ولاه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يولى من شاء اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يولى أحد الا ان العقد يلزم بالعقل على ما ذكر في كتاب الدييات ان شاء الله تعالى لما علم في الولاة ومنها ان وليه السلطان له الولاية في ماله ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولي من لا ولي له والحال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله وليس للملتقط ان يفعل شيئا من ذلك لانه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة له ويسامه في صناعة ويؤجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضه اليه من غير ضرر فان شبه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعى يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما يأتي في كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة وبينته نسبه منه والقياس ان لا تسمع الاب ببيته وجه القياس ظاهر لانه يدعى امر اجاز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مريحي وذلك بالبينه ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخير بأمر محتمل الثبوت وكل من أخير عن أمر والخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالخبر هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وههنا في التصديق واثبات النسب نظرا من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والترزية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعى بولدي يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعى في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يقف على البيته وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمى تصح دعوته حتى ثبتت نسبه منه لكنه يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصورا انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه نفع اللقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضررا به وهو كونه كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافرا الا ترى أنه يحكم باسلامه وباسلام أمه وان كان الاب كافرا هذا اذا أقر الذي انه ابنه ولا بينة له فان أقام البيته على ذلك ثبتت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين الشهادة انه متهم في اقراره بما يتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا مهمة في الشهادة لما سرد لو ادعى عبدا انه ابنه محبت دعوته وثبتت نسبه منه لكنه يكون حرا الماذكرنا في دعوى الذي لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينتفع به لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذي ولو ادعاه رجلا انه ابنهما ولا بينة لهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه نفع اللقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه نفع له وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع الى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما بالعلامة لانه اذا رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه سابقه فلا بد من دليل والدليل على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خير أعين أهل تلك المرأة ان كان قيصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قيصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قيصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا وان لم

يصف أحدهما العلامة بحكم بكونه ابنا لهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فان اقام أحدهما البيئته فهو أولى به وان اقاما جميعا البيئته يحكم بكونه ابنا لهما لا نه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في مثل هذا انه قال انه ابنا لهما يرثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فان ادعاه أكثر من رجلين فاقام البيئته روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه تسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا اذا كان المدعى رجلا فان كانت امرأة فادعته انه ابنا فان صدقها زوجها او شهدت لها القابلة أو قامت البيئته صحت دعوتها والا فلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما نذ كره في كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت احدهما البيئته فهي أولى به وان أقامتا جميعا فهو ابنا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبي حفص يجعل ابنا وفي رواية أبي سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم

— — — — —

### ﴿ كتاب اللقطة ﴾

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

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحوالها منها في الاصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده أما قبل الاخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح الاخذ وقد يكون حرام الاخذ أما حالة النذب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فأخذها صاحبها أفضل من تركها لانه اذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها احياء لمال المسلم معني فكان مستحبا والله تعالى أعلم وأما حالة الاباحة فهو أن لا يخاف عليها الضيعة فإخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا خاف عليها يجب أخذها وان لم يخف يستحب أخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا بل هو امتناع من حفظ غير مازم والامتناع من حفظ غير مازم لا يكون تضييعا كالا امتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو أن يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوى الضالة الاضال والمراد أن يضمها الى نفسه لاجل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لان الضم الى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه أخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه فيكون بمعنى النصب وكذا القطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلا واحتج بما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها خذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعهما حتى يلقاها ربهما نهي عن التعرض لها وأمر بترك الاخذ فدل على حرمة الاخذ (ولنا) ما روى أن رجلا وجد بعير بالحرمة فعرفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلني عن ضيعتي فقال سيدنا عمر ارسله حيث وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احياء لمال المسلم فيكون مستحبا وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحا على ما ذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد منه أن يكون صاحبها قريبا منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها ربهما وانما يقال ذلك اذا كان قريبا أو كان رجاء اللقاء ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لا خيك أو للذئب دعاه الى الاخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود في الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون وارد في الابل وسائر البهائم دلالة الأنة عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم اذا لم يلقها ربهما عادة بعيدا كان أو قريبا وكذلك الابل لانها تذب عن نفسها عادة هذا الذي

ذكرنا حال ما قبل الاخذ وأما حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان في حال هي أمانة وفي حال هي مضمونة أما حالة الامانة فهي أن ياخذها لصاحبها لانه أخذها على سبيل الامانة فكانت يده يد امانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهي أن ياخذها لنفسه لان المأخوذ لنفسه مغضوب وهذا لا خلاف فيه وإنما الخلاف في شئ آخر وهو أن جهة الامانة إنما تعرف من جهة الضمان أما بالتصديق أو بالشهاد عند أي حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاه صاحبها وصدقه في الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع وان لم يشهد لان جهة الامانة قد ثبتت بصدقه وان كذبه في ذلك فكذا عند أبي يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبي حنيفة فان أشهد فلا ضمان عليه لانه بالشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد امانة وان لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لانه أقر بالعصب والمغضوب مضمون على الغاصب وجه قوله ما أن الظاهر أنه أخذها لنفسه لان الشرع إنما مكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان اقدامه على الاخذ دليل على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهد له فكان القول قوله ولكن مع الخلاف لان القول قول الامين مع اليمين ولا يبي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير اذنه سبب لجوب الضمان في الاصل لأنه اذا كان الاخذ على سبيل الامانة بان أخذها لصاحبه فيخرج من أن يكون سبباً وذلك إنما يعرف بالشهاد فاذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فبقي الاخذ سبباً في حق وجوب الضمان على الاصل والثاني أن الاصل ان عمل كل انسان له لا لغيره بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وقوله تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت فكان أخذها لغيره في الاصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه سبب لجوب الضمان لانه غضب وإنما يعرف الاخذ لصاحبها بالشهاد فاذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها الى مكانها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في الموطأ وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما اذارفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فاما اذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها الى مكانها يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعي رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فاذا ردها الى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ المترم فاشبه الوديعة اذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها فاذا ردها الى مكانها فقد فسخ التبرع عن الاصل فصار كأنه لم يأخذها أصلاً وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وإنما تبرع به وقدرده بالرد الى مكانها فارتد وجعل كأنه لم يكن هذا اذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها الى مكانها فضاقت وصدقه صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فان كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أي حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا ثم تفسير الاشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بسمع من الناس اني التقطت لقطة أو عندى لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندى شئ فمن رأيتوه يسأل شيئاً فدلوه على فاذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وان كان عنده عشر لقطات لان اسم الشئ واللقطة منكر أن كان يقع على شئ واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس في العرف والعادة لا فرد من الجنس اذ المقصود من التعريف اصال الحق الى المستحق ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف والمعتاد فكان هذا اشهاداً على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك لانه ظهر انه أخذها غضباً فكان الواجب عليه الرد الى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردده فاذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كإيف الغصب وكذلك اذا أخذ الضالة ثم أرسلها الى مكانها الذي أخذها منه فكما حكم اللقطة لان هذا أحد نوعي اللقطة وقدر وينافي هذا الباب عن سيدنا عمر رضي

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

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ اللقطة فإنه يعرفها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولاً حين سئل عن اللقطة وروى أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم يقول الكلام في التعريف في موضعين أحدهما في مدة التعريف والثاني في بيان مكان التعريف أمامدة التعريف فيختلف قدر المدة باختلاف قدر اللقطة إن كان شيئاً له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعداً يعرفه حولاً وإن كان شيئاً قيمته أقل من عشرة يعرفه أياماً على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال إن كان مائة ونحوها عرفها سنة وإن كان عشرة ونحوها عرفها شهراً وإن كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وإن كان درهماً ونحوه عرفه ثلاثة أيام وإن كان داتماً ونحوه عرفه يوماً وإن كان تمرة أو كسرة تصدق بها وإنما تكمل مدة التعريف إذا كان مما لا يتسارع إليه الفساد فإن خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف فالأسواق وأبواب المساجد لأنها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر ثم إذا عرفها فإن جاء صاحبها وقام البيئته إن ملكها أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وإن لم يقم البيئته ولكنه ذكر العلامة بأن وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها محل الملتقط أن يدفع إليه وإن شاء أخذ منه كفيلاً لأن الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجملة كما في اللقيط إلا أن هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لأن هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن محل له الدفع وله أن يأخذ كفيلاً لجواز محيئاً آخر فيدعيها ويقم البيئته ثم إذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار إن شاء أمسكها إلى أن يحضر صاحبها وإن شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فإن كان غنياً لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعي رحمه الله إذا عرفها حولاً ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وإن كان غنياً وتكون قرضاً عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله عن اللقطة عرفها حولاً فإن جاء صاحبها والافشأ نك بها وهذا إطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غني بل إن الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل للقط من التلطف شيئاً فليعرفه سنة فإن جاء صاحبها فليردها عليه وإن لم يرد فليصدق والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه نفي الحل مطلقاً وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثاني أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة للفقير دون الغنى وإن الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه لا يجوز إلا للضرورة ولا ضرورة إذا كان غنياً وأما الحديث فلا حجة فيه لأن قوله عليه الصلاة والسلام فشا نك بها إرشاد إلى الاشتغال بالحفظ لأن ذلك كان شأنه المعهود باللقط إلى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقاً بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض وإذا تصدق بها على الفقراء فإذا جاء صاحبها كان له الخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وإن شاء ضمن الملتقط أو الفقيران وجدته لأن التصديق كان موقوفاً على إجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما في غاصب الغاصب وإن كان فقيراً فإن شاء تصدق بها على الفقراء وإن شاء ألقها على نفسه فإذا جاء صاحبها أخيره بين الأجر وبين أن يضمها له على ما ذكرنا وكذلك إذا كان غنياً جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته إذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبداً ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في صفة مكة ولا تحل لقطتها إلا للشدأى لمعرف فالنشدأى المعروف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم إلا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة في الحديث لانا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها إلا

للتعريف وهذا حال كل لقطه الا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطه الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين ان ذال لا يسقط التعريف وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفنا وتفرد بحكم آخر وهو النفقة فان اتفق عليها بامر القاضى يكون ديناً على مالكها وان اتفق بغير اذنه يكون متطوعاً فينبغى أن يرفع الامر الى القاضى ينظر في ذلك فان كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة أمره بان يؤجرها وينفق عليها من أجرتها نظراً للمالك وان كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة وخشى أن لو اتفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها مقامها في حكم الهلاك وان رأى الاصلح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره بان ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك ديناً على صاحبها حتى اذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يحبس اللقطه بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن وان أبى أن يؤدى النفقة باعها القاضى ودفعت اليه قدر ما أتفق والله سبحانه وتعالى أعلم

—

### كتاب الاباق

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الآبق وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع به وفي بيان حكم ماله (أما) الاول فالآبق اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطه قبل الاخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله في كتاب اللقطه

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يصنع به فنقول وبالله التوفيق اذا أخذ الآبق لصاحبه فان شاء الأخذ أمسكه على صاحبه حتى يحبس فيأخذه وان شاء ذهب به الى صاحبه فرده عليه فان أمسكه فجاء انسان وادعى أنه عبده فان أقام البينة دفعه اليه وأخذ منه كفيلاً ان شاء لجواز أن يحبس آخر فديعه ويقم البينة فله أن يستوثق بكفيل وان لم يكن له بينة ولكن أقر العبد بذلك دفعه اليه أيضاً لانه ادعى شيئاً لا ينافي فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلاً ان شاء لما قلنا وما اتفق عليه فان كان باذن القاضى يرجع به على صاحبه والا فلا لانه يكون متطوعاً فان طالبت المدة ولم يحبس له طالب باعه القاضى وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه لان ذلك حفظ له معنى فان باعه وأخذ ثمنه ثم جاء انسان وأقام البينة أنه عبده دفع الثمن اليه وليس له أن يتقض البيع لان البيع من القاضى صدر عن ولاية شرعية لانه من باب حفظ ماله اذ لو لم يبيع لانت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظاً له من حيث المعنى والقاضى يملك مال الغائب ولهذا يبيع ما يتسارع اليه الفساد ولو زعم المدعى أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في تقضى البيع لما قلنا وينفق القاضى عليه في مدة حبسه اياه من بيت المال ثم اذا جاء صاحبه أخذه من صاحبه أو من ثمنه ان باعه لان الاتفاق عليه احياء ماله فيكون عليه واذا جاء بالآبق له أن يمسكه بالجعل لانه اذا جاء به فقد استحق الجعل على مالكه فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن يسقط الجعل كما لا ضمان على البائع مهلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب القاضى الى القاضى في الرقيق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وهذه المسئلة في كتاب القاضى في بيان شرائط قبول كتاب القاضى الى القاضى

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحقاقاً والكلام في الجعل في مواضع في بيان أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان ما يستحق عليه وفي بيان قدر المستحق (أما) أصل الاستحقاق فثبت عندنا استحقاقاً والقياس ان لا يثبت أصلاً كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعى رحمه الله ثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الاخذ الجعل على المالك وجب والا فلا (وجه) قول الشافعى رحمه الله أنه رد مال الغير عليه محتسباً فلا يستحق الاجر كما لو رد الضالة الا اذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبي عمر والشيباني أنه قال كنت قاعداً عند عبد الله

ابن مسعود فجار رجل فقال قدم فلان بباقي من القوم فقال القوم لقد أصاب أجر افعال عبد الله رضى الله عنه وجعل ان شاء من كل رأس درهما ولم ينقل أنه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا جعل الأبق طريق صيانة عن نضيباع لانه لا يتوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة الاخذ والرد عليه مجانا بلا عوض عادة واذا علم أن له عليه جعل يحمل مشقة الاخذ والرد طمعا في الجعل فتحصل الصيانة عن الضيباع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الأبق عن الضيباع وصيانة المال عن الضيباع واجب فكان المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترعى في المراعى المألوفة فيمكن الوصول اليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الاخذ فلا حاجة الى الصيانة بالجعل فان أخذه أحد كان في الاخذ والرد محتسبا فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب

فصل ( ) وأما شرائط الاستحقاق فأنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فبات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فرده على المالك فالجعل للثاني ولا شيء للاول لانه لما أبق من يده فقد انسخ ذلك السبب أو بقي ذلك سببا محضالا لعدم شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لا يحكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحدا والأبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والأبق واحدا فلهما جعل واحد بينهما نصفان لا اشتراكهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والأبق واحد أو المالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما ولو جاء بالأبق فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بأرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعيد حتى يعطى الجعل لما ذكرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمترهن هذا اذا جاء به أجنبي فوجد المالك قد مات فأما اذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان المالك حيا وقت الاخذ وعند أبي يوسف لا جعل له وان كان حيا وقت الاخذ اذ اقامت قبل الوصول اليه (وجه) قوله انه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قولهما أن الحجى به من مسيرة ثلاثة أيام مثلا في حال حياة المالك على قصد الرد على المالك فيستحق الجعل كما اذا وجد حيا ولهذا لو كان الراد أجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولا به قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن الحجى به على قصد الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل برد الأبق المرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المترهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالغاً أو صبياً حراً أو عبداً لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثاً أو أجنبياً لانه اذا كان في عياله كان الردمنه بمنزلة رد المالك ولانه اذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملاً لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والا صل أن الراد اذا كان في عيال المالك لا جعل له كائنا ما كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كائنا ما كان الا الابن برد أبق ابيه والزوج برد أبق زوجته انه لا جعل لهما وان لم يكونا في عياله لانه لان الابن وان لم يكن في عيال ابيه فالردمنه مجرى مجرى الخدمة لابيه والابن لا يستحق الاجر بخدمة أبيه لانها



مستحقة عليه ولهذا الواستأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد في العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان راداً عبد نفسه معنى اذ كان بالرد عاملاً لنفسه فلا يستحق الاجر وكذلك الزوج اذ ارد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بما لها عادة وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذ ارد عبد ابنه فان كان في عياله لا جعل له لان الاجني الذي في عياله لا جعل له فالقربة أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعاً وشرعاً وعتقاً ولهذا لو خدم بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افرق الامران وعلى هذا سائر ذوى الارحام من الاخ والعمة والخال وغيرهم ان الراد ان كان في عيال المالك لا جعل له لما قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل وعلى هذا الوصي اذ ارد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي اذ ارد عبد اليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المرود مرقوقاً مطلقاً كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتباً لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لى حراً بالنية بخلاف المدبر وأم الولد ولان استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة في المكاتب لانه لا يهرب عادة لان العقد في جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة يعجز شسه بالآباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانهما يستخدمان عادة فلعلمهما يكفان ما لا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما في القن الا أن الفرق بينهما وبين القن انه اذا جاء بالقن وقدمات المولى قبل أن يصل اليه فله الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد وقدمات المولى قبل الوصول اليه لا جعل له (ووجه) الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت السيد فلم يوجد المرقوق أصلاً فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا أبق من يده لان الجعل مؤنة ارد ومنفعة الرد عائدة الى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود اليه باعتبار الحبس الذي هو وسيلة الى استيفاء الدين فان كان في قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الرهن والله عز وجل أعلم

**فصل** وأما بيان قدر المستحق فينظر ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله أر بعون درهمين وبنام من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وبعيه لان الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل أو أقل منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاماً وان كانت قيمة العبد درهما واحداً واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال من كل رأس أر بعين درهما اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبر الرأس دون القيمة لانه ان كان بصان من وجه يضيع من وجه آخر فلا فرق بين الضياع بترك الاخذ والامساك وبين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيداً والحديث محمول على ماذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أر بعين درهما توفيقاً بين الدلائل بقدر الامكان والله عز وجل أعلم

### ﴿ كتاب السباق ﴾

الكلام في هذا الكتاب في موضعين في تفسير السباق وفي بيان شرائط جوازه (أما) الأول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فكذا أه ان سبقتني فكذا ويسمى أيضا رها نافعلا من ارهن

﴿فصل﴾ وأما شرائط جوازه فأشياء (منها) أن يكون في الأنواع الاربعه الحافر والخف والنصل والقدم لا في غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام انه قال لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل الا انه ز يدعيه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها فقها وراعه بقى على أصل النفي ولا نه لعب واللعب حرام في الاصل الا أن اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم اذا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وباروى عن سعيد بن المسيب انه قال ان العضباء ناقرة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت في سباق فدفعت يوما في ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة اذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس اذا رموا شيئا أو أرادوا رفع شيء وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت سابت النبي عليه الصلاة والسلام فسبقته فلما حملت اللحم سابتته فسبقتني فقلت هذا ابتلك فصارت هذه الأنواع مستثناة من التحريم فبقى ما وراءها على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لاسباب الجهاد في الجملة فكانت لعبا بصورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزا اذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكن اللعب اذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الاهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهرة الداعية الى الوطء الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه الاشياء فلم يكن في معنى المستثنى فبقى تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا اذا وجد فيه محلا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ويدخل فيه محلا لا يجوز لانه في معنى القمار نحو أن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلي عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلا شئ عليك فهو جائز لان الخطر اذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريم على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بما له نفسه وذلك مشروع كالتنفيل من الامام وبل أولى لان هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل والامام بالتنفيل يتصرف فيما غيره فيه حق في الجملة وهو العنيفة فلما جاز ذلك فهذا الجواز أولى وكذلك اذا كان الخطر من الجانبين ولكن أدخلا فيه محلا بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق أخذ الخطر وان لم يسبق لا يغرر بشئ فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منكافله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريم على استعداد أسباب الجهاد خصوصا من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام اذا حرض واحدا من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أولا فله من النفل كذا ونحوه جاز كذا هذا وبل أولى لما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الاشياء الاربعه حتى لو كانت فيما يعلم انه يسبق غالبا لا يجوز لان معنى التحريم في هذه الصورة لا يتحقق فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله تعالى أعلم

### ﴿ كتاب الودیعة ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان حال العقود عليه وفي بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول لغيره أودعتك هذا الشيء أو أحفظ هذا الشيء على أو خذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجري مجراه ويقبله الآخر فإذا وجد ذلك فقد تم عقد الودیعة

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الإيداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعي رحمه الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما نذكر في كتاب المأذون وكذا حر بيته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الإيداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومن هنا) عقل المودع فلا يصح قبول الودیعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الودیعة من الصبي المأذون لأنه من أهل الحفظ ألا ترى أنه أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الأذن له سفها (وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الودیعة منه لأنه لا يحفظ المال عادة ألا ترى أنه منع منه ماله ولو قبل الودیعة فاستهلكها فإن كانت الودیعة عبدا أو أمة يضمن بالاجماع وإن كانت سواهما فإن قبلها باذن الولي فكذلك وإن قبلها بغير إذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعندي أبي يوسف يضمن (وجه) قوله أن إيداعه لو صح فاستهلك الودیعة يوجب الضمان وإن لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان إذا كانت الودیعة عبدا أو أمة (وجه) قوله ما أن إيداع الصبي المحجور اهلاك للمال معنى فكان فعل الصبي اهلاك مال قائم بصورة لا معنى فلا يكون مضمونا عليه ودلالة ما قلنا أنه لما وضع المال في يده فقد وضع في يدهم لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعا ولا شك أنه لا يجب عليه حفظ الودیعة شرعا لأن الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على أنه لا يحفظ الودیعة عادة أنه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه قال الله تبارك وتعالى فان آستم منهم رشدا فادعوا اليهم أموالهم وهذا fark المأذون لأنه يحفظ المال عادة ألا ترى أنه دفع إليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع إليه سفها بخلاف ما إذا كانت الودیعة عبدا أو أمة لأن هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضا وإنما يجب عليه ضمان الدم لأن الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الأدمي لا ضمان المال والعبد من حيث أنه آدمي قائم من كل وجه قبل الإيداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترب عليه أحكام العقد لأنه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع على ما نذكر في كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لأنه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فإن كانت عبدا أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وإن كانت سواهما فإن قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وإن قبلها بغير إذنه ولا يؤخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يؤخذ به في الحال والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لأن الإيداع من جانب المالك استحقاق ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والكلام في الحفظ في موضعين أحدهما فيما يحفظه والثاني فيما فيه يحفظ (أما) الأول فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقا أو مقيدا فإن كان مطلقا فلمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو الذي يسكن معه ويؤمونه فيكفيه

طعامه وشرابه وكسوته كائن من مكان قريباً أو اجنبياً من ولده وامرأته وخدمه وأجيريه لا الذي استأجره بالدرهم والدنانير ويبد من ليس في عياله من يحفظ ماله بنفسه عادة كشر بكة المقامض والعنان وعبد المأذون وعبده المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يحفظ الا بيد نفسه الا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل في ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الا ايداع من غيره كما لا يملك الا ايداع سائر الاجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والانسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة ويبد هو لاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً فكان الحفظ بايديهم داخل تحت العقد دلالة وكذلك ان برد الوديعة على أيديهم حتى لو هلك قبل الوصول الى المالك لا ضمان عليه لأن يدهم يد المودع معنى فادام المال في أيديهم كان محفوظاً بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة الى غيرهم الا لعذر حتى لو دفع تدخل في ضمانه لان المالك مريض بيده الا يرى انه لا يرضى مال نفسه بيده فاذا دفع فقد صار محالفاً فتدخل الوديعة في ضمانه الا اذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق أو كان في السفينة تخاف الغرق فدفعه الى غيره لان الدفع اليه في هذه الحالة تعين طريقاً للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلواراد السفر فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعه فضاغت في بدل الثاني فالضمان على الاول لا على الثاني عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني يرجع به على الاول (وجه) قولهما انه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الاول فلا ندفع مال الغير الى غيره بغير اذنه وأما الثاني فلا نه قبض مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب وجوب الضمان فيخير المالك ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كمودع الغاصب مع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني لانه مملك الوديعة ببدء الضمان فتبين انه أودع ماله نفسه اياه فهذا مودع هلك الوديعة في يده فلا شيء عليه وان ضمن الثاني يرجع بالضمان على الاول لان الاول غره بالايديع فيلزمه ضمان الغرور كانه كفيل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان كفالة لما علم (وجه) قول أبي حنيفة ان يد المودع الثاني ليست بيد مائة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن اسباب الهلاك فلا يصلح ان يكون سبباً وجوب الضمان لانه من باب الاحسان الى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي ان لا يجب الضمان على الاول ايضاً لان الايداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسناً فيه الا انه صار مخصوصاً عن النص فبقى المودع الثاني على ظاهره ولو أودع غيره وادعى انه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك الا بينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لان الدفع الى غيره سبب وجوب الضمان في الاصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق الابحجة هذا اذا هلك الوديعة في يد المودع الثاني فاما اذا استهلكها فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع غير انه ان ضمن الاول يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الاول لان سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجازاً للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الاول الا الدفع الى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الاعجاز الا انه ألحق ذلك بالاعجاز شرعاً في حق اختيار التضمين بصورة لانه باشر سبب الاعجاز فكان الضمان في الحقيقة على الثاني لان اقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الاول على الثاني ولم يرجع الثاني على الاول بخلاف مودع الغاصب اذا هلك المنصوب في يده ان المالك يتخير بين ان يضمن الغاصب أو يضمن المودع فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا اذا أودع رجل من رجلين مالا فان كان محتملاً للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لانه لا أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعاً فلا بد وان تكون الوديعة في حفظهما جميعاً ولا تتحقق الا بالقسمة ليكون النصف في يدهما والنصف في يدهما

والحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين ولو سلم أحدهما النصف الى صاحبه فضاغت فمن المسلم نصف الوديعة عند  
أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئاً بالاجماع ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة  
فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الى صاحبه واذا فعل فضاغت لاضمان عليه بالاجماع وجه قوله ان المالك لما  
استحفظها فقد رضى بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة (وجه) قول أبي حنيفة  
ان المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لاني كلها فكان راضياً بثبوت يد كل واحد منهما على  
البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه لما استحفظهما جميعاً فلا بد ان يكون المالك في حفظهما جميعاً ولا يمكن ان يكون كله  
في يد كل واحد منهما للاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر فاذا كان الحل محتملاً  
للقسمة لم يكن راضياً بكون الكل في يد أحدهما فاذا فعل فقد خالفه فدخّل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا  
لم يكن محتملاً للقسمة لانه اذا لم يحتمل تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان  
راضياً بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهاين فلم يصح مخالفاً بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي  
ذكرنا المرتهان والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشتري مما يحتمل القسمة فسلمه أحدهما الى صاحبه وأما  
الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فان كان العقد مطلقاً فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحانوته  
وكيسه وصندوقه لانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره  
في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضاً الا اذا استأجر حرزاً لنفسه فله ان يحفظ فيه لان  
الحرز في يده فاني الحرز يكون في يده أيضاً فكان حافظاً بيد نفسه فذلك وله ان يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها  
عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أو لم يكن وعند أبي يوسف ومحمد ان كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافر  
بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان  
المسافر بالوديعة تضييع المال لان المقازة مضیعة قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الاماوق  
الله فكان التحويل اليها تضييعاً فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان فلا  
يجوز التعيين الا بدليل قوله المقازة مضیعة قلنا ممنوع او تقول اذا كان الطريق مخوفاً أما اذا كان آمناً فلا والكلام  
فيما اذا كان الطريق آمناً والحديث محمول على ابتداء الاسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق  
مخوفة ونحن به نقول وأما الكلام مع أصحابنا رضي الله عنهم فوجه قوله ان في المسافر بماله حمل ومؤنة  
ضرراً بالمالك لجواز ان يموت المودع في السفر فيحتاج الى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك الا بحمل ومؤنة عظيمة  
فيتضرر به ولا كذلك اذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولا في حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله ان الامر بالحفظ  
لا يتعرض لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قولهما فيه ضرر قلنا هذا النوع من الضرر ليس  
بغالب فلا يجب دفعه على انه ان كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الامر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا اذا كان  
العقد مطلقاً عن شرط في الفصلين جميعاً فاما اذا شرط فيه شرطاً نظير فيه ان كان شرطاً يمكن اعتباره ويفيد اعتباراً ولا  
فلا بيان ذلك اذا أمره بالحفظ وشرط عليه ان يمسك بيده ليلاً ونهاراً ولا يضعها فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته  
أو في بحر فيه ماله عادة فضاغت لاضمان عليه لان امسك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلاً غير مقدوره عادة فكان  
شرطاً لا يمكن مراعاته فيلغو ولو أمره بالحفظ ونهاه ان يدفعها الى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ  
مال نفسه بيده عادة نظيره ان كان لا يجذب بدامن الدفع اليه لانه اذا لم يجذب بدامن الدفع اليه كان النهي عن  
الدفع اليه نهياً عن الحفظ فكان سفهاً فلا يصح نهيه وان كان يجذب بدامن الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو دفع بدخل في  
ضمانه لانه اذا كان له منه بد في الدفع اليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان الايدي في الحفظ متفاوتة والاصل في  
الشرط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد

