

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

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأشياء بعضها يرجع الى الخيل وبعضها يرجع الى الخمال وبعضها يرجع الى الخمال عليه و بعضها يرجع الى الخمال به (أما) الذي يرجع الى الخيل فأشياء (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 الاعتقاد فتصح حوالة الصبي العاقل موقوفاً فإذ على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بما لها خصوصاً اذا كانت مقيدة فتعقد من الصبي كالبيع ونحوه فاما حرية الخيل 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 ما دوناً في التجارة يرجع عليه الخمال عليه الخمال اذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله وبتعلق بقرته وان كان محجوراً يرجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل الخيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا الخيل حتى لو كان مكرهاً على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التملك فتفسد بالاكراه كسائر التملكيات (وأما) الذي يرجع الى الخمال فأشياء (منها) العقل لما ذكرنا ولا يقوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الاعتقاد فيعتد احتياله موقوفاً على اجازة وليه ان كان الثاني أملاً من الاول وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشريطة لانه منهي عن قربان ماله الا على 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 الاعتقاد 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 قوله لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كما في البيع (وأما) الذي يرجع الى الخمال عليه فأشياء أيضاً (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الاعتقاد أيضاً فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا وان كان عاقلاً سواء كان محجوراً عليه أو ما دوناً في التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر الخيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على الخيل فكان تبرعاً ابتداءً وانتهاه وكذلك اذا كانت بأمره لانه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبي محجوراً كان أو ما دوناً في التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضاً لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي (ومنها) الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الاعتقاد عندهما لما ذكرنا في جانب الخيل (وأما) الذي يرجع الى الخمال به فنوعان أحدهما أن يكون ديناً فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها على 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 الخمال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة سواء كان للمحيل على الخمال 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 أحيل على ملي فليتبع من غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على الخمال عليه دين فان الخمال يطلب الخمال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان الخمال عليه يطلب بدينين دين الحوالة ودين الخمال فيطالبه

س - شرط الرجوع
١٠ - شرط الرجوع

١١ - شرط الرجوع

١٢ - شرط الرجوع

١٣ - شرط الرجوع

١٤ - شرط الرجوع
١٥ - شرط الرجوع
١٦ - شرط الرجوع

الحال بدين الحوالة ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لان الحوالة لم تنقذ بالدين الذي للمحال عليه لانها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة فيتعلق دين الحوالة بنقته ودين المحيل بقي على حاله واذا قيدها بالدين الذي عليه ينقطع حق مطالبة المحيل لانه قيد الحوالة بهذا الدين فيتسببه ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وان لم يكن رهنا على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بان كان الدين 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 اذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لانه قضى دينه بامر له ولو ظهر ذلك في الحوالة المطلقة لا يبطل لانه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فاذا ظهر انه لا دين فقد ظهر انه لا حوالة لان الحوالة بالدين وقد تبين انه لا دين فتبين انه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد في الحوالة المطلقة لان تعلق الدين به يوجب تسيده الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق بالذمة فلا يظهر ان الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بألف وديعة عند رجل فهلك الألف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الألف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لانه يجب عليه مثلها (ومنها) انه اذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين الى 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 ان المرتين اختص بغير الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى انه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغيره اختص بغيره لانه لا يخرج بالضمان فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغير ذلك المال ألا ترى انه لو توى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يختص بغيره لم يختص بغيره أيضا بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة في ذلك واذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك لان المال الذي قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسئلة بحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال في ذلك وانما يؤخذ من المحال عليه لان الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال في ذلك لان حتمه ثبت على المحال عليه ولا يعود الى المحيل ولكن القاضي يأخذ من غرماء المحيل كغيبلا لانه ثبت الرجوع اليهم لاحد رجلين (أما) المحال اذا توى ما على الآخر وأما المحال عليه اذا أدى الدين فلقاضي نصب ناظر الامور المسلمين فيحتاط في ذلك بأخذ الكفيل

صحة امره

﴿فصل﴾ واما بيان حكم الحوالة فنقول والله 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 ان الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تغيير كما في الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها والشيء اذا انتقل الى موضع لا يبقى في المحل الاول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاعة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الاصيل جاز وتكون حوالة لانه أتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة قال بعضهم انها نقل المطالبة والدين جميعا وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين في ذمة المحيل (وجه) قول الاولين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فلاننا جمعنا على انه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صححت البراءة والهبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولو أبرأ الدين انتقل الى ذمة المحال عليه وقرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الاول لان البراءة عن الدين وهبة الدين ولا دين بحال ولصح الثاني لان البراءة عن دين ثابت وهبته منه صحيح وان تأخرت المطالبة كالبراءة عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلان الحوالة توجب النقل لانها

مشتقة من التحويل وهو النقل فينتضى نقل ما أضيف اليه وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة لأنه اذا قل أحلت بالدين أو أحلت فلا يابدينه فيوجب انتقال الدين الى المحال عليه لأنه اذا انتقل أصل الدين اليه ينتقل 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 متطوعا وبجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا 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 والهبية ولا يرتد اجمعا 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 كافي الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذ لم يكن للمحيل عليه دين كافي الكفالة ولو كان له عليه دين يلتزمان قصاصا 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 ان 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 بدین في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل الى ذمة المحال عليه بدین في ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعا واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على المحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل اذ اذمه المحال فكلاملا زمه المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال واذا حبسه له أن يجبسه اذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولما يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذي أوقفه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها وان كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة بما يمكن للمحال عليه أن يلازم المحيل اذ الوزم ولأنه يجبس اذا حبس لان الحوالة اذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه مترعا وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلولا زمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلازمه أيضاً فلا يفيد والله عز وجل أعلم

فصل في ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فتقول والله التوفيق انه يخرج من الحوالة باتهاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي باشيء (منها) فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة الى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل وأصحح بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحميل على مليء فليتبّع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة 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 اجماعا ولان الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يستقط الا بالقضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق ابراء بالقضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء فتبقى 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 الاصل ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشرطة الملائة وقد ذهبت بالفلاس ثم التوى عند أبي حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت المحال عليه مفلساً والثاني أن يجحد الحوالة ويخلف ولا يبنه للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد بما هو الثالث وهو أن يفس المحال عليه حال حياته ويقضى القاضي بالفلاس بناء على أن القاضي يقضى بالفلاس حال

في نسخة اخرى

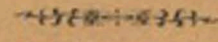
(١) - نسخ
(٢) - التوى

بمعنى التوى؟

بمعنى التوى؟

حياته عندهما وعند لا يقضى به (ومنها) اداء الخصال عليه المال الى الخصال فاذا أدى المال خرج عن الخصال اذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها (ومنها) أن يهب الخصال للمحال عليه ويقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه ويقبله لان الهبة والصدقة في معنى الإبراء (ومنها) أن يموت الخصال فيرثه الخصال عليه (ومنها) أن يرثه من المال والله عز وجل أعلم

فصل في أماني الرجوع فجملة الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فأنواع (منها) أن تكون الخصال بامر الخليل فان كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطلب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على قرضي بذلك الطالب جازت الخصال الا أنه اذا أدى لا يرجع على الخليل لان الخصال اذا كانت بامر الخليل صار الخصال مملكا للدين من الخصال عليه بما أدى اليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على الخليل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التمليك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) اداء مال الخصال أو ما هو في معنى الاداء كالهبة والصدقة اذا قبل الخصال عليه وكذا اذا ورثه الخصال عليه لان الارث من أسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو ابرأ الخصال الخصال عليه من الدين لا يرجع على الخليل لان الإبراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التمليك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد في اسقاطه محضاً فلم يملك الخصال عليه شيئاً فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للخليل على الخصال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التتبعاً فصلاً لانه لو يرجع على الخليل لرجع الخليل عليه أيضاً فلا يفيد فصيلاً للدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فنقول والله التوفيق ان الخصال عليه يرجع بالخصال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين الخصال به درهم فنقد الخصال عليه دنانير عن الدرهم أو كان الدين دنانير فنقد درهم عن الدنانير فنقد درهم فجاز وراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افتراق قبل القبض أو شرط فيه الاجل والخييار يبطل الصرف ويعود الدين الى حاله واذا تمت المصارفة فالخصال عليه يرجع على الخليل بمال الخصال لا بالمؤدى لان الرجوع بحكم الملك وأنه ملك دين الخصال لا المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين لما ذكرنا في كتاب الكفالة وكذا اذا باعه الدرهم أو الدنانير عرضاً يرجع بمال الخصال لما ذكرنا وكذا اذا أعطاه زبواً كان الجياد وتجوز بها الخصال يرجع على الخليل بالجياد لما قلنا ولو صالح الخصال الخصال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على الخليل بالتدرا المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدرهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على الخليل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضاً على كل الدين ولو قبض الخصال مال الخصال ثم اختلفا فقال الخليل لم يكن لك على شيء وإنما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لي وقال الخصال لا بل اختلفتني بألف كانت لي عليك فالقول قول الخليل مع يمينه لان الخصال يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه والله عز وجل أعلم



كتاب الوكالة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى التوكيل لغة وشرعاً 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 برادها الحفظ قال الله عز وجل وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل أى الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذوه وكيلاً قال القراء أى حفيظاً وتذكرو برادها الاعتماد وهو يرض الامر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عز وجل خبراً عن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام انى توكلت على الله ربي وربكم أى اعتمدت على الله وفوضت أمرى اليه وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضاً على تقدير الوضع اللغوي وهو تفويض التصرف والحفظ الى الوكيل ولهذا قال أصحابنا ان من قال لا خير وكنتك في كذا أنه يكون وكيلاً في الحفظ

١ - اداء المهر
٢ - اداء المهر
٣ - اداء المهر
٤ - اداء المهر
٥ - اداء المهر
٦ - اداء المهر
٧ - اداء المهر
٨ - اداء المهر
٩ - اداء المهر
١٠ - اداء المهر
١١ - اداء المهر
١٢ - اداء المهر
١٣ - اداء المهر
١٤ - اداء المهر
١٥ - اداء المهر
١٦ - اداء المهر
١٧ - اداء المهر
١٨ - اداء المهر
١٩ - اداء المهر
٢٠ - اداء المهر

١ - معنى التوكيل

لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ركن التوكيل فهو الايجاب والتبويل فلا يجاب من الموكل أن يقول وكنتك بكذا أو اقبل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجري مجراه فإلم يوجد الايجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا قبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ التريم لان تمام العقد بالايجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كافي 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 وكنتك 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 والعناق واذن العبد في التجارة والتحليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون والتقييدات كمنزل الوكيل والمجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك

﴿ فصل ﴾ 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 تملك فصل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الاهلية ألا ترى أنهما لا يملكان التصرف بانفسهما وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعناق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الصارفة المحضة ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيملكه هو يرضه الى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والشفع كالبيع والاجارة فان كان مأذونا له في التجارة يصح منه التوكيل بها لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا ينعقد موقوفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضا كما اذا فعل بنفسه لان في انعقاده فائدة لوجود المحجز للخال وهو المولى ولا يصح من العبد المحجور ويصح من المأذون والمكاتب لانهما يملكان بانفسهما فيملكان بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور وأما التوكيل من المرتد فوقوف ان أسلم بنفذ وان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد هو نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده لوقوف املاكه وعندهما نافذة لثبوت املاكه ويجوز التوكيل من المرتد بالاجماع لان تصرفاتها 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 بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائي غيب يارسول الله قتال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهني ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبييا والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجد هنا فتصح وكالته كالبالغ الآن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع الى الوكيل اذا كان بالغنا واذا كان صبييا ترجع الى الموكل لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا الردة 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 مساميا وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا الا 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

١ - من شرط التوكيل

٢ - من شرط التوكيل

٣ - من شرط التوكيل

٤ - من شرط التوكيل

٥ - من شرط التوكيل

٦ - من شرط التوكيل

٧ - من شرط التوكيل

٨ - من شرط التوكيل

٩ - من شرط التوكيل

يحيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الامر لا يلزم الا بعد العلم بالمأمور به أو القدره على اكتساب سبب
 العلم بالمأمور به كافي أو امر الشرع (وأما) علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزيارات انه شرط
 وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعدي هذا الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب
 الرجل بالعبديه واخبره ان صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شراؤه وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا
 ذكره محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزيارات انه لا يجوز البيع وصورة
 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 لم 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 ويكون 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 إليه 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 يبنى 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 ينحلوا ما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهي الحدود وما أن يكون بحقوق العباد والتوكيل
 بحقوق الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل بالاثبات الحدود فان كان حاداً لا يحتاج
 فيه الى الخصومة كحد الزنا وشراخمر فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لانه ثبت عند القاضي بالبينه 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 قبل البينة فهما 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 منعده
 في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فان كان المقدوف والمسرورق منه حاضر وقت
 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 يحتملها. وقال بعضهم
 لا يجوز لانه ان كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز
 التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله ان هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائيه
 كافي سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا انه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق
 الرامى فيأمره أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز
 التوكيل بالتعزير اثباتاً واستيفاءً بالاتفاق ولو وكيل أن يستوفى سواء كان الموكل غائباً أو حاضر لانه 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

ص - مؤامرة

ص - ما يرجع الى الوكيل به

(١) - ان يرضى بموكله

(٢) - بالاثبات

اثبات الحدود

قد ذكر في كتابه

لعفا فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وان 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 وقد مر حكم التوكيل باتبانه وباستيفائه ونوع يجوز استيفاءه وأخذ مع الشبهة كالدين والاعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف انه يجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والاصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما ان سيدنا علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها لهما يحضرها الشياطين فجعل الخصومة الى عتيل رضي الله عنه فلما كبر ورق حوله الى وكان على يقول ما قضى لو كيلي فلي وما قضى على وكيلى فعلى ومعلوم ان 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 الاحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الجصاص انه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنا في المرأة اذا كانت مخدرة غير بريرة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يجوز الا توكيل البكر وهذا غير سديد لما يذكر (وجه) قولهم ان التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك ان الدعوى حق المدعي والانكار حق المدعي عليه فقد صادف التوكيل من المدعي والمدعي عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خاصمه بنفسه ولا في حنيفة رحمه الله ان الحق هو الدعوى الصادقة والانكار الصادق ودعوى المدعي خير بحتم الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا انكار المدعي عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعي فلم يكن كل ذلك حتماً فكان الاصل ان لا يلزم به جواب الا ان الشرع أزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية الى الفساد وحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة بصير مقتضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما ان الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل الخن بحجته فيعجز من يخاصمه عن احياء حقه فيتضرر به فيشرط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً الى التزامه واذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل الى غيره بالتوكيل لصاعت الحقوق وهلك وهذا لا يجوز وكذلك اذا كانت المرأة مخدرة مستورة لانهما تستحي عن الحضور لمخاف الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرة كانت أو ثيباً فيضيع حقه (وأما) في مسائلنا لضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الاقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز وبصير وكيلا بالانكار سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية وروى عن محمد انه اذا وكل الطالب واستثنى الاقرار يجوز وان وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان استثناء الاقرار في عقد التوكيل انما جاز لحاجة الموكل اليه لان الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لضرره به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لان كل واحد منهما يحتاج الى التوكيل بالخصومة هذا اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار في العقد فما اذا وكل مطلقاً استثنى الاقرار في كلام منفصل يصح عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالاقرار فذكر في الاصل انه يجوز وذكر الطحاوي انه لا يجوز ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمقاوضة والعبد المأذون والمسكاتب لانهم يملكون الخصومة بانفسهم فيملكون تفويضها الى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذمي كما يجوز من المسلم لان حقوقهم مصنوعة مرعية عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بقبض الدين لان الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

عن ابن جعفر بن محمد بن عمار

قال ما جاز استيفاءه

في الشبهة (ب) ما ذكر

سماؤه من غيره

الذي بالخصومة

استثناء الاقرار وتزكية

المراد

الذي بالخصومة

الذي بالخصومة

الى التفويض الى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وساير التصرفات الا ان التوكيل قبض رأس مال السلم وبدل الصرف
 انما يجوز في المجلس لان الموكل انما يملك القبض فيه لا في غيره واذا قبض الدين من التريم برى التريم لان القبض
 الصحيح بوجوب البراءة ويجوز الوكالة بقضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتبها له القضاء بنفسه فيحتاج الى
 التفويض الى غيره سواء كان الموكل حراً او عبداً ما ذونا ومكاتباً لانهما يملكان القضاء بانفسهما فيملكان التفويض
 الى غيرهما أيضاً ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها
 غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصلح على انكار لانه يملك هذه
 التصرفات بنفسه فيملك تفويضها الى غيره ويجوز الهبة والصدقة والاعارة والابداع والرهن والاستعارة
 والاستنباب والارتمان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقتراض والاستقراض الا ان في
 التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على وجه الرسالة بان يقول ارسلني فلان
 اليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصلح والابراء ويجوز بالطلاق والعتاق والاجارة والاستئجار لما قلنا
 ويجوز بالسلم والصرف لانه يملكها بنفسه فيملك تفويضها الى غيره الا ان قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد
 على الصحة والعبرة ببقاء العاقدين واقتراحهما لان حقوق العقد راجعة اليهما ما نذكر فاذا 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 افتراقه حصل الافتراق
 لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع اليه بل هو اجنبي عنها
 بقاءه وافتراقه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض
 الى غيره الا ان لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو اخلاص الجاهل الكريمة في احد نوعي الوكالة دون النوع الاخر
 وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام ان يقول له اشترى ما شئت او ما رأيت أو ما رأيت أو ما رأيت
 أو ما رأيت أو ما رأيت أو ما رأيت أو ما رأيت أو ما رأيت أو ما رأيت أو ما رأيت أو ما رأيت أو ما رأيت أو ما رأيت أو ما رأيت
 لانه فوض الرأي اليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبيضة والمضاربة والخاص ان يقول اشترى ثوباً او حيواناً
 او دابة او جوهر او عبداً او جارية او فرساً او بغلاً او حماراً او شاة والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمتنع بحجة
 التوكيل وان كانت قليلة لا تمتنع وهذا استحسان والقياس ان 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 دينار الى حكيم بن حزام ليشترى له به انحية ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة
 التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترفع بذكر الانحية وقد رتبتم لان الجهالة
 القليلة في باب الوكالة لا تنقض الى المنازعة لان مبنى التوكيل على التسحية والمسماحة فالظاهر انه لا يجوز المنازعة فيه
 عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان مناهة على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وان قلت
 تنقض الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق واذا ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلت الجهالة صح
 التوكيل بالشراء والا فلا فينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشرايه مما يقع على انواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الا بعد بيان
 النوع وذلك نحو ان يقول اشترى ثوباً بالان اسم الثوب يقع على انواع مختلفة من ثوب الابرسم والتظن والسكتان
 وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمي الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا
 تقل الا بذكر النوع بان يقول اشترى ثوباً باهرو وما فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال
 اشترى حيواناً او قال اشترى دابة او فرساً او مملوكاً او جوهر او حبوباً بالان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته
 انواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بان يقول ثوباً باهرو وما فاذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

القول بعد ما ذكره

اشترى دارا لا يصح لان بين الدار والدار تفاوتا فاحشافان عين الدار يجوز وان لم يعين ولكن 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 يعين مصر من الامصار ولو قال اشترى دارا في موضع كذا أو حبة لؤلؤ أو فص يا قوت أحمر
 ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما
 وقع التوكيل بشرائه لا يقع الاعلى نوع واحد يكتب في به ذكر 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 فباي شتره 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 البدوي اذا قال اشترى
 خادما حبشيا فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فان لم يذكر أحدهما أصلا فالوكالة باطله لان
 الجهالة غشت بترك ذكرهما جميعا فمنعت صحة الوكالة ولو قال اشترى حمارا أو بغلا أو فرسا أو بعيرا ولم يذكر له صفة ولا
 تمنا قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوما بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا
 الثمن فينظر ان اشترى حمارا بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتعابن الناس في مثله جاز على الموكل اذا كان الحمار ما
 يشترى مثله الموكل وان كان مما لا يشترى مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وان اشتراه بمثل قيمته
 نحو ان يكون الموكل مكارا فاشترى الوكيل حمارا مصر يا يصح للركوب لان مثله يشترى الحمار للعمل والحمل
 لا للركوب ولو قال اشترى شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا تمنا لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة بالصفة بحال
 الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوما لما بيننا ولو قال اشترى حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكر أحد شيئين اما قدر
 الثمن واما قدر الثمن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذكر أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيات
 والموزونات ولو وكله ليشترى له طيلسانا لا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما
 والله عز وجل أعلم

فصل في أحكام التوكيل فنقول والله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه وكيلا لان التوكيل
 اثبات الوكالة وللوكالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل فيحتاج الى بيان ما يملكه الوكيل
 من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا 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 القاضي لا يملك الاقرار على
 الصغير بالاجماع (وجه) قوله ان الوكيل بالخصومة وكيل المنازعة 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 اقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار فينفذ على الموكل كما اذا اقر على موكله وصدقه
 الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره في مجلس القاضي لافي غيره وقال أبو
 يوسف يصح فيه وفي غيره (وجه) قوله ان التوكيل نحو يرض ما يملكه الموكل الى غيره وقرار الموكل لا تنفذ صحته
 على مجلس القاضي فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر اليه لكن في مجلس القاضي لان التوكيل بالخصومة
 أو بموجب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضي ألا ترى ان الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي وكذا
 الخصومة لا تندفع باليمين في غير مجلس القاضي فتتسد بمجلس القاضي الا أنه اذا أقر في غير مجلس القاضي يخرج عن
 الوكالة وينزل لانه لو بقي وكيلا لبقى وكيلا بالاقرار عينا لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والاقرار عينا غير موكل
 به والوكيل بالخصومة في مال اذا قضى القاضي به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك (وجه) قوله ان

١ - حكم التوكيل
 ٢ - ثبوت ولاية
 ٣ - أحكام
 ٤ - اقرار الخصومة

١ - اقرار الوكيل

المطلوب من الوكيل بالخصومة الا هتداء ومن الوكيل بالتبض الامانة وليس كل من يهتدى الى شئ يؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالتبض (ولنا) انه لما وكله بالخصومة في مال فقد اتمته على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهي الا بالتبض فكان التوكيل بها توكيلا بالتبض والوكيل بتقاضى الدين يملك التبض في ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالتبض فكان التوكيل به توكيلا بالتبض 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 لتهمه الخيانة في أموال الناس والوكيل قبض الدين يملك الخصومة في اثبات الدين اذا أنكر الغريم عند أبي حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أيضا فيملك اقامة البينة وكذا لو أقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت بيئته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا في الوكيل قبض العين اذا أنكر من في يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من الذي وكله بالتبض لا تسمع منه بيئته في اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب والتسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل قبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى الى الخصومة كالتوكيل قبض العين ولا يبي حنيفة أن التوكيل قبض الدين توكيل بالمبادلة والحق في مبادلة المال بالمال تتعاق بالعاقد كما في البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكى في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما في ذمة الغريم وتعليقك بهذا التدر المأخوذ من المال فأشبهه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملك الوكيل بخلاف الوكيل قبض 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 بيئته المدعى عليه على الشراء من الموكل بالتبض لانها بيئته قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون البيئته مسموعة من وجهه دون وجهه كمن وكل انسا نابتل زوجته الى حيث هو فظالمها الوكيل بالانتقال فأقامت البيئته على ان زوجها طلقها فلا تسمع هذه البيئته 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 والتسمة فيها معنى المبادلة فكانت الخصومة فيها من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالتبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالتبض اصنع ماشئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالتبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالتبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومه وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالتبض لان الوكيل يتصرف بتقويض الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يسر الغريم من الدين لان توكيله بالتبض اذا لم يصح قبضه وقبض الاجنبي سواء فان وصل الى يد 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 والتبض 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 مغروراً من جهته بتوكيله بالتبض فيرجع عليه اذ كل غرض من الغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالتبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بيئته واذا أخذ منه رجوع الغريم على الوكيل الثاني لما قلنا ورجع الوكيل الثاني على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل قبض الدين للموكل على انسان معين أو في بلد

معلوم

معلوم

معلوم

معين لا يملك أن يتعدى الى غيره لان المتصرف بحكم الأمر لا يملك التعدي عن موضع الأمر وليس للوكيل قبض الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينها مكانه لان هذه معاوضة مقصودة وانها لا تدخل تحت التوكيل قبض الدين وهذا ما بينا ان قبض الدين حتمية لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل قبضه حتمية إلا أن التوكيل قبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المتعلقة بالتوكيل قبض الدين وحق الضرورة يصير مقتضيا بثبوتها ضمنا للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلا فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين جاء انسان الى الغريم وقال ان الطالب أمرني أن أقبضه منك فان صدقه الغريم وأراد أن يدفع اليه لا يمنع منه وان أبي أن يدفع اليه يجبر على الدفع في الدين وفي العين لا يجبر عليه والفرق أن التصديق في الدين اقرار على نفسه فكان مجبوراً على التسليم وفي العين اقرار على غيره فلا يصح الا بتصديق ذلك الغير وان لم يصدقه لم يجبر على الدفع فان دفعه اليه ثم جاء الطالب فان صدقه مضي الأمر وان كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على وجوه ثلاثة اما ان صدقه ودفعه اليه واما ان كذبه ومع ذلك دفع اليه واما ان لم يصدقه ولم يكذبه ودفع اليه فان صدقه في الوكالة ولم يضمنه جاء الطالب يقال له ادفع الدين الى الطالب ولا حق لك على الوكيل لانه لما صدقه في الوكالة فقد أقر بوكالته واقراؤه صحيح في حق نفسه فكأنه يقول ان الوكيل كان محتافاً في القبض وان الطالب ظالم فيما قبض مني وان ظلم على مبطل فلا أظلم على محق وان صدقه وضمنه ما دفع اليه ثم حضر الطالب فأخذ منه برجع هو على القابض لان الغريم وان أقر ان القابض محق في القبض بتصدقه اياه في الوكالة فعنده ان الطالب مبطل فيه ظالم فيما قبض منه فاذا ضمنه فقد أضاف الضمان الى ما قبضه الطالب عنه بغير حق وازداده الضمان الى المقبوض المضمون صحيح كما اذا قال ما غصبتك فلان فعلي وان كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع اليه له أن يضمن الوكيل لان عنده انه مبطل في القبض وانما دفعه اليه على رجاء أن يجوزه الطالب وكذا اذا لم يصدق ولم يكذب لانه لم يوجد منه الاقرار بكونه محتافاً في القبض فيملك الرجوع عليه الوكيل قبض الدين اذا قبضه فوجده معيباً ما كان للموكل رده فله رده وأخذ به لانه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلاً ووصفاً فكذا الوكيل ولو وكل رجلاً قبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم انه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل الى اقامة البينة ولا الى احضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم ادفع الدين الى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه ان أردت يمينه فان حلف والارجعت عليه لانه متر بالدين والدين مقتضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الایفاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم الى الوكيل وكذلك الوكيل يطالب الشفعة اذا ادعى المشتري أن الشفيع قد سلم للشفعة يؤمر بتسليم الدار الى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه ان أردت يمينه لان المشتري متر بثبوت حق الشفعة لان تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشتري الى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع أن المشتري قد رضى بالعيب انه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى ما رضى بهذا العيب لان البائع بقوله رضى المشتري بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب اذ ليس كل عيب موجبا للرد الا ترى انه 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 يحلفه على عمله فان أبي أن يحلفه خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على سخطه (وجه) قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض فاذا أنكر يستحلف لجواز انه ينكسر عن اليمين فيسقط حقه (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ما ادعى على الوكيل شيئاً وانما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولا به استحلاف الوكيل وهذا بخلاف ما اذا مات الطالب فادعى الغريم انه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث ان له أن يستحلف الوارث على عمله

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 استخلافه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لانه يستحلف
 على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لانه لا علم له به انه فعل ذلك أو لم يفعل
 فان أقام الغريم البينة على الايغاء سمعت بيئته عند أبي حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة
 بناء على ان الوكيل قبض الدين هل يكون وكيلا بالخصوصة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على
 هذا الاختلاف اذا أقام الغريم البينة انه أعطى الطالب بالدرهم الدنانير أو باعه بها عرضا فينته مسموعة عنده
 وعندهما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة ويستوى فيهما الجنس وخلاف الجنس فكان
 الخلاف في الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فان كان
 مقيدا ابراعى فيه التمسك بالاجماع حتى انه اذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون
 خلافا الى خير لما امر ان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيسلي من التصرف قدر ما ولاه وان كان
 الخلاف الى خير فائما غدا لانه ان كان خلافا فصورة فهو وفاق معنى لانه أمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل
 فتغديبان 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 تغد لانه خلاف الى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا
 لو وكله بالبيع بالف درهم حالة فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه
 بألف حالة تغد 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 فبراعى فيه الاطلاق عند أبي حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع
 الا بما يتغابن الناس في مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف
 الى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بتعارف فلا ينصرف اليه كالتوكيل بالشراء ولا بى حنيفة أن
 الاصل في اللفظ المطلق أن يجري على اطلاقه ولا يجوز تقييده الابدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش
 لغرض التوصل بثمنه الى شراء ما هو أرحم منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغبن
 فاحش ان لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكرا وتسمية لان كل واحد منهما يسمى ببعاء وهو مبادلة شئ مرغوب
 بشئ 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 جوازته ثبت على خلاف
 القياس لكونه أمرا بالتصرف في مال غيره وذكر الثمن فيه نبع الأثرى انه يصح بدون ذكر الثمن الا انه يجوز باعتبار
 الحاجة اذا كل أحد لا يتهاوله أن يشتري بنفسه فيحتاج الى من يوكل به غيره والحاجة الى التوكيل بالشراء ثمن جرى
 التعارف بشراء مثله بمثله فينصرف الامر بمطلق الشراء اليه البتة الثاني المشتري متهم بهذا الاحتمال انه يشتري
 لنفسه فماتين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة في البيع متقدمة فهو التفرق وكذلك يملك البيع
 بغير الايمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعي رحمه الله وملك البيع بالتقدم والنسيئة عنده وعندهما
 لا يملك الا بالتقدم والمجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغبن فاحش ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على
 وجهين اما ان كان ذلك مما لا ضرر في تبيعضه كالمكيل والموزون بان كان وكيلا ببيع عبد بن فباع أحدهما جاز
 بالاجماع وان كان في تبيعضه 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 الأمر إجماعاً لأنه يشتري الباقي ويحيزه
الموكل (وجه) قولهما المجمع بين الشراء والبيع بمجامع وهو العرف والعادة ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة
في الايمان ولا يبيح حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر ألا يرى ان عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز
فلان يجوز بيع البعض به أولى لأنه تقع موكله حيث أمسك البعض على ملكه وهذا فارق الشراء لان الوكيل
بالشراء اذا اشترى النصف بثلث الكل لا يجوز والوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن
ياخذ به عوضاً وله أن يصالح على شيء ويحتمل به على انسان وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيئاً
من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالبراء واخوانه تصرف في ملك الموكل من غير إذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي
(وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالبراء لان قبض الثمن حقه فكان الابراء عن الثمن ابراء عن قبضه تصحيحاً
لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لأنه لو بقي لبقى ديناً لا يحتمل القبض أصلاً وهذا
مما لا نظيره في أصول الشرع ولان ديناً لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفسد فيسقط ضرورة ويضمن الثمن
للموكل لأنه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى الى ملك غيره بالانكشاف فيجب عليه الضمان وكذا اذا أخذ بالثمن
عوضاً عن المشتري لأنه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومضى ملك ذلك فيملك رقبته الدين ضرورة بما أخذه من
العوض ويضمن لما ذكرنا وكذا اذا صالحه على شيء لان الصلح مبادلة وكذا اذا أحله المشتري بالثمن على انسان
وقبل الوكيل الحوالة لأنه يقبل الحوالة تصرف في حق نفسه بالبراء 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 مستفاد من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت
العموم الا بقضد عليه وهو قوله اعلم فيه رأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثاني
بحضرة الاول جاز وان باع بغير حضرته لا يجوز الا أن يحيزه الاول او الموكل وكذا اذا باعه فضولى فبلغ الوكيل أو الموكل
فاجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو لم يكن
بحضرته وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لان عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل
بل المقصود رأيه فاذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنفذ واذا باعه لا بحضرته أو باع فضولى فقد خلا
التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه يتقدم موقفاً على اجازة الوكيل أو الموكل لصدر التصرف من أهله في محله وليس
للكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لان الحقوق تتعلق بالعاقبة فيؤدى الى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً
ومتسلماً مطالباً ومطالباً وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولا يبيعه من نفسه في ذلك وليس له
أن يبيع من أبيه ووجهه وولده وولده الكبار وزوجه عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا
على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما ان البيع من هؤلاء ممن الاجنبي سواء لان كل واحد
منهما يملك أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولا يبيعه من هؤلاء يبيع من نفسه من حيث
المعنى لان اتصال منفعة مالك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملك من هؤلاء بخلاف الاجنبي
ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لان البيع من عبده يبيع من نفسه لانه لا يملك له وكذا المكاتب لانه عبد ما بقي
عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا يحتمل أن اتصال منافع الاملاك بينهما نورت التهمة لهذا
لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الاجنبي ولو عم التوكيل فقال اصنع ماشئت أو بع من هؤلاء أو اجاز ما صنعت
الوكيل جاز يبيعه بالاقاق 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 شيء مرغوب

يشيء مرغوب 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 يبيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل
 باحدهما توكيلاً بالآخر فاذا باع بيعاً صحيحاً صار مخالفاً (ولهما) ان هذا ليس بخلاف حقيقة لان البيع الصحيح خير
 وكل موكل بشيء موكل 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 ابراعى فيه القيد اجماعاً ما ذكرنا
 سواء كان القيد 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 وأستخدمها وأخذها أم ولد فاشترى جارية بحجوسيه أو اخته من الرضاع
 أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك اذا قال اشترى جارية تخدمني فاشترى
 جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمية لان الاصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه الاقيد لا يفيد اعتباره واعتبار هذا
 النوع من القيد 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 بكثر 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 بدرام وقيمتها مثل الدنانير صح التسليم كذا ههنا فان اشترى جارية بألف درهم فان كان
 مثلها يشترى بألف أو بكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتعابن الناس فيه تلزم الموكل وان كان التقصان مقدار
 ما لا يتعابن الناس فيه تلزم الوكيل لان شراء الوكيل المعروف المعروف وان اشترى جارية بمائة درهم ومثلها يشترى
 بألف تلزم الموكل لان الخلاف الى خير لا يكون خلافاً معني وكذا اذا وكله بأن يشترى له جارية بألف نسبية فاشترى
 جارية بألف حالة تلزم الوكيل لانه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشترى بألف حالة فاشترى بألف نسبية تلزم الموكل
 لانه وان خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشترى ويشترط الخيار للموكل فاشترى
 بغير خيار تلزم 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 منهم لانه يملك الشراء لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى
 إنه لو كان صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على اجازة الموكل لانهما لا يملكان الشراء لانهما
 فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا اذا كان الوكيل مرتداً أو كافراً أو كلباً شراء عبداً بعينه فاشترى نصفه لعدم امكان
 التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الاجازة ولو وكله بشراء عبداً
 فاشترى بعين من أعيان مال الموكل يتوقف على الاجازة لانهما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يقف على
 اجازة الموكل هذا اذا كان التوكيل بالشراء مقيداً فاما اذا كان مطلقاً فانه ابراعى فيه الاطلاق ما يمكن الا اذا قام دليل
 التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا اذا وكل رجلاً بشراء جارية وسمى نوعها ومنها حتى صحت الوكالة
 فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء تلزم الموكل وكذلك اذا اشترى جارية مقطوعة اليدين
 أو الرجلين أو عمية عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية تشتري للاستخدام عرفاً وعادة

وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتعبد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا
 لا يجوز نحر يره عن الكفارة وان كان نص النحر بمطلقاً عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول
 أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاً يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تسييد المطلق الا بدليل
 وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر تعلق بنحر برقية والزقية اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذا فات
 ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقضت الذات فلا يتناولها مطلق اسم الرقية فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات
 باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقية حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقية 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 فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الامر على الوكلاء ولا امتنع عن
 قبول الوكالات وبالناس حاجة اليها فمست الحاجة الى تحملها ولا ضرورة في الكثير لا مكان النحر زعنه 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 تحت زيادة متحققة وقدر محمد ان زيادة 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 الحصص ما ذكره محمد لم يخرج من جرح التقدير في الاشياء كلها لان ذلك
 يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه ومنها ما يعد أكثر من ذلك غبنا فيه وقدر نصر بن يحيى القليل
 بالدهن وفي الحيوان بالدهن يزرده وفي العقار بالدهن 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 اجماعاً لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في بيعه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب
 وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوماً انه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي
 منه أولاً والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقاً ولو أعتته بعد ما اشترى نصفه قبل ان يشتري الباقي قال
 أبو يوسف ان أعتته الموكل جاز وان أعتته الوكيل لم يجز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل
 قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشترياً للموكل فكيف ينفذ منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتري لنفسه فينفذ اعتاقه ولا يبي
 يوسف ان اعتاق الموكل صادف عمد أموقفاً فآذنه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة
 واعتاق الوكيل لم يصادف عمد أموقفاً على اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتمل
 التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شيء ليس في بيعه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم
 الموكل ولا يفتن ومعه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كراخية بمائة درهم فاشترى نصف الكراخية الخمسين وكذا لو
 وكله بشراء عبد بن بالف درهم فاشترى أحدهما الخمسة لزم الموكل اجماعاً وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى
 واحداً منها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلاً 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 استحساناً (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة
 لا معنى لانه خلاف الى خير وذال يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا
 هذا (وجه) قولهما ان الوكيل يتصرف بحكم الامر 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 الزنين ولو وكله بشراء عبد بمائة 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 رجلا بشراء عبد من باعياتهما بالف درهم وقيمتها سواء
فاشترى أحدهما بستمائة قدره 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 شيء 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 بحضوره على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شيء بغير عينه إذا
اشترى يكون مشترياً بنفسه إلا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه أنه إذا قال اشترى به لنفسى وصدقه الموكل فالمشتري
له وإذا قال الموكل اشترى به لي وصدقه الوكيل فالمشتري للموكل لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما
يملك للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل شراؤه للموكل فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما
ولو اختلفا فقال الوكيل اشترى به لنفسى وقال الموكل بل اشترى به لي يحكم فيه الثمن فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه
فالمشتري له وإن أداها من دراهم موكله فالمشتري لموكله لأن الظاهر قدما ثمن من مال من يشتري له فكان الظاهر
شاهد للثمن 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 الأصل أن يكون الإنسان متصرفاً لنفسه لا لغيره فكان
الظاهر شاهد الوكيل فكان المشتري له (وجه) قول أبي يوسف أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والساد
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 إلى الوكيل فيؤدي إلى الحالة وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مساماً ومتساماً مطالباً ومطالباً
ولأنه منهم 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 وجده
وولده وولد وولده 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 اعلم ما شئت أو قال له بيع من هؤلاء أو أجاز ما طئنه الوكيل جاز لان المانع من
الجواز التهمة وقد زالت بالأمر والاجازة ولو دفع اليه دراهم ووكله أن يشتري له بها طعاماً فهو على الخنطة والدقيق لا
على الفاكهة واللحم والخبز لان الطعام في الحقيقة وإن كان اسماً يطعم لكنه ينصرف إلى الخنطة والدقيق بقرينة
الشراء في العرف وهذا سمي السوق الذي تباع فيه الخنطة والدقيق سوق الطعام دون غيره إلا إذا كان المدفوع إليه
قليلاً كالدرهم ونحوه أو كان هناك ولحمة فينصرف إلى الخبز وقيل يحكم الثمن إن كان قليلاً ينصرف إلى الخبز وإن كان كثيراً
ينصرف إليهما ولو قال اشترى بدرهم لحمًا ينصرف إلى اللحم الذي يباع في السوق ويشترى الناس منه في الأغلب من
لحم الضأن والمعز والبقر والأبل إن جرت العادة بشراؤه ولا ينصرف إلى المشوى والطبخ إلا إذا كان مسافراً أو نزل
خائفاً ودفع إلى إنسان درهماً يشتري به لحمًا ولا إلى لحم الطير والوحش والسمك ولا إلى شاة حية ولا إلى مذبوحة غير
مسلوخة لا نعدام جريان العادة بأشترائه وإن اشترى مسلوخاً جاز على الموكل لأن المسلوخ يباع في الأسواق في العادة
ولا إلى البطن والكرش والكبد والرأس والكرع لأنها ليست بلحم ولا يشتري مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فلا
ينصرف مطلق التوكيل إليه بخلاف ما إذا حلف لا يأكل لحمًا فكل هذه الأشياء أنه يحتمل أن معنى الإيمان على
العرف ذكر أو تسمية ومبنى الوكالة على العرف عادةً وفعلاً ألا ترى أن حكم الخنث يلزم بكل القديد ولو اشترى
الوكيل القديد لا يلزم الموكل لانعدام العادة ببيع القديد في الأسواق في الغالب ولا إلى شحم البطن والآلية لانها ليسا
بلحم ولو وكله بشراء آلية 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
شراء الرأس فهو على التي دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا في موضع جرت العادة
بذلك والمذكور من الخلف في الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور
والسمك والجراد لانعدام 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 النخيل المتعددة عليه
تقع على بيض الطيور كلها ما ذكرنا ولو وكله أن يشتري لبنا فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم والبقر والابل
وكذا اذا وكله بشراء السمن فان استويا فهو عليهما 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 لو وكله بشراء عناق فاشترى جدياً وشراء فرس أو برذون
فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله
يا امرئكم ان تذبخوا بقرة قليل انها كانت ذكراً وقال سبحانه وتعالى لا ذلول شير الارض وانارة الارض عمل الشيران
وذكر القديري 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 والبخري ضرب خاص من الابل والنخيلية 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 لبعده عن أوهامهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الاول أو باجازه
أو باجازة 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 أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون
صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى الرأى والموكل انما رضى برأيه لا برأى
أحدهما واجتمعا على ذلك فلم يملك أحدهما التصرف 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 وقد مر الفرق وكذلك
الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعق على مال والمخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك
مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما باقراده وكذا ما خرج مخرج التمليك بان قال لرجلين جعلت امرأى
بيدك أو قال له ما طلقا امرأى ان شئت لا ينفرد أحدهما بالتطبيق لانه جعل امر اليد تمليكا لا ترى انه يقف على
الجلس والتمليكات هي التي تختص بالجلس والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كما قال طلقا امرأى ان شئت
وهناك لا يملك أحدهما التطبيق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا يزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا
الوكيلان قبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى الرأى والامانة وقد
فوض الرأى اليهما جميعاً الى أحدهما ورضى بأما تمهما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغير 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 بالتبض فصار كأنهما قبضا 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 نحو أيضاً للتصرف الى كل واحد منهما باقراده (وأما) الوكيلان
بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف باقراده عند استحبابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما
يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول استحبابنا الثلاثة ان الغرض من

الوكيلان

من لا يرضى

الوكيلان بالطلاق

الوكيلان بالبيع

الوكيلان بالبيع

من لا يرضى

الوكيلان بالبيع

الخصومة اعلام القاضي بما يملكه المخاصم واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك بخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام بخل بالقهم فكان اضافته لتوكيل اليهما فهو أيضاً للخصومة الى كل واحد منهما فأيها خاصم كان تمثيلاً الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة تلك القبض عندنا لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما باقراده (وأما) المضار بان فلا يملك أحدهما التصرف بدون اذن صاحبه اجماعاً وفي الوصيين خلاف بين أصحابنا ذكره 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 كالو كسيل 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 والا صل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فحقوقه راجعة الى العاقد كالياتعات 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 مالك المطالبة وأيهما طالب 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 تقدم الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحساناً وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا تقدم المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل واذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ان كان تقدم الثمن اليه وان كان تقدمه الى الموكل يرجع بالثمن عليه وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً له ان يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل ان كان تقدمه الثمن وان كان تقدمه الى الموكل أخذه 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 ان كان المبيع في يده ولم يسلمه الى الموكل بعد فله ان يردّه على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له ان يردّه عليه الا برضا موكله وكذلك هذا في الاجارة والاستئجار 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 يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فحينئذ يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطالب ببديل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا 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 ألا 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 ان يكون الانسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله عز وجل وان ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لهما ما كسبت وعليهما ما اكتسبت وكان ينبغي ان 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 يشبه الأمر والانابة بما يجب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة

الغاية بان
لعل من يملك الحق في الكلام فيه ان

العقد الذي لا يحتاج
الى اضافته الى الموكل

العقد الذي يحتاج الى اضافته الى الموكل

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 نقاذ تصرف الوكيل هو الولاية لأنها عملة فاذا ملك له الموكل 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 وأحواله لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل بل هو سفير ومعبّر بمنزلة الرسول ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله فأنعمت النيابة في سفيراً محضاً فأعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه ثم قول إنما تلزمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة (فأما) إذا لم يكن بان كان صبيّاً محجوراً رايته بعبه وشرأه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لأن ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لسكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع محضاً لحصول التجرد بالممارسة له في التصرفات ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور رسواء علم أنه محجور وأول يعلم في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له فإما إذا كان جاهلاً فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه (وجه) قوله إن الرضا شرط جواز التجارة وقد اختلف الرضا لأنه لم أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فإذا تبين أنها ليست عليه اختلف رضاه فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية أن الجهل بالخير ليس بعذر لأنه لا يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي لأن الأصل فيه هو الحجر والأذن بعرض الرشد فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً ولو علم بالخير حقيقة لم يثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والعارية والابذاع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا إن قبض 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 العتد راجعة إليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأحواله لأن الحكم فيها للمعتد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعاً على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه وكذا في التوكيل بالاستعارة والارتهان والاستنباب الحكم 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) إن المقبوض في يد الوكيل بحجة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده بدينياً به عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن في الودائع ويرأى 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 فالتقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان والتقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه ونجيب الغريم على أحدهما لا عليها لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهم 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 مال رجل وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو دفع المودع الوديعة إلى رجل وأدعى أنه قد دفعها إليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الأمر فالتقول قوله مع يمينه أنه لم يأمره بذلك لأن المودع يدعى عليه الأمر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على الغريم فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه وقال فلان ما قبضت فالتقول قول

وهو العتد الرضا بان
وغيره على المحجور

وهو من الجاهل بالخير
وغيره

وهو من الجاهل بالخير
وغيره

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الا بينة أو بتصديق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعي
 الدفع الى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الا بينة أو بتصديق الموكل فان صدقه الموكل يبرأ
 أيضاً لانه اذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض ويكون القول قوله انه 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 وكييل
 بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء اذا قد التمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع اليه شيئاً ولكنه أمره
 بقضاء دينه فقال الوكيل قضيته 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 كالثابت حساباً ومشاهدة وقد
 ثبت قضاء الدين بالبينة فله ان يرجع ولو لم تكن له بينة وكذبه الطالب والموكل فالتقول قولهما مع اليمين لان الوكيل
 يدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو ان
 أن يصير المقبوض مضموناً على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتمتقان قصاصاً والطالب منكر
 وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل قوله قضيت يدعي على
 الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على
 العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون
 الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى ويغرم ألقاً أخرى للطالب لان الموكل صدقه في دعوى القضاء عنه بأمره
 وهو مصدق على نفسه في تصديقه فنثبت 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 ان يقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده في حق الموكل لانه متر
 واقرار كل متر حجة في حقه فكان الاول أشبه ولو دفع الى انسان ما لا يقضى دينه فقضاء الموكل بنفسه ثم قضاء 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 يصح الا بعد
 علمه به فاذا علم فعل الموكل فقد علم بالعزل فصار متعدي في الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان
 عليه وليس هذا كالموكل يبيع على نفسه ثم أدى الوكيل انه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم
 يعلم عند أي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة ما مور بأداء الزكاة هو اسقاط القرض بتملك المال
 من القمير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقي الدفع من الوكيل تعدى بمحضاً فكان مضموناً عليه فاما
 قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض عنه والمقبوض
 بحجة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بحجة القضاء والمقبوض بحجة القضاء مضمون على
 القابض ويقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض
 بحجة الشراء والمقبوض بحجة الشراء مضمون على المشتري بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد
 القبض بحجة الضمان لان عدم القبض بحجة القضاء فبقي تعدى 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) ان كان الموكل سلم العبد الى الوكيل أو كان لم يسلم اليه فان لم يكن سلم العبد اليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن في يدي أو قال دفعته الى الموكل فهذا لا يخلو أما ان صدقه في ذلك أو كذبه فان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن أو صدقه فيهما وكذبه في الهلاك فان صدقه في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شيء على الوكيل لانه يهلك أمانة في يده وان كذبه في ذلك كله بان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن فان الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل لان اقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه والمشتري بالخيار ان شاء قد اتفق ثانياً الى الموكل وأخدمته المبيع وان شاء فسخ البيع وله أن يرجع في الحالين جميعاً على الوكيل بما تقده كذا ولو أقر الوكيل بالبيع وزعم ان الموكل قبض من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك فان الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في اقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا ويجوز للمشتري على ما ذكرنا الا ان هناك لا يرجع على الوكيل بشئ لانه لم يوجد منه الاقرار بقبض الثمن وان صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك أو الدفع اليه فالقول قول الوكيل في دعوى الهلاك أو الدفع اليه مع يمينه لانه أمين ويجوز للموكل على تسليم العبد الى المشتري لانه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه اياه ولا يؤمر المشتري بتقدير الثمن ثانياً الى الموكل لانه ثبت وصول الثمن الى يد وكيله بتصديقه ووصول الثمن الى يد وكيله كوصوله الى يده هذا اذا لم يكن العبد مسلماً الى الوكيل فأما اذا كان مسلماً اليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندي أو قال دفعته الى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشتري فان الوكيل يصدق في ذلك كله ويسلم العبد الى المشتري ويرأى المشتري من الثمن ولا يمين عليه (أما) اذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشكك وكذا اذا كذبه في البيع أو صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن لان الوكيل أقر ببراءة المشتري عن الثمن فلا يخلف ويخلف الوكيل فان حلف على ما يدعيه برى من الثمن وان نكل عن التمين لزمه ضمان الثمن للموكل فان استحق العبد بعد ذلك من يد المشتري فانه يرجع بالثمن على الوكيل اذا أقر قبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري لان الموكل لم يصدق على قبض الثمن فاقرار الوكيل في حقه جائز ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل وله أن يخلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فان نكل رجوع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكانت كذبه في الهلاك أو الدفع اليه فان الوكيل يرجع بما ضمن عليه لان يد وكيله كيده ولو كان الوكيل لم يقر قبض الثمن بنفسه ولكنه أقر ان الموكل قبضه من المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لانه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضاً لان اقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل فاذا رد عليه بقضاء القاضي رجوع عليه بالثمن ان أقر قبض الثمن منه وللوكيل أن يرجع على الموكل بما ضمن اذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن ويكون المبيع للموكل وان لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يخلف الموكل على العلم بقبضه فان نكل رجوع عليه وان حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفي ما ضمن من ثمن العبد فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر قبض الثمن بنفسه ولكنه أقر قبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لانه لم يدفع اليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لانهم لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل التمين على البتات فان نكل رجوع عليه والمبيع له وان حلف لا يرجع عليه بشئ ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوي في الفصل الاول ان الوكيل يبيعه في قوطها وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كبيع مال المديون المفاصم ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لانه لما رد عليه فسخا عادت الوكالة فاذا بيع العبد يستوفي المشتري الثمن منه ان أقر الوكيل قبض الموكل ولم يقر قبض نفسه وان أقر قبض الثمن وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) ان الوكيل بقضاء الدين اذا لم يدفع الموكل اليه مالا ليقضى دينه منه فقضاء من