لان الحفظ في المصر اكمل من الحفظ في السفر اذا السفر موضع الخطر الا اذا خاف التلف عليها فاضطر الى الخروج بها  
 فخرج لا تدخل في ضمانه لان الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع في داره حريق أو كان في سفينة  
 تخاف العرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديمة في دارك هذه لحفظها في داره أخرى فان كانت الداران في  
 الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل في ضمانه لان التقييد غير مفيد وان كانت الاولى أحرز من الثانية دخلت  
 في ضمانه لان التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو أمره ان يضمها في داره في هذه القرية ونهاه عن ان يضمها  
 في داره في قرية أخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له اخبأها في هذا البيت وأشار الى بيت معين في داره فخبأها في  
 بيت آخر في تلك الدار لا تدخل في ضمانه لان البيتين من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدارين فلا  
 يكون التعيين مفيداً حتى لو تفاوتا بان كان الاول أحرز من الثاني تدخل في ضمانه والاصل المحفوظ في هذا الباب  
 ما ذكرنا ان كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهم معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند  
 الشافعي رحمه الله يجب مراعاة الشروط في المواضع كلها حتى ان المأمور بالحفظ في بيت معين لا يملك الحفظ في بيت آخر  
 من دار واحدة وجه قوله ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك هذا الاصل الا للضرورة ولم  
 توجد وصار كالدارين والجواب نعم اذا تعلقت به عاقبة حميدة فاما اذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لان التعيين عند  
 انعدام التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث كما اذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ في هذه الزاوية من  
 البيت ولا تحفظ في الزاوية الأخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتتا في الحرز يصح بخلاف الدارين  
 والاصل في الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيداً حتى لو لم يختلف فالجواب فيها كالجواب في البيتين على ما مر  
 فصل في واما بيان حال الوديمة فخالها انها بيد المودع امانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديمة امانة في يده ويتعلق  
 بكونها امانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى  
 أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا اذا كانت الوديمة لرجل واحد فاما اذا كانت مشاعاً  
 لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بان أودع رجلان رجلاً ووديمة دراهم أو دنائراً أو ثياباً أو غاب ثم  
 جاءه أحدهما وطلب بعضها وأبي المستودع ذلك لم يأمره القاضي بدفع شيء اليه ما لم يحضر الغائب عند أبي حنيفة وقال  
 أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك و يدفع اليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بخلاف حتى لو هلك الباقي في  
 يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعاً ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جاء الغائب  
 فليس للقابض ان يشارك صاحبه في الباقي وجه قولهما ان الأخذ بأخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له  
 ذلك من غير حضرة الغائب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع  
 اليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان المودع لو دفع شيئاً الى الشريك الحاضر لا يخلو اماناً ان يدفع اليه  
 من النصيبين جميعاً واما أن يدفع اليه من نصيبه خاصة لا وجه الى الاول لان دفع نصيب الغائب اليه ممتنع شرعاً ولا  
 سبيل الى الثاني لان نصيبه شائع في كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز الا بالقسمة والقسمة على الغائب  
 غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قالوا اذا جاء الغائب وقد هلك الباقي له ان يشارك القابض في المقبوض ولو نفذت القسمة  
 لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد  
 الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده الف  
 درهم فجاءه رجلان وادعى كل واحد منهما انه أودعه اياه فقال المودع ادعها أحدكما وكذا ولست أدري أيكما هو فهذا في  
 الاصل لا يخلو من احد وجهين اماناً اصطلاح المتداعيان على ان يأخذ الالف وتكون بينهما واما ان لم يطلح احد وادعى  
 كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلاحاً على ذلك فلمما ذلك وليس للمودع ان يتمتع عن تسليم  
 الالف اليهما لانه أقر ان الالف لا حد هما واذا اصطلاحاً على انها تكون بينهما لا يمنعان عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

المودع بعد الصلح وان لم يصطلح اودى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى أحدهما شيئاً لجهة المقر له بالوديعة  
ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما فالامر لا يخلو اما ان يحلف لكل واحد منهما  
واما ان ينكل لكل واحد منهما واما ان يحلف لحد منهما وينكل للآخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصوصتهما  
للحال الى وقت اقامة البينة كما في سائر الاحكام وهل يمكن الاصطلاح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف  
فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد على قولهما لا يمكن وعلى قول محمد يمكن وهي  
مسئلة الصلح بعد الحلف وقد مر في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين ويضمن الف الأخرى  
بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل أو  
اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الف أو أقر لكل واحد منهما بألف فيقضى عليه بينهما بألف ويضمن أيضاً الف  
أخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو حلف لحد منهما ونكل للآخر قضى بالالف للذي نكل  
له ولا شيء للذي حلف له لان النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله  
أمر باداء الامانات الى أهلها وأهلها مالها حتى لو ردها الى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها الى من هو في عيال المالك  
دخلت في ضمانه حتى لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير لو جاء بمتاع العارية وألقاها في دار المعير أو جاء  
بالدابة فادخلها في اصطبله كان رداً صحيحاً لان ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح الا انها صارت مخصوصة عن  
عموم الآيات فثبت الوديعة على ظاهره ولان القياس في الموضوعين ما ذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا اننا استحسننا في  
العارية للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك أو دفعها الى من في عياله حتى لو كانت العارية شيئاً تقيس كعقد جوهر  
ونحو ذلك لا يصح الرد لان عدم جريان العادة بذلك في الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة في مال الوديعة فثبت على أصل  
القياس ولان معنى الابداع على السر والاعفاء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من  
المصلحة فلورده على غير المالك لا تكشف اذا السر اذا جاؤ زائنين يشوفون المعنى المجهول له الابداع بخلاف  
العارية لان مبنائها على الاعلان والظهار لانها شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها في حوائجها ولا يمكنه الاستعمال  
سرا عن الناس عادة والرد الى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه اذا ضاعت في يد المودع بغير  
صنعه لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع  
غير المغل الضمان ولان يده المالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وكذلك اذا دخلها نقص لان التقصان هلاك  
بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع  
هلكت أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فاقول قول المودع لان المالك يدعى على الامين أمراً عارضاً  
وهو التعدي والمودع مستصحب لحال الامانة فكان متمسكاً بالاصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة  
قائمة قيساً بحلف دفع التهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكت من غير اذني وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك  
بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكنني أو همت لم  
يصدق وهو ضامن لانه نفي الرد بدعوى الهلاك ونفي الهلاك بدعوى الرد فصارتا فيما أثبتته مثبتاً ما نفاه وهذا تناقض  
فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولا له ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحدة  
منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ  
الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدله وكذلك بطريق الكفالة ولهذا الورأى انسانا يسرق الوديعة  
وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك  
الحفظ للمالك بان خالفه في الوديعة بان كانت الوديعة ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو عبداً فاستعمله أو أودعها من ليس في

عيا له ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك  
فدخلت في ضمانه وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه منع دخول العين في ضمانا في المناظرة حين قدم بخارى  
وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول في  
الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك  
استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول  
الوديعة في ضمانه بالخلاف وان خالف في الوديعة ثم عاد الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمنا الثلاثة وعند زفر والشافعي  
لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتجدد ولم  
يوجد فصارت كما لو وجد الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستأجر اذا خالف ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ عن الضمان  
لما قلنا كذا هذا اولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع اذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف  
ودلالة انه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ  
مال المالك له بأمره لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت في ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول  
في ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفاً وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حالة الخلاف لكن  
هذا لم يوجب ارتقاء العقد أليس ان من وكل انساناً ببيع عبده بالفى درهم فباعه بألف وسلمه الى المشتري دخل العبد  
في ضمانه لان عقد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقى العقد حتى لو أخذه كان له  
بيعه بالقبول كذا هذا على أن ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن في قدر مافات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك في  
زمان الخلاف لا فيما بقى في المستقبل كما اذا استخفظه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ في بعض الشهر ثم اشتغل به في  
الباقى بقى العقد في الباقي يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما أن الارتقاء لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا في  
قدر القاتل بخلاف الاجارة والاعارة لان الاجارة تمليك المنفعة وهي تمليك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فاذا بلغ  
المكان المذكور فقد انتهى العقد لا تمناه حكمه فلا يعود الا بالتجدد وكذا الاعارة لانها تمليك المنفعة عندنا لانها تمليك  
المنفعة غير عوض والاجارة تمليك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقاً أو شهر او زمان ما بعد  
الخلاف داخل في المطلق والوقت فلا ينقض بالخلاف بل يتردد والفرق ومنها وجود الوديعة في وجه المالك عند  
طلبه حتى لو قامت البينة على الايداع أو نكل المودع عن التمين أو أقر به دخلت في ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد  
ظهر ارتقاعه بالوجود أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ والمودع لما وجد الوديعة حال  
حضره المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقى مال الغير في يده بغير اذنه فيكون مضموناً عليه فاذا هلك تقرر  
الضمان ولو وجد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البينة على أنها هلكت بعد  
الوجود أو قبل الوجود أو مطلقاً فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الوجود أو مطلقاً لا ينتفع ببينته لان العقد ارتفع  
بالوجود أو عنده فدخلت العين في ضمانه والهلاك بعد ذلك يقر الضمان لان يسقطه وان أقام البينة على أنها هلكت  
قبل الوجود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الوجود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الوجود فلا  
يرتفع بالوجود فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الوجود ولا بينة له وطلب  
التمين من المودع حلقة القاضي بالله تعالى ما يعلم انها هلكت قبل وجوده لانه الاصل في باب الاستحلاف أن الذي  
يستحلف عليه لو كان أمر الواقف به الخالف للزومه فاذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل  
الوجود لقبيل منه ويسقط الضمان عن المودع فاذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا  
اذا وجد حال حضره المالك فان وجد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن  
في الحالين جميعاً وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كما سألنا اسباب وجه قول



أبي يوسف ان الجحود سبب للضمان من حيث انه يرفع العقد بالعزل على ما بيننا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع  
العقد ولان الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفا وعادة لان مبنى الابداع على الستر  
والاخفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظا معنى فكيف يكون سببا لوجوب الضمان ومنها الاتلاف  
حقيقة أو معنى وهو اعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو  
طلب الوديعة فنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم اليه حتى هلك يضمن لانه احبسها عنه عجز عن الانتفاع بها  
للمال فدخلت في ضمانه فاذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى انه كان باذن المالك  
لا يصدق الا ببينة لان الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الاصل وقوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض  
فلا تقبل الابحجة وكذلك المودع اذا خلط الوديعة بما له خلطا لا يميز يضمن لانه اذا كان لا يميز فقد عجز المالك من  
الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلافا فيضمن ويصير ملكا بالضمان وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع  
اسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بما له بنفسها من غير صنعها لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان  
فلا نعدم الاتلاف منه بل تلتفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته وأما كونه شريكا لصاحبها فوجود معنى الشركة  
وهو اختلاط المالكين ولو أودعه رجلا من كل واحد منهما الف درهم فخلط المودع المالكين خلطا لا يميز فلا سبيل لهما  
على أخذ الدرهم ويضمن المودع لكل واحد منهما الف درهم فخلط المودع المالكين خلطا لا يميز فلا سبيل لهما  
ومحمد هما بالخيار ان شاء آقتسما المخلوط نصفين وان شاء آضمن المودع الفين وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات  
والموزونات اذا خلط الجنس بالجنس خلطا لا يميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما ان  
الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول اليها بعرض الخلط فان شاء آقتسما لا اعتبار بجهة القيام وان شاء آضمن  
لا اعتبار بجهة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله انه لما خلطها خلطا لا يميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع  
بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا ثبت اختيار التضمن عندهما واختيار  
التضمن لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافا ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعير فخلطهما فهو  
ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لان الخلط اتلاف وعندهما لهما ان يأخذ العين ويبعها ويقسما  
الثلث على قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير وهو  
يستحق الثلث لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لان قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك  
الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو اتفق المودع بمض الوديعة ضمن قدر ما اتفق ولا يضمن الباقي لانه لم  
يوجد منه الا اتلاف قدر ما اتفق ولو رد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف  
والنصف الباقي بالخلط الكون الخلط اتلافا على ما بيننا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينة فسلم ينفقها ثم ردها الى  
موضعها بعد أيام فضاقت لاضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله انه أخذها على وجه التعدي  
فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) ان نفس الاخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا توجب الضمان والاصل  
فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تبارك وتعالى عز شأنه عفا عن أمي ما حدثت به  
أقسما ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضى أن يكون ما حدثت به النفس عفا على العموم الا ما خص بدليل  
وعلى هذا الخلاف اذا أودعه كيسا مسدودا فخلطه المستودع أو صندوقا مقلقة لم يأخذ منه شيئا حتى ضاع  
أومات المودع فان كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لان هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على  
لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وان كانت لا تعرف بعينها ترد على صاحبها لان هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على  
للوديعة فقد أتلفها معنى فخر وجهها من ان تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الوديعة  
انها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لان الموت مجهلا سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافا فكان

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل إلا بحجة ومخاص المودع الغرماء لانه دين الاستهلاك على ما ذكرنا  
فيساوى دين الصحة والله سبحانه وتعالى أعلم

— — — — —

### كتاب العارية

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العارية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان  
ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان حال المستعار وفي بيان  
ما يوجب تغير حاله أماركها فهو لا يجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانا  
والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر كما في الهبة حتى ان من حلف لا يعير فلا نافع له ولم يقبل بحيث كما اذا حلف لا يهب  
فلا ناشيا فوهبه ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة والايجاب هو ان يقول أعرتك هذا الشيء أو منحتك هذا الثوب أو  
هذه الدار أو أطعمتك هذه الارض أو هذه الارض لك طعمة أو أخذت منك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك  
على هذه الدابة اذا لم ينوبه الهبة أو داري لك سكنى أو داري لك عمرى سكنى أما لفظ الاعارة فصرح في بابها وأما  
المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع الانسان بها زمانا ثم يرد على صاحبها وهو معنى العارية قال النبي عليه الصلاة  
والسلام المنحة مردودة ومنحة الارض زراعتها قال النبي عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك وكذا  
الاطعام المضاف الى الارض هو اطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفا وعادة وهو معنى العارية  
وأما اخذ العبد اياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى هو  
جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منافعها المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على  
هذه الدابة فانه يحتمل الاعارة والهبة فإى ذلك نوى فهو على ما نوى لانه نوى ما يحتمل لفظه وعند الاطلاق ينصرف  
الى العارية لانها أدنى فكان الحمل علم الأولى ولو قال داري لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند  
أبي يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهي مسألة كتاب الهبة

فصل في شرائط التي يصير الركن بها اعارة شرعا فأشأنواع منها العقل فلا تصح الاعارة من المجنون والصبي  
الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبي المأذون لانهم من توابع التجارة وانه يملك  
التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعي لا يملك وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحريرة ليست بشرط فيملكها  
العبد المأذون لانهم من توابع التجارة فيملك بملك ذلك ومنها القبض من المستعير لان الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم  
بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها ان يكون المستعار مما يمكن الانتفاع بدون استهلاكه فان لم يكن لا تصح اعارته لان  
حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين الا اذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما ذكره في موضعه

فصل في بيان حكم العقد والكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته أما  
الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة عندنا وعند الشافعي اباحة المنفعة حتى  
يملك المستعير الاعارة عندنا في الجملة كالمستأجر يملك الاجارة وعندنا لا يملكها أصلا كالمبايع له الطعام لا يملك  
الاباحة من غيره وجه قول الشافعي دلالة الاجماع والمعقول اما الاجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تملك  
المنفعة لما جاز من غير أجل كلاجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له في المنفعة تملك كالمستأجر  
وأما المعقول فهو ان القياس بأبي تملك المنفعة لان بيع المعدوم لا نعدم المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع  
لانه بيع ما ليس عند الانسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه لانها جعلت موجودة عند العقد في باب  
الاجارة حكما للضرورة ولا ضرورة الى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل  
المنافع وصرها الى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تملكها كالاتي في الاعيان وانما

صح من غير أجل لان بيان الاجل للتحرز عن الجهة المفضية الى المنازعة والجهة في باب العارية لا تنضى الى المنازعة لانها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الاجارة لانها عقد لازم والاعارة عقد غير لازم فلوملك الاجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الاجارة وهذا لان العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف الى حين وجود المنفعة فلا ينقد في حق الحكم الا عند وجود المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدودها فلم يكن بيع المدوم ولا بيع ماليس عند الانسان وعلى هذا تخرج اعارة الدرهم والدنانير انها تكون قرضاً لا اعارة لان الاعارة لما كانت تملك المنفعة أو اباحة المنفعة على اختلاف الاصلين ولا يمكن الانتفاع بالاستهلاكها ولا سبيل الى ذلك الا بالتصرف في العين لا في المنفعة ولا يمكن تصحيح اعارة حقيقية فتصحح قرضاً مجازاً لوجود معنى الاعارة فيه حتى لو استعار حلياً لتجمل به صحح لانه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة الى الحمل على المجاز وكذا اعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به بالاستهلاك كالكيليات والموزونات يكون قرضاً لا اعارة لما ذكرنا ان محل حكم الاعارة المنفعة لا بالعين الا اذا كان ملحقاً بالمنفعة عرفاً وعادة كما اذا منح انسا ناشاة أو ناقة لينتفع بلبنها وبرها مدة ثم يرد على صاحبها لان ذلك معدوم من المنافع عرفاً وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال هل من أحد يمنح من ابله ناقة أهل بيت لا درهم وهذا يجري مجرى التزيب كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة وكذا الومنح جدياً وعناقاً كان عارية لانه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه فنقول والله التوفيق جملة الكلام فيه ان عقد الاعارة لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان مطلقاً واما ان كان مقيداً فان كان مطلقاً بان اعارته انسا و لم يسلم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل فله ان يستعملها في أي مكان وزمان شاء وله ان يركب أو يحمل لان الاصل في المطلق ان يجري على اطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقاً فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكه الا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطبق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلاً ونهاراً الا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطيت يضمن لان العقد وان خرج مخرج الاطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً وله أن يعير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أولاً لان اطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير فكان هو في التملك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفاً في ملك نفسه الا أنه لا يملك الاجارة لما قلنا فان أجر وسلم الى المستأجر ضمن لانه دفع مال الغير اليه بغير اذنه فصار غاصباً فان شاء ضمنه وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض مال الغير بغير اذنه كالمشترى من الغاصب الا أنه اذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لانه ملكه باداء الضمان فثبت ان أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر فان كان عالماً بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير وان لم يكن عالماً بذلك يرجع عليه لانه اذا لم يعلم به فقد صار مغروراً من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان العرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة واذا كان عالماً بصير مغروراً من جهته فلا يرجع عليه وهل يملك الايداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لانه يملك الاعارة فلا يداع أولى لانها دون الاعارة وقال بعضهم لا يملك استدلالاً بمسئلة مذكورة في الجامع الصغير وهي أن المستعير اذا رد العارية على يد أجنبي ضمن ومعلوم أن الرد على يده ايداع اياه ولو ملك الايداع لما ضمن وان كان مقيداً فيراعى فيه القيد ما أمكن لان أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف الا اذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلما الوصف لان ذلك يجري مجرى البعث ثم انما يراعى القيد فيما دخل لافياً لم يدخل لان المطلق اذا قيد ببعض الاوصاف يبقى مطلقاً فيما وراءه فيراعى عند الاطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة في مسائل اذا أعار انسا نادابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره وكذلك اذا أعاره ثوباً

على أن يلبسه بنفسه ما ذكرنا أن الاصل في المقيد اعتبار التقيديه الا اذا تعذر اعتباره واعتبار هذا التقيد ممكن لانه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والثيران ركوباً ولبساً فلزم اعتبار التقيديه فان فعل حتى هلك ضمن لانه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فمطبت فان كانت الدابة مما تطبق حملها جميعاً يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف الا في قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطبق حملها ضمن جميع قيمتها لانه استهلكها ولو أعاره دار السكنا بنفسه فله أن يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقييد بسكناه مفيداً فيلغو الا اذا كان الذي يسكنها اياه جداداً أو قصاراً ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما في الاجارة ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة لان الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار التقيد مفيداً فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو دخناً أو أرزاً أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة وأخف منها استحساناً والقياس أن لا يكون له ذلك حتى انها لو عطبت لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وان كان خلافاً بصورة فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضياً به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيداً وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فانه لا يكون مخالفاً حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تبناً أو آجر أو حديد أو حجارة سواء كان مثلها في الوزن أو أخف لان ذلك أشق على الدابة أو أنكى لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على ان يحمل عليها مائة من قطناً فحمل عليها مثله من الحديد وزناً فمطبت يضمن لان القطن ينسبط على ظهر الدابة فكان ضرورته أقل من الحديد لانه يكون في موضع واحد فكان ضروره بالدابة أكثر والرضا بادنى الضررين لا يكون رضاً باعلاهما فكان التقييد مفيداً فيلزم اعتباره ولو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فمطبت نظر في ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطبق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل ما لا تطبق الدابة اتلاف للدابة وان كانت الدابة مما تطبق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر محتوماً فمطبت يضمن جزءاً من قيمتها لانه لم يتلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على ان تستعملها في مكان كذا في المصر يتقيد به وله ان يستعملها في أي وقت شاء باي شيء شاء لان التقييد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقاً فيها وراه لكنه لا يملك ان يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل في ضامنه ولو أعادها الى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلك من قبل التسليم الى المالك يضمن وهذا قول أبي حنيفة عليه الرحمه الآخر وكان يقول أولاً يبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على ان يستعملها يوماً يبقى مطلقاً فيها وراه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردّها على المالك حتى هلك يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على ان يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلك يضمن لان الامسك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير أو المستعير في الايام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين قوله لكن مع التبيين دفعاً للتهمة

﴿فصل﴾ وأماصفة الحكم فهي ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازماً كملك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقتها وقتاً وعلى هذا اذا استعار من آخر أرضاً لبني عليها أوليغرس فيها ثم بد المالك ان يخرجها فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقته لما قلنا غير انها ان

كانت مطلقة له ان يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء لان في الترتك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له واذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فأخرجه قبل الوقت بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقته فأخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرجها ولا يجبر على النقض والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه وبنائه قائماً سليماً وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتاً ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كقبيل عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور كفالة فكان له أن يرجع عليه بالضمان ويملك صاحب الارض البناء والغرس باء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باء الضمان وان شاء أخذ غرسه وبنائه ولا شيء على صاحب الارض ثم انما ثبت خيار القلع والنقض للمستعير اذا لم يكن القلع أو النقض مضرأ بالارض فان كان مضرأ بها فالخيار للمالك لان الارض اصل والبناء والغرس تابع لها فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقض هذا اذا استعار أرضاً للغرس أو البناء فاما اذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك في يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحساناً في القياس ان يكون له ذلك كما في البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقيقين واجب عند الامكان وذلك ممكن في الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالتركة الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن في الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل أولى وقالوا في باب الاجارة اذا انقضت المدة والزرع بقى لم يستحصده انه يترك في يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترتك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر بل يجبر على القلع

فصل ١٠٠ وما بيان حال المستعار فخالفه انه امانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالاجماع فاما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعا يوم حنين فقال صفوان اغصبا يا محمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة ولان العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى وبالهلاك ان عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لان قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب ولا نه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضموناً عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهر هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلا نه عقد تبرع بالمنفعة تملكها أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلو جهن أحدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك وهذا احسان في حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فمع الاذن أولى الثاني ان القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لانه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الاعلى المتعدى قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجوب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هي الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فالعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لماعلم وهذا لم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا هلك في تلك الحالة ضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان لما ذكرنا نافع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالمقبوض بل بالعقد بطريق التعاطى بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روى انه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فامرسل اليه فأمنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حينئذ فقال هل عندك شيء من السلاح فقال عارية أو غضباً فقال عليه الصلاة والسلام عارية فاعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع ما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد به نقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية مؤداة

فصل في: وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعير من الامانة الى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالحلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولان حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو بالطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الآن في باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وهنا لا يبرأ وقد تقدم الفرق في كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الاصل فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الوقف والصدقة

أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفية وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به (أما) الاول فنقول والله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصديق بالقرع مادام الواقف حيا حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصديق بعلة الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالعللة ولا خلاف أيضاً في جوازه في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضي أو اضافته الى ما بعد الموت بأن قال اذا مت فقد جعلت داري أو أرضي وقفاً على كذا أو قال هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي واختلوا في جوازه من يلا ملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثاً لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضي الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهرها رواية عن أبي حنيفة لا فرق بين ما اذا وقف في حالة الصحة وبين ما اذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعاً اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوي عنه انه اذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطاً أو خاناً للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لا تزول رقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبي حنيفة الا اذا اضافته الى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجازين في الرباط  
والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجداً يجوز نزول الرقبة  
عن ملكه لكن عزل الطريق وأفرازه والأذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن  
يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف نزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجداً وليس له أن يرجع عنه على ما ذكره  
(وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى  
عليهم أجمعين فإنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان  
وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولأن الوقف ليس إلا إزالة الملك عن الموقوف وجعله لله  
تعالى خالصاً فاشبه الاعتاق وجعل الأرض أو الدار مسجداً والدليل عليه أنه يصبح مضافاً إلى ما بعد الموت فيصح  
منجزاً وكذا لو اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير المجاز لا يحتتمل الجواز لقضاء القاضي ولا في حنيفة عليه الرحمة  
ماروى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله  
صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعدموت صاحبه عن التسمية بين ورثته والوقف  
حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفيًا شرعاً وعن شرح أنه قال جاء محمد ببيع الحبيس وهذا منه رواية  
عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه يجوز بيع الموقوف لأن الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول إذ الوقف حبس  
لغة فكان الموقوف محبوساً فيجوز بيعه وبه تبين أن الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف (وأما) وقف  
رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنما جاز لأن المانع من وقوعه حبس عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم  
لم يقع حبس عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم إننا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقف  
الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل أنها كانت قبل نزول سورة النساء  
فلم تقع حبس عن فرائض الله تعالى وما كان بعده وانته عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثته أمضوه بالاجازة  
وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وإنما جاز مضافاً إلى ما بعد الموت لأنه لما أضافه إلى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج  
الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية ألا ترى لو  
أوصى بثلث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يجوز وأما إذا حكم به كما قلنا جاز لأن حكمه  
صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده إليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى إليه اجتهاده جاز كفاي

سائر المجتهدات

فصل في وأما شرائط الجواز فأنواع بعضها يرجع إلى الواقف وبعضها يرجع إلى نفس الوقف وبعضها يرجع  
الموقوف (أما) الذي يرجع إلى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون  
لأن الوقف من التصرفات الضارة لكونه إزالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة  
ولهذا إلا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه العبد لأنه إزالة الملك والعبد ليس  
من أهل الملك وسواء كان مأذوناً أو محجوراً لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه  
المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرج الواقف من يده ويجعل له قياً ويسلمه إليه عند أبي  
حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه وقف وكان يتولى أمر  
وقفه بنفسه وكان في يده وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه كان يفعل كذلك ولأن هذا إزالة الملك لا إلى حد فلا  
يشترط فيه التسليم كالاعتاق ولهما أن الوقف أخرج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر  
التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل أنهما أخرجاه عن أيديهما وسأباهما إلى  
التولى بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيئاً أو تصدق أو لم يسلم إليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيا ويسلمه اليه وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذان واقامة باذنه كذا ذكر القاضي في شرح الطحاوي وذكر القدوري رحمه الله في شرحه انه اذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلي واحد كان تسليما ويحول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وهل يشترط أن لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئا عند أبي يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا اخراج المال الى الله تعالى وجعله خالصا له بشرط الانتفاع لنفسه يمنع الا خلاص فيمنع جواز الوقف كما اذا جعل أرضه أو داره مسجداً أو شرط من منافع ذلك لنفسه شيئا وكالواقف عبده بشرط خدمته لنفسه ولا يبي يوسف ماروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه وقف وشروط في وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلي أمر وقفه بنفسه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الواقف اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ما هو أفضل منه يجوز لأن شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى انه يباع باب المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا يبس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبداً عند أبي حنيفة ومحمد فان لم يذ كر ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمي جهة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وان لم يسهمهم (وجه) قول أبي يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكره التسمية ولأن قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وان لم يسهمهم هو الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتاً لدلالة الثابت دلالة كالتأبيد نصاً ولهما ان التأبيد شرط جواز الوقف لما ذكره وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع الى نفس الوقف فهو التأبيد وهو أن يكون مؤبداً حتى لو وقت لم يحز لانه ازالة الملك لا الى حد فلا تحتتمل التوقيت كالاتاق وجعل الدار مسجداً

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصود المأذ كر ان التأبيد بشرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصود الألا اذا كاتباً للعقار بأن وقف ضيعة بقرها أو كرتها وهم عبده فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصوداً كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق انه لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً للأرض والدار وان كان شيئاً جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدوم لحفر القبور ووقف الرجل لتسخين الماء ووقف الخنازة وثياها ولو وقف أشجاراً قائمة فالقياس أن لا يجوز لانه ووقف المنقول وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة لانه منقول وما جرت العادة به وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ويجوز عندهما بيع ما هم منها أو صار بحال لا ينتفع به فيبيع ويرد ثمنه في مثله كأنهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص وهو ماروي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال أما خالد فقد احتبس أكرعاً وأفراساً في سبيل الله تعالى ولا حجة لهما في الحديث لانه ليس فيه انه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه أي أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة (وأما) على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة (ومنها) أن يكون الموقوف مقصوداً عند محمد فلا يجوز وقف المشايخ وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقصوداً ما كان أو مشاعاً لان التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع محل القبض والتسليم وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلاً فلا يكون الخلل فيه ما نعا وقد روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه ملك مائة سهم بخير فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم احبس أصلها فدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد رحمه الله يحتمل انه وقف مائة سهم قبل القسمة ويحتمل انه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على انه ان ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل انه وقفها شائئاً ثم قسم وسلم وقد روي انه فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعاً ثم قسم وسلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به فالوقف اذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك فحكمه أنه يزول



الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بخلته بالتصدق عليه لأن الوقف حبس الاصل وتصدق بالقرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالهن والواجب أن يسد بأبصر القرع الى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ماوهي من بنائه وسائر مؤناته التي لا بد منها سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن الوقف صدقة تجارية في سبيل الله تعالى ولا تجرى الا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته ان نفقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيراً أجرها القاضي وعمرها بالاجرة لأن استبقاء الوقف واجب ولا يبقى الا بالعمارة فاذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالاجرة كالعبد والداية اذا امتنع صاحبها عن الاتفاق عليها أنفق القاضي عليها بالاجرة كذا هذا وما نهى من بناء الوقف وآلته صرفه الخا كم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه الى وقت الحاجة الى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه الى مستحق الوقف لأن حقه في المنفعة والعلة لا في العين بل هي حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجداً فخرّب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود الى ملكه ويكون مسجداً أبداً عند أبي يوسف وعند محمد يعود الى ملكه (وجه) قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بعمارة يصلي فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كالكفن ميتاً ثم أكله سبع وبق الكفن يعود الى ملكه كذا هذا ولا ييوسف انه لما جعله مسجداً فقد حرره وجعله خالصاً لله تعالى على الاطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود الى ملكه كالاتفاق بخلاف تكفين الميت لانه ما حرر الكفن وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكه وقوله ازال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فان المجتاز ين يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهه القرية قد سحت بيقين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب وعند محمد يصير ميراثاً وقال أبو بكر الاعمش ينبغي أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الاسكاف ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق