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لان الآمر بقضاء الدين من مال غيره استتمراض 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 فاهلاك على الموكل حتى لا يستقط الثمن عنه وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) انه ناقذ وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمانا للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشتري واذا طلب منه الموكل فحسبه 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 والأمين لا يملك حبس الأمانة عن صاحبها فاذا حبسها فقد صار غاصبا والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغأما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان هذه عين محبوسة بدين يستقط به لا كما فكانت مضمونة بالقل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه) قولهما ان هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع وكذلك الوكيل بالبيع 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 ﴿ وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فتقول وباللهم التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة بشيئا (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 كالتسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل قبله الكتاب وعلم بما فيه انعزل 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 ينعزل كأنما كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن سحبت 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 ينعزل 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 ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر وان كذبه (وجه) قولهما ان الاخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الاخبار في سائر المعاملات (وجه) قول أبي حنيفة ان الاخبار عن العزل له شبهة الشهادة لان فيه التزام حكم الخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبهه الشهادة فيجب اعتبار احد شرطها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع اذا أخبره بالبيع 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 جنابة في بني آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه ان عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتمه لا يصير المولى مختارا للقداء عند أبي حنيفة وعندهما يصير مختارا للقداء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون اذا بلغه سحر 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 ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الاحكام التي بينها وعن أبي يوسف في الموكل اذا عزله الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات

٥ - ما يخرج به العزل

عزل الموكل

٦ - لزوم العلم بالبيع

عزل الموكل

العبد قبل التسليم الى المشتري كان للمشتري ان يرجع بالتمن على الوكيل ويرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثاني أن لا يتعلق بالوكالة حق العير فاما اذا تعلق بها حق العير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدي عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض منه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعي عليه وكيلا بالخصومة مع المدعي بالتماس المدعي فعزل المدعي عليه بغير حضرة المدعي لا ينزل المدعي لانما 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 عن معنى 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 أحق حكم هذا التوكيل بالأمر ثم لوجعل الأمر الى رجل يظلمها متى شاء أو أمر 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 اباحة وللمبيع حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كما عزلتك فانت وكيلى وكالة مستقبلية فعزله ينزل ولكنه يصير وكيلا ثانياً وكالة مستقبلية كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكنتك وقلت لك كما عزلتك فانت وكيلى فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلا بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينزل الوكيل ولا يصير وكيلا بعد ذلك بوجود الشرط وقال بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلية والاول أصح لانه لما ملك العزل في المرسل في المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بامر الموكل وقد بطلت أهلية الأمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان الجنون المطبق يبطل لاهلية الأمر واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبي يوسف ان هذا التقدر أدنى ما يستعطف 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 هذت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذلك الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب اجماعاً لان ردة المرأة لا تمنعها من تصرفاتها لانها لا تؤثر في اربابها عليه النفاذ وهو المملك (ومنها) عجز الموكل والخروج عليه بأن وكل المكاتب رجلاً فعجز الموكل وكذا اذا وكل المأذون انساناً فحجر عليه لانه بالعجز والخروج عليه بطلت أهلية أمره بالتصرف في المال فيبطل الأمر فتبطل الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت يبطل لاهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلماً لان أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفاً فان عاد مسلماً زال التوقف وصار كأنه لم يرتد أصلاً وان حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافي الوكالة ألا 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 بيعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة يملك بيعه فيها كذا هذا (وجه)

بسم الله الرحمن الرحيم

ورماد غير مارة روي

و امرت

و امرت

و امرت

و امرت

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم بطلانه بلحاظه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد
ولحق بدار الحرب ثم عاد مساماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود ووجهه ان بطلان الوكالة
لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مساماً عاد ملكه الاول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة
الموت ولو مات 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 لان ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه
ببيع بقضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالقسخ عين الملك
الاول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه اعجزه عن التصرف
فيما وكله به والوكيل بعدما انزل لا يعود وكيلا الا بصعيد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل نفسه ثم رجع
في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة (ووجه) الفرق له
لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بتزويج امرأة فزوجه لانه اعجزه عن تزويجها
منه فبطلت الوكالة وكذا اذا وكله بتعق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لم قلنا وكذا اذا وكله بخلع
امرأة ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة وانقضت
عديتها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث وانقضت العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها
تحتتمل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية وكذلك لو وكله أن يزوجه
امرأة فزوجه وابتاعها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل
الامتثال فانتهى حكم الأمر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الوكيل ثم رد عليه بقضاء قاض
ان له ان يبيعه ثانياً لان الرد بقضاء القاضي بوجوب 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 بصعيد
التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتاقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابتته أو نحو ذلك لان التصرف في
الحمل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطلت 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
بأن يرضى 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 هنالك وان صار معزولاً لا يتصرف الموكل لكنه صار
مغروراً من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في
الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخوانها فهو الفرق ولو وكله قبض
دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان
لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامر دافع الدين
كقبض المتوب عنه فكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله اعز 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

١ - انكار المدعى

بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الصلح وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفي بيان حكمه اذا بطل أو لم يصح من الاصل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الصلح في الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه و صلح عن انكاره و صلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا ينجح لو امان يكون بين المدعى والمدعى عليه و امان أن يكون بين المدعى والاجنبي المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلاثة مشروع وعند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما وقال الشافعي رحمه الله المشروع هو الصلح عن اقرار لا غير (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان جواز الصلح يستدعي حقا ثابتاً ولم يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلا ان الحق لو ثبت فانما يثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عند التعارض فاما في السكوت فلان الساكت يزل منكر أحكام حتى تسمع عليه البيينة فكان انكاره معارضاً للدعوى 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 الا ما خصه بدليل وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن أمر رضي الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقاً وكان ذلك بمحض من الحساب الكرام رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعاً من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للمخارجة 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 الماتريدي السمرقندي رحمه الله ما صنع الشيطان من ايقاع العداوة والبغضاء في بني آدم ما صنع الشافعي رحمه الله في انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت في زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعاً

١١ - مدعى المدعى

فصل ﴿ وأما ركن الصلح فالإيجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتكم 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

١١١ - شرط المدعى

فصل ﴿ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح وبعضها يرجع الى المصالح عليه وبعضها يرجع الى المصالح عنه (أما) الذي يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلاً وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبى الذي لا يعقل لا نعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس بشرط حتى يصح صلح الصبي في الجملة وهو الصبي المأذون اذا كان له فيه نفع أو لا 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 لا حق له الا الخصومة والحلف والمال أنفع له منهما وان كان له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الخط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو أخر الدين جاز سواء كانت له بينة أو لا فراقاً بينه وبين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبي المأذون في التجارات كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقد بان يبيع باجلاً فيملكه متأخراً عن العقد أيضاً بخلاف الخط لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملك الا أنه يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لان حط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على ان قبلها جاز لان الثمن أنفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع لخط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الخط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان

١١٢ - ما يبرئ المدعى

١ - المدعى

١ - المدعى

١ - المدعى

١ - المدعى

عليه ديناً فاقرب به فصالحه على أن حط عنه البعض جازلان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعاً
على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن تبرع عليه فيصح وكذلك حرية المصالح ليست
بشروط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة لأنه 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 جازلماً ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على انسان ديناً وهو مأذون فأقرب به
ثم صالحه على أن حط بعضه جازلان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعاً على العبد ببعض
الدين فيصح 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 الم يكن في يده مال واذا لم ينفذ ينفذ الصلح فلا يطلب به
للحال ولكن يطلب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله لأنه اذا لم يظهر في حق المولى للحال
لمانع 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 بالحجر 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 يحتمل أن يكون صادقا في اقراره فيمنع ظهور
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 عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان
عجز المكاتب فادعى رجل عليه ديناً فاصطكح 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 جازلماً وان عجز فأخصم في دينه هو
فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضراً به مضرة 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 يتغابن في مثلها فالصلح جائز لان الصلح في هذه الصورة لعني المعاوضة لا مكان
الوصول الى كل الحق بالينة 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 يملك الاب ولو صالح من مال نفسه جازلماً 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 سيرا جازلان 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 (أما) ان كان ولي ذلك العقد بنفسه
(وأما) ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لكونه
مضراً محضاً 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 أباً كان
المصالح أو غيره وان خرج حياً بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لانه لو صح عليه لكان لا يخلو اما أن يصح على اعتبار
الحال واما أن يصح على اعتبار الاصل لاسيما الى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال
لا بوصف بكونه مولى عليه ولا سيما الى الثاني لان الصلح لا يحتمل الاضافة الى الوقت ويملك الاب استيفاء
التصاص في النفس ومادونها ولا يملك الوصي استيفاء التصاص في النفس والفرق ان استيفاء التصاص تصرف

وم حرر العبد

صالح

هذا باب من باب

دائرة التبرع من مال غيره

منه

استيفاء التصاص

على نفس الصغير بالاحياء وتحصيل النشئ قال الله تعالى عز شأنه ولكم في القصاص حياة وكذا منفعة النشئ راجعة الى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها ولهذا ملك انكاحه دون الوصي الا أنه يملك القصاص فيأدون النفس لان مادون النفس يملك به ممتلك الاموال لشبهه بالاموال ألا ترى ان القصاص لا يجرى بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع جريان القصاص بينهم في الاقس ويستوفى القصاص فيأدون النفس في الحر كما يستوفى في سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفى القصاص في النفس فيه ويقضى بالتكول في الاطراف كما يقضى به في الاموال عند أبي حنيفة ولا يقضى به في الاقس وله ولاية التصرف في الحال والمآل فيلبي التصرف فيما دون النفس ويملك الاب الصلح عن القصاص في النفس ومادونه لانه لما ملك الاستيفاء فلا أن يملك الصلح أولى لانه أشع من الاستيفاء وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيأدون النفس لانه يملك الاستيفاء فيأدون النفس فكذا الصلح عنه لانه أشع 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 (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والنشئ ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وانه فرق واضح (وجه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فاذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الاب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمد لا يجوز لان الخطأ تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والخطأ القليل والكثير سواء بخلاف الغبن اليسير في البيع انهما يملكانه والفرق أن الخطأ نقصان متحقق لان الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وان قل والنقصان في البيع غير متحقق لان العوض فيه غير متقدر لا اختلافه بتقويم المومنين فاذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالأب 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 تقاذ تصرف المريض وعند أبي يوسف تقاذ 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 حثها بالتحاقها 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 مالا يصلح عوضا في البياعات لا يصلح 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 ديناً أو منفعة ليست بعين ولا دين لان العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عينا وقد يكون ديناً وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض في بعض الاعراض في بعض الاحوال دون بعض وحيلة 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 والمسكيل من الخنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (واما) أن يكون ديناً وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمسكيل 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 ديناً 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 ديناً بعد أن كان معلوم القدر والصفة الا الحيوان والا الثياب الا بجميع شرائط

المرتد من نفس
نفس

٢ - من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

من المصالح الصغير

السلم لان هذا الصلح من الجانبين جميعا في معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن وهذه الاشياء تصلح ثمنافي
 البياعات عينا كانت أو دينيا الا الحيوان لانه يثبت دينافي الذمة بدلا عما هو مال أصلا والثياب لا تثبت دينافي الذمة
 الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمسكيل والموزون بثبتان 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 دينافان كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يتحول 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 اثمان أبدا وواقع 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 يتحول 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 الالف الجياذ على خمسمائة نهرجة يجوز
 أيضا ويحمل على استيفاء بعض الحق أصلا والبراء عن الباقي أصلا ووصفا لان أمور المسلمين محمولة على
 الصلاح والساد ما يمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدي الى البر بالانه يصير بائعا للبا بخمسمائة وانه ربا فيحتمل على
 استيفاء بعض الحق والبراء عن الباقي ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لان جوازه ليس بغير يق المعاوضة ليكون
 صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه ووصفا لا قدر بان صالح عن الف جياذ على الف نهرجة أو صالح على أقل
 من حقه قدر الا ووصفا بان صالح من ألف جياذ على خمسمائة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والحظ
 والبراء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدر او وصفا
 بان صالح من الف نهرجة على الف وخمسمائة جياذ أو صالح على أكثر من حقه قدر الا ووصفا بان صالح من الف جياذ
 على الف وخمسمائة نهرجة لا يجوز لانه يجرى بالانه يجرى على المعاوضة هنا لتعذر حملها 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
 التفاض حتى لو كان الصلح مؤجلا لم يقبض في المجلس يبطل لانه صرف (واما) اذا صالح على أكثر من حقه
 ووصفا وأقل منه قدر بان صالح من الف نهرجة على خمسمائة جياذ لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف
 الآخر وكان يقول أولا يجوز ثم يرجع (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 الالف النهرجة على الخمسمائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة وهذا لا يجوز لان
 الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بخمسمائة لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها وردتها سواء فلا يصح
 الاعتياض عنها لتسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصلى سواء ولان الصلح على هذا الوجه لا يتحول اما ان
 يجعل استيفاء لعين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل الى الاول لان حقه في الرديء لافي الجيد فيحتمل على المعاوضة
 فيصير بائعا للف نهرجة بخمسمائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير كحكم الدراهم في جميع
 ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض في المجلس لانه صرف ولو ادعى
 الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم الى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل حطالامعاوضة لانه لو جعل
 معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدراهم فيصير بائعا تسعمائة بخمسين
 فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والساد ما يمكن وأمكن أن يجعل حطاللدنانير أصلا وبعض الدراهم

الصلح

الصلح

الصلح

الصلح

الصلح

وذلك تسعاً وثلاثين البعض وذلك مائة إلى شهر وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكفصالحه على مائة جاز وطر يق
 جوازه أن يجعل حطاً واستقاطاً للسكر لا معاوضة لأن استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو كان المالك عليه رجلين لأحدهما
 دراهم والآخرون ففصالحه على مائة درهم جاز وطرقة جوازه أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وحطاً واستقاطاً في
 حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذي أصاب الدنانير يكون
 عوضاً عنها فيكون صرفاً فإيراعى فيه شرائط الصرف فيستترقب قبض في المجلس والتقدير الذي أصاب الدراهم لا يجوز
 أن يجعل عوضاً لأنه يؤدي إلى الإرباب 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 صلح من ألف حالة
 على ألف مؤجلة جاز ويعتبر حطاً للحلول وتأجيلاً للدين وتجاوزاً بدون من حقه لا معاوضة ولو صلح من ألف حالة على
 خمسمائة قد ذكرنا أنه يجوز ويعتبر استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي وأما إذا صلح على خمسمائة أن يعطيها إياه فهدا
 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 لم يكن من قبل ألا ترى أنه لو لم يذكر للزومه الإعطاء فكان ذكره والسكوت عنه
 بمنزلة واحدة وكذلك الحط على هذا إن قال للغير حطت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة لما بيننا وإن وقت بان
 قال صلحتك على خمسمائة على أن تعطيني اليوم أو على أن تعجلها اليوم فإما أن اقتصر على هذا التقدير ولم ينص على شرط
 العدم وأما أن نص عليه فقال أن لم تعطيني اليوم أو أن لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها اليوم فالألف عليك فإن نص عليه
 فإن أعطاه وبجئت 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 لم يكن 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 فإن لم تفعل فكذلك لأن التنصيص على عدم الشرط نفي للمشروط عند عدمه فكان مفيداً (وجه) قوله ما أن
 شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انقضاء العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لأن العاقل يقصد بتصرفه
 الأفادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للعقد لكان التعجيل ثابتاً بدونه فيجعل
 ذكر شرط التعجيل ظاهراً شرطاً لانقضاء العقد عند عدم التعجيل فصاركه نص على هذا الشرط فقال فإن لم تعجل
 فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الأمر على ما نص عليه فكذلك هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق القسح بالشرط
 لا تعليق العقد كما ادّعى بالف على أن يتقدّم إلى ثلاثة أيام فإن لم ينتدده فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط
 على القسح لا على العقد فكذلك هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلاً وشرط على الكفيل أنه أن لم يوفه خمسمائة إلى رأس
 الشهر فعليه كل المال وهو الألف فهو جائز والألف لازمة للكفيل أن لم يوفه لأنه جعل عدم إيفاء الخمسمائة إلى رأس
 الشهر شرطاً للكفالة بالألف فإذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الألف ثم قال حطت
 عنك خمسمائة على أن توفي 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 والقسح للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثاني

صحة الصلح في المعاوضات

الصلح بشرط العدم

أوثق من الاول وكذلك لو جعل المال نحو ما بكفيل أو غير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجح عند عمله فالمال حال عليه فهو جائز على ما شرط لانه جعل الاخلال بنجهم شرطاً لخلول كل المال عليه وأنه صحيح ولو كان له عليه ألف فقال أدانى من الألف خمسمائة غداً على أنك برى من الباقي فان أدى اليه خمسمائة غداً يبرأ من الباقي اجماعاً وان لم يؤد فعليه الألف 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 قادی اليه خمسمائة لا يبرى عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا قال لمكاتبه ذلك قادی خمسمائة لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا كان بلفظ الصلح أو الخطأ أو الامر لان ذلك ليس تعليق بالبراءة بالشرط على ما مر ولو قال لمكاتبه ان اديت الى خمسمائة فانت حر فادی خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو من ان يشترط التعجيل أو لم يشترط فان صالح على أقل من حقه قدر أو وصفاً أو قدر أو وصفاً ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جازو يكون حطاً ويجوز ابدون حقه وله ان يأخذ الباقي بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل وعليه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالخط وهذا لا يجوز لان الاجل ليس بمال وان 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 الدرهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب في ذمته قبل المتلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقياً للمائة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فاذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أى وصف كان وان صالح على غير الدرهم 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 تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح في كراخطة فتقول والله التوفيق اذا كان المدعى ديناً سوى الدرهم والدنانير فان كان مكايلاً ان كان كراخطة 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 الدرهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلاً وان صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدرأ 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 قدرأ وصفاً لا يجوز لانه باوان صالح على أكثر منه وصفاً لا قدرأ بان صالح من كرى على كرى جاز ويعتبر معاوضة احترازاً عن الافتراق عن دين بدين ولو صالح منه على كرى مؤجل جاز لانه حط حقه في الحلول ورضى بدون حقه كما في الدرهم 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 الألف المؤجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من الكرى على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان الكرى الذى عليه ساماً لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه إلا 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 ساماً فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدرهم والدنانير جاز ويشترط القبض وان كان معيناً مشاراً اليه لانه لا يتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقاً عن دين بدين وان كان ذلك من المكيلات

مسألة براءة باطل

الصلح مؤجل

الدين مؤجل

الدين مؤجل

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوفا في الذمة جاز أيضا فرق 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 الأثرى انه قول بالانحان والمبيع ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعا الا انه لا بد من القبض في المجلس احتراز من الافتراق عن دين بدين وان كان من العر وض والحيوان فان كان عيننا جاز وان كان ديننا يجوز في الثياب الموصوفة اذا أتى بشرائط السلم لكن القبض في المجلس شرط احتراز عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت ديناً في الذمة بدلالة عمها هو مال وكذلك اذا كان المدعى موزوناً وديناً موصوفاً في الذمة فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه الى آخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف هذا اذا كان المدعى مكيلاً أو موزوناً وديناً موصوفاً 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 ويجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه وحطاً للباقي وبراء عنه أصلاً ووصفا وبراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من حقه قدر الا وصفا بان صالح من ثوب ردى على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بان صالح من ألف نهر جرة على خمسمائة جيد أو صالح من كر ردى على نصف كر جيد أو صالح من من حديد ردى على نصف من جيد انه لا يجوز والفرق ان المانع من الجواز هو الاعتراض عن الجودة هنا جاز لان الجودة في غير الاموال الربوية عند مقابلتها بنسبها 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 تعبداً بقوله جيدها وردتها 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 ويجوز لكن يشترط القبض لان جوازه بطريق المعاوضة والجنس باهراده يحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدي الى الزبا وكذلك ان صالح على أكثر من حقه قدر الا وصفا 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 وصفا 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 فيحصل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدي الى الزبا وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز ديناً كان أو عيناً لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخاً لا استبدالاً وان كان المدعى حيواناً موصوفاً 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 الانواع المقر وضة بمنزلة تعيين القاضى فيجوز ويكون استيفاء عين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلاً برضا القاتل وكذلك 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

انصح من ماص
معرضه
ال

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 يتعين الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودنانير وانها ليست
 من جنس الابل فكان الصلح عليها 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 حتمه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان ديناً لكنه ليس بدين لازم الا ترى ان من عليه اذا جاء بقيمة يحير
 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 أو دنانير وانها أثمان فتعين هذه مبيعة وبيع المبيع الذى ليس بمعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا
 اذا صالح على المقر وض في باب الدية فاما اذا صالح على ماليس بمقر وض أصلاً كالمكيل والموزون سوى الدراهم
 والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في القرض 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 بعوض وقد وجد اما في موضع الاقرار فظاهر لان بدل
 الصلح عوض عن المدعى وكذا في موضع الانكار في جانب المدعى وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة
 واليمين وكذا في السكوت لان الساكت منكر حكماً سواء كان المدعى عيناً أو ديناً لكن تملك المنفعة قد يكون بالعين وقد
 يكون بالدين كما في سائر الاجارات وان كان المدعى منفعته 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 منفعته صارت مملوكة
 له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن يؤجره من المدعى عليه في مدة
 الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كالأجره من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كالأجره 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 بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالاجر لان مؤنة الردي باب الاجارة عليه ور بما يلزمه برده
 مؤنة تزيد على الاجارة فيتضرر به فلم يملك المسافر به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الردي لا يلزم
 صاحب العبد فأشبهه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافر به كذا هذا ولو ادعى على رجل دارا 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 متصرفا في ملك نفسه في زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوما فلا يصح

الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متموم في حقه وكذا اذا صلح على دن من خل فاذا هو محرّم 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 فتبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما لان جهالة البديل تؤدي الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيئا لا يفترق الى القبض والتسليم كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ماداءه 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 يغضى الى المنازعة فلا يمنع الجواز الا ان الصلح من القصاص في النفس ومادونه 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 أيا ما معلومة 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 والاصل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه ومالا فلا

فصل في ما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عيناً 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 شاربا خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه الى ولي الامر لانه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا اذا صلح من حد التذف 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 المتحصنة حقا لله تعالى عز وجل وانها لا تختم الصلح كذا هذا وكذلك لو صلح شاهد بر بدين يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقا لله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويحب عليه رد ما أخذ لانه أخذه بغير حق ولو علم القاضي به أبطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث نوبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد وكذا يصح عن القصاص في النفس ومادونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البديل عيناً أو ديناً الا اذا كان ديناً يشترط القبض في المجلس احترازاً عن الافتراق عن دين بدين وسواء كان معلوماً أو مجهولاً جهالة غير متفاحشة حتى لو صلح من القصاص على عبد أو نوب هر روى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسقط ومطلق الثوب الهر روى 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 نوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب أجناس تختمها أنواع مختلفة و جهالة النوع متفاحشة فمنع الجواز وكذا جهالة الدور لا اختلاف الا ما كن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فمنع الجواز كما في باب النكاح والاصل ان كل جهالة تمنع صحة التسمية في باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص ومالا 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 به المثل في باب النكاح مع أنه مجهول القدر وانما يمنع منها لافضاها الى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالانسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضياً الى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المما كسة والمضايق 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 ونجب الدية وفي النكاح

سار على الصلح

ان يكون مملوكا

اصح من غيره

اصح منه لانه

لو علم القاضي

سار على

يجب مهر المثل إلا أن بينهما فرقا من وجه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شي آخر
ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر اذا لم تصلح 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 فمن عفى له من أخيه شي فاتباع بالمعروف وأداء إليه باحسان قوله عز وجل فمن عفى
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
فدلت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمدانه اذا صالح
على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم
لا يزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا فأما 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 المدعي 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 والتسليم والتبض لان الساقط لا يحتمل
ذلك وقد مر ان الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والتبض 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 بداهته ابنته منها ووجد الرجل فصالحته عن النسب على شي فالصلح باطل لان النسب
حق الصبي لا حقا فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملها ولو
صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شي على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لانه لا حق للشفيع في المحل
انما الثابت له حق التمليك وهو ليس معنى 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 فملك الاعتياض
عنه بالصلح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت
للمطالب 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 فيه وإبتان في رواية لا تبطل لانه ما رضى بسقوط
حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفي رواية يسقط لان البراءة لا تنقص صحته على العوض فيصح وان لم
يسلم العوض فاذا صح 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 يخول من وجهين اما أن يكون الطريق نافذا
واما أن لا يكون نافذا فاذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رغبة
الطريق النافذ لا تكون ملكا لأحد من المسلمين وانما لهم حق المرور وان لم يكن في رغبة الطريق بل هو عبارة
عن ولاية المرور وانها صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما انه لا فائدة في هذا الصلح لانه ان سقط حق هذا الواحد
بالصلح فلباقين 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 لأهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها

و شرط كون المصالح عنه معلوما ؟

١ - كونه مضافا للمصالح
٢ - كونه مضافا لشيء معلوم

مرد - السفة المصالح

ملكها فجاز الصلح عنه وكذا استأط حق كل واحد منهم بالصلح مفيداً لحيال تحصيل رضا الباقين ولا يحتمل ذلك في الوجه الأول لأنهم لا يحصون وكذا الوصالح الثاني مع واحد منهم على مال للتركه جاز ويطيب له المال لأن رقبة الطريق مملوكة 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 فيبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما إذا نبي على الطريق فاما إذا شرع الى الهواء فلا يجوز لانه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا يثبت للمدعى قطب 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 أوقال اقتديت منك يمينك بكذا وكذا أصح الصلح لان هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لان اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضري والسكندى ألك بينة قال لا قال اذ ألك 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 لاسقاط 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 اعتناقاً على مال فيصح إلا أن الولاء لا يكون له لانكار 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 على رجل على امرأة نكاحاً فحجده 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 بالضع وقد وجد فكان جائزاً وفي حقه بدل مال لاسقاط الخصومة وانه جائز أيضاً للنص ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً فحجده الرجل فصالحها على مال بذلها لانه لا يجوز لانه لا يخلو 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 الفرقة بهذا الصلح لان العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه 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 بها لان قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برىء تعليق البراءة بالشرط وانه باطل لان في الابرار معنى التملك والاصل في التملك 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 معتد بها وان كان عند القاضي لم يستحلفه ثانياً لان الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الايفاء ثانياً 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 ادعت انساناً ودعيته ثم طلبها منه فقال المودع هلكت أو قال رددتها وكذبه المودع وقال استهلكتها فتصالحا على شيء فالصلح باطل عند أبي يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد ان هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة وبين متوجهة فيصح كافي سائر المواضع (وجه) قول أبي يوسف ان المدعى مناقض في هذه الدعوى لان المودع أمين المالك وقول الامين قول المؤمن فكان اخباره بالزد والهلاك اقراراً من المودع فكان مناقضاً في دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى الا أنه يستحلف لكن لا يدفع الدعوى لانها مندفة لبطولها بل للتمهة واذا لم تصح الدعوى لا يصح