﴿فصل﴾ وأما الصدقة اذا قال داري هذه في المساكين صدقة تصدق بتمها وان تصدق بعينها جاز لان الناذر بالتذرع يتقرب الى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القرية يحصل بالتصدق بتم الدار وبل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لانه أدى المنصوص عليه ولو قال داري هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والعلة عند أبي حنيفة لان المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الاصل وتصدق بالقرع ولو قال مالي في المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحساناً والقياس أن يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن يجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ثم يجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك نصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا يجاب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له أمسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكسب مالا فاذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لانه اضافة الصدقة الى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه يقال له أمسك قدر النفقة لانه لو تصدق بالكل على غيره لا يحتاج الى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول والله عز وجل أعلم

—•••••—

﴿كتاب الدعوى﴾

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

والمدعى عليه وفي بيان حكم الدعوى وما يتصل به وفي بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفي بيان علائق اليمين وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفي بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لا غير وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو برأى عن حقه ونحو ذلك فاذا قال ذلك فقد تم الركن

فصل ﴿ وأما الشرائط المصححة للدعوى فانواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لانهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالجهول والعلم بالمدعى انما يحصل بأحد أمرين اما الاشارة واما التسمية وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما ان يكون عينا واما ان يكون دينا فان كان عينا فلا يخلو اما ان كان محتملا للنقل أو لم يكن محتملا للنقل فان كان محتملا للنقل فلا بد من احضاره لتمكين الاشارة اليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر نقله كحجر الرحي ونحوه فان شاء القاضي استحضره وان شاء بعث اليه أمينا وان لم يكن محتملا للنقل وهو العقار فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لان العقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف في أنه لا يكتفى فيه بذكر حد واحد وكذا بذكر حدين عند أبي حنيفة ومحمد خلا فالأبي يوسف وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماءنا الثلاثة رضي الله عنهم نعم وقال زفر رضي الله عنه لا وهي مسألة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع الحدود وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعى عينا فان كان دينا فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشياء ومنها ان يذكر المدعى في دعوى العقار انه في يد المدعى عليه لان الدعوى لا بد وان تكون على خصم والمدعى عليه انما يصير خصما اذا كان بيده فلا بد وان يذكر انه في يده ليصير خصما فاذا ذكر أو أنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فانه يحلف من غير الحاجة الى اقامة البينة من المدعى على انه في يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه في يده هذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلاحا على ذلك فلو سمع القاضي بيئته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنا متعذر لانه لا قضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لا يخلو اما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فالامر فيه ظاهر وان نكل فكذلك لان القاضي لا يقضى بشئ وانما يأمره بأن يخرج من الدار ويحلى بينها وبين المدعى ومنها ان يذكر انه يطالبه به لان حق الانسان انما يجب ايفاؤه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن به عذر الا اذا رضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم في كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى الا بين يدي القاضي كما لا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة الا على خصم حاضر الا اذا التمس المدعى بذلك كتابا حكما للقضاء به فيجيبه القاضي اليه فيكتب الى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماح الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعي رحمه الله انه ظهر صدق المدعى في دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء بيئته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب في خبره بالبينة فيظهر صدقه في دعواه كما اذا كان المدعى عليه حاضرا يحق له أن المدعى عليه لا يخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرا فان كان مقرا فكان المدعى صادقا في دعواه فلا حاجة الى القضاء وان كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهره لخلق فجاز (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسيدينا على رضي الله عنه لا تقض لاحد اخصمين ما لم تسمع كلام الآخر نهاه عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لا أحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والتضاه بالحق للدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منبها عنه ولأن القاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه يادادان جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص اقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للسكان الثابت ولا يتبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلا إلا أنها جملة حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب اذ لم يكن عنه خصم حاضر فان كان يجوز لانه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصى والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لان الوكيل والوصى نائبان عنه بصرح النيابة والوارث نائب عنه شرعا وحضرة النائب كحضرة المتوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا اذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سببا لثبوت حق الغائب لان الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لان كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقا به فيكون قضاء على الحاضر حتى ان من ادعى على آخر انه أخوه ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوى على الغائب لانه يريد اثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم توجد النيابة ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعاله فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لانه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته الا باثبات نسبه من الغائب فينصب خصما عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعاله ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح اقراره بخلاف ما لو ادعى على رجل انه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لانه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر التي ترى انه لو أقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالاخوة وعلى هذا تخرج المسائل الخمسة وتوابها على ما ذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل قاصر القاضي يدفعها اليه ثم ادعى انه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لان اقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لان الشراء يوجب الملك للمشتري فكان مناقضا للاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو يقر ونكل عن العيين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار وروى عن أبي يوسف أنه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا اذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما اذا ادعى انه اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لان عدم التناقض لا اختلاف الزمان ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو مفصولا لانه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها لان سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولا فالقياس أن لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولا لا تصح قياسا واستحسانا وجه القياس أن قوله هو لفلان اقرار منه بكونه ملكا لفلان في الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لان الشراء يوجب كونه ملكا للمشتري فلا يصح كما اذا قال مفصولا وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه في متعارف الناس وعاداتهم انه كان لفلان فاشترىته منه قال الله عز وجل واذكروا اذا تم قليل مستضعفون في الأرض أي اذ كنتم قليلا اذ لم يكونوا قليلا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيح حاله ولا عادة جرت بذلك في المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا اذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعده تسمع دعواه لان عدم التناقض

على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهما ثم معلوم تسمع لانه لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحه حاله هذا اذا قال هذا الشيء فلان ولم يقل لاحق لي فيه فان قال لاحق لي فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لاحق لي فيه لتأكيد البراءة الا اذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فتسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل ديناً فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء فقط فاقام المدعى البينة وقضى القاضي بذلك ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه وتقبل بيئته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك فاقام المدعى البينة وقضى القاضي ببيئته ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بيئته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضى الا بعد معرفته اياه فكان في دعوى القضاء مناقضاً فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبداً بعينه والعبدي يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشتري البينة وقضى القاضي به ثم وجد به عيباً فأراد أن يرده على البائع فأقام البائع البينة على أن المشتري كان ابرأه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بيئته لان انكار البيع يناقض دعوى البراءة عن العيب لان البراءة يقتضى وجود البيع فكان مناقضاً في دعوى البراءة فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل في هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع حجة الدعوى الا في النسب والعقود فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال لجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا جهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل بيئته لان بيان النسب مبني على أمر خفي وهو المعلوم منه اذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله غير معتبر كما اذا اختلعت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بيئتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل للثبوت لان دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لهذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الا كبرسنا ابنا لمن هو أصغر سنًا منه وكذا اذا قال لمرءى والنسب من الغير هذا ابني والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلفت عبارات المشايخ في تحديدهما قال بعضهم المدعى من اذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يجبر عليه وقال بعضهم المدعى من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً وقال بعضهم المدعى من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه فينصلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به في حكمها وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضي الجواب قبل طلب المدعى ذكر في أدب القاضي انه يسأله وذكر في الزيادات انه لا يسأله ما لم يقل المدعى أسأله عن دعواي وعلى هذا اذا تقدم الخصمان الى القاضي هل يسأل المدعى عن دعواه في أدب القاضي انه يسأله وفي الزيادات انه لا يسأله ويعرف ذلك في كتاب أدب القاضي وسيأتي واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقر أو سكت أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع الى المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعى بينة أقامها ولو قال لا بينة لي ثم جاء بالبينة هل تقبل روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد ان قوله لا بينة لي اقرار على نفسه والانسان لا يتم في اقراره على نفسه فالان بيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن حنيفة ان من الجائز ان تكون له بينة لم يعلمها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدي هؤلاء وهو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الايمان بالبينة بعد ذلك رجوعاً تقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما

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

﴿ فصل ﴾ وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمر أخفياً فيحتاج الى اظهاره والبينة قوة الاظهار لانها كلام من ليس بنخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكرا اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فاجتبه الى استمرار حكم الظاهر واليمين وان كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاة بشاهد واحد ويمن من المدعى انه لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما كانت حجة المدعى لكونها من جنسية الصديق على جنسية الكاذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البينة فكان ينبغي ان يكشف بها الا انه ضم اليها الشهادة نفياً للثمة (ولنا) الحديث المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعمير فيتمضي استغراق كل الجنس فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معا بة رضى الله عنه وكذا ذكر ابن جرير عن عطاء بن أبي رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الا شاهدان وأول من قضى باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع مائه ورد مورد الآحاد ومخالف للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد ويمين اما ليس فيه انه فيه قضى وقدر روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين في الامان وعندنا يجوز القضاء في بعض أحكام الامان بشاهد واحد اذا كان عدلاً بان شهادته أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن يسترق واليمين من باب ما يحتاج فيه فعمل على هذا توافقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وبهذا يتبين بطلان مذهب الشافعي رحمه الله في رده اليمين الى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبي عليه الصلاة والسلام ما جعل اليمين حجة الا في جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشيء في غير موضعه وهذا احد الظلم وعلى هذا يخرج مسألة الخارج مع ذى اليد اذا اقام البينة أنه لا تقبل بيئته ذى اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدعى بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقت بيئته بالعدم فخلت بيئته المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد تخرج المسئلة على أصل آخر نذكره في موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من معرفة علائقهما وعلائق البينة قدم ذكرها في كتاب الشهادات ونذكر هنا علائق اليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام في اليمين في مواضع في بيان ان اليمين واجبة وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان الوجوب وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان حكم أدائه وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الانكار لانها وجبت للحاجة الى دفع التهمة وهي تهمة الكذب في الانكار فاذا كان مقرأ لا حاجة لان الانسان لا يهتم في الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجب الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على

أحدهما والحمل على الإنكار أولى لأن العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الإنكار أولى فكان السكوت إنكارا دلالة ولو لم يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا إنكار وقال بعضهم هذا إقرار والاول أشبه لأن قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت إنكار على ما مر ومنها الطلب من المدعى لأنها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الإيفاء عند طلبه ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لي بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الاعند طلبه فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولا بي حنيفة ان البينة في كونها حجة المدعى كالأصل لكونها كلام غير الخصم واليمين كالخلف عليها لكونها كلام الخصم فلها الوأقَام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الاستحلاف في الحدود والخالصة حقا لله عز وجل كحد الزنا والمرقة والشرب لان الاستحلاف لاجل التناول ولا يقضى بالتناول في الحدود والخالصة لانه بذل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما إقرار فيه شبهه العدم والحدود لا تحتل البذل ولا تثبت بدليل فيه شبهه لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان في السرقة يحلف على أخذ المال وكذا لا يمين في اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف في ظاهر الرواية لانه ليس من الحدود والتمحض حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفي التعزير يحلف كذا هذا ويجرى الاستحلاف في القصاص في النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا للإقرار به شرعا بان كان لو أقر به لصح إقراره به فان لم يكن لم يجز فيه الاستحلاف حتى ان من ادعى على رجل انه أخوه ولم يدع في يده ميراثا فأنكر لا يحلف لانه لو أقر له بالأخوة لم يجز إقراره لكونه إقرارا على غيره وهو أبوه ولو ادعى انه أخوه وان في يده مالا من تركه أبيه وهو مستحق لنصفه بانه من أبيه فأنكر يحلف لاجل الميراث لا للأخوة لانه لو أقر أنه أخوه صح إقراره في حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث اليه ولم يصح في حق النسب حتى لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد في بدر رجل ادعاه رجلا فأقر به لاحدهما وسلم القاضي العبد اليه فقال الآخر لا يبتلى وطلب من القاضي تحليف المقر لا يحلفه في عين العبد لانه لو أقر به لكان إقراره باطلا فاذا أنكر لا يحلف الا ان يقول الذي لم يقر له انك اتلفت على العبد باقرارك به لغيري فاضم قيمته لي يحلف المقر بالله تعالى ما عليه رديمة ذلك العبد على هذا المدعى ولا رد شيء منها لانه لو أقر باطلاقه لصح وضمن القيمة فاذا أنكر يستحلفه ولو ادعى رجل انه زوجته ابنته الصغيرة وأنكر الاب لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح إقراره عنده فاذا أنكر لا يستحلف والثاني ان الاستحلاف لا يجزى في النكاح وعندهما مجزى لكن عند أبي يوسف يحلف على السب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما ذكره في موضعه هذا اذا كانت صغيرة عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباهما زوجها اباه في صفرها لا يحلف عند أبي حنيفة لما قلنا من الطريقين وعندهما لا يحلف أيضا لاحد طريقين وهو انه لو أقر عليها في الحال لا يصح إقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لانها لو أقرت لصح إقرارها وعندهما الاستحلاف يجزى فيه لكن عند أبي يوسف تحلف على السب بالله عز وجل ما تعلم ان أباهما زوجها هي صغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجها عبده فأنكر المولى لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح إقراره والثاني انه لا يستحلاف في النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضا لكن لطريق واحد وهو انه لو أقر عليه لا يصح إقراره ولو ادعى رجل على رجل انه زوجته أمته لا يحلف المولى عند أبي حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهو ان

الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده وعندهما يجري ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملاً للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتتمل البذل أولاً وعلى هذا يخرج اختلافهم في الاشياء السبعة انها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي النكاح والرجعة والتي في الايلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاء أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة امرأته او تدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعى وطلب بين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلقة بعد اقضاء عدتها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب يمينها وأما التي في الايلاء فهو ان يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت ففت اليك بالجامع فلم تبين فقالت لم تنق الى ولا بينة للزوج فطلب يمينها وأما النسب فنحو ان يدعى على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة له وطلب يمينه وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فانكر وقال انه حر الاصل لم يجز عليه رق أبداً ولا بينة للمدعى فطلب يمينه وأما الولاء فانه يدعى على امرأة انه اعتق اباه وان أباه مات وولاه بينهما نصفان فأنكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولاؤه ثابتاً منه ولا بينة للمدعى فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاء فهو ان تدعى أمة على مولاه فتقول انا أم ولد لمولاي وهذا ولد ي فأنكر المولى لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في القصول الستة وفي الاستيلاء لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامة فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنه وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في انكاره لانه لو كان صادقاً لم امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقرار أدلة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولابي حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم ويحتمل البذل لان العاقل الدين كما يخرج عن اليمين الكاذبة يخرج عن التنيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لا نال جعلناه اقرار الكذب بناء لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلاً لم نكذب به لانه يصير في التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فاذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف

فصل في بيان كيفية اليمين في الكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) في بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثاني في بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الاول) فالامر لا يخلو امان كان الحالف مسلماً واما ان كافر فان كان مسلماً فيحلفه القاضي بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن ركانة او ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردت بالبتة ثلاثاً وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة فانه روي رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا الا عور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا في كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجترار على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالى عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فانه اغلظ عليه اليمين بمتنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيراً يكتفى فيه بالله عز وجل وان كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما بعد تغليظاً في اليمين وان كان الحالف كافراً فانه يحلف بالله عز وجل أيضاً ذمياً كان أو مشركاً لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ولئن سألتهم من

خلق السموات والارض ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزناقة  
وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحتهم في عصر من الاغصبار الى يومنا هذا ورجو من فضل الله  
عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما تنحلوه الى انقضاء الدنيا وان رأى القاضى ما  
يكون تغليظاً في دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صور يادل ان كل ذلك سائح فيغلف  
على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصرانى بالله الذى  
أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ولا يحلف على الاشارة  
الى مصحف معين بان يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع  
الاشارة الى الحرف فيكون التحليف به تعظيماً لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عبادتهم من  
البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا  
وقال الشافعى رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب ويحلف بعد العصر  
والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى  
عليه مطلقاً عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد  
ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكافئ فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان  
حقه لحق وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازماً لما احتمل ان يباه زيد بن ثابت  
ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشارة الى التعظيم والله عز وجل  
أعلم (وأما) بيان صفة الحلوف عليه انه على ما ذابحاف فتقول الدعوى لا تخلو امانا كانت مطلقة عن سبب واما ان  
كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبد أو جارية أو راضاً وأنكر المدعى عليه فلا خلاف في  
انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ما هذا العبد أو الجارية أو الراض لهذا فلان هذا ولا شىء منه  
وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو ودعه ألفاً وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو  
يوسف ومحمد في انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه ألفاً  
أو ما غصبته ألفاً أو ما ودعني ألفاً ان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد  
يودع ولا يكون عليه لما أنه أبرأه عن ذلك أو رد الوديعة وأنالاً بين ذلك لئلا يلزمنى شىء فينثذ يحلف على الحكم وقال  
محمد يحلف على الحكم من الا ابتداء بالله ما له عليك هذه الالف التى ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب  
تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالابراء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على  
نفي السبب ويمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبو يوسف  
ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفي باب النسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام  
بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلاً فيجب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل  
تحت الدعوى في هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عايه  
وان لم يمكنه وعرض فينثذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف  
يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشىء الا ان يعرض الخصم والتعريض في هذا ان يقول قديبيع الرجل  
الشىء ثم يعود اليه بهبة أو فسخ أو اقالة أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لا أبين ذلك كى لا يلزمنى شىء  
فيثذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذى يدعى وهكذا يحلف على قول  
محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو خالها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف  
على السبب عند أبي يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قد يخال



امرأته ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فينثذ يحلف بالله عز وجل ما هي حرام عليك بثلاث تطليقات أو بالله عز وجل ما هي مطلقة منك ثلاثاً وما هي حرام عليك بالخلع أو ما هي بأئن منك ونحو ذلك من العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الامة بان ادعت امة على مولاها انه اعتمها وهو منكر عند أبي يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتمها الا ان يعرض لانه يتصور النقص في هذا والعود اليه بان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبها أو سبها غيره فاشتراها فينثذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذي يدعى العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما اعتمقه في الرق القائم للخال في ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذي اذا تقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام ويقتل ان أبي ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تهر يع على قوطهما لان أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلوا ما ان تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فينثذ يحلف على الحكم بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبي حنيفة لوقال الزوج أنا أريد أن أتزوج أختها أو أرباً سواها فان القاضي لا يمكنه من ذلك لانه اقرار هذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أرباً سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لوقالت المرأة اني أريد ان أتزوج فان القاضي لا يمكنها من ذلك لانهما قد أقرت ان لها زوجاً فلا يمكنها من التزوج بزواج آخر فان قالت ما للخلاص عن هذا وقد بقيت في عهده أبد الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة فانه يقول القاضي للزوج طلقها فان أبي أجبره القاضي عليه فان قال الزوج لو طلقتمها للزمني المهر فلا يفعل ذلك يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتى فانت طالق فتطلق لو كانت امرأتى وان لم تكن فلا ولا يلزمك شيء لان المهر لا يلزم بالشك فان أبي يجبره على ذلك فاذا فعل تخلص عن تلك العهدة ولو كانت الدعوى على اجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان صحيحاً وهو الاجارة يحلف وما كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلاً لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وانه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداءً وتجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذر ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للخال لا مطلقاً بل مؤقتاً الى غاية احضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بيئته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لا يبقى له ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه في احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هي الاصل في الحجة لانها كلام الاجنبي فاما اليمين فكأن الحلف عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الحلف فكانه لم يوجد أصلاً ولو قال المدعى للمدعى عليه احلف وأنت برى من هذا الحق الذي ادعيت به أو أنت برى من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بيئته لان قوله أنت برى يحتمل البراءة للخال أي برى عن دعواه وخصومته للخال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعي عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعي عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضي لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاء ومهابة المجلس في المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضي يقضى عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن برد اليمين الى المدعي فيحلف فيأخذ حقه اجتمع الشافعي رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعي واليمين على المدعي عليه جعل البيعة حجة المدعي واليمين حجة المدعي عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعي لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كاذبا في الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا في الانكار توراعا عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن برد اليمين الى المدعي ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصديق في دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعي فانه روي أن سيدنا عثمان رضي الله عنه ادعى على المقداد مالا بين يدي سيدنا عمر رضي الله عنه فانكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روي ان شريحاً قضى على رجل بالنكول فقال المدعي عليه أنا أحلف فقال شريح مضي قضائي وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعاً منهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعي في دعواه عند نكول المدعي عليه فيقضى له كما لو اقام البيعة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصديق في خبره انكاره المدعي عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا في انكاره لما نكل فزال المانع للعارض فظهر صدقه في دعواه وقوله يحتمل انه نكل توراعا عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تجرعا من مباشرة أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البيعة حجة القضاء بالاجماع وان كانت محتملة في الجملة لانه خير من ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا أو ما الحدِيث فنقول البيعة حجة المدعي وهذا لا ينفي ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل أنه لم يذكره لما قلتم ويحتمل انه لم يذكره نصا مع كونه حجة لتسليط المجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأي والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما رد اليمين على المدعي فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعي عليه وهو خارج عن أفويل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضي الله عنه ادعى الايفاء فأنكر سيدنا عثمان رضي الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل عن اليمين في دعوى المال فان كان النكول في دعوى القصاص فنقول لا يخلو اما أن تكون الدعوى في القصاص في النفس واما أن تكون في مادي النفس فان كان في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لكنه يجبس حتى يقرأ ويحلف أبدأ وان كان الدعوى في القصاص في الطرف فانه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ وعندهما لا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعا ولكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بناء على ان النكول بذل عند أبي حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة في الجملة فان من وقعت في يده آكلة والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع لضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جاريا مجرى المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول في الطرف دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف في النفس عنده كما لا يستحلف في الاشياء السبعة لان الاستحلاف للتوسل الى المقصود المدعي وهو احياء حقه بالقضاء بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلا عنده فكان ينبغي ان لا يستحلف الا انه استحسنت في الاستحلاف فيها لان

الشرع ورد به في القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيما لامر الدم وتفخيما لثأنه لكون اليمين الكاذبة مهلكة  
فصار بالنكول ما ناعقا مستحقا عليه مقصودا في حبس حتى يقرأ ويحلف بخلاف الاشياء السبعة فان الاستحلاف  
فيها للتوسل الى استيفاء المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة الى هذا المقصود وعند النكول اقرار فيه شبهة العدم  
لانه اقرار بطريق السكوت وانه محتمل والقصاص يدرب بالشبهات واذ اسقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف  
شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل في باب القصاص أصلا لان التعذر هناك من جهة من له  
القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهره للفق وهي شهادة شهود اصول مذكور والتعذر هناك من جهة من عليه القصاص  
وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص اذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية واذا بطل من  
جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة اذا حلف على المال ونكل يقضي بالمال لا بالقطع لان النكول حجة في  
الاموال دون الحدود والمخالصة وأما في حد القذف اذا استحلف على ظاهر الرواية فكل يقضي بالحد في ظاهر الاقوال  
لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه  
بشي ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتميز بدون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع  
والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعي عليه ونخرج عن كونه خصما للمدعي فنقول والله التوفيق  
انه يخرج عن كونه خصما للمدعي بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبينة أو بالاقرار أو بعلم القاضي نحو ما اذا ادعى  
على رجل دار أو ثوب أو دابة فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أو دعنيه وجملة الكلام فيه ان المدعي لا يخلو اما  
أن يدعي عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعي عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذي في  
يده أو دعني فلان الغائب أو رهنها أو أجرها أو أعارها أو غصبها أو سرقها أو أخذتها أو نزعها أو ضلت منه فوجدتها  
وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقيم البينة أو لم يقيم  
وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقيم البينة أو لم يقيم هذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتيال فان كان  
تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضا وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسئلة المعروفة بالخسفة والحجج  
تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد بأن قال هذا ملكي غصبه مني فلان لا نه لم يدع على  
ذو اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلف الذي ذكرنا فاما اذا ادعى فعلا على ذي  
اليدين قال هذه دارى أو دابتي أو ثوبي أو دعنتها أو غصبتها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتبتها مني وقال الذي في  
يديه انها لفلان الغائب أو دعنيها أو غصبها منه ونحو ذلك وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق  
ان ذا اليد في دعوى المطلق انما يكون خصما بيده الأثرى انه لو لم يكن المدعي في يده لم يكن خصما فاذا اقام البينة على ان  
اليدين كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما فعلة لا بيده الأثرى ان الخصومة  
متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما فعلة بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقي خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله  
بان قال غصبت مني أو أخذت مني فاقام ذو اليد البينة على الايداع تندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه  
باطل فالتحقق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحقق بالعدم  
فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالقياس ان تندفع الخصومة كما في الغصب والاخذ  
وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فرقا بين الغصب والاخذ وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما  
الله ووجه الفرق يعرف في الجامع ولو قال المدعي هذه الدار كانت لفلان فاشترتها منه وقال الذي في يده أو دعني  
فلان الذي ادعت الشراء من جهته أو سرقها منه أو غصبها تندفع عنه الخصومة من غير اقامة البينة على ذلك لانه ثبت  
كون يده يد غيره بتصادقهما أما المدعي عليه فظاهر وأما المدعي فبذعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

اليد وكذا الوأقام الذي في يديه البيئنة على اقرار المدعى بذلك لان الثابت بالبيئنة كالثابت بالمعينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه حجة متمدية الى الناس كافة بمنزلة البيئنة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعى فبعلم القاضي أولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان العائب لا تندفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا مقرر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعى البيئنة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه أو دعيه عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بيئنة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فابتا ييدله وهو غائب وعلى هذا الاصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيئتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيئتين القائميتين على أصل الملك والثاني في بيان حكم تعارض البيئتين القائميتين على قدر الملك أما الأول فالأصل ان البيئتين اذا تعارضا في أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البيئنة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحقق بالعدم اذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ان الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب (أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذي اليد واما أن تكون من الخارج على ذي اليد (واما) أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما البيئنة فلا تخلو اما ان قامت البيئتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك مؤقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب فان قامت على ملك مطلق عن الوقت فيئنة الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بيئنة ذي اليد أولى (وجه) قوله ان البيئتين تعارضا من حيث الظاهر وترجح بيئنة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل بينتته في دعوى السكاح (ولنا) ان البيئنة حجة المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام البيئنة على المدعى وذو اليه ليس بمدع فلا تكون البيئنة حجة والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعى انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينتته بالعدم فبقيت بيئنة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بيئنة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقتت البيئتان نصا ووقتت بيئنة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سبق اليد لانهم شهدوا بالملك المطلق ولا تحمل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فاذا شهدوا بالخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد ذي اليد ظاهر انا ثبت للحال فكانت يد الخارج سا بقية على يده فكان ملكه سا بقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى بينتته لانه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم انها انتقلت من يده اليه فوجب اعادته يده ورد المال اليه حتى يقيم صاحب اليد الاخر الحجة انه بأي طريق انتقل اليه كما اذا عين القاضي كون المال في يد انسان ويدعيه لنفسه ثم رآه في يد غيره فانه يأمره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعى فانه يؤمر بالرد اليه الى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال اليه كذلك هذا وصار كما اذا ارخا نصا وتاريخ أحدهما أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتائج لان هناك لم يثبت

سبق الخارج لا لعدم تصور السبق والتأخير فيه لان النتائج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر  
فتترجح بينة صاحب اليد باليد وهنا بخلافه هذا اذا قامت البيئتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فأما اذا  
قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى للخارج لانه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقى  
دعوى ملك مطلق وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للاسبق وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي  
يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى وروى ابن سماعه عن محمد انه رجح عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل  
من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا في النتائج والصحيح جواب ظاهر الرواية لان بينة صاحب الوقت الاسبق  
أظهرت الملك له في وقت لا ينازع فيه أحد فيدفع المدعى الى أن يثبت بالدليل سبباً للانتقال عنه الى غيره وان أقامت  
احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما ويقضى للخارج وعند  
أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان وروى عن أبي حنيفة رحمه الله مثله (وجه) قول أبي يوسف أن بينة  
صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة  
وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك ولهذا الوادعى كل واحد من الخارجين على  
ثالث وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى  
لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن  
صاحب البينة المطلقة لو وقت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقى  
دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعى الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً  
فتمت اتفاقاً على تلقي الملك منه ببيعته وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولاتاريخ مع  
الاخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا قامت البيئتان من الخارج وذى اليد  
على ملك مطلق أو موقت من غير سبب فأما اذا كان في دعوى ذلك سبب فان كان السبب هو الارث فكذلك  
الجواب حتى لو قامت البيئتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البينة على انه ملكه مات أبوه  
وترك ميراثه يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامت على ملك موقت واستوى الوقتان  
لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لاسبقهما  
وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الاول وفي قول محمد الآخر يقضى للخارج لان دعوى الارث  
دعوى ملك الميت فكل واحدة من البيئتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت فكان  
الوارثين ادعى ملكاً مطلقاً أو موقتاً من غير سبب وهناك الجواب هكذا في الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا  
في فصل واحد وهو ما اذا قامت احدى البيئتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان هنا يقضى للخارج  
بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له في دعوى المورثين وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد يترد على أصل أبي  
يوسف فيشكل وان كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم  
وقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراه من الخارج وقده الثمن وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك فان أقاما  
البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البيئتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب لواحد منهما على  
صاحبه شيء ويترك المدعى في يد ذى اليد وعند محمد يقضى بالبيئتين ويؤمر بتسليم المدعى الى الخارج (وجه) قول  
محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البيئتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان  
صاحب اليد اشتراه أولاً من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد  
فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ قبض وفي هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه  
للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولاً من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

في هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه يبيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذي قلنا واذا صح العقدان يبقى المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم الى الخارج (وجهه) قول أبي يوسف وأبي حنيفة ان كل مشتري يكون مقرا بكون البيع ملكا للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما اقرار املك المبيع لصاحبه فكان البيتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبيتين أصلا وان وقت البيتان ووقت الخارج أسبق فاذا لم يذكروا قبضاً يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد ويبع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذا لم يجرى بقي على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً يقضى بالخارج لانه اذا كان وقته أسبق يجعل سابقا في الشراء كانه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه وكذلك ان ذكروا قبضاً لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد أولاً وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو النتاج وهو الولادة في الملك فتقول لا يخلو اما ان قامت البيتان على النتاج واما ان قامت احدهما على النتاج والاخرى على الملك المطلق فان قامت البيتان على النتاج فلا يخلو اما ان كانت البيتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتاً وقبض لصاحب اليد لان البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك وقد استوت البيتان في اظهار الالوية فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضى بيئته وقد روى عن جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقه في يدرجل وأقام البينة عليه وأقام ذواليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناق لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تهاتر البيتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فانه نص على لفظة القضاء والترك في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذلك الحديث الذي روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد ان ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على النتاج والاخر على الملك المطلق عن النتاج فيبينة النتاج أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلقي منه وأما ان وقتت البيتان فان اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقي دعوى الملك المطلق وان اختلفا بحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذي واقفه السن لانه ظهر أن البينة الاخرى كاذبة يمين هذا اذا علم سنهما فاما اذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لانه يحتمل أن يكون سنهما موافقا لهذا الوقت ويحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت ويحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا فيسقط اعتبارهما كأنهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البيتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاتر البيتان قال وهو الصحيح (وجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد يبقنا بكذب البينتين فالتحقق بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا وكذلك لو اختلفا في جارية فقال الخارج انها ولدت في ملكي من أمي هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعى وأقام كل واحد منهما بيئته انه له جزء في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البيئته انه له غزله

من قطن هوله يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى النتاج ويقضى للخارج وان أشكل الامر في الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا في اللبن فأقام كل واحد منهما البينة انه له حلب في يده وفي ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى النتاج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا في جن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه في ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جينا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا في الارض والتخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بها للخارج لان هذا ليس في معنى النتاج لان النتاج سبب الملك الولد والغرس ليس بسبب ملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى النتاج وكذلك لو اختلفا في الجيوب النابتة والقطن الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرع في أرضه فانه يقضى بالارض والحلب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا في البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا في حلي مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه في ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن في معنى النتاج ولو اختلفا في ثوب خز أو شمر وأقام كل واحد منهما البينة انه له نسجه في ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة النتاج وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما انه طبع في ملكه يرجع في هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا في جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته وانها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بينة الخارح في الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا في الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان احدهما بيضاء والاخرى سوداء وهما في بدرجل فأقام الخارح البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بينة الخارح قامت على النتاج في البيضاء وبينة ذي اليد قامت فيها على ملك مطلق في بينة النتاج أولى كذا بينة ذي اليد قامت على النتاج في السوداء وبينة الخارح فيها قامت على ملك مطلق في بينة النتاج أولى ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه اللبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه اللبن في ملكه فيقضى للخارج لان البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك في بينة الخارح أولى في دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبد آفي يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه وأقام ذوالبينة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد في ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة في ملك بائنه بمنزلة دعوى الولادة في ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد في ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارح مع ذي اليد كل واحد منهما النتاج يقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثاني فلم يكن الثاني متمزيا عليه فتسمع البينة منه فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترمي ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

حق العبد لتدبر على ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فال حاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصد من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الارض أن يأخذها لانه محتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الارض ألا ترى ان الارض المغصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصد من أرضه لم يقض له فهذا أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك فامادعوى الخارجين على ذي اليد الملك فنقول لا تخلف في الاصل من أحد وجهين اما ان يدعى ككل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر واما ان يدعى أكثر مما يدعى الاخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا أيضا وهوان البينتين اما ان قامت على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك موقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البينتان على ملك مطلق من غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول تهما تر البينتان ويتك المدعى في يد صاحب اليد وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعي رحمه الله ان العمل بالبينتين معتذر لثنايف بين موجهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنتين على الكمال في زمان واحد فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحدهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما في القوة أو ترجيح احدهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة في الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليين واجب بالقدر الممكن فان أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما في سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد والاقيسة الشرعية اذا تعارضت وهنا ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك في كل المحل أمكن العمل بهما باظهار الملك في النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف ولو قامت على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحقق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق من الاخر فلا يسبق أولى بالاجماع ولا يجيء هنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة من الخارج مسموعة بلا خلاف والبينتان قامت من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احدهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الى ان يقوم الدليل على انه بأي طريق انتقل اليه الملك وان أرخت احدهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبي حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة القائمة على الملك المطلق أقوى لان الملك المطلق ملكه من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر في الزوائد وتستحق به الاولاد والاكساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك بالوقت فكانت البينة القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ما ذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ



يتبين بل تحتل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب النار يخ بلامعارض فكان صاحب  
 النار يخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضاً أن الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقاً ويحتمل أن يكون  
 متأخراً لاحتمال أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار النار يخ  
 فبقي دعوى الملك المطلق هذا اذا قامت البينتان من الخارجين على ذى اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك  
 بسبب فتقول لا يخلو اما ان ادعى الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو النتاج ونحوها واما ان ادعيه بسببين  
 فان ادعى الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك  
 الموروث هو ملك الميت بعد موته وانما الوارث يخلقه ويقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجيز من التركة ويقضى منها  
 ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيهما ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان  
 وقتهما واحداً فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف  
 رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للنار يخ عنده في الميراث لما مر أن المورث ملك الميت  
 والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخاً للملك الوارث فسقط التاريخ للملكة والتحقق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق  
 عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبقهما  
 تاريخاً كره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث  
 لانفسه فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لفضى  
 لاسبقهما وقتاً لثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الاخر كذا هذا ولو وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى  
 بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحقق بالعدم وأما عندهما فيصير كأن  
 المورثين الخارجين حضرا وادعيهما ملكا فارخه أحدهما ولم يؤرخه الاخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا  
 لانهما ادعيا تعلق الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالنار يخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار  
 في يد ثالث واما ان تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعى الشراء من واحد واما ان ادعيه من اثنين فان  
 كانت في يد ثالث وادعى الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقام البينة على الشراء منه بثمن معلوم وتقد الثمن  
 مطلقاً عن التاريخ وذو القربى يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهما تر البينتان وفي قول  
 يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التماز وقد تقدمت واذ قضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما  
 الخياران شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء تقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء  
 الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فواجب ذلك خلافاً في الرضا فلذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما  
 أخذ نصف الدار رجوع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرجوع كل واحد منهما  
 بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والآخر الاخذ فان كان ذلك بعد قضاء القاضى وتخييره اياهما  
 فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضى بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في  
 النصف فلا يعود الا بالتحديد كما اذا قضى القاضى بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه  
 الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك المشفوعة قبل تخيير القاضى فلا خزان يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن  
 لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل  
 قضاء القاضى بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى  
 صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في نوابغ  
 الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكرك الملك له  
 والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكرك الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

واليد دليل الملك فوقت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البيعتان فاما اذا اختلفا في استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقى دعوى مطلق الشراء وان كانت احدهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو اُرخت احدهما وأطلقت الاخرى فالمرخة أولى لانها تظهر الملك في زمان معين والاخرى لا تعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضهما مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البيعتان ولكن ذكرت احدهما القبض فهي أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعله كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى وكذلك لو ذكرت احدهما تاريخا والاخرى قبضا فيبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة التاريخ أن شراؤه قبل شراؤه الاخر فيقضى له ويرجع الآخر بالتمن على البائع وكذا لو اُرخت تاريخا واحدا وكرت احدهما القبض فيبينة القبض أولى الا اذا كان وقت الآخر أسبق . هذا اذا ادعى الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره فاما اذا ادعى الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا ويثبت لهما الخيار والكلام في الخيار على نحو ما ذكرنا ولو وقتت البيعتان فان كان وقتهما واحداً فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فلا سبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق لذكره الداري وهو أن المشتري يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك للبيت وعن محمد في الاملاء انه سوى بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخ ملك البائعين وان وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعى الشراء من رجل واحد فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بينة الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعيا الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدي البيعتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراؤه صاحبه أسبق من شراؤه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد لان هناك اتفاقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدي البيعتين أوجب تلقى الملك منه في زمان لا ينازع فيه أحد فيؤمر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقى منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان ادعيا الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر ولم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا ببينة تحتل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعيا الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البيعتان أولا أو وقتت احدهما دون الاخرى الا اذا وقتتا وقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كان البائعين حضرا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحداً لانهما اتفاقا على أن الملك لهما بالشراء من جهة ولا حد هما يد فيجعل كان شراؤه صاحب اليد أسبق وان كان السبب هو النتاج بان ادعى كل واحد من الخارجين انهما ادبته نتجت عنده فاقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لاستواء الحججتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل المحل فليعمل بهما بالقدر الممكن وان أقاما البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبي حنيفة يقضى لاسبقتهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذلك فسقط اعتبار الوقت وصار كأنهما سكتا عن الوقت أصلا وجه قول أبي

حنيفة رحمه الله أن وقوع الاشكال في السن بوجوب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت  
فلا سبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذى اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذى اليد  
وان أقام أحدهما البيئنة على النتائج والآخر على ملك مطلق فيئنة النتائج أولى لما مر هذا اذا ادعى الخارج ان الملك  
من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والنتائج فان كان بسببين مختلفين فنقول لا يخلو اما ان كان  
من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة  
من فلان وادعى الآخر ان فلانا آخر وهما له وقبضها منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلتى الملك من البائع  
والواهب فقاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البيئنة على ملك مرسل وكذا الوادعى ثالث ميراثا عن أبيه فانه  
يقسم بينهما اثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم ارباعا ما قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر الى السببين فان كان  
أحدهما أقوى يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استوى في القوة يعمل بهما بقدر الامكان على ما هو سبيل  
دلائل الشرع بيان ذلك اذا أقام أحدهما البيئنة انه اشترى هذه الدار من فلان وتقدم الثمن وقبض الدار وأقام  
الآخر البيئنة ان فلانا ذلك وهما له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لانه يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم الا  
بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لان  
الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البيئتان مع القبض يقضى بينهما  
نصفين لا استواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتمل التسمية كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتمل التسمية كالدار  
ونحوها فلا يقضى لهما بشئ على أصل أبي حنيفة رحمه الله في الهبة من رجلين لحصول معنى الشروع (وقيل) لا فرق  
بين ما يحتمل التسمية وبين ما لا يحتملها هنا لان هذا في معنى الشروع الطارىء لقيام البيئنة على الكل وانه لا يمنع  
الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض والهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لا استواء  
السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعى في بدأ أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن  
والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن  
يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين  
فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاح بان ادعت امرأتان وأقامت كل  
واحدة منهما البيئنة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لا استواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة  
او الرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي  
يوسف وللمرأة نصف نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى والمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد  
ان الشراء أقوى من النكاح بدليل انه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا  
لا تصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كالو تزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من  
النكاح (وجه) قوله أبي يوسف ان النكاح مثل الشراء فان كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى  
كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فأما اذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والآخر  
نصفها وأقاما البيئنة على ذلك فانه يقضى لمدعى الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبي حنيفة  
وعندهما يقضى لمدعى الكل ثلثي الدار ولمدعى النصف ثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق التسمية  
فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) التسمية بطريق المنازعة ان ينظر الى  
القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سائلا للمدعيه (وتفسير) التسمية على طريق العدل  
والمضاربة ان تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل سهمه كما في الميراث والديون المشتركة  
المنازحة والوصايا فلما كانت التسمية عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعى أحدهما

كل الدار والاخر لا ينازعه الا في النصف فبق النصف الاخر خالي عن المنازعة فيسلم لمدعي الكل لانه يدعي شيئاً لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئاً لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الاخر استوت فيه منازعتهم فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعاً ثلاثة ارباع الدار لمدعي الكل واربعا للمدعي النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحدهما يدعي كل الدار والاخر يدعي نصفها فيجعل أخسهما سهماً فجعل نصف الدار بينهما وإذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعي الكل يدعي سهمين ومدعي النصف يدعي سهماً واحداً فيعطي هذا سهماً وذاك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثاً وثلاثاً للمدعي الكل وثلثاً للمدعي النصف والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة لمدعي الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملاً بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في أيديهما فيبينة مدعي الكل أولى لانه خارج لانه يدعي على صاحبه النصف الذي في يده ومدعي النصف لا يدعي شيئاً هو في يد صاحبه لانه لا يدعي الا النصف والنصف في يده فكان مدعي الكل خارجاً ومدعي النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على حاله هذا اذا ادعى الخارجان شيئاً في يد ثالث فأنكر الذي في يده فأقام البينة فان لم يقم لهما بينة وطلبوا بين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعاً يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لاحدهما ونكل للاخر يقضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعي في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينهما او يقضى لهما بخلاف ما اذا قاما البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا اذا أقام أحد المدعين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجهه) الفرق ان بالترك في يد المدعي عليه لم يكن كل واحد من المدعين مقضياً عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضياً عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضياً عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلقي من جهة المستحق او ادعى النتائج وكذا الوادعي بائع المقضى عليه او بائع بئمه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه أيضاً هكذا فرق بين هذا وبين حرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجهه) الفرق بين الملك والعتق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذي في يده فان أقر به لاحدهما (فنقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعي في يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقراره أعلى غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر له لان اقراره في حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر له في الحال فاذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعي كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقاً بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخلد حين على ذي اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعي في أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء الترك

ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه لأن كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم يتم لأحدهما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لأحدهما بعد ذلك بينة تقبل لأنه لم يصرم قضيًا عليه حقيقة هذا إذا لم توفت البينتان فإن وقتان اتفق الوقتان فكذلك وإن اختلفا فلا سبق أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وإن وقت أحدهما دون الأخرى يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائميتين على قدر الملك فالأصل فيه أن البينة المظهرة للزيادة أولى كما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالني درهم وقال المشتري اشتريته منك بألف درهم وأقام البينة فإنه يقضى بينة البائع لأنها تظهر زيادة ألف وكذا اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري اشتريته منك هذا العبد وهذه الجارية بألف وأقام البينة يقضى بينة المشتري لأنها تظهر زيادة وكذا اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على ألف وقالت المرأة على الفين وأقام البينة يقضى بينة المرأة لأنها تظهر فضلاً ثم إن كانت بينة الزيادة أولى لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر ولو عارضها مع المعارض ولا يمكن إلا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة ولا يلزم على هذا الأصل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشتري بالفين وأقام البينة أنه يقضى بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لأن البينة إنما تقبل من المدعي لأنها جعلت حجة المدعي في الأصل والمدعي هناك هو الشفيع لوجود المدعي فيه وهو إن يكون مخيراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشتري فمجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعي عليه والبينة حجة المدعي لا حجة المدعي عليه في الأصل لذلك قضى بينة الشفيع لا بينة المشتري بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن لأن هناك البائع هو المدعي لأن المخير في الخصومة إن شاء خصم وإن شاء لا وفيما إذا اختلفا في قدر المبيع المدعي هو المشتري ألا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذلك في باب النكاح المدعي في الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أجل الثمن في أصل الأجل أو في قدره وأقام البينة أن البينة بينة المشتري لأنها تظهر الزيادة وكذا اختلفا في مضيه وأقام البينة فالبينة بينة المشتري أنه لم يعض لأنها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في المسلم فيه في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقام البينة بعد تفرقهما أن البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واخذ بالاجماع لأنهما اتفقا على أن المسلم إليه لم يقبض إلا رأس مال واحد وإن اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين (وجه) قول محمد أن كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لا اختلاف البدلين فيعمل بهما جميعاً ويقضى بسلمين إذ لا تنافي بينهما ولهما اتفاقا على عقد واحد وإنما اختلفا في قدر المفقود عليه قدرأ أو جنساً أو صفته وبينه رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم إليه عندهما وعند محمد تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا إذا تصادقا في رأس المال كان ديناً فإن تصادقا في عينه واختلفا في المسلم فيه فإن كان رأس المال عيناً واحدة يقضى بسلم واحد كما إذا قال رب السلم أسلمت إليك هذا الثوب في كرحنطة وقال المسلم إليه في كرحنطة شعيير فالبينة بينة رب السلم لأن رأس المال إذا كان عيناً واحدة لا يمكن أن يجعل عقدين فيجعل عقداً واحداً وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالتبول وإذا كان عينين بان قال رب السلم أسلمت إليك هذا الثوب في كرحنطة وقال المسلم إليه هذا الثوب في كرحنطة يقضى بسلمين بالاجماع لأنه يمكن أن يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله

إذا كانت الدعوى دعوى الملك فامادعوى اليد بان تنازع رجلان في شيء يدعيه كل واحد منهما انه في يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان أقام جميعاً البينة يقضى بكونه في أيديهما لا استوائهما في الحجة وان أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لاحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله اذا قامت البينتان على الملك أو على اليد فاما اذا قامت احدى البينتين على الملك والاخرى على اليد فيبينة الملك أولى نحو ما اذا أقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذواليد البينة على انها في يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلّة كيد العصب والسرقة واليد المحقة قد تكون يدملك وقد تكون بداعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينتهما معارضة لبينة الملك ( واما ) دعوى النسب فالكلام في النسب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ما يثبت به النسب وفي بيان ما يظهر به النسب وفي بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثاني في بيان ما يثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشاً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما في قوله عز وجل واسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل وازاره وخافه وفي التفسير في قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني فاقضى ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زمانه اذ القسمة تنفي الشركة والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش وقاه عن الزاني بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل في النفي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه لا لعدم الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما نذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبيّاً في يد رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذب المولى فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصرام ولده لان أمومية الولد تتبع نبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال هو ابني من الزنا يثبت نسبه منه وهو محط في قوله من الزنا لانه يصير متملكاً الجارية عندنا قبيل الاستيلاء أو مقارناً له ولا يصحق الوطء زناً مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابني منها ولم يقبل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبد المولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى يثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبينة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهي الفراش الا انه لم يظهر نفاذه للحال لقيام ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد أو شراء فاسد أو شبة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لي الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب مادام عبداً فاذا ملكه يثبت النسب ويعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح في نبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقه بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً لانه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة

مصححة له شرعاً الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب  
أمومية الولد أصلاً لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بمجهة مصححة شرعاً وعلى هذا اذا تصادق الزوجان  
على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لان الفراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبيّاً  
في يد امرأة فقالت هوا بني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقر انه  
ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعى النكاح والنكاح لا بد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس  
بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الاول هو من  
النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضاً لان التناقض  
ساقط الاعتبار شرعاً في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم  
وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالحديث  
وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لملك الفراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بالملكه فبقى  
الحكم في جانبها متعلقاً بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد  
من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً وكيفية عمله في ذلك فنقول والله التوفيق المرأة تصير فراشاً باحد أمرين احدهما  
عقد النكاح والثاني ملك العيّن الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقداً موضوعاً لحصول الولد شرعاً  
قال النبي عليه الصلاة والسلام بنا كحوا توالدوا تكثروا فاني أبهى بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس  
يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضياً الى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه  
ويستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض  
مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله في محله والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده في حق  
الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء في حالة الحيض والنفاس  
وسواء كانت المنكوحه حرة أو أمة لان المقصود من فراش الزوجية لا يختلف وامالك العيّن في أم الولد يوجب  
الفراش بنفسه أيضاً لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضياً الى حصول الولد كملك النكاح  
الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج وينتفي بمجرد  
النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح واماً في الامة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الامة فراشاً  
بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشاً بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا تصير فراشاً الا  
بقريئة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمة تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وعبارة مشايخنا رحمهم الله في هذا  
الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوي وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوي فراش المنكوحه حتى يثبت النسب  
من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي من غير  
لعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافاً للشافعي (وجه) قوله ان ثبات النسب  
منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لان الوطء سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أولاً (ولنا)  
ان ووطء الامة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشتري للوطء عادة بل للاستخدام والاستباح ولو وطئت  
فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بتزويج الغزل والظاهر في الاماء هو الغزل  
والغزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سبباً لحصول الولد الا بقريئة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقريئة الدعوة  
انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصنها ولم  
يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه  
ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف بين أصحابنا رضي الله تعالى عنهم واختلفوا فيما اذا وطئها

وحصنها ولكن عزل عنها ولم يعزل عنها ولكنها لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النفي وقال أبو يوسف رحمه الله أحب إلى أن يدعو إذا كان وطئها ولم يعزل عنها وان لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب إلى أن يعتق ولدها ويستمتع بأمه إلى أن يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة أنه إذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لأن غير الثابت ييقن لا يثبت بالشك كما أن الثابت ييقن لا يزول بالشك وجه قول محمد أنه إذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفي أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لأن الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحر بعد موته عسى ويستوى في فراش الملك ملك كل المحل وبعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب وبيان ذلك في مسائل إذا حملت الجارية في ملك رجلين فجات بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لأن ماله من الملك أوجب النسب بقدره إلا أن النسب لا يتجزأ فتي ثبت في البعض يتعدى إلى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها الشريك ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهي من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فهو ابناهما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما ويتعين بقول القائف وجه قوله أن خلق ولد واحد من ماء فلين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك إلا في الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد إلا من أحدهما ويعرف ذلك بقول القائف فإن الشرع ورد بقول القائف في النسب فإنه روي أن قائف امرأته سامة وزيدوها تحت قطيفة واحدة قد غطي وجوههما وأرجلهما بادية فقال إن هذه الأقدام يشبه بعضها بعضها فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائف حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي أنه وقمت هذه الحادثة في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شريح لسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابناهما يرثانه وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعا لأن سبب استحقاق النسب بأصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصة للنسب ثم تعدى لضرورة عدم التجزئ فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال وأما فرح النبي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل أنه لم يكن لا اعتباره قول القائف حجة بل لوجه آخر وهو أن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائف ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم واحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا فهو ابناهم جميعا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبي يوسف أن القياس يأبى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي إلا أن تركنا القياس في رجلين بامر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقي حكم الزيادة مردودا إلى أصل القياس وجه قول محمد أن الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه أثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة ولا في حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالفصل بين عدد و عدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصباة متفقة أو مختلفة بان كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي فالولد ابناهم جميعا فحكم النسب لا يختلف لأن سبب ثبات النسب هو أصل الملك لصفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاء فيثبت في نصيب كل



واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى الى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه  
 جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله ثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا في سبب  
 الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجانب الاب لان نصف الجارية  
 ملكة حقيقة وله حق تملك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى ويملك نصيب الابن من  
 الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في  
 الجارية المشتركة بين الاجنبيين ويضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لان الوطء من كل واحد منهما في قدر  
 نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الاجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف  
 بالنصف قصاصا كما في الاجانب وهذا بخلاف حالة الانفراد فان أمة لرجل اذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه  
 ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار متملكا للجارية ضرورة صحة الاستيلاء بقا عليه أو مقارنا له  
 لانعدام حقيقة الملك فحصل الوطء في الملك وهما الاستيلاء صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا  
 حاجة الى التملك لصحة الاستيلاء وانه صحيح بدونها وما ثبت ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه لا يتجزأ  
 التجزى على ما ذكرناه الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحفيد  
 جارية فجاءت بولد فادعياه معا والاب حي يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي ولو ادعى  
 الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالملك أولى لان له حقيقة الملك ولاب المالك الآخر حق التملك فكان المالك  
 الحقيقي أولى هذا كله اذا كان الشرى كان المدعيان حريين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى  
 لان اثبات النسب منه أرفع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه الى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا  
 والآخر عبدا مكاتباً فالحر أولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتباً والآخر عبداً فالمكاتب  
 أولى لانه حر يد فإمكان أرفع للولد ولو كانا عبيدين يثبت النسب منهما جميعا لكان هل يشترط فيه تصديق المولى فيه  
 روايتان ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما اذا كان العبد محجوراً وحمل الاخرى على ما اذا  
 كان مأذوناً وعملاً بهما جميعا ولو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى استحساناً والقياس أن يثبت نسبه  
 منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في  
 حكمه كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من المسلم أرفع للصبي لانه يحكم باسلامه  
 تبعاله وكذلك لو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالقياس ان يثبت النسب منهما بالاستيلاء في الملك وفي  
 الاستحسان الكتابي أولى لانه أقرب الى الاسلام من المجوسى فكان أرفع للصبي ولو كان أحدهما عبداً مسلماً أو  
 مكاتباً مسلماً والآخر حراً كافراً فالحر أولى لان هذا أرفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل  
 ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذمياً والآخر حراً فمما يترددان ولد المرتد على حكم الاسلام  
 ألا ترى انه اذا بلغ كافراً يجبر على الاسلام واذا أجبر عليه فالظاهر انه ينسب فكان هذا أرفع للصبي هذا كله اذا خرجت  
 دعوة الشرى يكن معاً فاما اذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كائنا من كان فهو أولى لان النسب اذا ثبت من  
 انسان في زمان لا يمتثل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية في ملكها فجاءت بولد فادعاه  
 أحدهما أو ادعياه جميعا فاما اذا كان العلوق قبل الشراء بان اشتراها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما  
 حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له ووضمان نصف قيمة الام موسراً كان أو معسراً فلا يختلف ويختلف حكم  
 العقر والولد فلا يجب العقر هنا ويجب هناك لان الاقرار بالنسب هنا لا يكون اقراراً بالوطء لثبوتنا بعدم العلوق في الملك  
 بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شرى يكتن اعتمه أحدهما لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يجز اسناد  
 الدعوى الى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعتاق ولو اعتق هذا

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا علقت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة الى حال العلوق فسقط الضمان وهنالا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعياه فيها ولا عقروا واحده منهما على صاحبه كما في الاول ولا يفترقان الا في الولاء فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاء فيعلق الولد حر او الدعوة هنا دعوة تحرير وانه يوجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعترق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لقل من ستة أشهر فقد تيقنا ان علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب القران بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانها صارت أم ولد له فصارت ملكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملًا فجاءت بولد فادعاه أحد هما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحرير فاذا ادعاه فقد حرره والتحرير اطلاق نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتناق حقيقة فيضاف العتق اليه لا الى القرابة هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدًا فادعاه أحد الشرىكين أو ادعياه جميعا فاما اذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدًا على حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهما في بطن واحد واما أن ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احدهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الاخر لا استحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكما نت دعوة أحدهما دعوة الاخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورته ثبوت نسب الاخر وعتقا جميعا لعلوقهما حرى الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا ولدتهما في بطن واحد فاما اذا ولدتهما في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر من مدعى الاكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفي الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فدعى الاصغر يدعى ولد أم ولد الغير ومن ادعى ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخرج الدعوة الى دعوته فصارت مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغرورا من جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقر لمدعى الاكبر لكن نصف العقر أو كله فقيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتزمان قصاصا فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فاذا على مدعى الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الاكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويتراد ان الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فدعى أحدهما الاكبر والاخر الاصغر فاما اذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر ولا قد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك اذا ادعى الاخر الاصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

أولا فاما اذا ادعى الاصغر أولا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشرىكة الآخر والا كبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فاذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحدهما الا كبر ابني والاصغر ابني شريكي ثبت نسب الا كبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشرىكة والاصغر ولد أم ولده أقر بنسبه لشرىكة فان صدقه شريكة ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابني والا كبر ابني شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكة ولو قال أحدهما الا صغر ابني والا كبر ابني شريكي أو قدم وأخر فقال الا كبر ابني شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن لشرىكة نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكة فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لمدعى الاصغر نصف قيمة الا كبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين يشهد أحدهما على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يدا انسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فتقول لا يخلو اما ان ولدوا في بطن واحد واما ان ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما ان ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابني أو عين واحد منهم فقال هذا ابني عتقوا و ثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقيين لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذ ثبت نسبهم وصارت الجارية أم ولد له هذا اذا ولدوا في بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الا كبر ولدي ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام وفي الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الا كبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه وان لم يوجد نفاق قد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى هذا اذا ادعى الا كبر فاما اذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والا كبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والا كبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابني فان بيننا الحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقران الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الاولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رحمه الله ونصف ولائها الآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يجزأ عنده فيبقى نصيب المدعى على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يجزأ أو يعتق الكل فلم يبق للمدعى فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى للملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه يعتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك السيد ثابت له وان كان كاف لثبات