لقد سئل عن مدعي صلح

بعت امرأته بئنا ؟

فباعتها بئنا بئنا

الصلح ولو ادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فتصالحا على شيء جاز لان دعوى
 الاستهلاك صحيحة والخمين متوجهة عليه فصيح الصلح ولو طلب المودع الوديعة فجدد المودع وقال لم يودعني شيئا
 ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فتصالحا جاز لان المالك يدعي عليه ضمان الغصب الجحود إذ
 هو سبب لوجوب الضمان وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والمضاربة لان كل ذلك أمانة ولو
 اشترى من رجل عبد فظعن فيه بعيب وخاصمه فيه ثم صالحه على شيء أو حط من ثمنه شيئا فان كان العبد مما يجوز رده
 على البائع وله المطالبة بارش العيب دون الرد فالصلح جائز لان الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو
 صفة سلامة المبيع عن عيب وانها من قبيل الاموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصيح وكذا الصلح عن
 الارش معاوضة مال بمال لا شك فيه واذا صار المبيع بمحل لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بارشه بأن باع العبد
 فالصلح باطل لان حق الدعوى والخصومة فيما قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ولو صالح من العيب ثم
 زال العيب بأن كان بياضا في عين العبد فأنحلي بطل الصلح ويرد ما أخذ لان المعوض وهي صفة السلامة قد عادت
 فيعود المعوض فيبطل الصلح ولو ظعن المشتري بعيب فصالحه البائع على أن يريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو
 جائز لان البراءة عن العيب ابراء عن صفة السلامة واستناط لها وهي مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والبراءة
 عن كل عيب وان كان ابراء عن المجهول 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 لم يظعن المشتري بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شيء
 فالصلح جائز لانه وان لم يظعن بعيب فله حق الخصومة فيصالحه لا بطل هذا الحق ولو خاصمه في ضرب من العيوب
 نحو الشجاج والقرح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له ان يخاصمه فيه لان الصلح وقع عن نوع خاص
 فكان له حق الخصومة في غيره ولو اشترى 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 تكحت 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 استناط فلا يصح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ولو
 اشترى ثوبين كل واحد عشرة قبضهما ثم وجد بأحد معايبا 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 ينطه الشرط والقاسدة (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
 التمار فكذا الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العقد وانه يحتمل الشرط فجائز ولو ادعى على امرأة نكاحا فجددت
 فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز ويجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لان اقرارها
 بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على انسان ألقا وأنكر المدعي فصالحه على مائة درهم على أن تقر له بالالف
 فهو باطل لان المدعي لا يخلو اما ان يكون صاقا في دعواه الالف واما أن يكون كاذبا فيها فان كان صادقا فيها فالالف
 واجبة على المدعي عليه ويكون أخذ المعوض عليه في معنى الرشوة وانه حرام وان كان كاذبا في دعواه فقرار المدعي عليه
 بالالف الزام 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 كتابة عن انشاء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فجددت
 فقال أزيدك مائة على أن تقر لي بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة ويحمل اقرارها على الصحة والله عز وجل

من المودع والعارية
 والعارية أمانة

اصح سبه لربى روى
تفسير

أعلم هذا الذى ذكرنا اذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) اذا كان بين المدعى والاجنبى المتوسط أو المتبرع فلا يخلو اما ان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فان كان بأمره يصح لانه وكيل عنه والصلح بما يحتمل التوكيل به وان كان بغير أمره فهو صلح القضولى وانه 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 المال الى نفسه بأن يقول على الفى هذه أو على عبدى هذا والثالث ان يعين البدل وان كان لا ينسبه الى نفسه بأن يقول على هذه الالف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وان لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسامها اليه والخامس ان لا يفعل شيئا 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 فاصلحوا بين أخويكم وهذا خاص فى صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام فى جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما الاستغراق الجنس ولانه بالصلح فى هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصح 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 لان التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما نذكره فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) فى الوجه الخامس فوقوف 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 اجازته نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيل من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك اذا تحقق 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 والصبى لانهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبى على هذه القصول التى ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلاً ويجب المال على المرأة دون الوكيل وان كان غير اذنها فهو على القصول التى ذكرنا فى الصلح وكذلك الزيادة فى التمن من الاجنبى على هذا التفصيل ان كان باذن المشتري يكون وكيلاً ويجب على المشتري وإن كان بغير اذنه فعلى ما ذكرنا من القصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الاجنبى على هذه القصول ثم لا يخلو اما ان صالح على المقر وض أو على غير المقر وض بمتدار المقر وض 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 بالصلح 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 فقبض عنه الثمين بغير أمره أن يسترد الزيادة هذا اذا صالح على المقر وض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الوبال بحرمى فى محتلى الجنس وكذلك لو صالح على مائتى يعبر بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الا على المائة فكذا القضولى لما ذكرنا ثم ان كانت بغير أعيانها 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 واخيلا الى الطالب لان الرضا بالكل يكون رضاً ببعض فان كان فى اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة فى باب الدية فالطالب أن يرد الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المقر وض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان فى السن لا يغير بزيادة العدد فاذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختلف رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص ولو صالح على مائة على

استان الدية وضمنها فوجاز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على استنان الدية استيفاء عين الحق وان كان
القاضي عين الواجب فقتضى عليه بالدرام فصالح المتوسط على النى دينار جاز ولا بد من القبض في المجلس كما لو فعله
القائل بنفسه لانه صرف فبراعى له شرائطه والله تعالى أعلم

فصل (وأما) بيان حكم الصلح فتقول والله التوفيق ان للصلح أحكاما بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس
الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض أما الاصل فهو اقطاع الخصومة
والمنازعة بين المتداعين شرعا حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأشأنه
منها حق الشفعة للشفيع وجملة ان المدعى لو كان دارا او بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما فان كان
الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان
كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة
واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى يئنة أقامها الشفيع عليه
وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة اليئنة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع وكذلك ان لم تكن له يئنة فحلف المدعى عليه
فنكل وان كان بدل الصلح دارا او الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار بين جميعا لما مر
أن الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تابعا لدارا أبادار فأي أخذ شفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار
الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة ويعطى المدعى عليه دارا أخرى فان كان الصلح عن انكار
وجب فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا
يصح لان الدار بين جميعا ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلا عن ملكه واذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة
ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ
الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة
لان الاخذ بالشفعة يستدعي كون المأخوذ يبيعا في حق من يأخذ منه لان الصلح عن انكار في جانب المدعى معاوضة
فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه اذا كان عينا فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفي جانب المدعى عليه
ليس بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدرا المدعاة حكم المبيع في حقه فلم يكن للشفيع
أن يأخذها بالشفعة الا أن يدلى بحجة المدعى فيقيم اليئنة أو يحلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد
بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعا ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت في جانب
المدعى ولا يثبت في جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع في حقه لافي حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه
في دعواه فان أقام اليئنة أخذ حصة العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شيء وكذا لو استحق
عليه الدار وقد بنى فيها بناء فتقضى لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذلك لو كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغرورا
ولا يرجع قيمة الولد لان ما أخذه المدعى ليس بدل المدعى في حقه الا أنه اذا استحقت 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 ببدل الصلح عيبا فلم يقدر على رده للهلاكه أو للزيادة أو للنقصان في يد المدعى فان كان الصلح عن اقرار يرجع على
المدعى عليه بحصة العيب في المدعى وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام اليئنة
أخذ حصة العيب وكذا اذا حلقه فنكل وان حلف فلا شيء عليه ومنها الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح وفرق
الطحاوي بينهما والحق الرد في الصلح عن انكار ببديل الصلح عن القصاص وبالمره وبديل الخلع والرد بخيار الرؤية
غير ثابت في تلك العقود فكذا ههنا وفي كتاب الصلح أثبت حق الرد في النوعين جميعا من غير فصل هو الصحيح
لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعي كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الاحكام تشهد بصحة هذا

١٧ - هم الصلح

١ - المدعى

٢ - المدعى

٣ - الشفعة

حق الرد بالعيب

على ما ذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان متقولا في نوعي الصلح فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك وإن كان عقارا 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 والقرق إن المانع من الجواز في سائر المواضع التحرز عن انقضاء العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنا لأن الصلح عن القصاص بما لا يحتمل الانقضاء فلا حاجة إلى الصيانة للمتع كالموروث وبذاتين إن الحاق العقد بالعتود إلى مبادلة مال بغير مال على ما ذكره الطحاوي غير شديد ولو صلح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لأن الصلح لم ينسخ فبقى 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 يكون جاريا بحري البيع وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل وإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضا 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) القضولى فإن نفذ صلحه فالبديل عليه ولا يرجع به على المدعي عليه لأنه متبرع وان وقف صلحه فإن رده المدعي عليه بطل ولا شيء على واحد منهما وإن أجازه جاز والبديل عليه دون القضولى

فصل ١٠ 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 محتملا للفسخ كالبيع ونحوه (فأما) في القصاص فالصلح فيه اسقاط محض لأنه عفو والعفو اسقاط فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده على الإسلام أو الحقوق بدار الحرب والموت فإن أسلم نفذ وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتد إذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحررية لأن حكمها حكم الحررية والمسئلة تعرف في موضعها إن شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لأنه يفسخ العقد لما علم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس باطلا حقيقة بل هو بيان أن الصلح لم يصح أصلا لأنه بطل بعد الصحة إلا أنه بطل من حيث الظاهر لتنفيذ الصلح ظاهراً فيجوز إلحاقه بهذا القسم لكنه ليس باطلا حقيقة فكان إلحاقه بقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب إلى الصناعة والفقهاء فكان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المتافع قبل انقضاء المدة لأنه بمعنى الإجازة وإنما يبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعته هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو إما أن كان حيوانا كالعبد والذابة أو غير حيوان كالدار والبيت فإن كان حيوانا لا يخلو إما أن هلك بنفسه أو باستهلاكه فإن هلك بنفسه يبطل الصلح إجماعاً وإن هلك باستهلاكه 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 بقيته عبداً بخدمته إلى المدة المضروبة (وجه) قول محمد أن الصلح على المنفعة بمنزلة الإجازة لأن الإجازة تملك المنفعة بعوض وقد وجد ولهذا ملك إجازة العبد من غيره بمنزلة المستأجر في باب الإجازة والإجازة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاكه كذا هذا (وجه) قول أبي يوسف أن هذا صلح فيه معنى الإجازة وكان معنى المعاوضة لازم في الإجازة فمعنى 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 فتجعل كأنها ملكه في حق استيفاء حقه منها وبعد القتل إن تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفى من البديل إن اشترى له عبداً فيخدمه إلى

٧ - ما يبطل به

١ - الأقالة

٤ - الرد بخيار

العيب

٣ - الاستحقاق

٢ - هلاك الحيوان

١ - الاستهلاك

المدة المشروطة وله حق النقص أيضاً تعذر محل الاستيفاء وان استهلك المدعى عليه بان قتله أو كان عبداً فأعنته يبطل الصلح أيضاً وقيل هذا قول محمد فاما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري لها عبداً آخر بخدمه الى المدة المشروطة كما اذا قتله أجنبي وكالراهن اذا قتل العبد المرهون أو أعنته وهذا لان رقة العبد وان كانت مملوكة للمدعى عليه لكنهما مشغولة بحق الغير وهو المدعى لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعاً بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كافي الرهن وكذا لو استهلك المدعى بطل الصلح عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعى قيمة العبد ويشتري 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 فذلك بنفسه بان اتهم أو باستهلاكه بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار ان شاء بناه صاحب البيت يتأخر يسكنه الى المدة المضروبة وان شاء غرض الصلح ولا يعمدها بخلاف 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 الاجازات ولو تصالح عن انكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا يفسخ الصلح لان الاقرار ميعن ان الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقر للصالح لا يبطله ولو أقام المدعى البينة بعد الصلح لا تسع بيته الا اذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فاقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بيته وتبين ان للصلح الماضي حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا

بغير نص في الرواية

فصل ١٠ وأما بيان حكم الصلح اذا بطل بعد نكته أو لم يصح أصلاً فهو ان 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 ان يرجع على القاتل بالدية دون القصاص الا ان يصير مغروراً من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمان الغرور أيضاً وبيان هذه الجملة انهما اذا تناقرا في 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 جعله ان لم يكن فعاد 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 ان في الصلح عن القصاص عن اقرار لا يرجع بالمدعى وان فات شرط الصحة لان صورة الصلح أو رثت شبهة في ذم القصاص والقصاص لا يستوفي مع الشبهة فستط لکن الى بدل وهو الدية فاما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحد وفيما يمكن استيفاء مع الشبهة فامكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع شئ آخر الا اذا صار مغروراً من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية قبضها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عتقها وقيمتها 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 فيرجع عليه بضمان الغرور ولا يرجع بالعتق في نوعي الصلح لان العتق بدل لمنفعة المستوفي فكان عليه العتق وان كان الصلح عن القصاص في النفس أو ماله فصالح على جارية فاستولدها ثم استحققت فانه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الدان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعتق لما 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 شئ أو صالح المتوسط على عبده ميعن فاستحق العبد أو وجد به عيباً فرده حتى يبطل 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 الميعن ولو صالح على دراهم مسماة وضمنها

ودفعها اليه ثم استحققت أو وجدها ز يوقاله ان يرجع على المصالح المتوسط لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة
المضمون ولو استحققت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعي عليه أن يرجع بمادفع (أما) في
موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض في حقهما جميعاً (وأما) في موضع الانكار فلان المأخوذ عوض في
حق المدعي عن المدعي عليه وقد فات بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فاما 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 بشيء لجواز أن يكون المدعي ما وراء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع يموت أحد المتعاقدين وغير
ذلك في أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار رجوع بالمدعي 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 دخل 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 القيسة لرجل مثله
هناك يجب ذلك هنا ولا يشبه هذا ما اذا صلح عن القصاص على خمر وهو يعلم بأنه خمر أنه لا يجب شيء وهو هنا يجب شيء
لان هناك صار مغروراً من جهة المدعي عليه بتسمية العبد والخل وكل من غر غيره في شيء يكون ملزماً بما يلحقه من
العهد فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتقدر عند علمه
بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كتابة عن العفو وأنه مستقط للحق أصلاً فهو الفرق بين الأمرين 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 فيقبلان فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) الذي ثبت بغير
فعلهما فالعيراث بان ورثاً شيئاً فيكون المورث مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فالكلام فيها يقع في
مواضع في بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفي بيان شرائط ركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد
الشركة وفي بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى شركة
الابدان وشركة الصانع وشركة بالتبديل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان في رأس
مال فيقولان اشتركتنا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى أو أطلقا على أن مار زق الله عز وجل من ربح فهو بيننا
على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكرا ما يبدل على شركة
العقود بان قالوا ما اشترينا فهو بيننا أو ما اشترى أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهم لما جعل 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 شيء من ذلك ان يبدكرا
الشراء ولا البيع ولا ما يبدل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت من شيء فيبني وينسك أو قال فيبنتنا 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 كشرى
التجارة بل يكون المشتري بينهما بعينه كما اذا أورتنا أو وهب لهما كان وكالة لشركة فان وجد شرط صحة الوكالة تجازت
الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشتري وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي أن لا 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 شيء اليوم

نواع الشركة

١- شركة العقود

٢- أنواعها

٣- شركة الاموال

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 تحتها على شرائطها من الخاصة أو العامة لأن معنى الوكالة على الخصوص لأن المقصود منها
 تلك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا إلا أنه يكفي في الوكالة العامة بيان أحد
 الأشياء التي وصفنا لأننا لماعمها بتفويض الرأي فيها إلى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان في احتمال الجهالة الفاحشة
 كالشركة لكنهما 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 يؤقت يوما وكذا
 إن وقت صنفاً من الثياب وسمى عدداً أو لم يسم ثمتا ولا يوماً وإن قال ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك ولم يسم شيئاً
 مما ذكرنا فإن أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا أنه لم يذ كر البيع ولا ما يدل على شركة
 العقود علم أنها وكالة فلا تصح إلا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد في الأصل في رجلين اشتركا بغير مال على
 أن ما اشترى باليوم فهو بينهما خصاصاً صنفاً من الأصناف أو عملاً بخصاً فهو جائز وكذلك إن لم يؤقتا للشركة وقتاً كان
 هذا جائزاً لأنهما لما جعل ما يشتر به كل واحد منهما على أنها شركة وليست بوكالة لأن الوكالة لا تكون من الجانبين
 عادة وإذا كان شركة فالشركة لا تحتاج إلى التخصيص قال وإن أشهد أحدهما أن ما يشتر به لنفسه بغير محض من
 صاحبه فكما اشترى بشياً فهو بينهما لأن الشركة لما سحت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتر به فهو بالأشهاد
 أنه يشترى لنفسه يرد أخراج نفسه من الوكالة بغير محض من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالأعمال فهو أن
 يشتركا على عمل من الخياطة أو القصار أو غيرهما فيقولوا اشتركتنا على أن نعمل فيه على أن مارزق الله عز وجل من
 أجره 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 ونبيع بالتقدي على أن مارزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط
 كذا وسمى هذا النوع شركة الوجوه لأنه لا يباع بالنسيئة إلا للوجوه من الناس عادة ويحتمل أنه سمي بذلك لأن كل
 واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من يبيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الأنواع الثلاثة العنان والمفاوضة
 ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة تذكراها في موضعها إن شاء الله تعالى

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

فعمن لنا شرب كأن نعاجه • عذارى دوار في ملاءمديل

سمى هذا النوع مثل الشركة عتانا لأنه يقع على حسب ما يعين لهما في كل التجارات أوفى بعضهما دون بعض وعند
 تساوى المالكين أو تقاضيلهما وقيل هو مأخوذ من عتاق القرس أن يكون بأحدى يديه ويده الأخرى مطلقاً يفعل بها
 ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة لأنه عتانا لأنه لا يكون إلا في بعض الأموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي
 كيف يشاء أولان كل واحد منهما جعل عتاق التصرف في المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتعاطون
 هذه الشركة قال النابغة

١ - شركة الأعمال

٢ - شركة الوجوه

جواز هذه الشركات
 العنان والمفاوضة

وشاركنا قر يشافي بقاها * وفي احسابها شرك العنان

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

يهدى الامور بأهل الرأى ما صلحت * فان تولت فبالاشرار تنقاد

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

سمى هذا النوع من الشركة مفاوضة لا اعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما نذكره 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 الغلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لانها وضعت لاستئثار المال بالتجارة لان ثناء المال بالتجارة والناس في الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم أهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستئثار ولا بد من أصل يستمى 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 يجتمع أمتي على ضلالة ولائها يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمستعمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة شرعت لاستئثار المال فيستدعى أصلاً يستمى فنقول الشركة بالاموال شرعت لتسمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فاشترعت لتسمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلا ن شرع لتحصيل الأصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالاموال فأما العنان فخايز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير تكبر ومارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ولما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكى ونعم الشريك لا تدارى ولا تمارى وأدنى ما يستدل بفعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم يشكر عليهم والتقرير أحد وجوده السنة ولان هذه العتود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استئثار المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستئثار فكان مشروعاً ولانه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعاً (وأما) المتفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا أعرف ما المتفاوضة 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 ولائها طريق استئثار المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أن المتفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المتفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الافراد فكذا التي تتضمنها المتفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول فنعلم لكن هذا النوع من الجهالة في عقد الشركة عفوان لم يكن عفواً 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 كان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصوداً بل ضمناً للشركة وقد ثبتت الشيء ضمناً وان كان لا يثبت قصد او يشترط للتأبث مقصوداً اما لا يشترط للتأبث ضمناً وتبعاً كعزل الوكيل ونحو ذلك

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

شرائط الجوازها
- هبة شرط

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 اهلية الوكالة لماعلم في
كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولاً ففسد الشركة لان الربح هو المعتود عليه
وجهاً له توجب فساد العقد كما في البيع والاجارة (ومنها) أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً فان عيناً
عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لان العقد يقتضى تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة
لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لاحدهما فلا يتحقق الشركة في الربح (وأما) الذي يخص البعض دون
البعض فيختلف (أما) الشركة بالاموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الاثمان المطلقة وهي التي لا تتعين
بالتعيين في المعاوضات على كل حال وهي الدراهم والدنانير عتانا 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 بالف درهم من مالك على أن يكون ما اشترته بيننا جاز ولان الشركة في العروض تؤدي الى جهالة الربح
عند التسمية لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولاً
فيؤدي الى المنازعة عند التسمية وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لان رأس المال من الدراهم والدنانير عند
التسمية عينها فلا يؤدي الى جهالة الربح ولان النبي عليه 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 لا تتعين 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 يعتقدان 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 درهم صاحبه ويتقاضوا ويخلطوا جميعاً حتى يصير الدراهم
بينهما والعروض بينهما ثم يعتقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبر فقبل يصلح رأس مال الشركة ذكر في كتاب
الشركة وجعله كالعروض وفي كتاب الصرف جعله كالائمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فهلك لا يفسخ
العقد والامر فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكم الايمان المطلقة فتجوز الشركة وان
كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) القلوس 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 القلوس الرأجة ليست أثماناً على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف
لانها تتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعاً باصلاح العاقدين حتى جاز بيع الفليس بالفلسين باعيانها عندهما فاما اذا لم تكن
أثماناً مطلقة لا حتمها بالتعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند
محمد الثمنية لازمة للقلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا أبي جواز بيع الواحد منها باثنين فتصلح رأس
مال الشركة كسائر الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبي يوسف انه تجوز الشركة بالقلوس ولا تجوز
المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند التسمية على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس
المال عند التسمية فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد

١ - مصدر الربح
٢ - كون الربح جزءاً شائعاً
٣ - شرط الربح فإما
٤ - كون رأس المال
٥ - مصدر
٦ - مصدر الربح
٧ - مصدر

سنة

الفلس

هو الفليس من كتاب

العمود والموزونات
والشركاء المتقاربات

في الشركة لانهما عند الكساد يأخذان رأس المال عددا لا قيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعدديات المتقاربات التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قوهم 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 حنطك 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 قوهم جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لامثلها 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 فيها اذا كان المكيل نصفين وشرط الربح أن لا نأخذنا لخلطاه واشترى بابه فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالين نصفين وعلى قول محمد على ما شرطه قول أبي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربات ليست أثمانا على كل حال بل تكون نارة ثمنا ونارة مبيعا لانهما 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 والعدديات المتقاربات 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 أم 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 عند ذلك لودفع الى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشترى بهما وبيع فاراحت يكون بينهما فاقام المأمور البيعة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد كما كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدرهم بالدنانير والدنانير بالدرهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط به أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الاصل بنى ما اذا كان المالان من جنسين بان كان لاحدهما درهم والآخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصحيح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والآخر سوداء وعلة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر ان الخلط شرط في المقاوضة لا في العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيها عند زفر (وجه) قوله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبئ عن الاختلاط فسلم لكن على اختلاط رأس المال أو على اختلاط الربح فهذا مما لا يعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لا اختلاط الربح لا اختلاط رأس المال واختلاط الربح يوجد وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التولية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمقاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما يذكر في كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمقاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حريين عاقلين لان من أحكام المقاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يصح ان فيه يلزم

فيكون رأس المال مبيعا
عند

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لماند كرفلا بدمن أهلية الكفالة وشرايط
 أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة في رأس المال قدر او هي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف
 حتى لو كان المالان متفاضلين قدر لم تكن مفاوضة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة فلا بدمن اعتبار المساواة فيها
 ما أمكن وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما مخا حوا والاخر مكسرة أو كان أحدهما ألقابيا والآخر
 ألقاسودا او بينهما فضل قيمة في الصرف لم يحجز المفاوضة في الرواية المشهورة لان زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا
 تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبي يوسف ان احدى الاقنين اذا كانت
 أفضل من الاخرى جاز وكانت مفاوضة لان الجودة في أموال الرابلا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بحسبها فستقط اعتبار
 الجودة فصارتا على صفة واحدة وهل تشتري الحانسة في رأس المال بان يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل
 واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشتري حتى لو كان أحدهما دراهم والاخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية
 المشهورة بعد ان استوى باقى القيمة ولا خلاف في انهما اذا لم يستويا فى القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبي حنيفة
 عليه الرحمة انه لا تكون مفاوضة وان استوى باقى القيمة (وجه) هذه الرواية ان عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة
 بينهما فى القيمة لان القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو
 الرواية المشهورة لانها من جنس الأيمان فكانت الحانسة ثابتة فى الثمنية (ومنها) أن لا يكون لاحد المتفاوضين
 ما تصح فيه الشركة ولا يدخل فى الشركة فان كان لم تكن مفاوضة لان ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا فى الاموال التي
 لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لان ما لا تنعقد عليه الشركة
 كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل فى الازواج والاولاد (ومنها) المساواة فى الربح فى المفاوضة
 فان شرط التفاضل فى الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم فى المفاوضة وهو أن يكون فى جميع
 التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما فى الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى
 هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة انه لا تجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمى لان الذمى يختص بتجارة
 لا يجوز ذلك للمسلم وهي التجارة فى الخمر والخنزير فلم يستوى باقى التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف
 يجوز لا استوائهما فى أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لا استوائهما فى التجارة (وأما) مفاوضة المسلم
 والمرتد كالكركخي انها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمهم الله لان تصرفات المرتد متوقفة عنده
 لو قوف أملا كه فلا يساوى المسلم فى التصرف فلا تجوز كالاتجوز بين المسلم والذمى وذ كرمحمد فى الاصل وقال
 قياس قول أبي يوسف انه يجوز يعنى قياس قوله فى الذمى ولا بى يوسف انه يفرق بينهما من حيث ان ملك المرتد
 ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى ان قاضيا لو قضى بطلان تصرفه و زوال ملكه بنفذ قضاؤه واذا كان ناقص
 الملك والتصرف نزل منزلة المكاتب بخلاف الذمى ولو فاقوا مسلم مرتد ذ كالكركخي انها لا تجوز وقال القدورى
 رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لان الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما)
 أبو يوسف قال الكفر عنده غير مانع وانما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد فى المرأة وأما مفاوضة المرتدين
 أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله فى عقود المرتد انهما موقوفة فان أسلما جاز عقدهما
 وان قسلا على ردتها أو ماتا أو لحق بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لان عقودهما نافذة
 (وأما) مفاوضتهما فقد ذ كالقدورى رحمه الله وقال ينبئ أن لا يجوز أما عند أبي يوسف فلان نقصان الملك يمنع
 المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذ كنافصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلان المرتد عنده بمنزلة المريض
 مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضى جواز الكفالة على الاطلاق
 وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما

المساواة في رأس المال
 في المفاوضة

٦ - لا يكون لاحد المتفاوضين
 مال يصح فيه الشركة

٧ - المساواة في الربح
 في المفاوضة

٨ - الكفر عندهما يمنع
 انعقاد المفاوضة

على الشركة لانه اذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملا كما عند أبي حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة ان المرتد منهما اذا أقر ثم قتل لم يلزم اقراره شركة لان الملك محكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فاقراره جائز على شركة وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما انما بطلت بالقتل أو بالتفريق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان يشاركه الذي لانه يباشر عقود التجوز في الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا ذكره توكيل المسلم الذي ولو يشاركه شركة عنان جاز كالموكله (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 والعوام قلما يتفنون على ذلك وهذه العقود في الاعم الاغلب تجري بينهم فان كان العاقد من يقدّر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة في العقود لما فيها لا عين اللفظ 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 تحته عليه ولا يقف محبة العنان على هذه الشرائط فقد انبأ 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 مع 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 عاما وهو أن يشترط في عموم التجارات وخاصة وهو أن يشترط في شيء خاص كالجز والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرائط في المفاوضة لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظه المفاوضة لان اعتبارها في المفاوضة لدلائلها على شرائط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط في العنان فلا حاجة الى لفظه المفاوضة ولا الى لفظه العنان أيضا لان كل أحد يقدّر على لفظ يؤدي معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا بالمال والاصل ان الربح انما يستحق عندنا بالمال واما بالعمل واما بالضمان أما بتبوت 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 بمثابة الضمان خراجا بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراجه له والدليل عليه ان صانعا قبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا الضمان ثبت 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 المالين متساويا أو متفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما والوضعية على قدر المالين متساويا أو متفاضلا لان الوضعية اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدر المال وان كان المالان متساويين فشرط الاحد هما فضلا على ربح ينظر ان شرطا العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ان 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 لاحد هما فضلا من أولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا للمالك لانه نماء الملك فيكون على قدر المال كالاولاد 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

٨ - لفظ المفاوضة

الشرط الذي يرمي به العقد
اي حصري امساك

بما يسمى الربح

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 شرطا
العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي شرطاه فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق برب رأس ماله
بماله والفضل بعمله وان شرطاه على أقلهما بربح لا يميز لان الذي شرطاه 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 وشرطا التساوي في الربح
فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة اذا شرط العمل عليهما وكان زيادة الربح لحددهما على قدر رأس
ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالين عنده وان شرط العمل
على أحدهما فان شرطاه على الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على
صاحب الاكثر لم يميز 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 بشرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا (ولنا)
ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا قضاؤها الى المنازعة وجهالة رأس المال وقت العقد لا تفضي الى المنازعة لانه يعلم
مقداره فظاهر او غالب لان الدرهم والدنانير تو زان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي الى جهالة مقدار الربح وقت
القسمه (وأما) الشركة بالاعمال فاما المقايضة منها (فن) شرائها أهلية الكفالة (ومنها) التساوي في الاجر (ومنها)
مراعاة لفظ المقايضة لما ذكرنا في الشركة بالاموال اما العنان منها فلا يشترط لها شيء من ذلك وانما اشترط 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 والخطب والحشيش في البراري وما يكون
في الجبال من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشترى كاعلى أن يصيد أو يخطب أو يجمع أو
يستقيا الماء ويبعانه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الو كالة لا تنعقد على هذا الوجه الا
تري انه لو وكل رجل ليعمل له شيئا من ذلك لا تصح الو كالة كذا الشركة فان تشاركا فآخذ كل واحد منهما شيئا من
ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا لانه سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما منفرد
بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذه جميعا معا 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
الثلث بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثلث بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما
بقيمة الذي له لان المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثلث بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير
المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثلث على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن
والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه الى النصف من ذلك مع اليمين 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 بينة فان عمل أحدهما أو اعانه 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 بالغا ما بلغ (اما) وجوب أجر المثل للمعين فلانه استوفى منفعتة 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 هذان والجامع بينهما انه رضى 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 هذان وافرقت محمد بين هذا وبين سائر

هو قسم بغير رأس المال
العقد شرط ؟

شركة الاعمال
١ - المقايضة
٢ - العنان

قائمة : ما يقع الربح
بغير مقدار رأس المال

الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به اسقاطا لما زاد عليه والمسمى هناليس
 معلوم بل هو معدوم لانه ما سمي الا نصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مستطعة
 الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة 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 بالغا ما بلغ ربح أو لم
 يربح وستأتي المسئلة في كتاب المضاربة ولو ان رجلا اجلس في دكانه رجلا 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 عمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه
 جائزة بان يوكل خياط أو قصار أو كيا لا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل
 وكيا لا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسله جميعا كان ما أصاب بينهما لا استوائهما في سبب الاستحقاق ولو كان
 الكلب لاحدهما وكان في يده فارسله جميعا فأصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الاجنبي لا عبرة به مع
 ارسال المالك فكان ملحقا بالعدم كان المالك أرسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما
 كلبه فأصابا بصيد أو واحد كان بينهما نصفين لانهما تساويا في سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما
 صيدا على حدة كان له خاصة لانه ملكه فعليه فاخص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشترك رجلان ولا حدهما بغل
 وللآخر بعير على أن يؤجر اذلك فإر زق الله تعالى من شيء فهو بينهما فاجرهما 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 تبدل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم
 على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان لم يؤجر البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة تبدل
 معلوم فحملا حمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضمونا 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 كالا عبرة بكثرة عمل أحد الشر يكتفي في شركة الصنائع لان البديل يقابل الضمان والبغل والبعير
 هنا آلة اغناء 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 شريكه بعقد فاسد ثم عند أبي
 يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر به في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ على ما ذكرنا في
 شركة الاحتطاب قصاران لاحدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعمل بأداة هذا في بيت هذا على ان
 النكسب بينهما نصفان كان ذلك جائزا وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هنا بديل عن العمل لا عن
 الآلة وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان بدلهما وكان أحدهما معينا للآخر بنصف الآلة والآخر معينا له
 بنصف الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهي ان يتقبلا حمولة ويحملاها على دابتهما ولو اشتركا ولا حدهما دابة
 وللآخر كاف وجوالتان على ان يؤجر الدابة على ان أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة
 لصاحبها وللآخر معه أجر مثله في قولهم جميعا اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة
 واما الاجر فلانه بديل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الآخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها

ولو دفع دابة الى رجل ليؤاجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة ولا جبر 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 يجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالتصارين والحياطين بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين وعنده لا يجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجوه فشرط المقايضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشتري بينهما نصيفين وان يكون الربح بينهما نصيفين (ومنها) أن يتلفا بلقظ المقايضة ما فصلنا فيها تقدم بتامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشتري حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصيفين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ما شرط على التساوي والتفاضل كان جائزا وضمان ثمن المشتري بينهما على قدر ملكهما في المشتري والربح بينهما على قدر الضمان فان شرط أحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشتري لان الربح في هذه الشركة انما يستحق بالضمان فيستقدر بقدر الضمان فاذا شرط لاحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا يجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لا خرد فعليك أتمام مضاربه على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين الالف انه لا يجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين

فصل ١٠ وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعاً واحد وهو ان كل واحد من الشريكين كانه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولا 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 عبداه ما بال ألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه اياه أو استهلك الرجل عليهما شيأ قيمته ألف درهم أو ورثا ديناً لرجل واحد عليه قبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فلا خراً أن يشاركه في أخذ 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 لاحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيها 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 ولا نعدام التمييز فاذا لم يصح في العين من غير تمييز في الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التملك لان ما من جزأين الا واحد منهما ملكه والاخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضاً عن ملكه فكان قسمة الدين تملك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فعمل المقبوض من النصيبين جميعاً لثلاثي يؤدي الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقبض أن يمنعه عنه بأن يقول أنا أعطيت مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان

شركة الوجوه
١٠١ المادة العنان

حكم الشركة
١٠ شركة المالك

الدين المشترك
العين

المقبوض من غيره
من قبل المبرم

فرد في المبرم
المبرم
الإبراء

المشرك

الصلح

تسليم الشريك
وتوى المبرم

تأخير أحد الشريكين
نصيبه

المقبوض مثل حقه أو وجود أو أورد أو أمانا إذا كان أجد من حقه فلان الجود لا عبرة بها في الجنس الواحد الأتري ان
من عليه الرديء اذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً لعين الحق وان كان أرد أقبض
الرديء 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 وتكون الشريك 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 ريكه أن يضمه نصف
ما قبض لانه أنلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه فان لم يقبض أحد الشريكين شيئاً ولكن أبرأ الغريم
من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيئاً لانه لم يقبض شيئاً من الدين بل أنلف حصته لا غير فلا يضمن
فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شيء اقتساماً بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون
المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لما 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 لان القسمة
تقع على قدر حتهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينتقض إبراءه
بعد القسمة شيئاً مما اقتسما لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض
أحدهما شيئاً ولكن اشترى بنصيبه ثوباً من الغريم فللشريك أن يضمه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب
لانه انما اشترى الثوب ثمن في ذمة الغريم لا بما له في ذمة الغريم كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة
الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصاً بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا
جميعاً على الشريك في الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك ورضى شريكه به صار كأنه
باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيئاً ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان
القبض 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 حق لك فيما زاد
على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبضه ويرجع بدينه على الغريم لان من حجه أن يقول ديني
قد ثبت عليك بعقد المدائنة 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 فيما اذا لم يسلم الا وجهاً واحداً
وهو أنه اذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعها ويعطيها
مثلاً لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم به الشريك المقبوض للقبض ليس 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 تلك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان آخر بتواها له 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 (وجه) قوله ان نصيبه ملكه 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 اقرار لكل واحد من الشريكين بنصيبه على وجهه لا يكون للاخر فيه

حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لا يحتمل معنى القسمة وهو التمييز اذ هو اسم للفعل اول مال حكى في الذمة بخلاف الابرأه فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو انلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرفا في الدين بل في المطالبة بالسقاط فاجواب ان التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعا لانه بوجوب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للاخر ان يشار فيه وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة مادام الاجل قائما ثم فرع على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي أخر ان يشاركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله ان يشاركه ان كان قائما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض 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 يشاركه الاخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شر يكتن على امرأة فتر وجهها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف ان لشر يكة أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف (وجهه) 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 (وجهه) الرواية الاخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشر يكة أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشر يكة كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شر يكة يرجع عليه في قولهم جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن يضمه وروى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين اذا شح المطلوب موصحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شيء لشر يكة لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جنابة عمدا 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 فلشر يكة أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقصاص 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 ل أحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشر يكة لانه ما استوفى الدين بل قضى ديننا كان عليه اذا الاصل في الدينين اذا التيقا قصاصا أن يصير الاول مقضيا بالثاني لانه كان واجب القضاء قبل الثاني واذالم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذا المشاركة ثبتت في القدر المستوفى وذكر ابن سباعة 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 حصه القاتل من الدين وكان لشر يكة القاتل أن يشاركه في أخذ منته نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسله أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسله فرق بين هذا وبين ما اذا صالح على نفس الدين أو تزوج به (وجهه) الفرق ان العقد هنا وهو الصلح والنكاح وقع على مافي الذمة وانه بوجوب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به فان العقد هناك ما وقع على مافي الذمة مطلقا الا ترى ان العقد هناك أضيف الى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر على بن الجعد عن أبي يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتركا بالخصص 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 والاجنبى سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهننا خصته فهلك الرهن عنده فلشر يكة أن يضمه لان قبض الرهن قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشريكين من

الزواج على نصيب احد الشريكين

استأجر الغريم

التعاضد بين الشريكين

المرأة الغريمة

موت الزوج ودون الرهن

موت الزوج ودون الرهن

المطلوب عند افات عنده فليسريكة أن يضمته لانه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بأفة سهاوية في ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشئ لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضممن لشريكه شياً بخلاف نفس العبد لانه ملكها بال ضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضممن لشريكه وكذلك العبد الموهون اذا ذهبت احدى عينيه بأفة سهاوية وكذا الواشترى احد الشريكين من الغريم عبد أبي عافسدا وقبضه فمات في يده أو باعه أو أعتقه انه يضممن لشريكه كما يضممن في الغصب ولو ذهبت عينه بأفة سهاوية فرده لم يضممن لشريكه 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 فأما الشركة بالاموال فبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لاحد شريك العنان والمفاوضة ان يعمل في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلا حد شريك العنان أن يبيع مال الشركة لانها باعقد الشركة اذن كل واحد لصاحبه ببيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقدامهما على العقد اذ ائمن كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالتقيد والنسيئة لان الاذن بالبيع يقتضي الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع تقدا ونسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثير 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 مطلقا 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 اعتد أحدهما وأجل الآخر فاما اذا اعتد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه لانه مالك وعاقده 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 وعند لا يملك (ووجه) البناء ظاهر لان العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه وهي من مسائل كتاب الوكالة الا أن هناك اذا أخر يضممن من ماله للموكل عندهما وهنالا يضممن 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 يضممن وله يشترى بالتقيد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا اذا كان في يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شياً نسيئة وكان عنده شئ من المسكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شياً نسيئة فاما اذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير شياً كان المشتري له خاصة دون شريكه لانا لو جعلنا شراءه على الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالائتمان 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 بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر الجانسة في رأس مال الشركة حقيقة حتى أنى انعقاد الشركة في الدراهم مع الدنانير لا اختلاف الجنس حقيقة فيصير كأنه اشترى بجنس ما في يده صورة بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر الجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانسا في الثمنية فصار كأنه اشترى بجنس ما في يده صورة ومعنى وله أن يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع من عادتهم ولان أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فلا يبضع أولى لان استعمال البضعة في البضاعة بعوض وله أن يودع لان

شركة المقود
الشركة المضمونة
شركة
مادة الشركة

من
بأحد من

مفاد
باليه
أش

الدرهم
الدراهم

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 فيغير 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 لانه ان كان لا يملك
 الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعمد 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 فبق 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 في كل المال
 وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسحا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان بمحض من صاحبه
 تحت المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة
 بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق في المال فلا يجوز الا في القدر الذي رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة
 مضاربة ذكر محمد في الاصل عن أبي حنيفة انه له ذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك (وجه)
 رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد
 فلا يملك المضاربة (وجه) ظاهر الرواية انه يملك أن يستأجر أجيرا يعمل في مال الشركة فلا يملك الدفع مضاربة
 أولى لان الاجير يستحق الاجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيئا بعمله الا اذا
 كان في المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلا يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لان
 الشركة فوق المضاربة لانها توجب الشركة في الاصل والقرع والمضاربة توجب الشركة في القرع لافي 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 مثل المضاربة وتوكل التوكيل لانه دون المضاربة والتوكيل لا يملك أن يوكل غيره باطلاق الوكالة لان
 الوكالة مثل الوكالة وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمل في مال المضاربة وسند كره في كتاب
 المضاربة ان شاء الله تعالى لان تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فما كان للمضارب أن يعمل
 فالشريك أولى وله أن يأخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما
 لو أجر نفسه وله أن 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 الوكيل 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 في خادم أو ثوب خاصة انه ليس لاحدهما أن يوكل رجلا ببيعه وان
 وكل لم يجز في حصة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين في شركة الاملاك اجنبي عن صاحبه
 محجور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله أن يوكل وكيله
 ويدفع اليه مالا ويأمره أن يتفق على شيء من تجارتهما او المال من الشركة لما قلنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه
 كتصرف الموكل فان أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كان في بيع أو شراء أو اجارة لان كل واحد
 منهما مالك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله
 وان كان وكيله في تقاضى ما دابنه فليس للاخر اخلاله 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 في التجارة وهو من عادات التجار

شركه

معدوم

العقد

شركه

شركه

أبضا ومن ضرورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجد بدأمنه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجرى بحرى الاعيان فكان الاستئجار بمنزلة الشراء وهو ملك الشراء فيملك الاستئجار 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 ايقاء الدين والارتهان استيفاؤه وانه يملك الايقاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد في كتاب الرهن اذارهن أحدهما متاعاً من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامناً للرهن ولو ارهنت بدين لهما اذ اناه وقبض لم يجز على شريكه وذلك محمول على ما اذارهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقدهما لان الرهن ايقاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء عن ماعقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضموناً كالصحيح فكان مستوفياً حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنته بجميع ذلك صار مستوفياً لجميع الدين فيصير مستوفياً حصته صورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين 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 انما سلم اليه ليملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هاتنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشرعيين 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 محمداً 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 عدلاً وهلاك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس قبض استيفاء ومهما انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس في الملاعة والافلاس وكون بعضهم أملاً من بعض وفي العادة يختار الاملاً فالاملاً فكانت الحوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن في التوثيق للاستيفاء ولان الاحتمال تملك ما في الذمة بثمنه فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن وكذلك كل دين لزم انساناً بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه اليه كالمشترى من الوكيل بالبيع له أن يمتنع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المديون لم يلزم الخقوق للمالك وانما التزامها العاقد فلا يلزمه ما لم يلزمه الابتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل يرى 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 قبض هذا القبض اذ لو قبضناه لا حرجنا الى اعادته لان المديون يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد رد 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

ارص

المؤثر في الرهن

ممنوع

لا حدهما ان 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 هذا سواء لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعقد ولو اشترى أحدهما شيئاً لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعقد أن يوكل وكسلاً قبض الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم ولا حدهما ان يقابل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحدهما واشترى فظهر عيب لا يرده الاخر بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع الى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقد فان أقر أحدهما بعيبه في متاع جازا قراره 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 القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ قراره على الموكل حتى يثبت بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولا أحد 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 القاضي جاز عليهم لان قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة وكذا القبول من غير قضاء القاضي بمنزلة الاقالة واقالة أحدهما تنفذ على الآخر وكذا الوحط من ثمنه أو آخر ثمنه لا جعل العيب فهو جائز لان العيب بوجوب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح والخطأ تقع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر بخاف منه جاز في حصته ولم يحجز 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 لا حدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخي أنه ليس لذلك والصحيح من قول أبي يوسف ومحمدان له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافر وا روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه ليس للشريك والمضارب أن يسافر 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 بما له حمل ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبي يوسف ان السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه (وجه) الرواية التي فرق فيها بين القريب والبعيد انه 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 فيتضرر 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 الوديع مع ما ان الشريك يملك أمر أزيد الا 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 تنبتوا فضلاً 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 الم يقل كل واحد منهما المصاحبه اعلم في ذلك برأيك فاما اذا قل ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخطط مال الشركة بمال له خاصة والرهن والارتهان مطلقاً لانه فوض الرأي اليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقاً واذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعلم برأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد فله أن ينفق من جملة المال على نفسه في

مورد

ولا يملكه ما جاز به ولا يملكه

الحق

وهو مائة

المراد

من العاقدين والمبضع والمودع

المعنى

مورد

كرائه وفتته وطعامه وادامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لأن الاتفاق من مال الغير لا يجوز إلا بأذنه نصاً (وجه) الاستحسان العرف والعادة لأن عادة التجار الاتفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط ولأن الظاهر هو التراضي بذلك لأن الظاهر أن الانسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لأنه التزام ضرر للجال لنفع محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان اقدامهما على عقد الشركة دليلاً على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولأن كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لأن ما يحصل من الربح فهو فرع لجميع المال وهو يستحق نصف الربح شائماً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب إذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فإن ربحت حسب النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة من رأس المال لأن النفقة جزء تالف من المال فان كان هناك ربح فهو منه والافهم من الاصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرناه انه يصير مستديناً على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لأحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لأن كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلأنه لا عوض له في الحال فكان تبرعاً في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل إلا ان ينص عليه بعينه لأن قوله اعمل برأيك تفويض الرأي اليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض ما لزمهما جميعاً لأنه تملك مال بالعتق فكان كالمضارب في حقه وحق شريكه ولأنه ان كان الاستقرض استعارة في الحال فهو يملك الاستعارة وان كان تملكاً يملكه أيضاً وليس له أن يكاتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لأن الشركة تعتقد على التجارة والكتابة والاعتاق ليسا من التجارة ألا ترى انه لا يملكها المأذون في التجارة وسواء قال اعمل برأيك أو لا ما قلنا وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما في قولهم جميعاً لأنه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه إلا بأذن نصاً وكذلك تزويج الامه في قول أبي حنيفة ومحمد لأنه ليس من التجارة ويجوز عند أبي يوسف والمسئلة قدمت في كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لأن الاقرار حجة قاصرة فلا يصدق في إعجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لأن الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بجارية في يده من تجارتهما انهما الرجل لم يجز اقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما ذكرنا ان اقرار الانسان ينفذ على نفسه لا على غيره لأنه في حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برأيك أو لا لأن هذا القول في العموم فيما تتضمنه الشركة والشركة لم تتضمن الاقرار وما ضاع من مال الشريك في يد أحدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع يمينه لأنه أمين والله عز وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرناه يجوز لا حد شريك العنان أن يفعله وهو جاز على شريكه اذا فعله فيجوز لا حد شريك المفاوضة أن يفعله واذا فعله فهو جاز على شريكه لأن المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان لجوازه للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لأنها كانت أعم من العنان فهو يقتضى شروط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لأن المفاوضة يفسدها ما لا يفسد العنان لا اختصاصها بشرائط لم تشترط في العنان وقد يتنازل فيما تقدم والآن نبين الاحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز اقرار أحد شريكي المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطلب المقر له ايهما شاء لأن 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 والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار ان شاء أخذه اذ يدينه وان شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أما دين التجارة

اشارة بغير مال شركة
الصفة والشرط

ادنى شركة
القائمة
الصفة

تزوج

وغيره

صاحبه من شركة

المفاوضة

وهو عام في المفاوضة

العمارة

المعروف في المفاوضة
دفعه في المفاوضة

فلانه دين لزمه بسبب الشر كذا لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشر كذا لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البيئة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعتقد لان الدين لزمه كما يلزم شريكه لانه كفيل عن شريكه والبيئة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع القاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والقاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه في معنى ضمان التجارة لان تقرر الرضيان فيه فيسد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودائع والعواري والاجارات في معنى الغصب لانه من باب التعدي على مال الغير بغير اذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنائيات والمهر والثففة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤخذ به شريكه لانه ليس بضمان التجارة ولا في معنى ضمان التجارة أيضاً لعدم معنى معاوضة المال بالمال رأساً وروى عن أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلال لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جنائية فأشبهه ضمان الجنائية على بنى آدم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمان الاتلاف في غير بنى آدم ضمان معاوضة لانه ضمان يملك 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 أبي حنيفة وعندهما لا يلزم وان كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعاً (وجهه) قوله ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كان في حال المرض والشركة لا تعتقد على التبرع ولا بنى حنيفة رضي الله عنه ان الكفالة تقع تبرعاً ابتداءً ثم تصير معاوضة باتهامها 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 ويطلب غير البائع منهما 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 العيب كما للمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيباً فله أن يرد ما على أبيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يخلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما فذا قراره على نفسه وشريكه ولو باع سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيباً فله أن يخلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم يمين واحد على العلم في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يخلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويستقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعاً في خراج التجارة وضمانها سواء فعمل أحدهما فيها كفعلها وقول أحدهما كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة كشخص واحد ولا حد ولا حد ما أن يكتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه الى مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روى عن محمد انه قال كلما يجوز أن يفعله الانسان في المملوكة للمفاوض فيه أجوز أمر او معناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا يملك له فيه رأساً فلا يملك للمفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيئاً من عبيد التجارة على مال لانه في معنى التبرع لانه يعتقد بمجرد القول ويبقى البدل في ذمة المقلد 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 والثففة يتعلقان برقبته وتتقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضرراً محضاً فلا يملكه في ملك غيره ويجوز له أن تزوج الامه لان تزويج الامه نفع محض لانه يستحق المهر والولد ويستقط عنه نفعها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه الى مال الشركة سواء

ارسلنا ما رآه
 راجع
 من مخصص

كفارة
 امر
 امر

مقرر

مقرر

مقرر
 امر
 عند

مقرر

كان من باب التجارة أو لا بخلاف الشريك شركة العنان فان غاد تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد
وتزوج الامه 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 مضاربه لما ذكرنا في الشريك شركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل
في مال الشركة بمال يستحقه الاجير بيقين فالدفع مضاربه 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
المفاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربه لانها دونها فتبعتها 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 فاما اذا
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 المفاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولا يبي يوسف أن المفاوضة
مثل المفاوضة والشي لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرهن على شريكه لان الرهن هو ايقان والاستيفاء
وكل واحد منهما يملك الايقان والاستيفاء فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضى ما اداناه أو ادانته
صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفي حقوقه
بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر
وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان
التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشتراه
أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو مالا بدله منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشتري
مشتراكا 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 المفاوضة فاختص به المشتري لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وان وقع
المشتري للذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه
الاشتراك الا أنهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف الثمن ذلك لانه قضى ديناً عليه من ماله لا على 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 الاغتراد بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة
فأخر جاعن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية فبقيت داخله تحت العموم فان اشتري ليس له أن يطأها
ولا لشريكه لانها دخلت في الشركة فكانت بينهما فبذرة مشتركة بين اثنين فلا يكون لاحدهما أن يطأها فان
اشترى 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 مستحقة فتباح 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
جديدهم من الشريك بالشراء الا في اقباه 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 الجديدهم من الشريك لوقوع المشتري
على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للتملك كانه قال اشتري جارية بيننا وقد ملكتكم نصيب منها فكانت
الهبه متعلقة بالشراء فاذا اشتري وقبض سحت الهبة كما لو قال ان قبضت مالي على فلان فقد وهبته لك قبضه بملكه

من ميراث العنان
عقد المفاوضة
عقد الشركة
من ميراث العنان
الرضع
شراء الرهن
العقد المتعلق
العقد المتعلق
الرضع