النسب ولو ادعى المضارب ولد جارية المضارب لم تصح دعوته اذ لم يكن في المضارب ربح لانه لا بد لتببات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلاً لا ملك الذات ولا ملك اليد اذ لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعى ولدا من جارية مولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاهما أحلها له أو زوجها منه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المولى لانه أجنبي عن ملك المولى لانعدام الملك له فيه أصلاً فالتحقق بسائر الاجانب الا في الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه فقدت دعوته لانه أقر بحبسة مصححة للنسب لكن توقف نقاذه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أو لا لان النسب ثبت بالنكاح صحيحاً كان أو فاسداً وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من اكسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلا يملك مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلا نه فيها حق ملك يتقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فمنع من بيعها والعبد المسلم والذي سواه في دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذي لان الكفر لا ينافي النسب ويستوى في دعوته الاستيلاء وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق في الملك فان كان العلوق في غير الملك كانت دعوته دعوة تخرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان في ملكه يصح وان كان في ملك غيره لا يصح الا بشرط التصديق أو البيعة فتقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاء ودعوة تخرير فدعوة الاستيلاء هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين انه علق حراً ودعوة التخرير هو ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة في مسائل اذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعداً فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحته ودعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر ان الجارية أم ولد له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا الاستحسان وفي القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان ان قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط ان يكون علوق الولد في الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد في ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فبردها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا لضرورة فتقول بيانه اذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو أجره أو كاتبه فادعاه البائع قضى ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لو كان المشتري باع الام أو كاتبها أو رهنها أو أجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان الا لضرورة لانه يعقبه أراً لا يحتمل البطلان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو دبره أو مات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشتري أعتق الام أو دبرها دون الولد صححت دعوته في الولد ولم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام لان المانع من الفسخ خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح ثبتت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له لئلا الأ أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع في الولد ويرد البائع مع الثمن حصبة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولداً بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري وأخذ أرسها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاء وانها تستند الى

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أو لا ثم يستند فيستدعي قيام الحبل للحال لاستحالة ثبوت الحكم في المالك واليد المقطوعة هالك فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويستقط عن البائع من الثمن حصص الولد لانه سلم البديل للمشتري وهو الارش ولومات الام ثم ادعى البائع الولد سحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد جميع الثمن عند أي حنيقة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فأصاب قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلك عند المشتري لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال عنده وعندهما متقومة وهي من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لا قل من ستة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية في ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لا قل من ستة أشهر فادعاه البائع هذا اذا ولدت ولداً (فأما) اذا ولدت ولدين في بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما سحت دعوته ولزمه الولدان جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان الفصل في النسب لا يخلقهما من ماء واحد فان ولدت أحدهما لا قل من ستة والأخر لا أكثر من ستة أشهر فادعى أحدهما ثبت نسبها ويجعل كأنهما ولدتهما جميعا عند البائع لا قل من ستة أشهر لانهما كانا جميعا في البطن وقت البيع ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضا سواء كان المشتري ادعاه أو أعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا وينتقض العتق ضرورة فرق بين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق في الام وينتقض في الولد لان العتق لا يمتثل الفسخ مقصوداً وانما يحتمله للضرورة وفي الولد ضرورة عدم الاحتمال للا تفصال في النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب في الجملة ولو قطعت يد أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشتري لا للبائع لأن قيم البائع اليه على الدعوة قبل البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعي قيام الحبل للحال واليد المقطوعة هالك فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصود أهو النفس وانما يظهر في الاطراف تبعاً للنفس وبالقطع انقطع التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشتري ونفس كل واحد من التوأمين أصل في حكم الدعوة فثبت في أحدهما تصح في الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما في النسب ومتى سحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاء فتبين انها علقا حرين فكان ينبغي أن تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان صحة هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً من وجه مقتصر أعلى الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملاً بشبهه الاقتصاد وجعلنا الواجب لورثة المقتول عملاً بشبه الظهور عملاً بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشتري أحدهما ثم قتل وترك ميراثاً فأخذ دية وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولد فانه يقضى بالحق وامه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه ويأخذ الدية والميراث من المشتري لما قلنا هذا اذا ولدت في يد المشتري لا قل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة أشهر فصاعداً لم تصح دعوة البائع الا أن يصدقه المشتري لاننا ننتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاء فتصح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح الا اذا صدقه المشتري فتصح لانه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير في ذلك فثبت نسبه ويكون عبداً لمولاه ولو

ادعى المشتري نسبة بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لا نسان في زمان لا بتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله اذا كانت الدعوى من البائع فان كانت من المشتري وقد ولدت لاقبل من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لان هذه دعوة تخرى لا دعوة استيلاء لتيقنا ان العلوق لم يكن في الملك فيستدعي قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا نسمع دعوته لما مر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمنع ولو ادعاه البائع والمشتري معا فدعوة البائع أولى لان دعوته دعوة استيلاء لوقوع العلوق في الملك وانها تستند الى وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة تخرى لوقوع العلوق في غير الملك بيقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لانه سابق في المعنى والاسبق أولى كرجلين ادعيا تلى الملك من واحد ونار يخرج أحدهما أسبق كان الاسبق أولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت أمة رجل ولد في ملكه لسته أشهر فصاعدا فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهه أو لا صدقه الابن في ذلك أو كذبه لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطء الجارية والاب اذا وطئ جارية ابنته من غير نكاح يصير مشملا كما اياها لحاجته الى نسب ولي يحيا به ذكره ولا يثبت النسب الا بالملك وللاب ولاية تملك مال ابنته عند حاجته اليه إلا ترى انه يملك ماله عند حاجته الى الاطلاق على نفسه كذا هذا الأنا هناك يملك بغير عوض وهنا بمعرض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين اذ الحاجة هناك الى ابقاء النفس والحاجة هنا الى ابقاء الذكر والاسم والملك بغير عوض أقوى من التملك بمعرض لان ما قبله عوض كان تملكه بصورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصدق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن في الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد أمة مكاتبه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصدق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبيا عنه فوقت الحاجة الى تصديقه وللاب ولاية على مال ابنته فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اشترها الابن خفاءت بولده لاقبل من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها خفاءت بولده في يد المشتري لاقبل من ستة أشهر فادعاه الاب لم تصح لانعدام الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لا تقطع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق الى وقت الدعوة شرط لصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستندا الى زمان العلوق ولا يثبت الملك الا بالتملك ولا يملك الاب بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبرالا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لم تم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافرا أو عبدا فدعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق بنفيان الولاية ولو كان كافرا فأسلم أو عبدا فاعتق فدعى نظري ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتاق لاقبل من ستة أشهر لم تصح دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لسته فصاعدا صحت دعوته ويثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوها فافاق صحت دعوته استحضانا والقياس أن لا تصح لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالانغماء وكل عارض على أصل اذا زال يلحق بالمدمن الاصل كأنه لم يكن كما لو أغمى عليه ثم أفاق ولو كان مرتد فدعى ولد جارية ابنته فدعوته موقوفة عند أبي حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لتفاد ولايته بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت الولد من الاب فتقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك ثبت شرط لصحة الاستيلاء والاستيلاء ايلاج منزل معلق فكان القمل قبل الانزال خاليا عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الاجنبيين اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لان

الوطء في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الايلاج المنزل المعلق من أوله الى آخر  
ايلاج واحد فكان من أوله الى آخره استيلاذ أفلا بد وأن يتقدمه الملك أو يارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر  
بخلاف الجارية المشتركة لأن ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطا لصحة الاستيلاذ وثبات النسب لأن نصف الجارية  
ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وإنما ثبتت حكم التناوب في نصيبه قضية للنسب ضرورة أنه لا يتجزأ وحكم الشيء  
لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه والوطء في غير الملك  
يوجب الحد إلا أنه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا التمسك بنبط شرط الثبوت النسب وصحة الاستيلاذ وشرط الشيء  
يكون ساقا عليه أو مقارنا له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضا لأنه علق حرا  
وإن كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لأن ذلك حكم الاعطاق فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الحد أنى الأب  
ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الأب عند اندامه أو عند اندام ولابته (فأما) عند قيام ولابته فلا حتى لو كان الحد  
نصرا نيا وحاقدهم مظهره والأب مسلم لم تصح دعوة الحد لقيامه بولاية الأب وإن كان الأب ميتا أو كان كافرا أو عبدا  
تصح دعوة الحد لا تقطع ولاية الأب وكذا إذا كان الأب ممتوها من وقت الطوق الى وقت الدعوة صحت دعوة  
الجد لقلنا أن أفاق ثم ادعى الحد لم تصح دعوته لأنه لما أفاق فقد التحق العارض بالدم من الأصل فعادت ولاية  
الأب فسقطت ولاية الجد ولو كان الأب مرتدا فدعوة الجد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فإن قتل على الردة أو  
مات صحت دعوة الجد وإن أسلم لم تصح لوقوف ولايته عنده كتوقف نصر فانه وعندهما لا تصح دعوة الحد لأن  
نصر فانه عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة هذا إذا وطئ الأب جارية الابن من غير نكاح (فأما) إذا وطئها بالنكاح  
ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لأن النكاح يوجب الفراه بنفسه صحيحا كان أو فاسدا  
ولا يملك الجارية لأنه وطئها على ملك الابن بقصد النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب  
النكاح ويمتق الولد على أخيه بالقرابة لأن النسب إنما يثبت بقصد النكاح لا بملك النكاح فثبتت الجارية على ملك الابن  
وقدمت الابن أخاه فيمتق عليه فإن ملك الأب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد  
وهو ثبات النسب إلا أنه توقف حكمه على وجود الملك فإذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله إذا ادعى الأب ولد  
جارية ابنته فأما إذا ادعى ولدا أم ولدته أو مدبرته بأن جاءت بولد ففناه الابن حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الأب لم يثبت  
نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد  
المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبرة من الأب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن  
(وجه) هذه الرواية أن ثبات النسب لا يقف على ملك الجارية بل محالة فإن نسب ولد الأمة المنكوحه ثبت من  
الزوج والأمة ملك المولى (وأما) القيمة فلأنه ولد ثابت النسب علق حرا فأشبهه ولد المفروض فيكون حرا بالقيمة  
والولاء للابن لأنه استحقه بالتدبير وأنه لا يحتمل الفسخ بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لأن أم الولد فراش  
لمولاه فكان الولد مولودا على فراش الابن والمولود على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وإن انتفى عنه بالتدبير كما في  
اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن النسب لا يثبت إلا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يثبتان التملك ويضمن  
العقر لأنه إذا لم يملكها فقد حصل الوطء في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا إذا لم يصدقه الابن في  
الدعوى بعدما فاه فان صدقه ثبت النسب بالاجماع لأن نسب ولد جارية الاجنبي يثبت من المدعى بتصدقته في  
النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويمتق على الابن لأن أخاه ملكه ولاؤه له لأن الولاء لمن أعتق ولو ادعى  
ولم يكن ابنته لم يثبت نسبه منه لأن النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصح دعوته إلا إذا  
عجزت فتتخذ دعوتها إذا عجزت فقد عادت قنا وجعل المعارض كالدم من الأصل فصار كالأدعي قبل الكتابة  
والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعي شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسند كره في كتاب الاقرار الا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشرطة التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون في يد نفسه واما أن لا يكون فان كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان في يد نفسه فاقراره يتضمن ابطال يده فلا يتصل الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما أن يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة اذا كان في ملك المدعى وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان علقه في ملك المدعى ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علقه في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن في يد أحد فلا في يد غيره ولا في يد نفسه كالصبي المنبوذ واما ان كان في يد أحد كاللقيط فان لم يكن في يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرًا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخير بما هو محتتمل الثبوت وكل عاقل أخير بما احتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل في دعوى ما ينفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين بقبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبي حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقدمت المسئلة ولو ادعته امرأتان صحت دعوتها عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسند كره الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن في يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقة الملتقط في ذلك أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال بد الملتقط لان يده عليه ناجية حتمية وشرعا حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبراً ليحفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أوقع للصبي من يد الملتقط لانه يقوم بحضنته وتربته ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصح دعوة الذمي (ووجهه) أنالو محمدا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزنا استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم باسلامه وان كان أبوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلما وذكر في النوادر أن من التقط لقيطا فدعاه نصراني فهو ابنه ثم ان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الشرك بان يكون في رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصراني هذا اذا أقر الذمي أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فراقبين الاقرار وبين البينة وذلك أنه متمم في اقراره ولا تهمة في الشهادة وسواء كان المدعى حراً أو عبداً لانه ادعى شيئين أحدهما يحمثل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معا فالملتقط أولى لاستوائهما في الدعوة وقع الصبي فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوت من غيره بمد ذلك الا أن يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجان فان كان



أحدهما مسامياً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لأنه يتبعه في الاسلام فكان أنفع للصبي وكذا اذا ادعته مسامية وذمية  
فالمسامية أولى ولو شهد للذمي مسلمان والمسلم ذميان فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فاسلام المدعى كاف  
للتزجيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لأنه أنفع للقيط وان كانا حريين مسلمين فان ذكر  
أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فواقفت دعوته العلامة فصاحبها أولى رجحان دعواه بالعلامة لان  
الشرع ورد بالتزجيح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد  
شاهد من أهلها ان كان قبيصة قدم من قبل فصدمت وهو الكاذب وان كان قبيصة قدم من دبر فكذبت وهو من  
الصادقين فلما رأى قبيصة قدم من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد القميص من خلف دليل مرادتها  
اياها لما أن ذلك علامة جذبها اياه الى نفسها والقدم من قدام علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلؤي ودباغ  
في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلؤي وبالاهاب للدباغ لان الظاهر  
يشهد باللؤلؤ للؤلؤي وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختلاف في متاع البيت أن ما يكون للرجال يجعل في يد  
الزوج وما يكون للنساء يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى  
أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه ثبت نسبه منهما لانه وقع  
التعارض في العلامات فسقط التزجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وان لم يذكر أحدهما علامة أصلاً  
ولكن لاحدهما بينة فانه يقضى له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لاحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعاً وهذا  
عندنا لا استواءهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا ثبت نسبه الا من أحدهما ويتعين بقول القافة على  
ما ذكرنا والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في  
الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعين هو ابني وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لانه ظهر كذبه بيقين ولو قال أحدهما  
هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فاذا هو خنثى يحكم بماله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البنية وان كان  
يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعى البنية وان كان يبول منهما جميعاً يعتبر بالسبق فان استويا في السابق فهو مشكل  
عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه  
منهما جميعاً ولو قال الملتقط هو ابني من زوجتي هذه فصدمت فهو ابنتها حررة كانت أو أمة غير انها ان كانت حرة  
كان الابن حراً بالاجماع وان كانت أمة كان ملكاً للمولى الا معة عند أبي يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول  
محمد أن نسبه وان ثبت من الامة لكن في جملة تبعها في الرق مضرة بالصبي وفي جملة حر منقعة له فيتبعها فيما ينفعه  
ولا يتبعها فيما يضره كالذمي اذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا  
وجه قول أبي يوسف ان الاصل أن الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون  
رقيقاً والرق وان كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنا وهي حرة أو أمة ذكر في  
الاصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولده وان أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت اذا كانت حرة  
عدلة أطلق الجواب في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما اذا كان  
لها زوج لانه اذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصحح الا بالبينة أو بتصديق الزوج  
فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى  
رواية الاصل على اطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال ثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا  
ببينة ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال يثبت بالقراش وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا يثبت بالولادة الا  
بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأة أن ابنتها عند أبي حنيفة وكذا اذا كن خمساً عنده  
وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلاً وجه قولهما أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد

واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب بينهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالفراش ولا يحنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهما وما قال ان الحكم في جانبين متعلق بالولادة فتم لكن في موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعاه جميعا فيثبت نسبه منهما وعلى هذا لو ادعاه رجل وامرأتان ثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعاه رجلان وامرأتان كل رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول والله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويأكد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضا بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعاه رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة ولكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة وكذا لو ادعاه رجلان معا ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البيتان في النسب فالأصل فيه ما ذكرنا في تعارض البيتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحد منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحد منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعين لا مكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشيء ان واحد مملوك لاثنتين على الكمال في زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيه أن تعارض البيتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذى اليد واما ان يكون بين الخارجين وبين ذى اليد فان كان بين الخارج وذى اليد فينبغي ان يكون بينهما استواء في البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين الخارجين وبين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استوى يعمل بهما ويثبت النسب منهما وعلى هذا اذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر انه عبده يقضى للذي ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والآخر يدعى الرق فيبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحر والحررة مألقة ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعاه رجلان ووقفت بينة كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب منهما لاستواء البيتين ولو كان وقت احدهما أسبق يحكم سن الصبي فيعمل عليه لانه حكم عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التاريخ أصلا كأنهما سكتا عنه ولا يحنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكما فيقضى للحكم للتاريخ فيرجح الاسبق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة انه ابنها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافي بين ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعاه رجلان بل أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأة انه ابنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وامرأة أن الغلام ابنهما وأقام البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذي ادعاه الغلام أنه ابنهما وبطل النسب الذي أنكره الغلام لان البيتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذ هو في يد نفسه كالخارجين اذا أقام البينة ولا حد لها يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانيا فأقام بيته من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسامة فيبينة الغلام أولى ولا ترجح بيته المدعى المسلم لانه لا يبدله وان كان مساما وان كان بيته الغلام من النصراني يقضى بالغلام للمسلم والمسامة لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فبقى مجرد الدعوة فلا تعارض البينة ويحبر الغلام على الاسلام غلام في

يدانسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولده أمته هذه في ملكه وأقام البيعة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه وولده  
الامة في ملكه وأقام البيعة فان كان الغلام صغيرا لا يتكلم قضى به لصاحب اليد استوائهما في البيعة فيرجع صاحب  
اليديد اليك في النكاح وان كان كبيراً يتكلم فقال أنا ابن الآخر قضى بالامة والغلام الخارج لان الغلام اذا كان  
كبيراً يتكلم في يد نفسه فالبيعة التي يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما في يد رجل فأقام  
صاحب اليد البيعة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعي ذلك وأقام الخارج البيعة على ملكه قضى بالرأفة  
وبالولد للذي هما في يده لما قلنا وان كان الذي في يده من أهل النعمة والمرأة ذمية وأقام شهوداً مسلمين قضى بالرأفة والولد  
للذي هما في يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البيعة على انه تزوجها في وقت كذا وأقام الذي في  
يده البيعة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسداً فالبيعة القائمة على  
النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتم ادعى انه ابن فلان وولده أمته فلانة على فراشه وذلك  
الرجل يقول هو عبدى ولد أمى التي زوجها عبدى فلانا فولدت هذا الغلام منه والعبدى يدعى ذلك فهو ابن العبد  
لانه تعارض الفرائش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا ينتفى باللعان وفراش الملك ينتفى  
بمجرد النفي فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك  
وقامت عليه البيعة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار  
بالحرية فان لم يعمل في النسب يعمل في الحرية وكذلك لومات الرجل وترك ما لأقام الغلام البيعة انه ابن الميت من  
أمته وأقام الآخر البيعة انه عبده وولده أمته من زوجها فلان والزواج عبده أيضاً والعبدى يدعى ذلك يقضى له بالنسب  
لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتاً ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بيعة الغلام خلت  
عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النساء اذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلاً لانه  
في جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) في جانب الرجال فنوعان نوع محتمل النفي ونوع لا يحتمله أما ما يحتمل  
النفي فنوعان (نوع) ينتفى بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفى بنفس النفي بل بواسطة اللعان (أما الذي)  
ينتفى بنفس النفي فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل الى غيره  
بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة الى اللعان (وأما) الذي لا ينتفى بمجرد النفي فهو نسب ولد  
زوجة يجرى بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حريين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف على  
ما ذكرنا في كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قوماً فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفي ما لم ينضم  
اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفى نسب الولد بالنفي لان الانتفاء بواسطة اللعان  
ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجة حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذي) لا يحتمل  
النفي فهو نسب ولد زوجة لا يجرى بينهما اللعان فاذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لا ينتفى نسب الولد بالنفي  
وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفي لان النفي يكون انكاراً بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص  
ودلالة لما ذكرنا في كتاب اللعان

﴿ فصل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أثناء مسائل النسب وأما حكمه  
في الملك فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك والثاني في قدر الملك أما الاول  
فسبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البيعتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند  
الامكان وعند تمدد العمل بهما بقدر الامكان تصحيحاً للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك في مسائل رجلان  
ادعى اذابة أحدهما رآكها والاخر متعلق بلجامها فهي للراكب لانه مستعمل للذابة فكانت في يده (وكذلك) اذا

كان لا أحدهما عليه حمل وللآخر عليه كور معلق أو مخللة معلقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعاً راكبين  
لكن أحدهما في السرج والآخر ديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله أنها راكب  
السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية أنهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت  
لهما ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما إجماعاً لاستواءهما في الاستعمال ولو ادعى عبد أصغر ألا يعبر  
عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لأنه إذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهايم فتبقى اليد عليه ألا ترى أنه  
لو ادعى صبيلاً أصغيراً مجهول النسب في يده أنه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع  
دعوى الحرية إلا بينة لأنه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه إلا بدليل (ومثله) لو ادعى غلاماً كبيراً أنه  
عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لأنه ادعاه في حال هو في يده نفسه فكان القول قوله ولو ادعى عبداً  
كبيراً فقال العبد أنا عبد لا أحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا إذا كان العبد في يد رجل فآثره لرجل  
آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في إقراره أنه لغيره لأن إقراره بالرق إقرار بسقوط يده عن نفسه فكان  
في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله أنه لغيره لأن العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان فاعتقني وأنا حر فكذلك عند  
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى عن أبي يوسف أن القول قول العبد ويحكم بحرية لأن العبد متمسك بالأصل إذ  
الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهد أنه الصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما أقر أنه كان عبداً فقد أقر بزوال  
حكم الأصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الأصل فكان الظاهر شاهد أنه ولو ادعى ثوباً  
وأحدهما إلا بسه والآخر متعلق بذيله فالإس أولى لأنه مستعمل للثوب (ولو ادعى) بساطاً وأحدهما جالس  
عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس يجلسه والنوم عليه أولى لاستواءهما في اليد عليه (ولو ادعى)  
داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب  
البناء والحفر لأن سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك  
ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) إذا كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت  
بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخيطن ثوباً في دار إنسان فاختلفا في الثوب فالقول لصاحب  
الدار لأن الثوب وإن كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لأن الخياط وما في يده في داره والدار في يده  
فما فيها يكون في يده (حمال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله  
فهو له لأن الظاهر شاهد له وإن كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لأن الظاهر شاهد له (وكذلك) حمال عليه كارة  
وهو في دار بزاز اختلفا في الكارة فإن كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لأن الظاهر شاهد له وإن كانت مما  
لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لأن الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائر في دار رجل فاختلفا فيه فإن اتفقا  
على أنه على أصل الابحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لأنه لا يأخذ  
دون صاحب الدار إذا الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط أو شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد  
لمن أخذه وإن اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الضائد فإنه ينظر إن أخذه من الهواء  
فهو له لأنه لا يأخذ إلا يد لا حد على الهواء وإن أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لأن الجدار  
والشجر في يده وكذلك إن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لأن الأصل إن  
ما في دار إنسان يكتسب في يده هكذا روى عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعى أحدهما  
ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذلك لو كان أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لأن  
سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما  
داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما

تثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعى حائطاً من دارين ولا أحدهما عليه جذوع فهو له لأنه مستعمل للحائط .  
 ولو كان لكل واحد منهما جذوع فان كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد  
 منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعدان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لأنها استويافي استعمال الحائط  
 فاستويافي ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت ان يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال  
 له زد أنت أيضاً الى تمام عدد خشب صاحبك ان أطاق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا التزاع ولو كان  
 لأحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالقياس ان يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان  
 لا يكون (وجه) القياس ان زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجية والزيادة من جنس الحجية  
 لا يقع بها الترجيح ألا ترى انه لو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وان كان  
 استعمال أحدهما أكثر دل ان المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويافيه (وجه) الاستحسان ان  
 يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بمادون الثلاثة لان الجدار لا يبنى له عادة وانما يبنى لاكثر من ذلك  
 الا ان الاكثر مما لانهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيده فكان ما وراء موضع الجذوع لصاحب  
 الكثير وأما موضع الجذوع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وانما لصاحب القليل حق وضع الجذوع لا  
 أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذوع من الحائط وما رواه لصاحب الكثير (وجه) هذه  
 الرواية ان صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (جه) رواية الاقرار ما مر  
 ان الاستعمال لا يحصل بالجذوع والجذوع لان الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله  
 في يد صاحب الكثير الا انه ليس له دفع الجذوع وان كان موضع الجذوع مملوكاً له لجواز ان يكون أصل الحائط  
 مملوكاً لانسان ولا آخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البيئنة ان الحائط له لان له ان يدفع لان البيئنة حجة  
 مطلقة فاذا أقامها تبين ان الوضع من الاصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البيئنة لاننا جعلنا  
 الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال  
 التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالتعلق به ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب  
 الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال  
 التزاق وارتباط وللآخر اتصال تبيع فصاحب التبيع أولى لان اتصال التبيع أقوى من اتصال التزاق  
 ولو كان لأحدهما اتصال تبيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التبيع ولصاحب الجذوع حق وضع  
 الجذوع لكن الكلام في صورة التبيع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله ان التبيع هو ان يكون انصاف البان  
 الحائط مداخلة إحدى الدارين يبنى كذلك كالازج والطاقت فكان بمعنى التناج فكان صاحب الاتصال  
 أولى وذكر الكرخي رحمه الله ان تفسير التبيع ان يكون طرفاً هذا الحائط المدعى مداخلة إحدى الدارين وهذا  
 التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل ان المداخلة اذا كانت من جاني الحائط كان صاحب الاتصال  
 أولى بخلاف وان كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي  
 رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ما ذكرنا ان ذلك بمعنى التناج حيث حدث من بناءه كذلك فكان  
 هو أولى وجه قول الكرخي ان المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحد أفسط حكم الاستعمال  
 لضرورة الاتحاد فلك البعض يوجب ملك الكل ضرورة الا انه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لان ذلك ليس من  
 ضرورات ملك الاصل بل يحتمل الافصال عنه في الجلسة الا ترى ان السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت  
 السفلى هو ملك صاحب السفلى ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفلى رفع السقف منع منه شرعا  
 كذا هذا جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع عليه بخلاف ما اذا أقام البيئنة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرغ أبو يوسف على ما روى عنه من تفسير التبريع انه اذا اشترى داراً  
ولرجل آخر دار بجنب تلك الدار وبينهما حائط وأقام الرجل البيعة له فاراد المشتري ان يرجع على البائع بحصته من  
الثمن ان كان متصلًا ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلًا ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً  
فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلًا ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشتري ان يرجع على  
البائع بحصة الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلًا بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فيثبت الرجوع عند  
الاستحقاق وان كان متصلًا بحائط الدار المبيعة وللاخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخي ان  
صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصالاً ببيع واستحق المشتري  
الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها ما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقربان  
السترة والبناء له فالحائط لصاحب السترة لانه مستعمل الحائط بالسترة فكان في يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لاحدهما  
عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادي شيئاً لان وضع  
المرادى على الحائط ليس بامر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان مباحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه  
الحائط الى أحدهما وظهره الى الآخر وكان انصاف اللين أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشيء من ذلك عند أبي  
حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللين والطاقات وهذا اذا جعل الوجه  
وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعاً وعلى هذا الخلاف اذا ادعى بأب  
مغلقاً على حائط بين دارين والغلق الى أحدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من  
الجانبين فهو لهما اجماعاً وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والتمط الى أحدهما فالخص بينهما عند  
أبي حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى التمسك وعندهما الخص لمن اليه التمسك وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف  
والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللين والطاقات والغلق والتمط الى صاحب الدار فيدخل  
على انه بناؤه فكان في يده ولا يبي حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة واليد في الماضي لا تدل على  
اليد وقت الدعوة والحاجة في أثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى في يده تجب  
عليه العين لصاحبه اذا طلب فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا الاختلاف في المرور في دار  
ولا حد هما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البيعة ان له في داره  
طريقاً ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئاً لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق  
أصلاً وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلاً على حق المرور في الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود  
ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً لاحتمال أن مروره فيها كان غصباً أو اباحة ولئن دلت على انه  
كان لحق المرور لكن في الزمان الماضي لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقاً  
فان حدوا الطريق فسموا طولاً وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك اذا لم يحدوه كذا ذكر في الكتاب ومن أصحابنا رحمهم  
الله من حمل المسئلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع  
صحّة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحّة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طولاً  
معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان  
أباهم وترك طريقاً في هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلاف في مسيل  
الماء فلصاحب الدار ان يمنع عن التسييل حتى يقيم البيعة ان له في هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب  
بنفس الميزاب شيئاً ما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديماً فله حق التسييل وذكر محمد في  
كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلاف في ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة فيما اذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشئ لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على مامر ولو شهدوا ان لهحقا في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم بينوا تقبل شهادتهم أيضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقية الصفة مجهولة فيتبين بيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعي بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برى وان نكل يقضى بالنكول كما في باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لاحدهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح والله تعالى أعلم

**فصل** وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفوا فلا يخلو اما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في قدره بان قال البائع بعت منك هذا العبد بالنى درهم وقال المشتري اشتريت بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وترادا سواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر والمشتري يدعى على البائع تسليم المبيع اليه عند أداء الالف وهو ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغي ان لا يخلف البائع ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا اناعر فنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وبيد أيمين المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبي يوسف الآخر وفي قوله الاول يبدأ يمين البائع ويقال انه قول أبي حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين وظيفة المنكر والمشتري أشد انكارا من البائع لانه منكر في الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشتري أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عيناه وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ يمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يخلف البائع ثم اذا تحالفا هل يفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم يفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ وقال بعضهم لا يفسخ الا بفسخ القاضي عند طلبهما أو طالب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما مضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه ان عقديتين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الاصل المعهود في الثابت بيقين لانه لا يزول بالاحتمال فلا يفسخ الا بفسخ القاضي وله ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضي لانهما لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعا فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاما اذا كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى الزيادة واما ان تغيرت الى النقصان فان كان التغيير الى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه

الله لا يمنع ويرد المشتري العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما في عقود المعاوضات فتتمنع التحالف وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبرغ في الثوب والبناء والعرس في الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة تمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر فهو على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالوهوب في المكسوب لا تمنع التحالف اجماعا فيتحالفان ويرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع الفسخ في عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هي ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا اتحالفا ويرد المشتري المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة لانهما حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الحنث فيها هذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة فاما اذا تغيرت الى النقصان فيرد المشتري فذ كركمه ان شاء الله تعالى هذا اذا كانت السلعة قائمة فاما اذا كانت هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن فان حلف لزمه ما أقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل تمنع التحالف عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة والسلام التحالف مطلقا عن شرط قيام السلعة أو لا يقال ورد هنا نص خاص مقيد بحال قيام السلعة وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والساعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يشمل على المقيد ما في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتا بنصين وحال هلاكها ثابتا بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما فيجب العمل بهما جميعا ولهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقى التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه عليه الصلاة والسلام أو جب جنس اليمين على جنس المنكر بن فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكر بن وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري لان البائع يدعى عليه زيادة عن وهو ينكر فاما الانكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وهذا القيد ثابت في النص الآخر أيضا دلالة لانه قال عليه الصلاة والسلام وترادا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقى التحالف حال هلاك السلعة شيئا بالخبر المشهور ويستوى هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف أصلا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك السلعة يمنع التحالف في قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلا حتى لو اشترى عبد بن فقبضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فينثذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان على القائم ويترادان وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لا يبي يوسف لان المانع من التحالف هو الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقدير الحكم بقدر العلة ولا يبي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقى التحالف حال هلاك بعضها منقيا بالحديث المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالحرز والظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فينثذ يتحالفان لانه يرضى ان يكون الثمن كله بمقا بله القائم فيخرج الهالك



عن العقد كانه ما وقع العقد عليه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكماً بان خرج  
عن ملك المشتري بسبب من الاسباب لان الهالك حكماً يلحق بالهالك حقيقة وقدم الاختلاف فيه وسواء خرج  
كله أو بعضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فخرج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان  
التحالف هنا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم وحصة الخارج  
من الثمن بقول المشتري فينثذ يتحالفان على القائم ويرد المشتري ما بقي في ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند  
أبي يوسف فاما عند أبي حنيفة فلا يتحالفان في الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيقي لا يمنع التحالف  
عنده فالحكمي أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا تحالفا عنده  
فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرده المشتري القيمة ان لم يكن مثلياً والمثل ان كان مثلياً وان هلك بعضه  
بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرراً وفي تشقيصه عيب فالبايع بعد  
التحالف بالخيار ان شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا ضرر في  
تبعيضه ولا عيب في تشقيصه فللبائع ان يأخذ الباقي ومثل القائمتان كان مثلياً وقيمتها ان لم يكن مثلياً ولو خرجت  
السلعة عن ملك المشتري ثم عادت اليه ثم اختلفا في مقدار الثمن نظرياً في ذلك ان كان العود فسحاً بان وجد به عيباً فرده  
بقضاء القاضى يتحالفان ويرد العين لان الفسخ رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسحاً بان كان ملكاً  
جديداً لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسحاً لا يبين ان الهلاك لم يكن والهالك  
يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لالعين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه  
صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان  
فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقض المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن  
لم يتحالفاه عندهما سواء كان النقصان باقاً سواء به أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري أو بفعل الاجنبي أو بفعل البائع  
لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء في المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبي حنيفة رضي الله  
عنه فلا يتحالفان والقول قول المشتري الا اذا كان النقصان باقاً سواء به أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ورضى  
البائع ان يأخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً فينثذ يتحالفان ويترادان وعند محمد يتحالفان ثم البائع  
بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً وان شاء ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم  
على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالمبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبي أو  
بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشتري مع يمينه هذا اذا اختلفا  
في قدر الثمن فاما اذا اختلفا في جنسه بان قال أحدهما الثمن عين وقال الآخر هودين فان كان مدعى العين هو البائع بان  
قال للمشتري بعت منك جاريتي بعبدك هذا وقال المشتري للبائع اشترت بتهامتك بالف درهم فان كانت الجارية قائمة  
تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وتراد من غير فصل بين ما اذا كان  
الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه وان كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول  
قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسألة هلاك السلعة وقد مر وان كان مدعى العين هو المشتري  
بان قال اشتريت جاريتك بعبدى هذا وقال البائع بتهامتك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة  
يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعاً ويرد المشتري القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك  
السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلان وجوب اليمين على المشتري ظاهر أيضاً لان البائع يدعى عليه  
ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلان المشتري يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان  
كل واحد منهما مدعياً من وجه منكر آمن وجه فيتحالفان ولو كان البائع مدعى عيناً والبعض ديناً والمشتري يدعى

الكل ديناً بأن قال البائع بعث منك جاريتي بعبدك هذا بالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائماً تحالفاً بالنص وان كان هالكاً فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعى البعض عيناً والبعض ديناً والبائع يدعى الكل ديناً بأن قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدى هذا بالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعثك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفاً وتراداً بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعاً الا ان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري القيمة وما كان بازاء الدين وهو الف وذلك ثلثا الجارية يرد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعى كل الثمن عيناً كانا يتحالفان ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا ولو كان كل الثمن ديناً لكان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر فاذا كان يدعى بعض الثمن عيناً وبعضه ديناً يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فان اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعى الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضاً لما قلنا وان اختلفا في مضيه مع اتفاهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يمض لان الاجل صار حقاله بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضى جميعاً فقال البائع الاجل شهر وقدمضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضى فيجعل الاجل شهر لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضى على ما مر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكماً فاما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو احدى منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفاً وتراداً لان للقبض شبهة بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجوز بينهما التحالف الا أن الوارث يخلف على العلم لا على البتات لانه يخلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عندهما والقول قول المشتري أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكن اعرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقى التحالف بعد هلاكهما أو هلاك أحدهما منفيًا بالخبر المشهور هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون عيناً أو ديناً وهو المسلم فيه فان كان عيناً فاختلفاً في جنسه أو في قدره بأن قال البائع بعث منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذه الجارية بالف درهم أو قال البائع بعث منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بالف درهم تحالفاً وتراداً لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراداً وان كان ديناً وهو المسلم فيه فاختلفاً فنقول اختلفا في الاصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاهما على رأس المال (واما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاهما في المسلم فيه (واما) ان اختلفا فيهما جميعاً فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (واما) ان اختلفا في قدره (واما) ان اختلفا في صفته (واما) ان اختلفا في مكان ايافته (واما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفاً وتراداً لان هذا الاختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الا في قوله الآخر وهو قول محمد وهورب السلم (وجه)

قولهما أن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به ولا في حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغي أن لا يخلف أصلاً إلا أن التحليف في جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبي يوسف أيضاً أنه قال أيهما بدأ باللعن يفسد العقد الآخر لأنه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعمين إلى القاضى يبدأ بأيهما شاء وإن شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذي خرجت قرعته ولو اختلفا في مكان إيفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الإيفاء في مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الإيفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند أبي حنيفة وعندهما يتحالفان بناء على أن مكان العقد لا يتعين مكان الإيفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الإيفاء مفسداً للسلم عنده فلم يدخل مكان الإيفاء في العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل في العقد إلا بالشرط لا يوجب التحالف كالأجل وعندهما مكان العقد يتعين مكان الإيفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الإيفاء عندهما فكان المكان داخل في العقد من غير شرط فيوجب التحالف وإن اختلفا في وقت المسلم فيه وهو الأجل فنقول لا يخلو (أما) إن اختلفا في أصل الأجل (وأما) إن اختلفا في قدره (وأما) إن اختلفا في مضيه (وأما) إن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فإن اختلفا في أصل الأجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفوا وترادا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وإن اختلفا في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته الأثرى أنه لا صحة للسلم بدون الأجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الأجل وصفاً للمعقود عليه شرعاً فيوجب التحالف (ولنا) إن الأجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف في الصفة لأن الصفة في الدين معقود عليه كالأجل والاختلاف في الأجل يوجب التحالف فكذلك في الصفة وإذا لم يتحالفوا كان مدعى الأجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لأنه يدعى صحة العقد والمسلم اليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولأن المسلم اليه متعنت في انكار الأجل لأنه ينفعه والمتعنت لا قول له وإن كان هو المسلم اليه فالقول قوله عند أبي حنيفة ويجوز السلم استحساناً والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس أن الأجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقا عليه شرعاً وإنه منكر ثبوته والقول قول المنكر في الشرع (وجه) الاستحسان أن المسلم اليه يدعى الأجل يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساداً فكان القول قول من يدعى الصحة لأن الظاهر شاهد له إذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية وإذا كان القول قوله في أصل الأجل كان القول قوله في مقدار الأجل أيضاً وقال بعضهم القول قوله إلى شهر لأنه أدنى الأجل فأما الزيادة على شهر فلا تثبت إلا بالبدنية وإن اختلفا في قدره لم يتحالفوا عندنا خلافاً لفرق القول قول رب السلم لما ذكرنا أن الأجل أمر يستفاد من قبله فيرجع في بيان قدره وإن اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته إذا قال رب السلم كان الأجل شهر أو قدمضى وقال المسلم اليه كان شهر أو لم يمض وإن أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم اليه لانهما لما تصادا على أصل الأجل وقدره فقد صار الأجل حجة للمسلم اليه فكان القول في المضى قوله وإن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم اليه في المعنى لأن الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم اليه في المعنى هذا إذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما إذا اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفا وترادا أيضاً سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه إلا أن الذي يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعاً لأنه المشتري وهو المنكر أيضاً وإن اختلفا فيهما جميعاً فكذلك تحالفا وترادا لانهما اختلفا في المبيع واليمن والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف فقيهما أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل فنقول والله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك في

المولوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير اذنه ورضاه الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت في المحل اذا عرف هذا فتقول للمالك أن يتصرف في ملكه أى تصرف شاء سواء كان تصرفاً يتعمد ضرره الى غيره أو لا يتعمد فله أن يبني في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو رحى أو تنوراً وله أن يعمد في بنائه حداً أو قصاراً وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو ديماساً وان كان يهين من ذلك البناء ويتأذى به جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يحجر عليه لان الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للمحدث قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بواقفه ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه لا يصنع منه في ملك الغير وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو غيره انه مالم يحجر صاحب السفلى على بناء السفلى لانه ملكه والانسان لا يحجر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلوان شئت فابن السفلى من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امتنع صاحب السفلى عن الانتفاع بالسفلى حتى يرد عليك قيمة البناء مبنياً لان البناء وان كان تصرفاً في ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقاً له شرعاً وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنياً لان البناء ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعده له وهو القيمة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوى ان في ظاهر الرواية يرجع بما تفقهه وكذا ذكر الخصاص انه يرجع بما تفق لانه لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفلى ولا ضرر لصاحب السفلى في بنائه بل فيه نفع صار مأذوناً بالافاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما تفق وهذا بخلاف البئر المشتركة والدولاب المشتركة والحمام المشتركة ونحو ذلك اذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يحجر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والتركة لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذى أبى العمارة تمتعاً محضاً في الامتناع في دفع تمنه بالجبر على العمارة هذا اذا انهدما بما تقسهما فأما اذا هدم صاحب السفلى سفله حتى انهدم العلو يحجر على اعادته لانه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يحجر واحد منهما على بنائه لما قبلنا ولكن اذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر ان شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنياً أو نصف ما تفقته على حسب ما ذكرنا في السفلى والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عر يضاً ولا يمكن كل واحد منهما أن يبني حائطاً على حدة في نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عر يضاً يمكن قسمته وأن يبني كل واحد منهما في نصيبه حائطاً يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعاً لانه بنى ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعاً فلا يرجع عليه بشئ ولو أراد أحدهما قسمة عريضة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفي القسمة جبراً ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عر يضاً فان كان يقسم قسمة جبراً لانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لا حدهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب صاحب الجذوع يحجر الآخر على القسمة لانه في الانتفاع تمتعت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذوع له لا يحجر صاحب الجذوع على القسمة لان فيه ابطال حقه في وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يحجر على اعادته لما ذكرنا انه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على الاعادة وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو غيره فأراد صاحب السفلى أن يفتح باباً أو يثبت كوة أو يحفر طاقاً أو يقد وتدأعلى الحائط أو يتصرف فيه تصرفاً لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

بأن أوجب وهن الحائض أو لم يضر به عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك إن لم يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفل أن يخفر في سفله بئراً أو بالوعة أو سرداباً فله ذلك من غير رضا صاحب العلو إجماعاً وكذا إيقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناء أو يضع جذو عالم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه باباً أو كنيفاً لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة سواء أضر بالسفل أولاً وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله إيقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل إجماعاً منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حتمت الخلاف (وجهه) قولهما أن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الإنسان لا يمنع من الاستئطال بمجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لا نعدم تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولا بي حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى أن نقل المرأة والمجان من دار المالك إلى موضع آخر حرام وإن كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه أنه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيع لأن الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أولاً وهناك لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه إلا بآذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستئطال بمجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لأن ذلك ليس تصرفاً في ملك الغير وحقه إذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً وكان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لأن صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً للسد وامتسكه أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لأن ذلك تصرف في حق الغير بالباطل والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسهيل ميزابه على ظهره فلهم ذلك لأن مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لأن فيه إبطال حق المرور وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار لأن عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحاً وميزاباً فنقول هذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين إما أن كانت السكة نافذة وإما أن كانت غير نافذة فإن كانت نافذة فإنه ينظر إن كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يخل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يطلع عليه ذلك وإن كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع والنقض فإذا تقدم إليه واحد من عرض الناس لا يخل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يخل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الأشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجهه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للضرر عن الضرر ولا ضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولا بي حنيفة رحمه الله أن اشراع الجناح والميزاب إلى طريق العامة تصرف في حقهم لأن هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة في حكم البقعة فكذا هو أوها فكان الانتفاع بذلك تصرفاً في حق الغير وقد مر أن التصرف في حق الغير بغير إذنه حرام سواء أضر به أولاً أم لا فإنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الأذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الإنسان بآذنه مباح فإذا وقعت المطالبة بصرح بالنقض بطلت الدلالة في حق الانتفاع بالمبنى تصرفاً في حق مشترك بين الكل من غير إذنه ورضاهم فلا يخل هذا إذا كانت السكة نافذة فأما إذا كانت غير نافذة فإن كان له حق في التقديم فليس لأهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وإن لم

يكن له حق في التقديم فلهم منعه سواء كان لهم في ذلك مضرة أو لا لما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الشهادة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الشهادة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفي بيان حكم الشهادة أما ركن الشهادة فقول الشاهد بكذا وكذا وفي متعارف الناس في حقوق العباد هو الاخبار عن كون ما في يد غيره لغيره فكل من أخبر بأن ما في يد غيره لغيره فهو شاهد وبه ينفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ما ذكرنا في كتاب الدعوى

**فصل** وأما الشرائط في الاصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط أداء الشهادة (أما الاول فثلاثة أحدها أن يكون عاقلاً وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك إلا بالآلة الفهم والضبط وهي العقل والثاني أن يكون بصيراً وقت التحمل عندنا فلا يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعي رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لان الحاجة الى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسمع والاعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة ويقدر على الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لان الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصماً إلا بالرؤية لان النعمات يشبه بعضها بعضاً (وأما) البلوغ والحرية والاسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً لم يبلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا وعند القاضي قبل شهادتهم وكذا العبد اذا تحمل الشهادة لم يلاؤه ثم عتق فشهد له تقبل وكذا المرأة اذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانث منه فشهدت له تقبل شهادتها لان تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صار من أهل الاداء بالعتق والبينونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لثمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لثمة الزوجة ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد التوبة والبينونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبي العاقل أو الكافر على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فشهدوا في تلك الحادثة بعينها تقبل (ووجه) الفرق ان الفاسق والزوج لهما شهادته في الجملة وقد وردت فاذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجة في تلك الحادثة فقد أعادت تلك الشهادة وهي مردودة والشهادة المردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبي لانه لا شهادة للكافر على المسلم أصلاً وكذا الصبي والعبد لا شهادة لهما أصلاً فاذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدث لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة وهي غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعينة المشهود به بنفسه لا بغيره الا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع الا في أشياء مخصوصة وهي النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وان لم يعاين بنفسه لان مبنى هذه الاشياء على الاشهر فقامت الشهرة في مقام المعينة وكذا اذا شهد العرس والزفاف يجوز له ان يشهد بالنكاح لانه دليل النكاح وكذا في الموت اذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له ان يشهد بموته واختلاف في تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشهد ذلك ويستفيض وتتوار به الاخبار عنده من غير تواطؤ لان الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معينة فعلى هذا اذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر وذكر أحمد بن عمر وابن مهران الخصاص انه اذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامرأتان ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك استدلالاً بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت انسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج الى الترق بين الموت وبين النكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الاشياء وان كان على الاشتهار الا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب لذلك شرط العد في النكاح والنسب لافي الموت لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول اني لم أعين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال تقبل وذكرا لظحاوي رحمه الله قول محمد مع أبي يوسف الآخر ووجهه أن الولاء لحمية كالحمة النسب ثم الشهادة بالتسامع في النسب مقبولة كذا في الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضى الله عنه نشهد أن نافعاً كان مولى ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لان جواز الشهادة بالتسامع في النسب لما أن مبنى النسب على الاشتهار فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشتهار فلابد من معاينة الاعتاق حتى لو اشتهر اشتهار نافع لان سيدنا عمر رضى الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية الا أن مشايخنا ألقوه بالموت لان مبنى الوقف على الاشتهار أيضاً كالموت فكان ملحقاً به وكذا يجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية أن هذا قاضى ببد كذا والى ببد كذا وان لم يعين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيهما مقام المعاينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه يحصل بمعاينة دليله بان يرى ثوباً أو دابة أو داراً في يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لان اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل بشاهد في الاموال اقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة حتى يقع في قلبه أيضاً أنه له وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعاً أنه لا يجوز للرأى الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه في يده يستعمله استعمال الملاك من غير منازع وحتى يقع في قلبه أنه له وذلك في الجامع الصغير وقال كل شئ في يد انسان سوى العبد والامة يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والامة فيقتضى أن لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيهما الا اذا أقرأاً نفسها وانما أراد به العبد الذي يكون له في نفسه يد بان كان كبيراً يعبر عن نفسه وكذا الامة لان الكبير في يد نفسه ظاهر اذا الاصل هو الحرية في بني آدم والرق عارض فكانت يده الى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه بخلاف الجادات والبهائم لانه لا يدلها بقيت يد صاحب اليد دليل على الملك ولان الحر قد يخدم كانه عبداً وهذا أمر ظاهر في متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهر ان فلم تصلح اليد دليل فيه أما اذا كان صغيراً يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لانه لا يكون له في نفسه يد فيلحق بالعرض والبهائم فتحل للرأى الشهادة بالملك فيه لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط اداء الشهادة فانواع بعضها يرجع الى الشاهد وبعضها يرجع الى نفس الشهادة وبعضها يرجع الى مكان الشهادة وبعضها يرجع الى المشهود به أما الذي يرجع الى الشاهد فانواع بعضها يعم الشهادات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض أما الشرائط العامة فمنها العقل لان من لا يعقل لا يعرف الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبي العاقل لانه لا يقدر على الاداء الا بالتحفظ والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكير ولا يوجد من الصبي عادة ولان الشهادة فيها معنى الولاية والصبي مولى عليه ولا نه لو كان له شهادة للزمتها الاجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى ولا يأتى الشهداء اذا ما دعوا أى دعوا للاداء فلا يلزمه اجماعاً ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبداً مملواً كالا يقدر على شئ والشهادة شئ فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة ولان الشهادة تجري مجرى الولايات والتمايكات أما معنى

الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغير وانه من باب الولاية واما معنى التمايك فان الحاكم عمك بالحكم بالشهادة فكان الشاهد ملكه الحكم والعدلا ولاية له على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولا نه لو كان له شهادة لكان يجب عليه الاجابة اذا عي لا دائما لاية الكريمة ولا يجب لقيام حق المولى وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وأم الولد لانهم عبيد وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الاعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أو لا وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته اذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا اذا كان المدعى شيئا لا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء فاما اذا كان شيئا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء لا تقبل شهادته اجماعا وجه قوله أبي يوسف أن اشتراط البصر ليس لعينه بل لحصول العلم بالمشهود به وذا يحصل اذا كان بصيرا وقت التحمل وجه قولهما أنه لا بد من معرفة المشهود له والاشارة اليه عند الشهادة فاذا كان أعمى عند الاداء لا يعرف المشهود له من غيره فلا يقدر على اداء الشهادة ومنها النطق فلا تقبل شهادة الاخرس لان مرعاة لفظة الشهادة شرط محبة أدائها ولا عبارة للأخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لقبول الشهادة على الاطلاق فانها لا تقبل على الاطلاق دونها لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والشاهد المرضي هو الشاهد العدل والكلام في العدالة في مواضع في بيان ماهية العدالة انها ما هي في عرف الشرع وفي بيان صفة العدالة المشروطة وفي بيان انها شرط أصل القبول وجوداً أم شرط القبول على الاطلاق وجوداً أو وجوباً أما الاول فقد اختلفت عبارات مشايخنا رحمهم الله في ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم من لم يطمئن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لان أكثر أنواع الفساد والشر يرجع الى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جريمة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسنة سيئانه فهو عدل وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا رأيت رجلا يعتاد الصلاة في المساجد فاشهدوا له بالايان وروى من صلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايان وقال بعضهم من يجنب الكبار وأدى الفرائض وغلبت حسنة سيئانه فهو عدل وهو اختيار أستاذنا أستاذي الامام فخر الدين على البردوي رحمه الله تعالى واختلفت في ماهية الكبار والصغار قال بعضهم ما فيه حد في كتاب الله عز وجل فهو كبيرة وما لا حد فيه فهو صغيرة وهذا ليس بسديد فان شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما في كتاب الله تعالى وقال بعضهم ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجب فهو صغيرة وهذا يبطل أيضا بأكل الربا فانه كبيرة ولا يوجب الحد وكذا يبطل أيضا بشيء آخر هي كبراً ولا توجب الحد نحو عقوق الوالدين والفرار من الزحف ونحوها وقال بعضهم كلما جاء مقرن أو عييد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وكل مال اليتيم والفرار من الزحف وهو مروي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقيل له ان عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما قال الكبار سبع فقتل هي الى سبعين أقرب ولكن لا كبيرة مع توبة ولا صغيرة مع اصرار وروى عن الحسن عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ما تقولون في الزنا والسرقة وشرب الخمر قالوا الله ورسوله أعلم قال عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ثم قال عليه الصلاة والسلام ألا أنبئكم بأكبر الكبار فقوا بيلي يا رسول الله فقتل عليه الصلاة والسلام الاشر بالله وعقوق الوالدين وكان عليه الصلاة والسلام متكئا فجلس ثم قال الا وقول الزور الا وقول الزور الا وقول الزور فاذا عرفت تفسير العدالة في عرف الشرع فلا عدالة لشارب الخمر لان شربه كبيرة فتسقط به العدالة ومن مشايخنا من قال اذا كان الرجل صالحا في أمور غلبت حسنة سيئانه ولا يعرف بالكذب ولا بشئ من الكبار غير انه يشرب الخمر أحيانا للصحة البدن والتقوى لا للتلهي يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر كبيرة محضة وان كان للتقوى ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفس الشرب لان شربه للتقوى دون التلهي حلال وأما السكر منه فان كان وقع منه مرة وهو لا يدري أو وقع سهوا لا تسقط عدالته وان كان يعتاد السكر منه تسقط



عدالة لان السكر منه حرام ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب ويجلس بينهم وان كان لا يشرب لان حضوره مجلس  
الفسق فسق ولا عدالة للتأخر والنائمة لان فعلهما محظور وأما المعنى فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا  
عدالة وان كان هو لا يشرب لانه رأس الفسقة وان كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالة لان ذلك  
مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذي يضرب شيئا من الملاهي فانه ينظر ان لم  
يكن مستشعا كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالة وان كان مستشعا كالعود ونحوه سقطت عدالة  
لانه لا يحل بوجهه من الوجوه والذي يلعب بالحمام فان كان لا يطيرها لا تسقط عدالة وان كان يطيرها تسقط عدالة  
لانه يطلع على عورات النساء ويشغله ذلك عن الصلاة والطاعات ومن يلعب بالرندي فلا عدالة وكذلك من يلعب  
بالشطرنج ويعتاده فلا عدالة وان اباحه بعض الناس لتشديد خاطر وتعلم أمر الحرب لانه حرام عندنا لكونه لعبا  
قال عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل أهله وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه وكذلك اذا اعتاد  
ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات فان كان يفعله أحيانا ولا يقامر به لا تسقط عدالة لمن يدخل الحمام بغير  
مئزر لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفا فبها وهو انا بتركها فلا عدالة لان الجماعة  
واجبة وان كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضى عنده لا تسقط عدالة ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل  
بعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف المحصنات وقاتل النفس المحرمة وكل الرابونحوه  
لان هؤلاء من رؤس الكبار ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن لم يبال من أين اكتسب  
الدرهم من أي وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زورا طمعا في المال والمعروف بالكذب لا عدالة  
له ولا تقبل شهادته أبدا وان تاب لان من صار معروفا بالكذب واشهر به لا يعرف صدقه في توبته بخلاف  
الفاسق اذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهواً وابتلى به مرة ثم تاب لانه قل  
ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لانسداد باب الشهادة وأما الاقلف فتقبل شهادته اذا كان عدلا ولم يكن تركه الختان  
رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولان اسلامه اذا كان في حال الكبر فيجوز أنه خاف على نفسه التلف فان لم يخف  
ولم يختتن تارك السنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه  
فاسقا في تلك الحال وتقبل شهادته ولد الزنا اذا كان عدلا لعمومات الشهادة لان زنا الوالد لا يقدر في عدالة  
لقوله سبحانه وتعالى ولا تزوروا زواجر أخرى وما روى عنه عليه الصلاة والسلام ولد الزنا أسوأ الثلاثة فذا في  
ولدمعين والله تعالى أعلم وتقبل شهادة الخصى لعمومات الشهادة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قبل  
شهادة علقمة الخصى ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة ولان الخصاء لا يقدر في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة  
وأما شهادة صاحب الهوى اذا كان عدلا في هواه ودينه نظر في ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة  
الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة الى هواه أو كان فيه مجانة  
لا تقبل أيضا لان صاحب العصبية والدعوة لا يبالي من الكذب والتزوير لئلا ينجح هواه فكان فاسقا فيه وكذا اذا  
كان فيه مجانة لان الماجن لا يبالي من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل في هواه تقبل لان هواه يزرعه عن  
الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطايسة فانهم لا شهادة لهم لان من نجلتهم انه تحمل الشهادة لمن يوافقهم على  
من يخالفهم وقيل من نجلتهم أن من ادعى أمر من الامور وحالف عليه كان صادقا في دعواه فيشهدون له فان كان هذا  
مذهبهم فلا تخلووا شهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل الالهام لانهم يحكمون بالالهام فيشهدون لمن يقع في  
قولهم انه صادق في دعواه ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر شتيمة الصحابة رضي الله تعالى  
عنهم لان شتيمة واحد من آحاد المسلمين مستقطعة للعدالة فشتيمتهم أولى ولا عدالة لصاحب المعصية لقوله عليه  
الصلاة والسلام ليس منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار نزع

بدينه فكانت المعصية معصية مسقطه للعدالة والاصل في هذا الفصل أن من ارتكب جرمة فان كانت من الكبائر سقطت عدالته إلا أن يتوب فان لم تكن من الكبائر فان أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لان الصغيرة بالاصرار عليها تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وان لم يصر عليها لا تستقط عدالته اذا غلبت حسنة سيئاته وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضي الله عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهي الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديل والتركية فليست بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله انها شرط ولقب المسئلة أن القضاء بظاهر العدالة جاز عنده وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف في أنه اذا طعن الخصم في الشاهد أنه لا يكتفى بظاهر العدالة بل يسأل القاضي عن حال الشهود وكذلك لا خلاف في أنه يسأل عن حالهم في الحدود والقصاص ولا يكتفى بالعدالة الظاهرة سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص اذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقالوا يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف في اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لان زمن أبي حنيفة رحمه الله كان من أهل خير وصلاح لانه زمن التابعين وقد شهد لهم النبي عليه الصلاة والسلام بالخيرية بقوله خير القرون قرني الذي أنافيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يقشوا الكذب الحديث فكان الغالب في أهل زمانه الصلاح والسادد فوقعت الغيبة عن السؤال عن حالهم في السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوقعت الحاجة الى السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لا اختلاف الزمان فلا يكون اختلافاً حقيقية ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة ههنا الى الاثبات وهو ايجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها ولا يبي حنيفة ظاهر قوله عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطاً أي عدلاً وصف الله سبحانه وتعالى مؤمناً بهذه الامة بالوساطة وهي العدالة وقال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلاً في المؤمنين وزوالها بعراض ولان العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول اليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالته قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به إلا أن يطعن الخصم لانه اذا طعن الخصم وهو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال والسؤال في الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود محتمل فيها للدرء ولو طعن المشهود عليه في حرية الشاهدين وقال انهما قريبان وقالنا نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة على حريةتهما لان الاصل في بني آدم وان كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار الا في أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا اذا كانا جوهلي النسب لم تعرف حريةتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة بان كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريةته أو كانا عربين فاما اذا لم يكونا ممن يجري عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقبتهما الا بالبينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول أفضل الشهادة وجود أم شرط القبول مطلقاً وجوباً وجوداً فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجود على الاطلاق وجوباً بالشرط أصل القبول حتى ثبت القبول بدونها وقال الشافعي عليه الرحمة انها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلاً دونها حتى ان القاضي لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحري بالاجماع وكذا لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحري واذا شهد يجب عليه القبول وهذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادة الفاسق أصلاً وكذا ينعد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعندنا لا ينعد (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن مبنى قبول الشهادات على الصدق ولا يظهر الصدق الا بالعدالة لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج في انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود والفاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن يرضون من الشهداء قسم الشهود الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضي وهو الفاسق شاهداً ولان حضرة الشهود في باب النكاح لدفع تهمة الزنا للحاجة الى شهادتهم عند الجحود والا نكار لان النكاح يشهر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والا نكار بالشهادة بالتسامح والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن في الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواع من الفسق ويستكف عن الكذب والكلام في فاسق تحرى القاضى الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض نقله الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولن يثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة للصفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكانه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي مقابلي كلمة العدل وهي كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرته ومنها أن لا يكون محذوفاً في قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامى على التأييد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن المحذوف في القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملاً بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذي اذا قذف مسلماً لم يحد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين ومثله العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعتق (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمي قبل اقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فاذا أسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهي شهادته على أهل الاسلام لانها لم تكن له لتبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الاسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد لان العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد يبطل ذلك على التأييد ولو ضرب الذمي بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد في حالة الاسلام ولم توجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حد إلا ان الحد لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الققيه أبو الليث عليه الرحمة وايتين اخريين فقال في رواية لا تقبل شهادته وفي رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً في الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حد أعلى وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد في حالة الاسلام وفي رواية اعتبر الاكثران وجد أكثر الحد في حال الاسلام تبطل شهادته والا فلا لان للاكثر حكم الكل في الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل في حال الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالاسلام هذا اذا شهد بعد اقامة الحد وبعد التوبة فاما اذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد ففي مسألة شهادة الفاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحذوفين في القذف فينعقد بالاجماع أما عند الشافعي رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعاً وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والا نكار لانه دفع الحاجة بالشهادة بالتسامح بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وذا يحمل بحضرة المحذوفين في القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهي عن القبول والانعقاد بفصل