كذا هذا واذا كان كذلك فقد تقدمت الواقعة على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشئ فان اشترى
 جارية للوطع باذن شريكه فاستولد هاتم استحققت فعلى الواطئ العتق ياخذ المستحق بالعتق أهمها شاء (أما) وجوب
 العتق فلا شك فيه لان وطع مالك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين اما الحد واما العتق وقد تعذر ايجاب
 الحد لمكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العتق وأما ولاية الاخذ من أهمها شاء فلان هذا ضمن وجوب بسبب الشراء
 والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالتنمى لان الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف
 المهر في النكاح الصحيح والقاسد لانه مال وجوب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة
 ولو اقال أحدهما في بيع ماباعه الآخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشراء وهو بمالك الشراء على
 الشركة فيملك الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة فالقايض أولى واذا مات أحد المتفاوضين أو تفرق
 يكن للذي لم يزل المدائنة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانهما وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل
 لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لاحدهما أن يقبض نصيب الآخر
 اذا لم يكن هو الذي تولى العتدو يجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما)
 الذي ولي المدائنة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المدائنة لكونه من حقوق العتد فلا يبطل بانفساخ الشركة
 بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل ولو أجر أحدهما نفسه في الخياطة أو عمل من الاعمال فلا جرح بينهما نصفان وان
 أجر نفسه للخدمة فلا جرحه خاصة لان في 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 أولا ثم يصير قصاصا بماله على القاضى فكان هذا تعليكا بعوض فتناوله عقد الشركة فلملكه فجاز
 القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لمساذا كرا ان قبضه قبض مضمون لانه قبض مال الشريك أن
 يملكه اياه ويرجع شريكه عليه بحصته منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة وان ازداد مال أحد
 الشريكين لان الواجب دين وزيادة مال أحد الشريكين اذا كانت ديننا لا يوجب 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 فانت في يد المرتهن ذهبت بخمسة مائة ولا يضمن ما بقي لان
 الريادة 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 فانت 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 الابداع والزيادة
 على قدر الدين من الرهن امانة فكانت ودعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين
 مالا فأعطاه رجلا ثم أخذه سفتجة كان ذلك جائزا عليهما ولا يضمن نوى المال أو لم يتوفى قياس قول أبي يوسف
 ان الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة 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 يجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع
 فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين اذا استأجر ابلا الى مكة ليحج ويحمل عليها متاعه فاعلموا جرح أن
 يطالب أهمها شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة لا ترى لو أبدله من حمل متاعه
 فحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليها فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له
 خاصة كما لو اشترى طعاما لنفسه ان المشتري يقع له ويطلب الشريك بالتنمى كذا هذا ولو أجر أحدهما عبدا له ورثه لم
 يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لانهما بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث والله

عرب

عرب

الدين

موت أحد الشريكين

أما

عرب

عرب

عرب

عرب

عرب

عرب

عرب

عرب

عرب

عرب

عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالأعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل بحسب 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 وإلى أيهما دفع صاحب العمل يرى لأنه قد دفع إلى من أمر بالدفع إليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية 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 جميعا يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لأن هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقد لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الاجر به فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وإن لم تكن مفاوضة حقيقة حتى قالوا في الدين إذا أقر أحدهما بثمن صابون أو اشنان أو غيرهما أنه لا يصدق على صاحبه إذا كان المبيع مستهلكا لا باقراره أو بالينة كذا إذا أقر أحدهما باجر أجير أو حانوت بعد مضى هذه الاجارة وإن كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض لزمهما جميعا باقراره وإن جحدته شريكه كما في شركة العنان فدل أنه ليس لها حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال أبو يوسف إذا 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 بمتفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما يدينه كشرى العنان في المال إذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر أنه لا ينفذ اقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعه عن محمد أنه أخذ بالقياس في هذه المسئلة وقال ينفذ اقراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك (وجه) ما ذكرنا أن الشريكين في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكي العنان إذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على صاحبه وإنما استحسانا والحقناها بالمفاوضة في حق وجوب العمل والمطالبة بالاجرة في حق وجوب ضمان العمل فبقي الامر فيما وراء ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لاني يوسف انه لما ظهر حكم المفاوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الاجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضا فينفذ اقراره بمحل العمل على صاحبه وإن عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فالاجر بينهما على ما شرط لان الاجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والحياطة إذا استعان برجل على التصارة والحياطة انه يستحق الاجر وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وهما شرط العمل عليهما فإذا عمل أحدهما بصير الشريك القابل عاملا لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في الضمان بان شرط أحدهما ثلث الكسب وهو الاجر وللآخر الثلث وشرط العمل عليهما كذلك سواء عمل الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرط العمل عليهما لأن استحقاق الاجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل انه لو عمل أحدهما استحق الآخر الاجر وإذا كان استحقاق أصل الاجر باصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخي انه علق في هذه المسئلة فقال المنافع لا تنقوم الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير إلى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل انه لو شرط فضل الاجر لهما عملا بان شرط لثالث الاجرة له جاز فدل

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا يفضل العمل ولو شرط التفاضل في الاجرة فجعلها أثلاً ولا ينسبها
 العمل الى نصفين فهو جائز لا تنهيا لما شرط التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك
 اشتراطاً للتفاضل في العمل تصحيحاً للتصرف فيما عند امكان التصحيح ولو شرط الكسب أثلاً و شرط العمل
 نصفين لم يميز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح 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 باطلية والقبالة بينهما على ما شرط على كل واحد منهما لان الربح اذا تقسم على
 قدر الضمان كانت الوضعية على قدر الضمان أيضاً لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضعية في موضع يجوز
 اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضعية فيها الا بقدر المال في موضع لا يجوز
 اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما فلا يجوز أن تكون الوضعية فيه الا على قدر الضمان أولى (وأما) المقايضة منهما
 فإلزام أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطلب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حاوت و يجوز
 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 بكفالتة ولو ادعى على أحدهما بثوب في أيديهما فأقر به أحدهما ووجد صاحبه يصدق
 على صاحبه وينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمقاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما
 وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمقاوضة في الاموال (وأما) الشركة الفاسدة
 وهي التي فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تفيده شيئاً مما ذكرنا لان لأحد الشريكين أن يعمل بالشركة الصحيحة
 والربح فيها على قدر الماين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فالحق بالعدم بقي
 الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لاحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا
 غير سديد الا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم

فصل في ما صدقة عقد الشركة فهي انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالتسرخ الا أن من شرط
 جواز التسرخ أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه حتى لو فسخ بحضور من صاحبه جاز التسرخ وكذلك لو كان صاحبه غائبا
 وعلم بالتسرخ وان كان غائبا ولم يبلغه التسرخ لم يفسخ التسرخ ولم يفسخ العقد لان التسرخ 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 رجلا شركة
 مفاوضة انه ان كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحضر منه تحت المقاوضة لان المقاوضة مع غيره
 تتضمن فسح العنان وهو لا يملك التسرخ عند غيبته ويملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عينا وقت
 الشركة لصحة التسرخ وهي أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوي انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت
 التسرخ لا يصح التسرخ 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 يشتريها شيئا وليس له أن يشتري بها
 عروضا وان كان رأس المال وقت النهي عروضا فلا يصح نهيها لانه يحتاج الى بيعها ليظهر الربح فكان التسرخ
 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 ولا ية التصرف فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه عينا كان المال أوعروضا فاما مال المضاربة ففي يد
 المضارب ولا ية التصرف له الا لرب المال فلا يملك رب المال نهيها بعد ما صار المال عروضا

لعمري

صفة عقد الشركة

الشرط

مورد

مورد

سطور عقد الشركة

تاريخ شركات مائة

١ -

٢ -

٣ -

٤ -

٥ -

٦ -

٧ -

٨ -

٩ -

﴿ فصل ﴾ وأبيان ما يبطل به عقد الشركة فمابطل به نوعان (أحدهما) يم الشركات كلها (والثاني) بخص البعض دون البعض اما الذي يم الكل فانواع (منها) القسخ من أحد الشرى يكن لانه عقد جائز غير لازم فكان محتملا للقسخ فاذا فسخه أحدهما عند وجود شرط القسخ ينفسخ (ومنها) موت أحدهما أو إهمامات 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 حكى فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحد همام مع الخاق بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقا لان به يخرج الوكيل عن الوالة 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 بالأموال سواء كان المالكين من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لان الدرهم والدنانير تعيينات في الشركات فاذا هلكت فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول العقود فيبطل العقد بخلاف ما اذا اشترى شيئا بدرهم معينة ثم هلكت الدرهم قبل القبض ان العقد لا يبطل لان الدرهم والدنانير لا تعيينان في المعاوضات وتعيينان في الشركات ثم ان علم بتعيين الدرهم والدنانير في المعاوضات وتعيين في الشركات لانهما جعلتا ثمنين شرعا فلو تعيينا في المعاوضات لا قلبا مشتمين اذا الثمن اسم لعين يقابلها عوض فلو تعيينت الدرهم والدنانير في المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مشتملا فلا يكون ثما وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس في تعيينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لانها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا بتعيينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان في هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغيير الحكم الشرع وهو جعلهما مشتمين للمال عوضا للحال يقابلها لان كل واحد من العقدين وضع وسيلة الى الشركة والوسيلة الى الشيء حكمه ذلك الشيء فجعل حكمهما في حق المنع من تعيين الدرهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل بتعيينان بالقبض كما في الشراء بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة الى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب بوجب تعيين 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 الشرى يكن وكون العمل مشروطا من رب المال بوجب أن يكون رأس المال في يده ليتمكن العمل وكون عمل الآخر مشروطا بوجب التسليم اليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب بوجب تعيين 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 استدرا كه بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة (فاما) في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بشروط بل لشرط ذلك في المضاربة لا بوجب فسادها فممكن جعل القبض سببا لتعيين فلا حاجة الى جعل العقد سببا فوجب العقد التعيين الخاق له بالشراء ثم اذا هلك أحد المالكين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لان الهالك مال ملكه أحدهما يتعين وانه أمانة في يد صاحبه فهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما اذا كان رأس المالكين من جنس واحد وخطا ثم هلك انه هلك مشتركا لان لا يتبين 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 منعقدة 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 الدرهم والدنانير وصار ذلك في يده انه يبطل المقايضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد وان ورت عرضا لا تبطل وكذا لو ورت دونها لا تبطل ما لم يقبض الديون لانها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو ازيد أحد المالكين على الآخر قبل الشراء بان كان

أحد مادراهم 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 كالبائع لما كان تمامه بالتبض كان هلاك المبيع قبل التبض 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 باطلا لان تلك الزيادة تحدث على ملكها لانها لم يجرى في المال المشتري فلا يفضل أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه ينتقض المفاوضة لان الالف التي لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبه وقد ملك صاحبهما نصف ما اشتراه الاخر فصار ماله أكثر فينبغي أن تبطل المفاوضة الا انهم استحسنا وقالوا لا يبطل لان الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينافلم 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 استعجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكن تاركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخره يضر بون في الارض يتفنون من فضل الله والمضارب يضر في الارض يتفنى من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبغوا فضلا من ربكم (وأما) السنة فمارى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربه اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحر ولا يزل به واديا 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 والناس يتعاقدون المضاربه 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 مضاربه 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 يتقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعا وروى ان عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الأشعري أمير بها قتال لهما لو كان عندى فضل لأكرمتهما ولكن عندى مال لبيت المال أدفعه اليكما فابتاعا به متاعا واحملاه الى المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه الى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضي الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلار بحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا لضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجملهما كالمضار بين في المال لهما النصف وليت المال النصف فرضى 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 فترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضا وهوان الناس يحتاجون الى عقد المضاربه 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 ﴾ وأما ركن العقد فالإيجاب والقبول وذلك باللفظ تدل عليهما فالإيجاب هو لفظ المضاربه والمقارضة والمعاملة وما يؤدى معاني هذه اللفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربه على ان مارزق الله عز وجل

حوار الشركة

الشرية في القياس

ركن العقد

أو أطعم 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 مضارباً لأنه المضارب يسير في الارض
 ويسمى فيها لا بتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صرح في عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضارب بمقارضة كما
 يسمون الاجارة بيعاً ولان المقارضة مأخوذة من القرض وهو التقطع سميت المضارب بمقارضة لان رب المال يقطع
 يده عن رأس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة لفظ 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 أنى بلفظ
 يؤدى معنى هذا العقد والعبرة في العقود لما نهى لصور اللفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف و ينعقد
 النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكر في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها ما كان من فضل
 فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضارباً باستحسانا والقياس ان لا يكون مضارباً (وجه) القياس انه ذكر
 الشراء ولم يزد كرايبع ولا يتحقق معنى المضارب بالاشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل
 الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الالبتباع ذكر البيع وهذا معنى المضارب ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم
 يزد عليه كان مضارباً باستحسانا والقياس ان لا يكون لأنه لم يزد كرايبع والبيع فلا يتحقق معنى المضارب (وجه)
 الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملاً يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء
 والبيع فضمن ذكره كرايبع والشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به هر ويا بالنصف أو رقيقاً بالنصف ولم يزد على
 هذا شيئاً فاشترى كما أمره فهذا فاسد وللشترى أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب
 المال لانه كرايبع ولم يزد كرايبع ولا ذكراً ما يوجب كرايبع ليحتمل على المضارب به فحتمل على الاستئجار 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 الأمر 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 رب 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 لما 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 مضارب به ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضارب به
 وكذلك لو شرط عليه ان الوضعية على عليك فهذه مضارب به 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 مضارب به ولا بضاعة ولا قرضاً ولا شركة وقال ما ربحت فهو بيننا فهذه
 مضارب به لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح كرايبع والشراء والبيع وهذا معنى المضارب به ولو قال
 خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضارب به جائزة قياساً واستحساناً وللمضارب
 ما شرط وما بقي فالرب المال والاصل في جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه ناعماله لا بالشرط فلا
 يفتر استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما
 يستحق بما بله عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد اذا عرف هذا فنقول في هذه المسئلة اذا سمي للمضارب جزء معلوماً من
 الربح فقد وجد في حقه ما يفتر الى استحقاقه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب المال بما له ولو قال خذ هذا المال

مرتباً له من الأرباح

في حقه ما يفتر

من الأرباح

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 لم 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 تمتضي
الشركة في الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب كما قال خذ هذا المال مضاربة على ان
لك النصف كما في ميراث الابوين في قوله سبحانه وتعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فللمتثلث لما كان ميراث
الميت لابويه 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 تمامه فاذا سلم المشروط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو
الباقي لرب المال لكونه من تمامه ولو قال رب المال على ان ما رزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما
نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضي المساواة اذ الميزان فيها متدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه ونبتهم 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 فلا حدما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الآخر فاما اذا شرط
لهما ولغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لسواهما فان كان الثالث أجنبيا أو كان
ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهما اثلاثا وان لم يشرط عليه العمل لم يحز وما شرط له يكون لرب
المال لان الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشروط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد
المضارب فان كان عليه دين فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ان شرط عمله لان المضارب لا يملك كسب عبده
فكان كالأجنبي وان لم يشرط عمله فاشترطه فهو لرب المال لما ذكرنا في الاجنبي وعند أبي يوسف ومحمد المشروط
له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهو على
هذا التفصيل أيضا انه ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالأجنبي عند أبي حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم
يشرط عمله فاشترط له 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 في عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه
اذ لم يكن عليه دين فالملك ثبت للمولى فكان المشروط له مشروط للمولى وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين وفي عبد
رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال لان المشروط له يكون مشروطا لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كأن
رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لتضاءدين المضارب والثلث
لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال وكذا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث
لتضاءدين رب المال ان الثلثين لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لتضاءدين 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 بامر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكرنا شرائط أهلية التوكيل والوكالة في كتاب الوكالة ولا
يشترط اسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي والحري المستأمن حتى لو دخل حري دار
الاسلام بأمان فدفعت ماله الى مسلم مضاربة أو دفع اليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لان المستأمن في دار بمنزلة الذمي
والمضاربة مع الذمي مضاربة جائزة فكذلك مع الحري المستأمن فان كان المضارب هو المسلم قد دخل دار الحرب
بأمان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما في دار واحدة وان

شرائط الركن

١ - ما روي في نسخة

١١ - اهدأ من

١١ - اهدأ من

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 مسلماً 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 قبلاً أمر
رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فلك 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 لمسلم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصارت تصرفه لنفسه
فلك الامر به وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفعت اليه حربي مالا مضارباً بمائة درهم انه على قياس قول
أبي حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا ربح أو وضع فالوضعية على رب المال والربح على ما اشترط
ويستوفي 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 لما علم
(وأما) الذي يرجع الى رأس المال فأشياء منها أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدينارين عند عامة العلماء فلا تجوز
المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجوز 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 ومالا 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 تفضي الى المنازعة والمنازعة تفضي الى الفساد
وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دينارين وتصرف فيها جاز
لانهم يضيف المضاربة الى العروض وانما أضافها الى الثمن والتمن تصح به المضاربة فان بعها بمكيل أو موزون جاز البيع
عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالائتمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لانهما صارت
مضافة الى المالا تصح المضاربة به وهو الخنطة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك
البيع بغير الائتمان ولا تفسد المضاربة لانهما لم تصر مضافة الى مالا يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهب
والفضة فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدينارين والامر فيه
موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدينارين فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به
فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزيوف والنهرجة فتجوز المضاربة بهاذكره محمد رحمه الله لانها
تتعين بالعقد كالحياد (وأما) المستوفة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وذكر
ابن سباعة 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 يتبايعون 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 بالدراهم والدينارين 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 أمانة
كالدراهم والدينارين 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 وتكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة (ومنها)

دار عرض رأس مال
أمر رأس مال نقد

بالتصديق
الربح
المستوفى
المعروف

معرفة رأس مال

أن يكون رأس المال عيناً لا ديناً فإن كان ديناً فالمضاربه فاسدة وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربه بالنصف أن المضاربه فاسدة بلا خلاف فإن اشترى هذا المضاربه وبيع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى وبيع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على أن من وكل رجلاً يشترى له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنده وإذا لم يصح الأمر بالشراء عما في الذمة لم يصح إضافة المضاربه إلى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربه لأن الشراء يقع للموكل فتصير المضاربه بعد ذلك مضاربه بالعروض لأنه يصير في التصدير كأنه وكله بشراء العروض ثم دفعه إليه مضاربه فتصير مضاربه بالعروض فلا تصح ولو قال لرجل اقض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربه جازلان المضاربه به هنا أضيفت إلى المقبوض فكان رأس المال عيناً لا ديناً ولو أضاف المضاربه إلى عين هي أمانة في يد المضاربه من الدراهم والدينان يريان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما في يدك مضاربه بالنصف جازلك بلا خلاف وإن أضافها إلى مضمونة في يده كالدرهم والدينانير المغصوبة فقتال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربه بالنصف جازلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربه تقتضي كون المال أمانة في يد المضاربه والمغصوب مغصوب في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربه فلا يصح ولا يبي يوسف أن ما في يده مضمون إلى أن يأخذ في العمل فإذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى المضاربه فتصح وسواء كان رأس المال مفروزاً أو مشاعاً بان دفع المال إلى رجل بعضه مضاربه وبعضه غير مضاربه مشاعاً في المال فالمضاربه جازلة لأن الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فإن المضاربه يتمكن من التصرف في المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربه فإن المضاربه إذا ربح يصير شريكاً في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربه فإذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما إذا دفع إلى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربه إن ذلك جائز أما جواز المضاربه فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وإن كان القرض تبرعاً والشياع يمنع صحة التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لأنه وإن كان في الحال تبرعاً لأنه لا يقابل به عوض لئلا فهو تملك المال بعوض في الثاني لا ترى أن الواجب فيه رد المثل لارد العين فلم يكن تبرعاً من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فإنها تبرع محض فعمل الشيوع فيها وإذا جاز القرض والمضاربه كان نصف الربح للمضاربه لأنه ربح ملكه وهو القرض ووضيعة عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطت لا يدرج مستفاد بمال المضاربه ووضيعة على رب المال ولا يجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لأنه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحدهما الشريكين بقسمته قالوا ولو كان قال له خذ هذه الألف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربه على أن الربح لي فهذا مكره لأنه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جرحاً فما عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضعية (أما) الربح فلان المضاربه ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فكان ربحه رب المال (وأما) الوضعية فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضعية على قدره ولو قال خذ هذه الألف على أن نصفها مضاربه بالنصف ونصفها هبة فقبضها المضاربه على ذلك غير متسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فإن عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضاربه حصبة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرطت والوضعية عليهما أما نصف الربح للمضاربه حصبة الهبة فلأنه ثبت الملك له فيه إذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الآخر فالتما يكون ربحه بينهما على الشرط لأنه استفيد بمال المضاربه مضاربه بحجيحة (وأما) كون الوضعية عليهما فلا تجزء هالك من المال والمال مشترك فإن هلك المال في يد المضاربه قبل أن يعمل أو بعدما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لأنه مقبوض بعقد فاسد فكان مضموناً عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربه

دفعه ما لا يقدر عرض
رفعته مضاربه

ربح القرض من دفع
المودع 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 والمضاربة في البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة
 من الربح لرب المال خاصة لان المبيع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ما شرط لانه ربح حصل من
 مال المضاربة والمضاربة قد سحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع اليه على أن نصفها ودبعة في بد المضارب ونصفها
 مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال في بد المضارب على ما سمي لان كل واحد منهما أعني الودبعة والمضاربة بأمانة فلا
 يتنافيان فكان نصف المال في بد المضارب ودبعة ونصفه مضاربة بالأمان التصرف لا يجوز الا بعد القسمة لان كل جزء
 من المال بعضه مضاربة وبعضه ودبعة والتصرف في الودبعة 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 الودبعة ومال
 المضاربة فاما كان في حصة الودبعة 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 بخمسة ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن
 كله مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخمسة ثم عمل بها
 وبالخمسة 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 للامرء ويكون الدين على المأمور حاله واذا كان كذلك فهما أمران يعمل بالدين وينصف ثمن المباع فما ربح
 في حصة الدين فهو للمدفوع 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 اربح
 في الخمسة 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 الامر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه اذا اشتري صار عرضا
 والمضاربة بالمعرض لا تصح فصارت المضاربة هنا جائزة في النصف فاسدة في النصف فالربح في الصحيحة يكون
 بينهما على الشرط وفي الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين والمسئلة بحالها
 فان في قول أبي حنيفة ثلث 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 ان لك ثلث الربح من نصيبي (وأما) على
 قياس قولهما فقد دفع اليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فما ربح في النصف الذي كان دينا فهو لرب المال
 لانه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرط فصار لرب المال ثلث 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 الربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال الى المضارب لانه أمانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخليه كالودبعة
 ولا يصح مع بقاء الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاءه للمالك على المال فسدت المضاربة لما
 قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعمت على رأس مال
 من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطا
 موافقا مقتضى العتد بخلاف الشركة لانها انعمت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل بناقض

قيمه ما سمي
 في قوله

مقتضى العقد وكذا الوشرط في المضاربة بعمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جاز لأن الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقداً لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى إن الأب أو الوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لأن يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكي المفاوضة أو العنان إذا دفع مالاً مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لأن شريكه فيه مملوكا فيمنع التسليم (فأما) العاقد إذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فإن كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم يفسد المضاربة كالأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط أن يعمل مع المضارب يجوز من الربح لانهما لو أخذوا مال الصغير مضاربة بما قسمها جاز فكذا إذا شرط عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي وإن كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كما إذا دفع مالاً مضاربة وشرط عمله مع المضارب لأن المأذون وإن لم يكن مالكا لرقبة المال فيد التصرف ثابتة عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فيمكن قيام يده ما نعام التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة وإن شرط المأذون عمل مولا مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لأن المولى هو المالك للمال حقيقة فإذا حصل المال في يده فقد وجد به المالك فيمنع التسليم وإن كان عليه دين فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي (وأما) المكاتب إذا شرط عمل مولا لم يفسد المضاربة لأن المولى لا يملك أكساب مكاتبه وهو فيها كالأجنبي ولو دفع إلى إنسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الأول إلى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لأن اليد للمضارب والمالك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا في المضارب إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الأولى على حالها جائزة والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرط في المضاربة الأولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربة الثانية فلأن يد رب المال يملك ويد المالك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية بقيت المضاربة الأولى على حالها ولم يذكر التدوير رحمه الله في شرحه مختصر الكرخي خلافاً وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا مذهب أصحاب الثلاثة وعندنا فر رحمه الله تنسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى رب المال والرد عليه (وجه) قوله أن زوال يد رب المال بشرط صحة المضاربة فكانت إعادة يده إليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معنا للمضارب والأمانة لا توجب إخراج المال عن يده فيبقى العقد الأول ولا أجر لرب المال لأنه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الأجر (وأما) الذي يرجع إلى الربح فأنواع (منها) إعلام مقدار الربح لأن المعتود عليه هو الربح وجهالة المعتود عليه توجب فساد العقد ولو دفع إليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لأن الشركة تمتضى 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 المضاربة 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 الأمر شركة شركة وشركاً قال القائل

وشاركنا قرشاً في بقاها • وفي أحسامها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضاً لكن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها (ومنها) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً فإن شرط تعدد مقدرين بان

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 الامائة درهم فإنه 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 الامائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح ولو شرط في العتد أن تكون الوضعية عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد اذا دخل في هذا العتد أنه ينظر ان كان يؤدي الى جهالة الربح بوجوب فساد العتد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العتد وان كان لا يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة بشرط الوضعية عليهما شرط فاسد لان الوضعية جزء هالك من المال فلا يكون الا على رب المال لانه يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العتد فلا يفسد به العتد ولان هذا عتد تنقح سمته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة والرهن ولا تمها 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 سمحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذكر في المزارعة اذا دفع اليه أرضه بثلاث الخراج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالمزارعة 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 عتد على ربح معلوم ثم الحق به شرطاً فاسداً فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسئلتين لان معنى الاجازة في المزارعة أظهر منه في المضاربة بدليل أنها لا تصح الا بمدة معلومة والمضاربة لا تقتصر سميتها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع ألفاً مضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو داراً 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 ففسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجره الدار والارض فصارت حصة العمل مجهولة بالعتد فلم يصح العتد وروى المولى عن أبي يوسف في رجل دفع مالا 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 فبما خص البيع بمكان 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 أو لا يجوز المضاربة وذكر القنطوري رحمه الله أنه ينبغي أن يكون الفاسد 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 عند شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطاً فاسداً (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصحح قرضاً لانه أنى معنى القرض والعبارة في العتود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو بائع عندنا لوجود معنى البائع