عن القبول في الجملة وأما المحذور في الزنا والسرقه والشرب فتقبل شهادته بالاجماع اذا تاب لانه صار عدلا والقياس  
أن تقبل شهادة المحذور في القذف اذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأييد ومنها أن لا يجزى الشاهد الى  
نفسه مغنيا ولا يدفع عن نفسه مغرما بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لأشهادة لجار المنعم ولا لدافع المنعم ولأن  
شهادته اذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهماً ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم  
ولانه اذا اجر النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد  
وان علا لولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لان الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معنى  
جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاص رحمه الله في أدب القاضي عن النبي عليه الصلاة والسلام  
أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبيد لسيدده ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج  
لزوجته وأما سائر القربات كالأخ والعمة والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط  
في مال البعض عرفوا عادة فالصحيح بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد  
من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالأجانب ولا تقبل  
شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاهما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعي  
رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص نحو قوله تعالى جل وعلا واستشهدوا شهيدين من  
رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله عظمت كبرياؤه ممن رضون من الشهداء من غير فصل  
بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المنعم  
ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجزى المنعم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهدا  
لنفسه ما روينا من حديث الخصاص رحمه الله وأما العمومات فتقول بموجبها لكن لم قلتم ان أحد الزوجين في  
الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهداً فلا تتناول العمومات وكذا لا تقبل  
شهادة الاجير في الحادثة التي استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشرىكين  
لصاحبه في مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على  
الميت بدين ألف درهم فشهادة الفريقين باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله  
جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين  
بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما داراً أو عبداً وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفريقين  
جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهماً في شهادته ولهما أن ما يأخذه كل  
فريق فالفريق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهداً لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به  
لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصماً لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز شهادة خصم ولا  
ظنين ولانه اذا كان خصماً فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصى للميت واليتيم الذي في حجره  
لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالماً بالمشهود به وقت الاداء كما له عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه لو رأى اسمه وخطه وخاتمه في الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة  
لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضي به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه)  
قوله لانه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحل له أدائها واذا  
أداهها تقبل ولان النسيان أمر جبل عليه الانسان خصوصاً عند طول المدة بالشئ لان طول المدة ينسى فلو شرط  
تذكر الحادثة لاداء الشهادة لانسداد باب الشهادة فيؤدى الى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولا بي حنيفة رحمه الله قوله  
تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهدا اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا

فدع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزوير مع ما أن الخط للتدكري لا يذكر وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضي في ديوانه شيئاً لا يذكره وديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل اذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل القاضي ثم استمضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى في ديوانه الاول ولم يذكر ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما لذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التي ترجع الى نفس الشهادة فأشياء منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من الالفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدي معنى الشهادة تعبداً غير معقول المعنى ومنها أن تكون موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفتم الا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعدرت التوفيق انهدت عن الدعوى والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير متبولة وبيان ذلك في مسائل اذا ادعى ملكاً بسبب ثم أقام البيعة على ملك مطلق لا تقبل ويمثله لو ادعى ملكاً مطلقاً ثم أقام البيعة على الملك بسبب تقبل (ووجه) الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعم فصار المدعى باقامة البيعة على الملك المطلق مكذباً بشهوده في بعض ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل ينافي الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهما معاً في محل واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البيعة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصر المدعى مكذباً بشهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شئ لا لشهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى الف وخمسة فشهد الشهود على الف انه تقبل البيعة على الف لما قلنا كذا هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البيعة على الملك بسبب آخر بان ادعى داراً في يد رجل انه ورثها من أبيه ثم أقام البيعة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء أو الهبة أو الصدقة ثم أقام البيعة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البيعتين صورة ومعنى أما الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البيعتين يختلف فلا يقبل الا اذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال كنت اشتريت منه لكنه جحدني الشراء وعجزت عن اتيانه فاستوهبت منه فوهب مني وقبضت وأعاد البيعة تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب شهوده ويصير هذا في الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه اعادة البيعة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبي الأنا جحدارني فاشترت منه أو وهب لي فانها تقبل لزال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعدها وأقام البيعة على الشراء بالف درهم لا تقبل لان البديل قد اختلف واختلاف البديل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البيعة على عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشترت بالعبدا لانه جحدني الشراء فاشترت به بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزال المخالفة وهذا اذا كان دعوى التوفيق في مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم ثم جاء وادعى التوفيق فاما اذا لم يقم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه له ثم أقام البيعة على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته ويمثله لو ادعى انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيعة على انه له لا تقبل ووجه الفرق ان قوله أولاً انه لى لا ينفى قوله انه لفلان وكلني بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكناً فقبلت البيعة بخلاف الفصل الثاني لان قوله هو لفلان وكلني بالخصومة فيه ينفى قوله بعد ذلك هو لى لانه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكيل بالخصومة فيه بقوله انه لفلان وكلني بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لى اقراراً منه بالملك لنفسه فكان مناقضاً فلا تقبل ولو ادعى انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيعة على انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولاً انه لفلان

وكلني بالخصومة فيه كما ينق قوله انه لي ينق قوله انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه فلا تقبل الا اذا وفق فقال ان الموكل  
الاول باع من الموكل الثاني ثم وكلني الثاني بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى في ذى القعدة انه اشترى منه  
هذه الدار في شهر رمضان بالف وقده الثمن ثم أقام البينة على أنه تصدق بالدار على المدعى في شعبان لا تقبل بينته  
لان دعوى التصديق في شعبان تنافي الشراء في شهر رمضان لاستحالة شراء الانسان ملك نفسه والتوفيق  
غير ممكن فلا تقبل وان أقام البينة على التصديق في شوال ووفق فقال جحدني الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى  
داراً في يدي رجل اناله وأقام البينة على أنها كانت في يد المدعى بالامس لا تقبل وعن أبي يوسف انها تقبل ويؤمر  
بالرد اليه ولو أقام صاحب اليد البينة على انها كانت ملكا للمدعى قبل بالاجماع (وجهه) قول أبي يوسف رحمه الله  
ان البينة لما قامت على انها ما كانت في يده فالاصل في الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البينة على ملك كان ولان الثابت بالبينة  
كالثابت بالمعينة ولو ثبت بالمعينة أو بالاقرار انه كان في يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذا هذا (وجهه) ظاهر الرواية ان  
الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الاجمك استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام ولان اليد قد  
تكون محقة وقد تكون مبطلّة وقد تكون يدمك وقد تكون يد أمانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة  
بخلاف الملك والمعينة وبخلاف الأقرار لانه حجة بنفسه والبينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي ولا وجه  
للقضاء بالمحتمل ولو أقام البينة انها كانت في يده بالامس فاخذها هذا منه أو غضبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويقضى  
للخارج لانه علم بالبينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى داراً في يد رجل أنه  
ورثها من أبيه وأقام البينة على أنها كانت لابيّه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه امان شهدوا ان الدار كانت  
لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثه واما ان قالوا انها كانت لابيّه مات وتركها ميراثه واما ان قالوا انها كانت  
في يد أبيه يوم الموت واما ان أبتوا من أبيه فعلا فيها عند موته أما الوجه الاول فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله  
لا تقبل الشهادة وعلى قول أبي يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لابيّه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون  
هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف على ما روى عنه في الامالى ينبغي أن تقبل (وجهه) قوله ان الملك متى  
ثبت لابيّه بشهادتهم فالاصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فصار كمالوا شهدوا انها كانت لابيّه يوم الموت  
أيضاً (وجهه) قولهما ان الشهادة خالفت الدعوى لان المدعى ادعى ملكا كائنا والشهادة وقعت بملك كان  
لا بملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل قوله ما ثبت يبقى قلنا نعم لكن لاحكاماً لدليل الثبوت لان  
دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وانما البقاء بحكم استحباب الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا  
انها كانت لجدّه فعندهما لا يقضى بهما لم يشهدوا بالميراث بان يقولوا مات جدّه وتركها لابيّه ثم مات أبوه وتركها ميراثه  
وعند أبي يوسف ينظر ان علم ان الجدمات قبل الاب يقضى بهاله وان علم ان الاب مات قبل الجد ولم يعلم لم يقضى  
بها ولو شهدوا انم الابيه لا يقضى بهاله منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذي ذكرنا وهو  
الصحيح فانه روى عن أبي يوسف انها تقبل وأما الوجه الثاني وهو ما اذا شهدوا انها كانت لابيّه مات وتركها  
ميراثه فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والتترك ميراثه وهو تفسير  
الملك الموروث وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انها كانت في يده يوم الموت فالشهادة مقبولة لان مطلق  
اليدين الاصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة بملك قائم عند الموت فاذا مات فقد  
ترك فثبت الملك له في المتروك اذ هو تفسير الملك الموروث ولان يده ان كانت يدمك كان الملك ثابتاً للمورث عند  
الموت وان كانت يد أمانة انتقلت يدمك اذا مات مجهلاً لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب  
الضمان سبب لثبوت الملك في المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما اذا ثبت ليد المشهود من الاب فعلا في  
العين عند الموت فهذا على وجهين اما ان يكون ذلك فعلا هو دليل اليد واما ان يكون فعلا ليس هو دليل اليد والفعل

الذي هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل في التقلبات كاللبس والحمل أو فعل يوجد للنقل عادة كالركوب في الدواب أو فعلاً يوجد في الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لا من غيرهم كالسكنى في الدور والفعل الذي ليس بدليل اليد هو فعل ثبت في التقلبات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط أو فعل ليس بفعل للملاك غالباً فيما لا يقبل كالنوم والجلوس في الدار وأشبه ذلك فإن كان فعلاً هو دليل اليد تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عند موت الاب لان الشهادة القائمة على ما هو دليل اليد عند الموت فإن كان فعلاً ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لانه لم يوجد دليل اليد التي هي دلالة الملك وعلى هذا يخرج ما اذا اقام المدعى البينة ان أباه مات في هذه الدار انها لا تقبل لانه لم يوجد الشهادة على اليد الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غالباً لان الدار قد يموت فيها المالك وقد يموت فيها غير المالك من الزوار والضيف ونحوه ولو شهدوا انه مات وهو لا يس هذا القميص أو لا يس هذا الخاتم قبل لان لبس القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد عند الموت أطلق محمد رحمه الله في الجامع الجواب في الخاتم ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما اذا كان الخاتم في خنصره أو بنصره يوم الموت وزعم انه اذا كان فيما سواهما من الاصابع لا تقبل الشهادة لان استعمال الملاك في الخاتم هذا عادة فكانت الشهادة القائمة عليه قائمة على اليد فاجعله فيما سواهما من الاصابع من الملاك فهو ليس بمعتاد فلا يكون ذلك استعمال الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا الوجه المردع الخاتم في خنصره او بنصره فضع من يده يضمن لما انه استعمله ولو جعله فيما سواهما من الاصابع فضع لا يضمن لما ان ذلك حفظ وليس باستعمال والصحيح اطلاق جواب الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد ولو شهدوا انه مات وهو جالس على هذا البساط أو على هذا الفراش او تأم عليه لا تقبل لان هذه الافعال تتصور من غير نقل ولا تفعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل اليس انه لو تنازع اثنان في بساط أحدهما جالس عليه والاخر متعلق به انه يكون بينهما نصفين وهذا دليل ثبوت يدهما عليه قيل له انما قضى به بينهما نصفين لدعواهما انه في يدهما لا لثبوت اليد لان الجلوس عليه والتعلق به كل واحد منهما يتحقق بدون النقل ولا يوجد النقل غالباً على ما بينا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو راكب على هذه الدابة تقبل ويقضى بالدابة للوارث لان الركوب وان كان يتهدأ بدون نقل الدابة الا انه لا يفعل عادة الا للنقل فكان دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو ساكن هذه الدار تقبل ويقضى للوارث (وروى) عن أبي يوسف انه لا تقبل ولا يقضى (ووجهه) ان فعل السكنى في الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلاً على اليد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان السكنى فعل يوجد في الغالب من الملاك لا من غيرهم هذا هو المعتاد فيما بين الناس فيحمل المطلق عليه ولو شهدوا انه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا انه كان حاملاً له لا تقبل ولا يستحق المدعى بهذا شيئاً لانه يحتمل انه وضعه بنفسه أو وضعه غيره ويحتمل انه وقع عليه من غير صنع أحد بان هبت ريح به فالتفت على رأسه فوقع الشك في النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا يثبت اليد بالشك ثم يقول اذا شهد الشهود انها كانت لا يهتات وتركها ميراثاً للورثة فلا يخلو اما ان قالوا هذا وارثه لا وارث له غيره واما ان قالوا هو وارثه لا نعلم ان له وارثاً غيره واما ان قالوا هو وارثه ولم يقولوا الا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثاً غيره فاما الوجه الاول وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا وارث له غيره فانه تقبل شهادتهم استحساناً والقياس ان لا تقبل لانها كشهادة على ما لعلم للشاهد به لا احتمال ان يكون له وارث لا يعلمه وقد قال عليه والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فذع (وجه) الاستحسان ان قوطم لا وارث له غيره معناه في متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثاً غيره أولاً وارث له غيره في علمنا ولو نص على ذلك لقبيلت شهادتهم فكذا هذا والله سبحانه أعلم (وأما) الوجه الثاني وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا نعلم له وارثاً غيره

تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضی الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره لانهم لو لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل ان يكون له وارث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامة لان الشاهد انما تحمل له الشهادة بما في علمه ونفي وارث آخر ليس في علمه فلا تحمل له الشهادة به الا على اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا ولو قالوا لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر أو في أرض كذا تقبل عند أبي حنيفة وعندهما لا تقبل (وجه) قولهما ان قولهم لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر لا ينفى وارثا غيره لجواز ان يكون له وارث آخر ولا يبي حنيفة رحمه الله انه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لعموله لان وارث الانسان لا يخفى على أهل بلده عادة فكان التخصيص والتعميم فيه سواء ثم اذا شهدوا انه وارثه لا وارث له غيره أو شهدوا انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره أو لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر على مذهب أبي حنيفة رضی الله عنه فانه يدفع كل التركة اليه سواء كان الوارث ممن لا يحمل الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحملة كالاخ والاخت والجد ونحوهم لانه تعين وارثه فيدفع اليه جميع الميراث الا اذا كان زجا او زوجة فلا يعطى الا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج الا النصف ولا تعطى المرأة الا الربع لانهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لانه لا يرد عليهما وفي هذين الموضعين لا يؤخذ من الوارث كفيل بالاجماع وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فانه ينظر ان كان ممن لا يحمل الحجب لا يدفع اليه شئ لجواز ان يكون ثمة حاجب فان كان لا يعطى وان لم يكن يعطى بالشك وان كان ممن لا يحمل الحجب يدفع اليه جميع المال الا الزوج والزوج فانه لا يدفع اليهما الا نصيبهما وهو أكثر النصيبين عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللمرأة الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللمرأة الثمن في ظاهر الرواية عنه (وجه) قول محمد رحمه الله ان التقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاحمة وفي وجود المزاحمة شك فلا يثبت التقصان بالشك ولا يبي يوسف رحمه الله ان الاقل ثابت بيقين وفي الزيادة شك فلا يثبت الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللمرأة ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة فيكون لها ربع الثمن لانه ثابت بيقين وفي الزيادة شك وروى عنه أصحاب الاملا وللزوج الخمس وللمرأة ربع التسع أما الزوج فلان من الجائز ان يكون للمرأة ابوان وبنات وزوج أصل المسئلة من اثني عشر للأبوين السدسان أربعة وللبنين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت الفر يضة من خمسة عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز ان يكون للميت ابوان وبنات وزوجة أصل المرأة من أربع وعشرين للابوين السدسان ثمانية وللبنين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت الفر يضة سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها ثم من الجائز ان يكون معها ثلاثة أخرى فيكن أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربع لا تستقيم فتضرب أربع في تسعة ويكون ستة وثلاثين سهما تسعها أربع فلها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهما ثم في هذا الوجه الثالث اذا كان الوارث ممن لا يحمل الحجب ودفع المال اليه هل يؤخذ منه كفيل قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ (وجه) قولهما ان أخذ الكفيل لصيانة الحق والحاجة مست الى الصيانة لاحتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظراً للوارث كما في رد الآبق واللقطة الى صاحبها ولا يبي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر للحال ثابت بيقين وفي ثبوت الحق لوارث آخر شك لانه قد يظهر وارث آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع ما ان المكفول له مجهول والكفالة للمجهول غير صحيحة وانما أخذ الكفيل بتسليم الآبق واللقطة فقد قيل انه قولهما لما ان في المسئلة وإيتان فاما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على اناسنا فتلك كفالة لمعلوم لا للمجهول لان الراد انما يأخذ الكفيل لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة للمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير



وقال هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرايت لو لم يجد كفيلا كنت أمنه حقه دلت تسميته أخذ الكفيل ظاهراً على ان مذهبه ان ليس كل مجتهد مصيباً اذا الصواب لا يحتمل ان يكون ظمناً فدلّت المسألة على براءة ساحته عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنه وأما الذي يرجع الى المشهود به فمنها ان تكون الشهادة بمعلوم فان كانت بمجهول لم تقبل لان علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فمالم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما اذا شهد رجلان عند القاضي ان فلاناً وارث هذا الميت لا وارث له غيره انه لا تقبل شهادتهما لانهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الوراثه واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره أو اخوه لابييه وأمه لا يعلمون له وارثا غيره وقوله لا يعلمون له وارثا غيره لثلاث يتلوم القاضي لانه من الشهادة عند محمد رحمه الله لجنس هذه المسائل بأب في الزيادات يعرف ثمة ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون المشهود به معلوماً للشاهد عند أداء الشهادة حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وان رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهذا عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما ان رأى خطه وختمه له ان يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين وأما الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لان الشهادة لا تصير حجة ملزمة الا بقضاء القاضي فتختص بمجلس القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون البعض فانواع أيضاً (منها) الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعى بنفسه أو نائبه لان الشهادة في هذا الباب شرعت لتحقيق قول المدعى ولا يتحقق قوله الا بدعواه امان نفسه واما بنائيه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشترط فيها الدعوى كاسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصه حق الله تعالى الا انه شرطت الدعوى في باب السرقة لان كون السرورق ملكا لغير السارق شرط تحقق كون الفعل سرقة شرعا ولا يظهر ذلك الا بالدعوى فشرطت الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد انه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على ان عتق الامة حق لله تعالى لماعلم من الخلاف في كتاب العتاق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد في الشهادة بما يطالع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان (وقوله) سبحانه وتعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولان الواجب على الشاهد اقامة الشهادة لله عز وجل الآية وهو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولا تقع الشهادة لله الا وان تكون خالصة صافية عن جر النفع ومعلوم ان في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لان من صدق قوله يتلذذ به فلو قبل قول الفرد لم تحل شهادته عن جر النفع الى نفسه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العا. في الشهادة ليكون كل واحد مضافا الى قول صاحبه فتصفوا الشهادة لله عز شأنه ولانه اذا كان فرداً يخاف عليه السهو والنسيان لان الانسان مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليدرك البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالى في اقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة ان تفضل إحداهما فتذكر إحداهما أخرى ثم الشرط عدد المثني في عموم الشهادات القائمة على ما يطالع عليه الرجال الا في الشهادة بالزنا فانه يشترط فيها عدد الاربعة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقوله تعالى فان لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ولان الشهادة في هذا الباب أحد نوعي الحجج فتعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار ثم عدد الاقارير الاربعة شرط ظهور الزنا عندنا فكذا عدد الشهود الاربعة بخلاف سائر الحدود فانه لا يشترط العدد في الاقرار لظهورها فكذا في الشهادة ولان عدد الاربعة في الزنا ثبت نصبا بخلاف القياس لان خبر من ليس بمصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب وعدد الاربعة في احتمال الكذب مثل عدد المثني ما لم يدخل في حد التواتر لكن اعراضه فانه شرط بانص خاص معدولا به عن القياس فبقي سائر الابواب على أصل القياس واما فيما لا يطالع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيه ليس

بشرط عندنا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثنتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا ان عند مالك رحمه الله يكتب فيهما امرأتين وعند الشافعي رحمه الله لا بد من الاربع ووجه قول مالك ان شهادة الرجال لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعددهم من النساء ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الشرع اقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتب باقل من رجلين فلا يكتب باقل من أربع نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبداً غير معقول المعنى لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لا يفيد العلم قطعاً وبقيناً وانما يفيد غالب الرأي وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد العدل ولهذا لم يشترط العدد في رواية الاخبار الا ان اعر فنا العدد فيها شرطاً بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهي ان يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فثبت حالة الانفراد عن الرجال على أصل الفياس وقدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة يقبل لانه لما قبل شهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان اختلفا لم تقبل لان اختلفا فيما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد شرطى الشهادة ولا يكتب به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس فقد يكون في العقود وقد يكون في المال اما في المقدم فوان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين بصورة ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بما قد غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فوان يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعى رجل على رجل انى درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالالف والآخر بالف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً وعندهما تقبل على الالف ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل على الالف بالاجماع ووجه قولهما ان الشهادة لم تختلف الدعوى في قدر الالف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الالف لما قلنا كذا هذا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان شرط الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدده معلوم والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كالترك لالف من الابل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم تكن الالف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى فان قدرت الشهادة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما اذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الالف لان الالف والخمسمائة اسم لعددين الا ترى انه يعطف احدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما باقراده داخل تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مصادراً فإذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الالف فيقضى به للمدعى لقيام الحجية عليه بخلاف الالف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصحح على ما دونه بحال فلم تكن الالف المفردة داخلية تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليهما شاهدة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى ألفاً وشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الالف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وفق فقال كان لى عليه ألقان الا انه كان قد قضانى الف ولم يعلم به الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى ألفاً وشهد أحدهما بها والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لى عليه الف وخمسمائة الا انه قضانى خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وفق فتمد زال الاختلاف المانع من القبول ولو

ولو ادعى على رجل انه باع عبده بالف درهم وهو ينكر فشهد شاهدان بالفين وآخر بألف أو ادعى انه باعه بألف وخمسمائة  
فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف لا تقبل بالاجماع لان الشاهدين اختلفا في البدل واختلفا في البدلين  
يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين  
فلا تقبل ولا يثبت العقد وكذا لو كان المشتري مدعيًا والبائع مدعيًا عليه لما قلنا فان كان هذا في الاجارة ينظر ان كانت  
الدعوى من المؤاجر في مدة الاجارة لا تقبل لان هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقدين شهادة شاهدين  
فلا تقبل كما في باب البيع وان كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الاجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه  
حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا اذا كانت الدعوى من المؤاجر فان كانت من المستاجر  
لا تقبل سواء كانت الدعوى في المدة أو بعد انقضائها لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في النكاح فان كانت الدعوى  
من المرأة فهذا دعوى المال عند أبي حنيفة عليه الرحمة حتى انها لو ادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسمائة فشهد  
لها شاهدان أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل والشكاح جائز بالف درهم وعندهما لا تقبل ولا يجوز  
النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لا تقبل بالاجماع لان هذا دعوى العقد ولو  
كانت الدعوى في الخلع أو في الطلاق على مال أو في العتاق أو في الصلح عن دم المعد على مال فان كانت الدعوى من  
الزوج أو من المولى أو ولي القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لا تقبل  
لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لا تقبل لان هذا دعوى العقد فلا  
تقبل ولا تصح الكتابة وان كانت من المولى فلا تصح لان للمكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة  
في الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك في الاقارير لا يمنع القبول وان كان في الافاعيل من القتل والقطع والغصب  
وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقارير مما يحتمل التكرار فيمكن  
التوفيق بين الشهادتين لسماحه عن الاقرار في زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل  
والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والفسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار باختلاف الزمان والمكان فيها يوجب  
اختلاف الشهادتين فيمنع القبول والله التوفيق ولو ادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما  
على القرض والآخر على القرض والفضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى بالقضاء في ظاهر الرواية وروى  
عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضا لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذي  
شهد بالقضاء فسبح شهادته بالقرض فبقى على القرض شاهداً واحداً فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر  
الرواية لان الشهادتان اختلفتا في القضاء لا في القرض بل اتفقتا على القرض فيقضى به وقوله شاهد القضاء فسبح  
شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض يكون (واما) الذي يرجع الى  
المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء لما روى  
عن الزهري رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده رضوان الله تعالى  
عليهما انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مبناها على الدرء والاسقاط بالشبهات  
وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة وقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف  
سائر الاحكام لانها تجب مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البدل من شهادة الرجال والابدال في باب الحدود  
غير مقبولة كالكفالات والوكالات واما الشهادة على الاموال فالذكورة ليست فيها بشرط والأثوية ليست بمائعة  
بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المداينة فاستشهدوا شهداء من رجالكم  
فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلف في اشتراطها في الشهادة بالحقوق التي ليست  
بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضي الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعي رضي الله عنه شرط (وجه)

قول الشافعي رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورية لانها جعلت حجة في باب الديانات عند عدم الرجال ولا ضرورة في الحقوق التي ليست بمال لا ندفاع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم يجعل حجة في باب الحدود والقصاص وكذا لم يجعل حجة بافرادهن في الاطلاع عليه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالى واستشهدوا الآية جعل الله سبحانه وتعالى رجل وامرأتين شهادة على الاطلاق لانه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من له شهادة على الاطلاق فاقتضى ان يكون لهم شهادة في سائر الاحكام الا ما قيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه اجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان اجماعهم على الجواز ولان شهادة رجل وامرأتين في اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيها على جانب الكذب بالعدالة لانها لم تجعل حجة فيما يدرأ بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيما ذكرنا وهذه الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا تسلم فانها مع القدرة على شهادة الرجال في باب الاموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الاثنية يصير مجبوراً بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلف في اشتراطها في الشهادة على الاحصان قال علماءنا الثلاثة رضي الله عنهم ليست بشرط وقال زفر بشرط حتى يظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعندنا لا يظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط في علة العقوبات بالاجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين والاحصان من جملة أوصاف العلة لان علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا الموصوف بالتعليط ولا يتغلط الا بالاحصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا يثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما انه لو أقر بالزنا رجوع وكذا الشهادة القائمة على الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآية ودلائلها على نحو ما تقدم مع الشافعي رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا لا ممنوع بل هو شرط العلة فيصير الزنا عنده علة والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط لما عرف في أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم أنه لا يصح الرجوع في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يصح في قول زفر رحمه الله وهذا حجة على زفر ولا رواية فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله فلنا أن نمنع وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على انه تضاف اليه العقوبة ألا ترى ان الدعوى ليست بشرط في عتق الامة اجماعاً ولا في عتق العبد عند أبي يوسف ومحمد وان كان لا يتقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حق الله تعالى في هذا الوقت على ما عرف في الخلافات ومنها اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مساماً حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم لان الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه وتقبل شهادة المسلم على الكافر لانه من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى (وأما) اذا كان المشهود عليه كافراً فاسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ليس بشرط حتى تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت بعد ان كانوا عداً ولا في دينهم وقال الشافعي رحمه الله شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلاً واحجج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً نفي الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلاً وفي قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافرين على المؤمنين لانه يجب على القاضي القضاء بشهادتهم وانه منفي ولان العداة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم على المسلم شهادة فكذلك الذمي على الذمي فظاهره يقتضى أن يكون للذمي على المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار مخصوصاً من عموم النص ولان الحاجة مست الى صيانة حقوق أهل الذمة ولا تحصل الصيانة الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة ولا شك أن الحاجة