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم 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 لكل واحد منهما أن يعمله وما ليس له أن يعمله وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

حكم المضاربة
العميمة

لمال بالمال (أما) الذي يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة فهو رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فاذا اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه تصرف في مال الغير بامر 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 ببيعاً فاسداً لا يصير مخالفاً ولا يضمن لان المضاربة بتوكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقاً يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفاً فاذا ظهر في المال ربح صار شريكاً به بقدر حصته من الربح لانه ملك جزءاً من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال لانه عماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضموناً عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضموناً عليه لانه ربح بالضمآن ولكنه 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 المقتضوب والوديعة وربحاً ولو اراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب فالخيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه وياخذ منه مضارباً بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه الى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه واذ لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وخيلة 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 المقرض درهما ورأس مال للمستقرض 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 ينقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمل من غير الحاجة الى التنصيص عليه ولا الى قول اعمل برأيت فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له اعمل فيه برأيت الا بالتنصيص عليه وقسم منه ماله أن يعمل اذا قيل له اعمل فيه برأيت 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 برأيت كالمضاربة المطلقة عن الشرط والتقييد 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 ويبيع لانه أمره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراؤه 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 بنفسه 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 وبغير 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 لاطلاقاً العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان الاضباع من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والابضاع طريق الى ذلك ولانه يملك الاستنجار فلا بضاع أولى لان الاستنجار استعمال في المال بموضع والابضاع استعمال فيه بغير عوض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

١ - ما يرجع الى عمل المضارب
 ٢ - المضارب
 ٣ - المضارب
 ٤ - المضارب
 ٥ - المضارب
 ٦ - المضارب

٧ - ما يرجع الى عمل المضارب
 ٨ - المضارب

٩ - المضارب
 ١٠ - المضارب

١١ - المضارب
 ١٢ - المضارب
 ١٣ - المضارب
 ١٤ - المضارب

يستأجر من يعمل في المال لأنه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضا لأن الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال
 بنفسه فيحتاج الى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجمع المال فيها لأنه لا يتدر على حفظ المال الابنه وله أن يستأجر
 السفن والدواب للعمل 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 أعم 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 للمضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل
 فيه غيره وكل مالا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لانه لما ملك أن يعمل بنفسه فبوكيله
 أولى وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرهن بدين له منها على رجل لان الرهن بالدين
 والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بعدتهى
 رب المال عن العمل ولا بعدموته لان المضاربة تبطل بالتهنى 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 حثيفة عليه الرحه فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لان تصرفه أعم 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 فاما جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو
 يستقبل فيها ثم يبيعها نساء فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحوط بالثمن على رجل موسرا كان احتمال
 عليه أو معسر لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الى الدين قد يكون أسير من ذمة المحال عليه منه من ذمة الخييل
 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 يبيضا ويشترى ببعض المال طعاما
 فيزرع فيها وكذلك له أن يظلمها لغرس فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جائز والربح على مباشر لان الاستئجار
 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 العتد 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 فله المضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة
 (واما) وجه رواية أبي يوسف عنه فهو ان المسافر بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا أو دلاله فاذا
 دفع المال اليه في بلدهما فلم يأذن له بالسفر نصا ولا دلت لم يكن له أن يسافر واذا دفع اليه في غير بلدهما فقد وجد دلاله
 الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بلده فكان دفع المال في غير بلدهما
 رضيا بالرجوع الى الوطن فكان اذا دلاله وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية لان الاذن بالتجارة

الربح

ارضى ما يدرى

تأخر الثمن

الاحتال

صحة ما يدرى

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة
 أم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوق قوله أن بينهم إذا حلهم دين سواء كان المولى حاضرا 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 القتل والتدبير في جنابته 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 كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهد على
 المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهد عليه فلما لم يرجع دل انه يتصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى في كسبه عند
 فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجنابة برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى في مخاطبته بالدفع كالحر (فأما)
 المضارب فانه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهد عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجنابة فهو الفرق
 بين المسائلين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب القداء فله ذلك لانه بالقداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة
 في الجملة لتوهم الربح ولو دفع رب المال او فدى خرج العبد من المضاربة (أما) اذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع زال
 ملكه الى بدل فصار كانه هالك واذا فدى فقد تزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار القداء دليل
 رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد الثمين جنى جنابة خطأ
 لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء اذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لا يحجب الجنابة على المضارب ولا على
 الغلام سبيل الا أن لهم أن يستوفوا 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
 دفعا فليس لهما شيء وان فدى كان القداء عليهما أربعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال
 أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجنابة (وجه) قوله ان نصيب المضارب لم يتعين في
 الربح لعدم تعيين رأس المال لان التعيين بالتسمة ولم يوجد فبقى المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم
 الجنابة فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه اذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا اعتمته
 فذا اعتاقه في نصيبه واذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله ان حقه لم يتعين
 في الربح لعدم تعيين رأس المال فمنوع بل تعيين ضرورة لزوم القداء في نصيبه ولا يلزم الا بتعيين حقه ولا يتعين حقه الا
 بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال الا بالتسمة فنثبت التسمة 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 الشريكين
 وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجنابة من الدفع أو القداء وهما لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان
 تصرف أحدهما يتضمن قسمة لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو القداء والتسمة لا تصح الا بحضورتهما
 والدفع أو القداء من أحد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكم في حق الشريك الآخر فلا يقف على حضوره وهذا
 بخلاف العبد المرهون اذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جنابة خطأ انه يخاطب الزاهن والمرتهن بحكم الجنابة فان
 اختار أحدهما الدفع والآخر القداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الامرين لان الملك هناك واحد
 باختلاف اختيارهما بوجوب تبعض موجب الجنابة في حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وهنا
 مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعض موجب الجنابة في حق مالك واحد وقد قالوا اذا غاب
 أحدهما وادعت الجنابة على العبد لم تسمع البيعة حتى يحضرا الان كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير في الجنابة
 اليهما فلا يجوز سماع البيعة على أحدهما مع غيبة الآخر وانما أخذ بالعبد كفيل لانه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولي الجنابة لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقنوق العتق 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 مبيعاً قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فلم يضارب 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 مضاربة على أن يشتري بها عبدا فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب ولم يره فليس له أن يردده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضامته بذلك العيب فكانه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما اذا امره بشراء عبدا غير معين لانه لا يعلم انه يشتري العبد المبيع لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به وههل له أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها اجنبي الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار لنفسه والمضارب شفيعها يدار أخرى من المضاربة فقيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولو دفع المال الى رجلين مضاربة فليس لاحدهما أن يبيع ويشتري بغير اذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيئا للمضارب الواحد أن يعمل به سواء قال لهما عملا برأيكما أو لم يقل لانه رضى برأيهما ولم يرض برأي أحدهما فصارا كالوكيلين واذا أذن له الشريك في شيء من ذلك جاز في قومه جميعا لانه لما أذن له فقد اجتمع رأيهما فصار كأنهما عمدا جميعا (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 المال بثمنه فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لأزمتنا 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 فمأذ 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 مافي يد المضارب من العبد أو العرض يساوي رأس المال أو أكثر فاشترى شيئاً للمضاربة بالدراهم والدنانير ليبيع العرض ويؤدي ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً لما ذكرنا انه استدانة ولو باع مافي يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف في حالة الشراء زمه 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 بما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بالقي درهم ومال المضاربة الف كانت حصة الالف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على الالف للمضارب خاصة لدرج ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لانه يملك الشراء بالالف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم في يده فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكمل 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 مكمل أو موزون فاشترى ثوباً أو عبداً بمكمل أو

١٠ ما يبيع بماله

١٠

١ - الاستدانة

١٠ - الاستدانة

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 بدنانير او كان في يده
 دنانير فاشترى بدرهم فالقياس ان لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان
 الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بتاليس في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعرض
 (وجه) الاستحسان ان الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما امان الاشياء بهما تقدر النفقات وأروش
 الجنائيات وقيمة المتلفات ولا تعدر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكانا بمنزلة شئ واحد فكان مشتري يأخذ في يده
 من جنسه وكذلك لو اشترى بثمان هومن 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 شئ من ذلك على المضاربة ويكون
 استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمدان اشترى بمصافته اقصى من صفة رأس المال
 جاز وهذا يشير الى أنه لو اشترى بمصافته أز يد من صفة رأس المال انه لا يجوز على المضاربة (ووجهه) انه اذا اشترى
 بمصافته اقصى من صفة رأس المال كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز واذا اشترى بما
 صفتها اكمل لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف
 رحمهما الله انه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت
 الجنس ولو كان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانير أو بفلوس قيمة ذلك الف لا يملك أن يشتري
 بعد ذلك على الف المضاربة بشئ بالف أخرى أو غير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقاً بالتمن الاول فلو اشترى
 بعد ذلك لصار مستديناً على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولاً عبداً بمائة لا يملك بعد ذلك
 أن يشتري الا بغير خمسيناً لان الخمسيناً 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 بثمان في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبداً بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر
 حنطة وسطى وفي يده الوسطى أو بكر حنطة جيدة وفي يده جاز وان كان في يده أجرد مما اشترى به أو أدون لم يكن
 للمضاربة وكان للمضارب لانه اذا لم يكن في يده مثل ثمن 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 انه لا يجوز من
 المضارب الاستدانة على رب المال يستوي فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيتك أو لم يقل لان قوله اعمل برأيتك
 فهو يرضى اليه فيها هومن 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 استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعاً في ذلك كله لانه
 اذا لم يبق في يده شئ من رأس المال صار بالاستحسان مستديناً على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقده نفسه متطوعاً في
 مال الغير كما لو حمل متاعاً لغيره أو قصر ثياباً لغيره بغير أمره وقال محمد وكذا اذا صبغها سوداً من ماله فتصبغها ذلك لان
 الاستدانة لا تجوز ولا يصير شرى بك بالسواد لانه لم يوجب في العين زيادة بل أوجب تصبغها فيها ولا يضمن بفعله
 سواء قال له اعمل برأيتك أو لم يقل لانه ما ذون فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب به سوداً

فتقصها ذلك لم يضمن وكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بعصفر أو زعفران أو صبغ بزبد 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 ابيض وتصرف المضارب بما زاد
الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فما اصاب المتاع فهو مال المضاربه وما زاد الصبغ فالمضارب خاصة لان الصبغ
استدانته على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربه والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربه ولم يقل
له اعمل برأيك يضمن وصار كاجنبي خلط المال ولو صبغ الثياب اجنبي كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها
وان شاء تركها على الشركة وتضار بائتمها 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 ملكه فلا يضمن بخلافه وصار المتاع بينهما فاذا بيع المتاع قسم
التمن على قيمة الثوب ابيض فما اصاب ذلك كان في المضاربه وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا اذن للمضارب
ان يستدين على مال المضاربه جازله الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشتري بينهما
نصفين لانه لا يمكن ان يجعل المشتري بالدين مضاربه لان المضاربه لا يجوز الا في مال عين فتجعل شركة وجوه
ويكون المشتري بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضى التساوى وسواء كان الربح بينهما في المضاربه نصفين أو
أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربه وقد بينا في كتاب الشركة انه 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 صار هذه شركة وجوه صار التمن ديناً عليهما من غير مضاربه
فلا يملك المضارب ان يرهن به مال المضاربه الا باذن رب المال فان اذن له ان يرهن بجميع التمن فقد اذناه نصف الرهن
ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له ان يترض مال المضاربه لان القرض تبرع في الحال اذ لا يقابله
عوض للحال وانما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك الهبة والصدقة لان كل واحد منهما
تبرع ولا يأخذ سفيجة لان أخذها استدانة وهولا يملك الاستدانة وكذا لا يعطى سفيجة لان اعطاء السفيجة
اقراض وهولا يملك الاقراض الا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة انه قال ليس له ان يقرض ولا ان
يأخذ سفيجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفايح وأقرض ان أحببت فاما اذا قال له اعمل في ذلك برأيك فانما
هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربه واخلط المال وهذا قول أبي يوسف وقولنا المذكور ان قوله اعمل في ذلك
برأيك تفويض الرأى اليه في المضاربه والتبرع ليس من عمل المضاربه وكذا الاستدانة بل هي عند الاذن شركة
وجوه وهي عقد آخر وراء المضاربه وهو انما فوض اليه الرأى في المعاوضة خاصة لا في عقد آخر لا تعلق له بها فلا يدخل
في ذلك وليس ان يشتري بما لا يتعاقب الناس في مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشتري بصير مخالفا لان المضاربه
توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو ان يكون بمثل القيمة أو بمسايتة عاب الناس في مثله ولان
الشراء بما لا يتعاقب في مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربه وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة
المالك عن الرقبة بدين في ذمة المفلس فكان في معنى التبرع ولا نه ليس بجارة اذا التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة
العق بالمال وليس له ان يكتب لان الكتابة ليست بجارة لا تعاد 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 العبد
السابق لا يفيدوه ولانه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فالاعتاق بغير مال أولى ولا يملك للمضارب في العبد
لا ينفذ اعتاقه وسواء كان في بد 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 انه لو هلك ذلك المال بصير العبد رأس المال وان
كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جازا اعتاقه في قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال فقد تعين للمضارب فيه ملك فينفذ اعاقه في قدر نصيبه كعبد بين شر يكن اعنته أحدهما وكذلك ان كاتب
 عبد آمن المضاربة أو اعنته على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يجز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شر يكن اعنته 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
 فلانه 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 بيعة وان باع ملك نفسه لم أن الشرى يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يتسم الدار يحتاج الى قسمين
 قسمة البيت مع المشترى 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 أداها المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب
 عبد مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبد من قيمة كل واحد منهما ألف
 فاعتق أحدهما لانه لا يجوز اعاقه عند أمهاتنا الثلاثة وعند زفر يجوز اعاقه في نصيبه منهما لان رأس المال ليس الا
 الالف فزاد على ذلك يكون ربها ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعاقه في نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب
 ملك في أحد العبدين 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 يتعين الا بتعيين ملك المضارب في الربح وكذلك لو كان في يد المضارب
 عشر ون عبد اقيمة 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 اعاقه
 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 فاما على أصل أبي يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ
 اعاقه 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 القطر 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 الاخر فلا يتعين للمضارب في أحدهما ملك لاشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا في
 هذه المسئلة ان رب المال لو عتق العبيد فذا اعاقه في جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملك فقد على
 رب المال فاذا اعنتهم 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 اعنت الكل مباشرة وهذا اعاقه في الكل فصار متلقا المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه
 يعتق نصيب المعتق 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 يجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعونه وعنتق لان هذه دعوة تخبر واتمامينة على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة
 رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعونه وعنتق عليه وكان كعبد بين اثنين عنتق على أحدهما نصيبه بغير فعله
 بان ورت نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى النسب ولا ملك له في الحال كانت دعونه موقوفة على الملك فاذا
 ازدادت قيمته فقد ملك جزاً منه فنفذت دعونه فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملك انه تنفذت دعونه بخلاف
 ما اذا اعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا يتنفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير لا يتوقف كمن اعتق ملك غيره ثم ملكه
 ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عنتق من غير صنعه لانه عنتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عنتق على أحد
 الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيئاً ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولداً يساوي
 ألقاها فدعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لانه ليس لاحدهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخي
 وذكر التدويرى رحمه الله ان هذا محمول على انها عقلت قبل ان يشتريها فاذا كان العلق بعد الشراء فحكم المسئلة
 بتغير لان المضارب يفرم العقر ما إذا استوفاه راب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال
 وصار تسعاً مائة فيتعين للمضارب ملك فيها جميعاً فنفذت دعونه وبثت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب
 من قيمة الام سبع مائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يفرم خمسين درهماً وهو تمام ما بقي من الام فظهر ان
 الولد يرج بينهما فيعتق نصف الولد من المضارب به ويسعى في النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب
 هو الصحيح وذكر محمد في الاصله مسئلة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوي
 ألفاً فولدت ولداً يساوي ألقاها فدعا المضارب لم يثبت نسبه ويفرم العقر ان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين
 يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الرجح في الولد بزيادة قيمته فيعتقر به عليه ولا ضمان عليه لانه
 عنتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد
 للمضارب مالم 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 حصة للاستيلاء بدون الملك ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت
 ألفين فان الجارية أم ولده لظهور الرجح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وان لم يكن
 له صنع فيها لان ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم
 ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيئاً مالم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله ولو زادت قيمتها
 جميعاً فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولده لانه ملك بعض كل واحد
 منهما لانه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ألفي 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 فعنتق الولد منه بذلك المقدار وبقى من الولد مائة تسع مائة ربع بينهما لان لكل واحد منهما
 أربع مائة وخمسون فما أصاب المضارب عنتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ
 والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقى الولد يرج بينهما يسعى في
 نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال التدويرى 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 القوم مائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقى تسع مائة بينهما فن
 أمحبا من قال القياس ما أجاب به في المسئلة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يفرم بعد ما فرم تمام
 رأس ماله الا نصف ما بقي من الام لان نصف ما بقي من الام يرج بينهما فلا يجوز أن يفرم الكل والذي أجاب به في
 مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان في فرم تمام قيمة الجارية تكثير العنتق والعتق والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية

الرق ومن أجهابنا من قال إنما افتقرت المسئلتان لوصفهما لأن سبب العتق في مسئلة الزيادة زيادة قيمة الولد وفي
 المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العقر 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 قدم 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 متعدي نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا في
 المضارب اذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادناه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت
 الجارية أم ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوته صادفت ملكة فثبت النسب واستندت الدعوة الى
 وقت العلق ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا تجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطئ ملك نفسه
 وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله
 يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا 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 وانما لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن
 المضاربة فلان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخرج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع
 وبراءها 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 قال 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 كالأجر 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 عمل برأيك لماذا كرنا ان ذلك يفيد
 تفويض الرأى 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 مزراعة على أن يزرعها فخرج من ذلك كان نصيبين فاشترى طعاما
 ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له العمل برأيك وان لم يكن قال له العمل برأيك لم يجز لانه يوجب حقا
 لرب الارض في مال رب المال فيصير كأنه شاركه بمال المضاربة وان لا يملك الاشارك باطلاق العقد ما لم يقل عمل
 برأيك فاذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقرا اذا كان من قبل رب الارض والعمل
 على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لماذا كرنا انه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع
 نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعتة وانما البقر آلة العمل
 والاكتسب ما لم يقع عليها العقد ووجدت المضارب أيضا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال عمل 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 يعمل اذا قيل له عمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال
 المضاربة مضاربه الى غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة بشركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بماله نفسه اذا قال
 له رب المال عمل برأيك وليس له أن يعمل شيئا من ذلك اذا لم يقل له ذلك أما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة

والشي لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضار به مثله ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما)
الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لانها أعم من المضار به والشي لا يستتبع مثله فافوقه أولى (وأما) المخلط
فلا نه بوجب في مال رب المال حتما لغيره فلا يجوز الا باذنه وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب مال المضارب به بمضار به
الى غيره فنقول لا يخلو من وجوه اما ان كانت المضاربتان صحيحتين واما ان كانتا فاسدتين واما ان كانت احدهما
صححة والاخرى فاسدة فان كانتا صحيحتين فان المال لا يكون مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع الى الثاني
حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل بهلك امانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضمونا بنفس
الدفع عمل الثاني أو لم يعمل واذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضا (وجه) قول زفر ان رب المال
اذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضار به الى غيره فاذا دفع صار بالدفع مختارفا فصار مضمونا كالمودع اذا
أودع (ولنا) ان بمجرد 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 ويربح فاذا عمل به ووربح كان ضامنا حين ربح وان عمل في
المال فلم يربح 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 يربح وهكذا روى ابن سباعة والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجه) قوله انه لما عمل فقد تصرف
في المال بغير اذن المالك فيتعين به الضمان سوا ربح أو لم يربح ولا يضمن بالبيع ولا يضمن بالتضمين بالدفع لانه ايداع
وايداع ولا بالعمل لانه ما لم يربح فهو في حكم المبيع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لانه مجرد
قول وبمجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان ولكنه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال باثبات المضارب الاول
فصار الاول مختارفا فيضمن كما لو خلط مال المضارب 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 منهم لان الاول تعدى بالدفع والثاني
تعدى بالتبضع فصار عندهما كالمودع اذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسألة الوديعة 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 عاملا لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة
الاول لحفظ الوديعة فلم يضمن فان ضمن المضارب الاول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضار به بين الاول
والثاني والربح على ما شرط لانه لما تقرر الضمان على الاول فقدم ملك المضمون وصار كأنه دفع مال نفسه مضار به الى
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 مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كودع القاصب وهو ضمان
كفالة في الحقيقة لان الاول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما اذا غصب رجل
شيأ فرهنه فهلك في يد المرتهن فاختر المالك تضمين المرتهن انه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن
(ووجه) الفرق ان قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين ان قبضه لم يصح فتبين ان الرهن لم يصح
اذلا صحته له بدون القبض فاما في المضار به فيضمن الثاني باطل القبض بعد وجوده لان المضار به عقد جائز
فكان لبقائه حكم الابتداء كانه ابتدأ العقد بعد أداء الضمان فكان التضمين باطل القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل
المضار به الا ترى ان المضارب لو باع المسال من رب المال لا تبطل المضار به وان بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن
على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سباعة عن محمد انه يطيب الربح للاسفل ولا يطيب للاعلى على
قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لان استحقاق الاسفل بعمله ولا يخطر في عمله فيطيب له الربح فاما الاعلى

فانما يستحق الربح برأس المال والمالك في رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجير في مال المضاربة والثاني أجير الا في فصار كمن استأجر رجلا يعمل في ماله فاستأجر الاجير رجلا وان كانت احداهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثاني في المال لان المضارب الثاني أجير الاول والاجير لا يستحق 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 صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثاني صحيحة فكذلك لان الاول أجير في مال المضاربة فلا حق له في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان انما يجب باتبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه لا يربح حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثاني على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل مضاربة صحيحة وقد سمي له اشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل له رب المال اعمل برأيك فاما اذا قال له اعمل برأيك فله ان يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره لانه فوض الرأي اليه وقد رأى ان يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فنقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يصفه الى المضارب بان قال على ان مارزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان او قال ما أطعم الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه الى المضارب بان قال على ان مارزقك الله تعالى من الربح او ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان ماربحت من شيء أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يصفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثاني فثلث جميع الربح للثاني لان شرط الاول للثاني قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه للثاني فكان ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال 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 للثاني 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 خاطة بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل أجيره وقع له فكأنه عمل بنفسه كذا هذا ولو دفع الى الثاني مضاربة بالنصف فنصف الربح للثاني ونصفه لرب المال ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطة بدرهم ولو دفعه اليه مضاربة بالثلث فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الاول بمثل سدس الربح الذي شرطه له لان شرط الزيادة ان لم ينفذ في حق رب المال لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثاني لان الاول غير الثاني بتسمية الزيادة والغرور في العقود من أسباب وجوب الضمان وهو في الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملتزما سلامة هذا القدر للثاني ولم يسلم له فيغرم للثاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفاً لان شرطه لم ينفذ في حق رب المال فالنقص بالعدم في حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلا خياطة 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 للثاني من الربح يسلم له وما شرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول (ووجه) الفرق ان هنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى للمضارب أو نصف ما ربح المضارب فاذا دفع الى الثاني مضاربة بالثلث كان الذي رزق الله عز وجل المضارب الاول الثلثين فكان الثلث للثاني والثلثان بين رب المال وبين المضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث

واذا دفع مضاربه بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثاني والنصف بينهما
 نصفين واذا دفعه مضاربه 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 المضاربه بماله فله نصفه لانه فوض الرأى اليه وقد رأى الخلط واذا ربح
 قسم الربح على المالكين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربه يكون بينهما على الشرط وكذلك ان يشارك غيره
 شركة عنان لما قلنا وقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربه مع
 حصة المضارب من الربح فيستوفي مناهرب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذي
 ليس للمضارب أن يعمله أصلاً ورأساً فشرائه ما لا يملك بالتبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (أما) الاول فنحو
 شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمدبر لان المضاربه يتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به
 الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فلا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه
 لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيئاً من ذلك كان مشترياً لنفسه لا للمضاربه فان دفع فيه
 شيئاً من مال المضاربه يتضمن وان اشترى ثوباً أو عبداً أو عرضاً من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء
 على المضاربه لان المبيع هنا مملك بالتبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسداً والاذن بالشراء المستفاد بقدر
 المضاربه يتناول الصحيح والقاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دماً فما اشترى به لا يكون على المضاربه لان الميتة
 والدم لا يملك بالتبض أصلاً (وأما) الثاني فنحو أن يشتري داراً محرمة من رب المال فلا يكون المشتري للمضاربه
 بل يكون مشترياً لنفسه لانه لو وقع شراؤه للمضاربه لعلق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل
 المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى داراً محرمة من نفسه فان لم يكن في المال ربح فالشراء على
 المضاربه لانه لا يملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضاربه لانه اذا
 كان في المضاربه 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 للمضاربه بما قلنا (وأما) المضاربه المقيدة فكما حكى المضاربه المطلقة في جميع
 ما وصفنا لا تغرقها الا في قدر التيد والاصل فيه ان التيد ان كان مفيداً أثبت لان الاصل في الشرط اعتبارها ما أمكن
 واذا كان التيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام المسمون عند شروطهم فيتقيد
 بالذكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الاصل المهود في المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقاً فيما وراءه كالعام
 اذا خص منه بعضه انه يبقى عاماً فيما وراءه وان لم يكن مفيداً أثبت بل يبقى مطلقاً لان ما لا فائدة فيه يلعو ويلحق
 بالعدم اذا عرفنا هذا فنقول اذا دفع رجل الى رجل مالا مضاربه على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير
 الكوفة لان قوله على ان من ألقاها الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والعلاء وكذلك في السفر
 خطر فيعتبر وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدماً وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراءه ما تناوله العقد على أصل العدم
 وكذلك لا يعطيهما بضاعة لمن يخرجها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلا يملك الامر بذلك أولى وان
 أخرجها من الكوفة فان اشترى بها أو باع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن وكان
 المشتري لنفسه لانه 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 يرى من الضمان ورجع المال مضاربه 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 لما لم
 يتصرف لم يقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه وورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رجع على المضاربه لانه تقرر
 الخلاف في القدر المشتري وزال عن القدر المردود ولو دفع اليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في الكوفة في غير