الى صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معاقدتهم ليتحملوا احوالهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والانكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون في قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت مللهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصراني على اليهودي واليهودي على المجوسي وقال ابن أبي ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد ان يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وان كان فيها صورة لانه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل يقضى حوائجهم ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذمي من أهل دار الاسلام فاختلقت الداران فلم تقبل شهادة الذمي عليه بالنص الذي روينا وصار حكم المستأمن مع الذمي في الشهادة كحكم الذمي مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن ان اتفقت دارهم ومللهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها الا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقادم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف في كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرأحة في الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يحق انه من مسيره لا يبقى الرجح من الجحى به من مثلها عادة عندهم ما وعند محمد ليس بشرط وهي من مسائل الحدود وتذكر هناك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصاله في الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهي الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضى الى القاضى لانه في معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على انها ليست بشرط في الاموال والحقوق الحجره عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى الا في العبد الا بقى عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تقبل فيه أيضاً على ما نذكر في كتاب أدب القاضى (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الفروع يؤدون الشهادة تباية عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهاد النساء لتمكن الشبهة في شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا تمكنت في مجلس فكان فيها زيادة ليست في شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبنية على الدرء أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل ايقاف اقامتها ولهذا شرط عدد الاربعه في الشهادة على الزنا لان اطلاع اربعة من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكروه في فرجها كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة ثم تقول الكلام في الشهادة على الشهادة يقع في مواضع في صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفي شرائط التحمل وفي صورة أداء الشهادة على الشهادة وفي شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد على شهادتي اني أشهد ان فلان على فلان كذا أو يقول أشهد ان فلان على فلان كذا فاشهد على شهادتي بذلك وأما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد ان فلان على فلان كذا فاشهد على شهادتي هذه وأمرك ان تشهد على شهادتي هذه فاشهد وأما شرائط التحمل هذه الشهادات فما ذكرنا في عموم الشهادات وأما الذي يختص بها فانواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان فلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقبل أشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معانسة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (وجه) الفرق ان الفروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الالابة منهم وذلك

بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد في سائرها بطريق الاحالة بنفسه لا بغيره فيصح التحمل فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ما شهدت أو كما شهدت أو على ما شهدت لا يصح التحمل ما لم يقل على شهادتي لان معنى التحمل والابانة لا يحصل الا بالاشهاد على شهادته ومنها عدد التحمل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدي الاصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الاخر واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذم لا ينقلها الى القاضى الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الاخر شهادته جاز التحمل لانه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيها من النساء (وأما صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضاً مختصر ومطول فالمختصر ان يقول شهد فلان عندي ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندي فلان ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك وأمري ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمري ان أشهد على شهادته بذلك لان معنى التحمل والابانة يتأدى بقوله أشهدني على شهادته فكان قوله أمري بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فاذكرناه كسائر الشهادات والذي يختص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتاً أو غائباً مسيرة سفراً ومريضاً لا يستطيع بحضور مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا في هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضى ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ما قيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشتط الذكورة والاصل في عموم الشهادات الا ان اشتراط الذكورة في شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري رحمه الله لتمكن شبهة في شهادتهن ليست في شهادة الرجال واشتراط الاصلية في الشهادة لتمكن زيادة شبهة في شهادة الفروع ليست في شهادة الاصول وهو شبهة في الشهادتين على ما ذكرنا فشرط ذلك احتمال الدرء ما يندرى بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فتثبت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذي يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود وقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسم شهداء لله الا ان في الشهادة القاعة على حقوق العباد وأسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فاذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب بأثم لقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا مادعوا أى دعوا الاداء الشهادة لان الشهادة أمانة المشهود له في ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذي أو تمن أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما في حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود ونحو طلاق امرأة واعتناق عبد والظهار والابلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة بحسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طلب من أحد من العباد وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد بحسبة لله تعالى وبين ان يستتر لان كل واحد منهما أمر مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وقد نده به الشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامها لله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم

**فصل** وأما بيان حكم الشهادة فكيفها وجوب القضاء على القاضى لان الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق والقاضى مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وثبوت ما يترتب عليهما من الاحكام

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان أحدهما يرجع الى مال الشاهد والثاني يرجع الى نفسه أما الذي يرجع الى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب اما الاول فسبب وجوب الضمان في هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة لان الضمان في الشرع انما يجب اما بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فيتمين الاتلاف فيها سبباً لوجوب الضمان فان وقعت اتلافاً انعدت سبباً لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهد على رجل بالف وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما مرجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سبباً الى الاتلاف في حق المشهود عليه والتسبب الى الاتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالا كراه على اتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه ( فان قيل ) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضي لم يصح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يردده الى المشهود عليه قيل له انه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء لان الشاهد غير مصدق في الرجوع في حق القاضي والمشهود له وجهين الاول أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به نفذ بدليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضي فلا ينتقض الثابت ظاهر بالشك والاحتمال فبقى القضاء ماضياً على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثاني أن الشاهد في الرجوع عن شهادته متهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للثمة اذا التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع في حقه فلم ينقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا توهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة في نقض القضاء والتوصل الى عين المشهود به فيظهر في التوصل الى بدله رعاية للجوانب كلها واذ رجعا قبل القضاء لا يضمنان لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تقع تسيباً الى الاتلاف بدونه وعلى هذا اذا شهد على رجل أنه طلاق امرأته قضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقر بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد ويتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما اتلافاً فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقضى القاضي بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالمعقبات لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمن ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيئاً من المهر لكنهما كدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتتملاً للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلاً فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكدة للواجب بمنزلة الواجب في الشرع كالحرم اذا أخذ صيداً فذبحه رجل في يده يجب الجزاء على الآخذ ويرجع الآخذ بذلك على القاتل لوقوع القتل منه تأكد للجزاء الواجب على المحرم اذ لو لا ذبحه لا حتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح أكد الواجب عليه فنزل المؤكدة منه منزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهد على رجل أنه أعتق عبداً أو أمة له وهو ينكر فقضى القاضي ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الأمة لمولاه لانهما بشهادتهما أتلفا عليه مالية العبد أو الأمة فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى لان الاعتيق قد عليه والولاء أعلن أعتق فان قيل هذا اتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضاً لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا اتلافاً بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الأمة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فنقول هذا في الاصل لا يخلو من

أحد وجهين إما أن لم يكن معها ولد وإما أن كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو إما أن رجعا في حال حياة المولى وإما أن رجعا بعد وفاته أما إذا لم يكن معها ولد ورجعا في حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنأ وتقوم أم ولد لوجاز بيعها فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فإذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لانهما أتلفا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها في حال الحياة والباقي بعد الوفاة فيضمنان كذلك وإن كان معها ولد ورجعا في حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما أتلفاه عليه ألا ترى أنه لو لا شهادتهما لكان الولد عبد الله فهما بشهادتهما أتلفاه عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فاذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان في زعم الولدان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الاب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه ويؤدى من تركته ان كانت له تركه وإن لم يكن له تركه فلا ضمان على الولد لان من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركه لا يؤخذ من مال الوارث وإن كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لانهما أتلفاه عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذ الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظم عليهما في زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للاخ ما أخذ هذا من الميراث لانهما ما أتلفاه عليه الميراث لما ذكر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان الرجوع في حال حياة المولى فاما اذا كان بعد وفاته فإن لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما في الرجوع وإن كان معه شريك في الميراث فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لما قلنا ويضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما أتلفاه عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لان هذا ظم للاخ في زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا اذا كانت الشهادة في حال حياة المولى والرجوع عليه في حال حياته أو بعد وفاته فاما اذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعبد وأمة وتركه فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الامة من الميت وصدقهما الولد والامة وأنكر الابن فقضى القاضي بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فان هناك لا يضمنان الميراث ووجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لانه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الاب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الاب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة اتلوا للمال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهد أنه در عبده فقضى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنأ ويقوم مدبرا فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فإذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله ان كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لانه مدبره ويضمنان للورثة بقية قيمته بعد الانهما أتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعدموته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى في ثلثي قيمته عبد اقنأ للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا اذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فان كانت لا تخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد ثلثي قيمته اذا أسروا ولو شهدا أنه قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر وشهد آخر ان بالدخول ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وإنما الدخول شرط والحكم يضاف الى العتق لا الى الشرط فكان التلغ حاصلًا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك اذا شهدا انه قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وشهد آخر ان بالدخول ثم رجعا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل



بالزنا وشهد آخران بالا حصان ثم رجعا فالضمان على شهود الزنا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو  
شهد انه قتل فلا خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لانهما اتلفاها عليه وتكون في مالهما لان الشهادة منهما بمنزلة  
الاقرار منهما بالاتلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو اقر اصري بما ولهذا الورجما في حال المرض اعتبر اقرارا بالدين حتى  
يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقارير وكذا لو شهدا انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد  
لما قلنا وكذا لو شهدا عليه بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم رجعا فقدر وى أن شاهدين شهدا عند سيدنا  
على كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم جاء الشاهدان بأخر فقالا أو همتا أن السارق  
هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضى الله عنه لا أصدقكما على هذا وأغر مكيادية بالاول ولو علمت أنكما تعمدتا  
لقطعت أيديكما وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ولو شهدا انه قتل فلا ناعمد أفضى  
القاضي وقتل ثم رجعا فليهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه  
قطع يد فلان (وجهه) قول الشافعي رحمه الله ان شهادتهما وقعت قتلا تسيبا لانها تقضى الى وجوب القصاص وانه  
يفضى الى القتل فكانت شهادتهما تسيبا الى القتل والتسيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالا كراه على القتل  
(وانا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسيبا الى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسيبا لان ضمان  
العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسيبا بخلاف الا كراه على  
القتل لان القاتل هو المكروه مباشرة لكن بيد المكروه وهو كالا كلة والفعل لمستعمل الآ كلة لا لآ كلة على ما عرف على  
أن ذلك وان كان قتلا تسيبا فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فن ادعى تخصيص الفرع محتاج الى الدليل وعلى  
هذا يخرج ما اذا شهدا على ولي القتل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية  
لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال الأ  
ترى أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكروه ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكروه  
يضمن بالا كراه على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من  
الثلث ولو كان مالا اعتبر من الثلث كما اذا تبرع في مرضه وعن أبي يوسف رحمه الله أنهما يضمنان الدية لولي القتل لان  
شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولي القتل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى  
نفسا تساوى ألف دينار وأ عشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لاننا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولي  
القتيل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك الحبل لان في الحبل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما  
اتلاف للنفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يجده فقضى القاضي  
بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لا بعد اتمام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب  
فانواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة  
وقوع الشهادة اتلافا ولا تصيرا اتلافا اذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافا لآله (ومنها) مجلس  
القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البينة على رجوعه مالا تقبل  
بينته وكذا لا يمين عليهما اذا نكر الرجوع الا اذا حكيما عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة  
انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منقعة لا يجب الضمان  
لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بالف درهم ومهر  
مثلها ألقان وهي تنكر فقضى القاضي بالنكاح بالف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئا لانهما اتلفا عليها منقعة البضع  
والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعراض عقد الاجارة وكذا لو ادعت امرأة على رجل  
أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنان الزوج شيئا لانهما بشهادتهما

اتلغا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئا لأنهما بشهادتهما اتلغا المنفعة لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بغير عوض فإن كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لأن الاتلاف يكون اتلافا بصورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بالف درهم والمشتري ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا أنه ينظر إن كانت قيمة العبد ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشتري لأن شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وإن كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشتري والمسئلة بحالها إن كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل فلا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وإن كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع لأن شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هذا يخرج ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا أنه ينظر إن كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمن الزوج شيئا وإن اتلغا عليه عين المال لأنهما اتلغاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لأنه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل أن الأب يملك أن يزوجه من ابنته امرأة ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج لما ملك لأن الأب لا يملك على ابنته معاوضة مال بمال وكذلك المريض إذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضع في حكم المال في حال الدخول في ملك الزوج لا يعتبر من الثلث كالتبرع بالمال في حق الزوج حال دخوله في ملكه فكان الاتلاف بعوض هو في حكم عين المال فلا يكون اتلافا معنى وإن كان مهر مثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لأنهما اتلغا الزيادة عليه من غير عوض أصلا وهذا بخلاف ما إذا ادعى رجل على امرأة أنه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي عليها بألف درهم ثم رجعا أنهما يضمنان للمرأة ألف درهم لأنهما اتلغا عليها عين المال بغير عوض أصلا لأن البضع حال خروجه عن ملك الزوج لا يعتبر مالا بدليل أن الأب لا يملك أن يتخلع من ابنته الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من مالها يضمن ولو كان مالا لملك لأنه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريضة إذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لا تعتبر من جميع المال كما في سائر معاوضات المال بالمال وإذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل أنه أجر داره من فلان شهر بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فاما إن كان في أول المدّة ينظر إن كان أجره الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستأجر ولو اتلغا عليه عين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لأن المنفعة في باب الاجارة لها حكم عين المال وإن كانت أجره مثلها أقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة لأن التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا وإن كانت الدعوى بعد مضي مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجارة لأنهما اتلغا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح وولي القاتل على مال والقاتل ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا أنهما لا يضمنان شيئا للقاتل لأنهما اتلغا عليه عين مال بعوض وهو النفس لأن النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب عليه القصاص فصالح الولي على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضا لا تعتبر من الثلث دل أن هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان إلا إذا شهد على الصالح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لأن التلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن تخرج هذه المسائل على فصل التسبب لأن ما قبله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويستوى في وجوب الضمان الرجوع

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت القروخ وثبتت الاصول يجب الضمان على القروخ لوجود الاتلاف  
منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجعت الاصول وثبتت القروخ فلا ضمان على القروخ لانعدام الرجوع منهم وهل  
يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب . قال محمد يجب (وجه) قوله أن القروخ  
لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فاذا شهدوا فقد أظهروا شهادتهم فكانهم حضروا بانفسهم  
وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من القروخ لان الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم  
يشهدوا حقيقة وانما شهد القروخ وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتلاف من الاصول لعدم الشهادة  
منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا اذا رجعوا جميعا فالضمان على القروخ عندهما ولا شيء على الاصول  
لوجود الشهادة من القروخ حقيقة لان الاصول وعنده المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن القروخ وان شاء  
ضمن الاصول لوجود الشهادة من القريقين ولو لم يرجع أحد من القريقين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا  
ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع عن القروخ والشهود والمزكين  
عند أبي حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضى بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا  
عنده وعند همارجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان  
التركية ليست الا بناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التي هي خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان  
لا يوجب الضمان كذا هذا ولا يوجب حنيفة أن التركية في معنى الشهادة في وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة  
انما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وانما يصير اتلافا بالتركية ألا ترى أنه لو لا التركية لما وجب القضاء فكانت  
الشهادة عاملة بالتركية فكانت التركية في معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان  
شروط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فلا يصل أن مقدار الواجب منه  
على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبرة فيه ببقاء من بقي من الشهود بعد  
رجوع من رجع منهم فان بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف أصلا من  
أحد وان بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص فتقول بيان هذه الجملة  
اذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كانت الشهود  
أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجعت اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة  
فعليهم نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم  
نصف المال لان النصف بقي بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف  
بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقي ببقاء  
امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة ارباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع  
وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد  
رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شيء على المرأة لان المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها  
بمنزلة واحدة لان القاضى لا يقضى بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لان  
الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل  
واحد لا شيء عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما اثنان  
ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقي ثلاثة ارباع ببقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة  
الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثنان ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثنان أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه  
على المرأتين لماذا ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تالف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعوا جميعاً فالضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبي حنيفة فاما  
عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر  
الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافاً ولا يبي  
حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداساً ولو رجع الرجل وحده  
ضمن نصف المال لأن النصف محفوظ بشهادة النساء وكذلك لو رجعت النسوة غرمن نصف المال لأن النصف  
محموظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لأن الحق  
بقي محفوظاً برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لأنه بقي ثبات رجل وامرأة  
ثلاثة أرباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال اثلاً ثلثاً على الرجل  
والثلث على المرأة لأن تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة  
فكان بينهما اثلاً ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شيء على  
المرأة في قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه نصف المال يكون عليهما  
أثلاً ثلثاً على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعاً فالضمان بينهم اخصاس عند أبي حنيفة خمساً على الرجل وثلاثة  
اخصاسه على النسوة لأن الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن  
شطر الشهادة وإن كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج  
ما إذا شهد شاهدان أنه طلق امرأته ثلاثاً والزوج ينكر ويشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا  
فالضمان عليهم أرباع على شاهدي الطلاق الربع لأن شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لأن كل المهر يتأكد  
بالدخول والمؤكد حكم الموجب على مامر وشاهدي الطلاق شهدا بالنصف لأن نصف المهر يتأكد بالطلاق  
على ما ذكرنا والمؤكد للواجب في معنى الواجب فشاهد الدخول أقر بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه  
الشهود وكلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلاثة الأرباع على شاهدي الدخول فاما الذي  
يرجع الى نفسه فتوعان أحدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القائمة على الزنا وجملته الكلام  
فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا ما أن يكون من جميع الشهود وما أن يكون من بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعاً  
يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلان كلامهم قبل القضاء انعقد قذا  
لا شهادة الا أنه لا يقيم الحد عليهم للحال لاحتمال أن يصير شهادته بقرينة القضاء فاذ رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي  
قذا فيوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلان كلامهم وان صار شهادته باتصال القضاء به فقد انقلب قذاً بالرجوع  
فصار ارباعاً فبقي حدون ولو رجعوا بعد القضاء والامضاء فلا خلاف في أنهم يحدون اذا كان الحد جدياً وان  
كان رجماً فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم ووجه قوله أنهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن  
كلامهم وقع قذاً من حين وجوده فصاركوا لو قذفوا صريحاً ثم مات المذوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف  
بين أصحابنا فيسقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذاً من حين وجوده وانما يصير قذاً وقت الرجوع  
والمذوف وقت الرجوع ميت فصارك قذاً بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد واما حكم الضمان فاما قبل الامضاء  
لا ضمان أصلاً لعدم الاتلاف أصلاً وأما بعد الامضاء فان كان الحد رجماً ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم  
اتلافاً أو اقراراً بالاتلاف وان كان الحد جدياً فليس عليهم ارض الجلدات اذا لم يمت منها ولا الدية ان مات منها عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافاً بطريق التسبب لانها تفضي الى القضاء  
والقضاء يفضي الى اقامة الجلدات وانها تفضي الى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافاً الى الشهادة فكانت  
اتلافاً تسببياً ولهذا الوشهد وبالقبض أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولا يبي حنيفة عليه

الرحمة أن الأثر حصل مضافاً إلى الضرب دون الشهادةتين لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لأن الضرب الجارح غير مستحق في الجسد فلا يكون الجرح مضافاً إلى شهادتهم والثاني أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبب إليه وإضافة الأثر إلى المباشرة أولى من إضافته إلى التسبب إلا أنه لا ضمان على بيت المال لأن هذا ليس خطأ من القاضي ليكون عطاءؤه في بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير من جهته ههنا فلا شيء على بيت المال هذا إذا رجعوا جميعاً فاما إذا رجع واحد منهم فإن كان قبل القضاء يحدون جميعاً عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحد الرجوع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة قذفاً لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الأربعة وإنما ينقلب قذفاً بالرجوع ولم يوجد إلا من أحدهم فينقلب كلاماً قذفاً خاصة بخلاف ما إذا شهد ثلاثة بالزنا منهم يحدون لأن هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذفاً (ولنا) أن كلامهم لا يصير شهادة إلا بقرينة الزنا ألا ترى أنها لا تصير حجة إلا به فتمله يكون قذفاً لا شهادة فكان ينبغي أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمي ههنا إلا أنه لا يقام لا احتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء ولثلاث يؤدي إلى سد باب الشهادة فإذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذفاً فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فانهم يحدون لوقوع كلامهم قذفاً كذا هذا وإن كان بعد القضاء قبل الامضاء فانهم يحدون جميعاً عندهما وعند محمد الرجوع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لا اتصال القضاء به فلا ينقلب قذفاً إلا بالرجوع ولم يرجع إلا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفاً فلم يصح رجوعه في حق الباقي فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء في باب الحد ومن القضاء بدليل أن عمى الشهود أو ردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعده يمنع من الامضاء فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعاً بخلاف بين أصحابنا الثلاثة كذا إذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وإن كان بعد الامضاء فإن كان الحد جدياً يحد الرجوع خاصة بالاجماع لأن رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق الباقي فانقلبت شهادته خاصة قذفاً فيحد خاصة وإن كان الحد رجماً ومات المقدوف يحد الرجوع عند أصحابنا خلافاً لزفر وقد مرت المسئلة هذا حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان إذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لما قلنا وأما بعد الامضاء فإن كان الحد جدياً فلا شيء على الرجوع من ارش السياط ولا من الدية إن مات عند أبي حنيفة رحمه الله وعند شمس يجب وإن كان رجماً غرم الرجوع ربع الدية لأن الثلاثة يحفظون ثلاثة أرباع الدية فكان التالف بشهادته الربع هذا إذا كان شهود الزنا أربعة فاما إذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فإن القاضي يقيم الحد على المشهود عليه بما بقي من الشهود لأن الأربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وإن أمضى الحد ثم رجع اثنان ضمنا ربع الدية إن مات المرجوم لأن الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه وإن لم تمت فليس عليهما أرش للضرب عند أبي حنيفة وعندهما يجب وقد تقدمت المسئلة والثاني وجوب التعزير في عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنا بأن تعد شهادة الزور وظهر عند القاضي باقراره لأن قول الزور جنابة ليس فيها فيما سوى القذف حد مقدر فتوجب التعزير بخلاف بين أصحابنا وإنما اختلفوا في كيفية التعزير قال أبو حنيفة عليه الرحمة تعزيره تشهير فينادى عليه في سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضم إليه ضرب أسواط هذا إذا تاب فأما إذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال اني شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم فإنه يعزر بالضرب بالاجماع احتجاجاً بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولأن قول الزور من أكبر الكبائر وليس اليه فيما سوى القذف بالزنا حد مقدر فيحتاج إلى أبلغ الزواجر ولا في حنيفة رحمه الله ما روى أن شريحاً كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر ولأن الكلام فيمن أقرانه

شهد بزور نادما على ما فعل لامصراً عليه والندم توبة على لسان رسول الله  
صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان  
مصراً على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضي الله عنه  
محمول عليه توفيقاً بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضي ﴾

## ( فهرست الجزء السادس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع )

| صفحة | موضوع                                   | صفحة | موضوع                                                 |
|------|-----------------------------------------|------|-------------------------------------------------------|
| ٧٨   | فصل وأما بيان ما يبطل به عقد الشركة     | ٢    | ﴿ كتاب الكفالة ﴾                                      |
| ٧٩   | ﴿ كتاب المضاربة ﴾                       | ٥    | فصل وأما شرائط الكفالة                                |
| ٧٩   | فصل وأما ركن العقد الخ                  | ١٠   | فصل وأما بيان حكم الكفالة                             |
| ٨١   | فصل وأما شرائط الركن الخ                | ١١   | فصل وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة            |
| ٨٦   | فصل وأما بيان حكم المضاربة              | ١٣   | فصل وأما رجوع الكفيل                                  |
| ١٠١  | فصل وأما صفة هذا العقد                  | ١٥   | فصل وأما ما يرجع به الكفيل                            |
| ١٠١  | فصل وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال   | ١٥   | ﴿ كتاب الحوالة ﴾                                      |
| ١١٢  | فصل وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة   | ١٧   | فصل وأما بيان حكم الحوالة                             |
| ١١٥  | ﴿ كتاب الهبة ﴾                          | ١٨   | فصل وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة       |
| ١١٨  | فصل وأما الشرائط                        | ١٩   | فصل وأما بيان الرجوع                                  |
| ١٢٧  | فصل وأما حكم الهبة                      | ١٩   | ﴿ كتاب الوكالة ﴾                                      |
| ١٣٥  | ﴿ كتاب الرهن ﴾                          | ٢٠   | فصل وأما بيان ركن التوكيل                             |
| ١٣٥  | فصل وأما الشرائط                        | ٢٠   | فصل وأما الشرائط فأنواع                               |
| ١٤٥  | فصل وأما حكم الرهن                      | ٢٤   | فصل وأما بيان حكم التوكيل                             |
| ١٥٤  | فصل وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون   | ٣٢   | فصل الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما<br>وكلا به  |
| ١٥٥  | فصل وأما شرائط كونه مضمونا عند الهلاك   | ٣٧   | فصل وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة            |
| ١٧٤  | فصل وأما حكم اختلاف الراهن والمرتهن     | ٣٩   | ﴿ كتاب الصلح ﴾                                        |
| ١٧٥  | ﴿ كتاب المزارعة ﴾                       | ٤٠   | فصل وأما شرائط الركن فأنواع                           |
| ١٧٦  | فصل وأما ركن المزارعة                   | ٤٢   | فصل وأما الشرائط التي ترجع الى المصالح عليه<br>فأنواع |
| ١٧٦  | فصل وأما الشرائط الخ                    | ٤٨   | فصل وأما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع             |
| ١٧٧  | فصل وأما الذي يرجع الى المزرع           | ٥٣   | فصل وأما بيان حكم الصلح الخ                           |
| ١٧٧  | فصل وأما الذي يرجع الى الخارج           | ٥٤   | فصل وأما بيان ما يبطل به الصلح                        |
| ١٧٨  | فصل وأما الذي يرجع الى المزرع فيه       | ٥٥   | فصل وأما بيان حكم الصلح                               |
| ١٧٩  | فصل وأما الذي يرجع الى ما عقد عليه      | ٥٦   | ﴿ كتاب الشركة ﴾                                       |
| ١٧٩  | فصل وبيان هذه الجملة الخ                | ٥٧   | فصل وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة                |
| ١٨٠  | فصل وأما الذي يرجع الى آلة المزارعة الخ | ٥٨   | فصل وأما بيان شرائط جواز هذه الأنواع                  |
| ١٨٠  | فصل وأما الذي يرجع الى مدة المزارعة الخ | ٦٥   | فصل وأما حكم الشركة                                   |
| ١٨٠  | فصل وأما الشرائط المنقذة للمزارعة الخ   | ٧٧   | فصل وأما صفة عقد الشركة                               |
| ١٨١  | فصل وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة      |      |                                                       |

| صفحة                                                 | صفحة                                                 |
|------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|
| ٢١٤ ﴿ كتاب العارية ﴾                                 | ١٨٢ فصل وأما حكم المزارعة الفاسدة                    |
| ٢١٤ فصل وأما الشرائط التي يصير الركن بها اعادة الخ   | ١٨٣ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة الخ |
| ٢١٤ فصل وأما بيان حكم العقد الخ                      | ١٨٤ فصل وأما الذي يفسخ به عقد المزارعة               |
| ٢١٦ فصل وأما صفة الحكم الخ                           | ١٨٤ فصل وأما بيان حكم المزارعة المنسوخة الخ          |
| ٢١٧ فصل وأما بيان حال المستعار                       | ١٨٥ ﴿ كتاب المعاملة ﴾                                |
| ٢١٨ فصل وأما بيان ما يوجب تغير حالها                 | ١٨٦ فصل وأما الشرائط المفسدة للمعاملة                |
| ٢١٨ ﴿ كتاب الوقف والصدقة ﴾                           | ١٨٧ فصل وأما حكم المعاملة الصحيحة الخ                |
| ٢١٩ فصل وأما شرائط الجواز                            | ١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة الفاسدة الخ                |
| ٢٢٠ فصل وأما الذي يرجع الى الموقوف الخ               | ١٨٨ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخها            |
| ٢٢٠ فصل وأما حكم الوقف الجائر                        | ١٨٨ فصل وأما الذي يفسخ به عقد المعاملة               |
| ٢٢١ وأما الصدقة الخ                                  | ١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة المنسوخة الخ               |
| ٢٢١ ﴿ كتاب الدعوى ﴾                                  | ١٨٨ ﴿ كتاب الشرب ﴾                                   |
| ٢٢٢ فصل وأما الشرائط المصححة للدعوى                  | ١٩٢ ﴿ كتاب الاراضي ﴾                                 |
| ٢٢٤ فصل وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه             | ١٩٦ ﴿ كتاب المفقود ﴾                                 |
| ٢٢٤ فصل وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل بها            | ١٩٦ فصل وأما بيان ما يصنع بماله                      |
| ٢٢٥ فصل وأما حجة المدعى والمدعى عليه                 | ١٩٧ فصل وأما حكم ماله الخ                            |
| ٢٢٧ فصل وأما بيان كيفية اليمين                       | ١٩٧ ﴿ كتاب التقيط ﴾                                  |
| ٢٢٩ فصل وأما حكم أدائه                               | ١٩٧ فصل وأما بيان حاله                               |
| ٢٣٠ فصل وأما حكم الامتناع                            | ٢٠٠ ﴿ كتاب اللقطة ﴾                                  |
| ٢٣١ فصل وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه | ٢٠٠ فصل وأما بيان أحوالها الخ                        |
| ٢٣٢ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين                      | ٢٠٢ فصل وأما بيان ما يصنع بها                        |
| ٢٥٢ فصل وأما بيان ما يظهر به النسب                   | ٢٠٣ ﴿ كتاب الابق ﴾                                   |
| ٢٥٥ فصل وأما صفة النسب الثابت                        | ٢٠٣ فصل وأما بيان ما يصنع به                         |
| ٢٥٥ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين الخ                  | ٢٠٣ فصل وأما بيان حكم ماله                           |
| ٢٥٩ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك         | ٢٠٤ فصل وأما شرائط الاستحقاق الخ                     |
| ٢٦٣ فصل وأما بيان حكم الملك والحق الثابت الخ         | ٢٠٥ فصل وأما بيان من يستحق عليه الخ                  |
| ٢٦٦ ﴿ كتاب الشهادة ﴾                                 | ٢٠٥ فصل وأما بيان قدر المستحق الخ                    |
| ٢٦٦ فصل وأما الشرائط الخ                             | ٢٠٦ ﴿ كتاب السباق ﴾                                  |
| ٢٨٢ فصل وأما بيان ما يلزم الشاهد الخ                 | ٢٠٦ فصل وأما شرائط جوازها الخ                        |
| ٢٨٢ فصل وأما بيان حكم الشهادة                        | ٢٠٧ ﴿ كتاب الوديعه ﴾                                 |
| ٢٨٣ ﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾                       | ٢٠٧ فصل وأما شرائط الركن الخ                         |
|                                                      | ٢٠٧ فصل وأما بيان حكم العقد                          |
|                                                      | ٢١١ فصل وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه           |