سوقها فهو جائز على المضاربة استحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعلم 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 حجة له فلا يجوز ان تصرفه بعد الحجر وفي الفصل الاول ما حصر 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 فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي اذن له فيه فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك اذا قال له اعمل به في الكوفة فلما قلنا ولان القاء من حر وف 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 فتتضمن التصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها ولو قال خذ هذا المال مضاربا وعمل به في الكوفة فله ان يعمل به بالكوفة وحيث ما بد الله لان قوله خذ هذا المال مضاربا بة اذن له في التصرف مطلقا وقوله واعمل به في الكوفة اذن له بالعمل في الكوفة فكان له ان يعمل في أي موضع شاء كمن قال لغيره اعطني عبدا من عبيدي ثم قال له اعطني عبدي سالما ان له ان يعتق أي عبدا شاء ولا يتقيد بالتوكيل باعتناق سالم كذا هذا اذا مضاربا بة توكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال مضاربا بة الى سنة جازت المضاربا بة عندنا وقال الشافعي رحمه الله المضاربا بة فاسدة (وجه) قوله انه اذا وقت للمضاربا بة وقتا فيحتمل انه لا يجوز كونها في الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضاربا بة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضاربا بة بقياس قولهم في الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا 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 يبيعه اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال مضاربا بة بالنصف على ان تشتري به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال تشتري به الطعام او قال خذ هذا المال مضاربا بة بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له ان يشتري سوى الطعام بالا جماع لما ذكرنا على ان للشرط والاصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والقاء 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 المتصود من بعض وكذا الناس مختلفون في ذلك فقد يهتدى الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيدا فيتمسك به ولا يملك ان يشتري غير الطعام والطعام هو الخنطة وديقها اذ لا يراد به كل ما يتعمم بل البعض دون البعض والامر يختلف باختلاف عادة البدان فاسم الطعام في عرفهم لا ينطلق الا على الخنطة وديقها وكذلك لو ذكر جنسا آخر بان قال له خذ هذا المال مضاربا بة بالنصف على ان تشتري به الدقيق او الخبز او البر او 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 المضاربا في المضاربا بة 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 مضاربا بة فقال له ان اشتريت به الخنطة فلك من الربح النصف والى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث والى الثلث فقال هذا جائز وله ان يشتري أي ذلك شاء على ما سمي له رب المال لانه خيره بين عمليين مختلفين فيجوز لكل واحد الخياط بين الخياطة الرومية والقارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل في المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرط ان عمل في المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى في المصر و باع في السفر او اشترى في السفر و باع في المصر فقد روي عن محمد انه قال المضاربا بة في هذا على الشراء فان اشترى في المصر فربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر سواء

باعه في المصر أو في غيره لأن المضارب إنما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فإذا اشترى في المصر تعين أحد
 العملين فلا يتغير بالسفر وإن عمل ببعض المال في السفر وبالعرض 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 وتغير 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 لسكونه أسهل في البيع وقد يكون أوثق على المال فكان التيسر
 مفيداً كالتيقيد بنوع دون نوع وقوله التعيين غير مقتضى العقد فلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيداً من
 الابتداء وإنه قديم مفيد فوجب اعتباره ولو قال على أن تشتري به من أهل الكوفة وتبيع فاشترى وباع من رجال
 بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لأن هذا الشرط لا يفيد الاترك السفر كما أنه قال على أن تشتري من الكوفة وكذلك
 إذا دفع إليه مالاً مضارباً في الصرف على أن يشتري من الصيرافة ويبيع كان له أن يشتري من غير الصيرافة ما بدا له
 من الصرف لأن التقييد بالصيرافة لا يفيد الاخصيص بالذات والنوع فإذا حصل ذلك من صيرفي أو غيره فهو سواء ولو
 دفع إليه مالاً مضارباً ثم قال له بعد ذلك اشتر 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 وعامل به بالكوفة إلا أن هناك التقييد مقارن
 وهناتما تخي وقد ذكرناه وذكر القدوري رحمه الله أن هذا المحمول على أنه نهاه بعد الشراء والحكم في التقييد
 الطاريء على مطلق العقد أنه إن كان ذلك قبل الشراء يعمل وإن كان بعد ما اشترى به لا يعمل إلى أن يبيعه بمال عين
 فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري إلا ما قال ولودفع إليه مالاً مضارباً على أن يبيع ويشتري بالنقد
 فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالنقد لأن هذا التقييد مفيد في تقييد المذكور ولو قال له ببيع بنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع
 بالنقد جاز لأن النقد اتفق من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيداً فلا يثبت التقييد وصار كالوقال للوكيل ببيع عشرة فباع
 بأكثر منها جاز كذا هذا (واما) الذي يرجع إلى عمل رب المال مما له أن يعمل وما ليس له أن يعمل فقد قال أصحابنا
 إذا باع رب المال مالاً المنضارباً بمثل قيمته أو أكثر جاز ببيعه وإذا باع بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يجزئه المضارب سواء
 باع بأقل من قيمته مما لا يتعابن الناس فيه أو مما يتعابن الناس فيه لأن جواز بيع رب المال من طريق العائلة
 للمضارب وليس من العائلة ادخال 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 يجزئه المضارب الآخر لأن أحد
 المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه غيب فلا يملك
 الأمر به وإذا اشترى المضارب بمال المضارب به متاعاً وفيه فضل أو لا فضل فيه فأرد رب المال يبيع ذلك فأبى المضارب
 وأراد أمساكاً حتى يجدر بحاقان المضارب بغيره على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال لأن منع المالك عن تنفيذ
 إرادته في ملكه لحق محتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل إليه ولكن يقال له إن أردت الأمساك فرد عليه ماله
 وإن كان فيه ربح يقال له ادفع إليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع إليك ولو أخذ رجل مالاً ليعمل لأجل
 ابنه مضارباً فإن كان الابن صغيراً لا يعقل البيع فالمضاربة للاب ولا شيء للابن من الربح لأن الربح في باب
 المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فإن كان الابن يقدرك على العمل فالمضاربة للابن والربح
 له إن عمل فإن عمل الابن فهو متطوع وإن عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير
 إذنه فصار كالاجنبي 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 يبيعه

فصارت كالجزارة 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 اذ المالكان جميعا رب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) ان رب 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 دارا ورب المال شقيعها بدار اخرى بجنبها فله ان 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 دارا من المضاربة ورب المال شقيعها 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 ولا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصة رب المال فكذلك هو وكيل بيعها واما حصة المضارب فلا تالو أو جنتها فيها الشفعة لتفرقت الصفة على المشتري ولان الربح تابع لرأس المال فاذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شقيعها بدار اخرى من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفاقه ثمن الدار لم تجب الشفعة لانه لو اخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن في يده وفاقه فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لانه لو اخذها لرب المال وان كان فيه ربح فلا مضارب ان يأخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيبا في ذلك فجاز ان يأخذها لنفسه ولو ان اجنبي اشترى دارا الى جانب دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفاقه ثمن فله ان يأخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال ان يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضاربة وملك التصرف في المضاربة للمضاربة فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفاقه فان كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم احدهما فلا لآخر ان يأخذها جميعا لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب فيه قال ابو يوسف اذا استأجر الرجل أجيرا كل شهر بعشرة دراهم يشترى له ويبيع ثم يدفع 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 مشغولا بعمل المضاربة (وجه) قول محمد انه لم يدفع اليه المضاربة فقد اتفق على ترك الاجارة وقضها فادام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولان الاجارة شركة لهذا لا تقبل التوقيت ولو شاركه بعدما استأجره جازت الشركة فكذلك المضاربة ولا يبي يوسف انه لما استأجره فقدمت عليه فادفع اليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربها بعمل قدمه كرب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز ان يستوجب الربح والاجر ولا يجوز ان ينقض الاجارة بالمضاربة لان الاجارة أقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشيء لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد ان المضاربة شركة فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قدمه العمل فلا يجوز ان يستحق المضارب الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فاستقط عنه الاجارة بمحضته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبدا قيمته ألف فقتل عمدا فرب المال التصاخص لان العبد ملكه على الخصوص لاحق للمضارب فيه وان كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وان اجتمعا لان ملك كل واحد منهما لم يتعين امارب لمال فلان رأس المال ليس هو العبد وانما هو الدراهم ولو اراد ان يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب ان يمنع 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 يجب التصاخص 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 فتجب الدية في ماله
ويكون المأخوذ على المضار به يشتري به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضار به فيكون على المضار به كالتنمين وذكر
محمد في النوادر اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدين عمدا لم يكن لرب
المال عليه قصاص لان ملك رب المال يتعين في العبد المقتول على ما يتناو على القاتل قيمته في ماله ويكون في المضار به
لما قلنا والاصل ان في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضار به وفي كل موضع وجب بالقتل
مال فالمال على المضار به لان القصاص اذا استوفى فقد هلك مال المضار به وهلاك مال المضار به يوجب بطلان
المضار به والقيمة بدل مال المضار به فكانت على المضار به كالتنمين وقال محمد واذا اشتري المضارب ببعض مال
المضار به عبد يساوي القاتله رجل عمدا فلا قصاص فيه لارب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا أمارب المال
فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لرأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا لو غفا المريض عن
القصاص كان من جميع المال واذا لم يصر به مستوفيا لرأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال واذا استوفى تبين أن
العبد كان ربحا فتبين أنه اقر دباستيفاء 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 المضار به انه هل يشترط حضور الولي لسامع البيعة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال
أبو يوسف رحمهما الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد في باب القصاص مبق على أصل الحرية بدليل أنه لو أقر به يجوز
اقراره وان كذبه الولي فلا يقف سماع البيعة عليه على حضور المولى كالحجر (ولهما) ان هذه البيعة تتعلق بها استحقاق
رقبة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبيعة القائمة على استحقاق الملك والبيعة 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 يملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شريكين وقد أقر به العبد فعفا أحدهما فلا شئ للآخر لان
موجب الجناية اقلب مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال فصار كانه 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 الشريكين اذا أقر في العبد بجناية وكذبه الآخر (وأما) وجوب
القصاص على عبد المضار به وان لم يجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا
كان هو القاتل للمستحق للقصاص هو ولي التمثيل وانه متعين ونحو المراجعة بين رب المال والمضارب وهو أن يشتري
رب المال من مضار 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 اشتري مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب
المال من رب المال إذ انما لان ماله والقياس يأبي ذلك الا اننا استحسننا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك
التصرف فجعل ذلك بيعا في حقهما لا في حق غيرهما بل جعل في حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان المراجعة يبيع بحجر به البائع
من غير بيعة واستخلاف فتجب صيانته عن الجناية وعن شبهة الجناية ما يمكن وقد تمكنت المهمة 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 ملحقمة بالحقيقة فلا يبيع مراجعة الا على أقل الثمنين بيان ذلك في مسائل اذا دفع الى
رجل الف درهم مضار به فاشترى رب المال عبدا الخمسة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مراجعة على
خمسة لانها أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو المهمة 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 لأن الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب لأنه لا حق فيه لرب
المال فصار كأن رب المال اشترى ذلك من أجنبي وتمكنت الشبهة في حصة رب المال لأنه ماله بعينه فكانه
اشترى من نفسه فستقط حصته من الربح إلا إذا بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة
بألف درهم تساوى القايمة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فإن المضارب يبيعها مراوحة بألف ومائتين
وخمسين إلا إذا بين الأمر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سبيعة في نوادره عن محمد سمعت أبا يوسف يقول في مسألة
المضاربة وهو آخر ما قال إذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال ألف في بد المضارب
فإن المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال بمائة يبيعه أبدا
على أقل الثمنين لأنه لا تهمة في الأقل وإنما التهمة في الزيادة فيثبت مال التهمة فيه ويستقط ما فيه تهمة ولو اشترى
رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فإنه يبيعه مراوحة على خمسمائة وخمسين لأن المائة الزيادة على
الألف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح إلى
القدر الذي اشترى رب المال به ويستقط خمسمائة لأنها نصيب رب المال ويستقط خمسون لأنها حق رب المال
من الربح فيبيعه مراوحة على خمسمائة وخمسين ولو اشترى المضارب بمائة باعه مراوحة بخمسمائة لأنه لا فضل في
ثمنه عن رأس المال فستقط كل الربح ويباع على أقل الثمنين والأصل أن المضارب لا يحسب شيئا من حصة نفسه
حتى يكون ما تقدا أكثر من الف فيجب من حصته نصف ما زاد على الألف لأنه إذا 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 فمتى كان شراء المضارب بأقل الثمنين فإن كان
للمضارب حصة ضمه إلى أقل الثمنين وإذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين ويضم إليه
حصة المضارب ولو كان رب المال اشترى بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين فإن المضارب يبيعه بألف وخمسمائة رأس
المال وخمسمائة حصة المضارب من الألفين لأن نصيب رب المال من الثمن ألف وخمسمائة فستقط الزيادة فيها على رأس
المال وهو الف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة ورب المال فيها كالأجنبي فيبيعه
مراوحة على ألف ولو كان المضارب اشترى بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه رب المال بألف وخمسمائة لأن
الألف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالأجنبي وخمسمائة نصيب رب المال فيجب
استقاطها قال ابن سبيعة وروى عن أبي يوسف أنه قال وهو قوله الآخر أن رب المال إذا اشترى عبدا بعشر آلاف
ثم باعه من المضارب بمائة باعه المضارب مراوحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب
المال بمائة باعه رب المال مراوحة على مائة لأن البيع على أقل الثمنين لا تهمة فيه ولأنه اشترى بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزيد
على الثمن الذي اشترى فان قيل كيف يجوز للمضارب الخط على قول أبي يوسف فالجواب أنه إنما لا يجوز له حطه
عند أبي يوسف ومحمد لخلق رب المال فإذا باعه من رب المال وحط قدرضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول
أبي يوسف الأول الذي أشار إليه ابن سبيعة فهو أن الخط لا يجوز لأنه قال إذا كان رأس المال القافر ربح فيه القايمة
اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسمائة فإن رب المال يبيعها مراوحة على الف وسبعمائة وخمسين
لأن المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك الخط في حق نصيبه ولا
يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مراوحة على ألف
وسبعمائة وخمسين فينبى على هذا القول إذا باع مراوحة أن يقول قام على بكذا ولا يقول اشترىته بكذا لأن
الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف إلى ما وقع العقد به والصحيح قوله الأخير لما ذكرنا أن عدم جواز الخط
في مال المضاربة لخلق رب المال فإذا اشترى هو قدرضى بذلك فكانه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لأجنبي

وذكر محمد في كتاب المضار بة لو اشترى رب المال عبداً بالثمن فباعه من المضارب بألفين الف رأس المال والف ربح
 فان المضارب يبيعه مراحمة على الف وخمسة مائة يستقط من ذلك ربح رب المال وبيع على رأس المال وربح المضارب
 لما يبتا ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسة مائة والبعد يساوي الفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه
 مراحمة على الف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت
 حكمه على ما يبتا فباتقدم الآن بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين
 فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشترى رب المال بالثمن فباعه من المضارب بألفين الف مضارب بة والف
 ربح فان المضارب يبيعه مراحمة على الف لانه لما اشترى ما قيمته الف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار
 كأنه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشترى بخمسة مائة والمسألة بحالها فان المضارب يبيعه مراحمة
 على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار اشراء مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول
 ولو كان رب المال اشترى بألفين وقيمته الف فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من
 ذلك لان قيمته الف فليس في ربح المضارب يبيعه عليه ولا رب المال لم يباعه بألفين ما يساوي القاومهما متمان
 في حق الغير في العقد فصار كأنه أخذ القابل على طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد
 يساوي القاومخمسة مائة والمسألة بحالها وقد اشترى بالف وأراد المضارب ان يبيعه مراحمة فباعه مراحمة 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 مضارب بة فباعه من رب المال بألفين
 ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من الاجنبي بالف درهم فاراد ان يبيعه
 مراحمة لم يجز لذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان بين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه
 مراحمة على الفين وهذه فرعية مسئلة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشترى شيئاً فربح فيه ثم ملكه بشراء
 آخر فاراد ان يبيعه مراحمة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود في مسئلتنا قدر ربح فيه رب المال
 الف درهم لان المضارب لما اشترى بالف وباعه من رب المال بألفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما
 باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه القاومخمسة مائة لانه قام عليه بالف وخمسمائة مقدر رأس المال ونصيب
 المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فنقدر ربح الفين فاذا اشترى المضارب بألفين وجب ان يطرح الألفين من رأس المال
 فلا يبقى شيء ولهذا لم يجز البيع مراحمة الا بعد ان بين وأما على قولهما فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد
 الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مراحمة على جميع الألفين ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال
 بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وسما ثم ان المضارب اشترى من الاجنبي بالف درهم فاراد ان يبيعه
 مراحمة فباعه على الف وأر بعائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قدر ربح فيه ستمائة الأثرى ان المضارب لما
 اشترى بالف فباعه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى
 بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بالف وستمائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح
 مائتين وخمسين بربح المضارب فوجب ان يحط بذلك المضارب من الثمن فيبقى الف وار بعائة ولو اشترى المضارب
 عبداً بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسمائة ثم ان المضارب اشترى من الاجنبي
 مراحمة بألفين ثم ان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثمائة فان الاجنبي يحط من المضارب أر بعائة 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 فيطرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أر بعائة
 فان أراد المضارب ان يبيع هذا العبد مراحمة فباعه على الف ومائتين لان رب المال ربح أر بعائة الأثرى أنه لو باعه من

الاجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الحط من رأس المال والربح جميعاً مائتين من رأس المال ومائة من الربح فلما استقطم من الربح مائة يبقى الربح أربع مائة فلما اشتراه المضارب بالثمنين ثم حط عنه أربع مائة صار شراءه بالف وستائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربع مائة فيبيعه على ما بقي ويجوز المراجعة بين المضاربين كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع الرجل الى رجل الف درهم مضارباً بالنصف ودفع الى رجل آخر الف درهم مضارباً بالنصف فاشتري أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضارب فباعه من المضارب الآخر بألف فاراد الثاني أن يبيعه مراجعة بأربع مائة على خمسمائة وهو أقل الثمنين لأن مال المضارب بين رجل واحد فصار يبيع أحداهما 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 لأن الثاني اشتري نصفه لنفسه وقد كان الاول اشتري ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مراجعة على الف لانه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصار كالا جنبيين فاما النصف الذي اشتري الثاني بالف المضارب فباعتده كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بألف المضارب فباعه من الثاني بألفين للمضاربة الف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مراجعة بألف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح وأقل الثمنين الف وحصته المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة والمسئلة بحالها باعه الثاني على الف لأن أقل الثمنين خمسمائة وحصته المضارب خمسمائة فيبيعه مراجعة على أقل الثمنين وحصته من الربح والربح في المضاربة بينهما على الشرط والوضعية على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لأن المال أمانة في يده (وأما) الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال المضارب بشيئين أحدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيها فيه النفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقلة لا يسافر بمال غيره لقابضة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لا تمتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدمهما على هذا العمد والحال ما وصفتنا اذنا من رب المال للمضارب بالاتفاق من مال المضاربة فكان مأذوناً في الاتفاق لدلالة فصار كما لو اذن له به نصاً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببديل واجبه له لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبيع لا يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببديل لازم في ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا روي ابن سماعه عن محمد في الشريك اذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فخرج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضارباً به سواء كان المصر مصره أو لم يكن فإدام يعمل به في ذلك المصر فان نفقته في مال نفسه لا في مال المضارب وان أتق شيأ منه ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضرة لا تكون لاجل المال لانه كان مقبلاً 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 المضارب به كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبي يوسف من مكان المضاربة لوجود الحجر ورجوع من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذي قصده فان كان ذلك مصر نفسه أو كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقبلاً بخوله 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 اقامته لانه اذا لم يتخذ داراً اقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذها وطناً كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصل فيقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضارب به بعد المسافرة بالمال الا بالأقامة في مصره أو في مصر يتخذ داراً اقامته لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر

الذي أخذ المال فيه مضاربه فان نفقته من مال المضاربه حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصدراً أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا 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 وجهه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلي له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لان 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 يخدمه لانه لا يتبعه كنفقته نفسه لانه لا يتبعها له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضارب به ونفقته على رب المال خاصة لان اعانة عبيد رب المال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضارب به كذا عبيده فاما عبيد 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 ماله 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 لانه يرجع بما اتفق في مال المضارب به لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال شيء كذا ذكر محمد في المضارب به لان نفقة المضارب من مال المضارب به فاذا هلك بماله كالدائن يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجنابة يسقط بهلاك العبد الجاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضارب به قال الكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراش ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره وبتصرف عليها في حوائجها وغسل ثيابه ودهن السراج والخطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة لان المضارب لا يبدل منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والمجامة 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 المجامة 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 يقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها يجرى مجرى الطعام والادام وقال بشرى نوادره سألت أبا يوسف عن الخمر 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 قصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافراً في مال المضارب به لان عمل التجارة على هذا وهو ان ينفق الشراء في وقت دون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضارب به وحده أو بماله ومال المضارب به ومال المضارب به لرجل أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضارب به أو بتالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالخصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فبهما 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 المالمين (وأما ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح وألان كان في المال ربح فان لم
 يكن فهى من رأس المال لان النفقة جزءها لك من المال والاصل ان هلاك ينصرف الى الربح ولا نالوجعلناهما من
 رأس المال خاصة أوفى نصيب رب المال من الربح لا زداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال فاذا رجع
 المضارب الى مصره فافضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضارب لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا
 انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب ردهما بقى الى المضاربة وروى المعلى عن أبي يوسف اذا كان مع الرجل ألف درهم
 مضاربة فاشترى عبدا بألفين فأثقف عليه فهو متطوع في النفقة لانه لم يبق في يده شئ من رأس المال فالنفقة تكون
 استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبي اذا أثقف على عبد غيره الا أن يكون القاضى أمره بذلك فان رفعه الى
 القاضى فأمره القاضى بالنفقة عليه فثأثقف فهو عليهم 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 القدرى رحمه
 الله الاختلاف (وجه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب
 المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها في رأس ماله في رواية عنه وفي رواية أخرى عنه يقال لرب المال اثقف ان
 شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينقذه منه فلا يجوز الزام رب المال الا اتفاق 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 الا بقى من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمتها ألفان وليس في يده من المضاربة غير العبد ان
 الجعل 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 بقى 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 والافهوضيعة من رأس المال وانما يلحق الجعل برأس المال في باب المراجعة لان الذى يلحق
 رأس المال في المراجعة ما جرت عادة التجار بالحاقه 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 لزام لاجل المال ويجوز أن يحتسب بالشئ
 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 ألفا فاقسم الربح ورأس المال في المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الألف التي في يد المضارب
 بعد قسمتها الربح فان القسمة الاولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب
 دين عليه رده 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
 ربح حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمته فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل
 قبض رأس المال لا تصح ولان الربح يزيد والزاد على الشئ لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقى
 في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو صحنا قسمة الربح لثبتت قسمة الفرع قبل الاصل فهذا لا يجوز واذا لم تصح

القسمة فاذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسمه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال
 فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً ثم اقتسم الربح ثم رد الالف التي قبضها بعينها الى يد المضارب على أن
 يعمل بها بالتصريف فهدم مضارباً بمسئولية 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 ألقين واقتسم الربح فأخذ رب المال ألقا والمضارب ألقا 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 فيجب 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
 فبقائه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسم الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة
 وقال رب المال لم أقبض 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 نصيفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعى انها رأس المال ورب المال ينكر ذلك
 والمضارب وان كان أميناً لكن القول قول الأمين في اسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم الى غيره ولان المضارب
 يدعى خلوص ما بقي من المال والربح ورب المال بمجرد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان أقام البينة
 فالبينة بينة المضارب لانها ثابتة ابقاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ابقاء 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 وذلك ان سماعه في نوادره عن أبي يوسف في رجل دفع الى
 رجل ألف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفسه والمضارب يعمل بالنفقة
 ويترى فيما يشترى ويبيع ثم احتسباً فانها تحتسبان رأس المال ألف درهم يوم تحتسبان والربح بينهما نصفان ولا
 يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصاناً من رأس المال ولكنهما تحتسبان رأس المال ألقا من جميع المال وما بقي من
 ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله
 يوجب بطلان المضاربة وهم لم يقصدوا بطلانها فيجعل رأس المال فيما بقي لثلاثين يوماً هذا اذا كان في المضاربة ربح
 فان لم يكن فيها ربح فلا شيء للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الربح ولم يوجد (وأما)
 الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى اذا كان في المال ربح وان لم يكن فلا شيء له على المضارب هذا كله حكم
 المضاربة الصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيئاً مما ذكرنا ان له أن يعمل في
 المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شيء مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى
 وانما له اجر مثل عمله سواء كان في المضاربة ربح أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة في معنى الاجارة الفاسدة والاجير
 لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق اجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح
 تمام ملكه وانما يستحق المضارب شرط أمنه 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 الصحيحة وذكر الطحاوي فيه اختلافاً وقال لا ضمان عليه في قول أبي
 حنيفة وعندهما يضمن كما في الاجير المترك اذا هلك المال في يده

صفة العقد

﴿ فصل ﴾ وأما صفة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعني رب المال والمضارب القسوخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت القسوخ 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 والقسوخ باطلاً لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت القسوخ والنهي صح القسوخ والنهي لكن له أن يصرف الدرهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدرهم لأن ذلك لا يعد بيعاً لاتحادهما في الثمنية

الاختلاف بين
المضارب ورب
المال

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فإن اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بان ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الامكنة أو مع عموم من 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 اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعى الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الخنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه لأن الاطلاق أقرب إلى المقصود بالعقد على ما بيننا 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 لانها تثبت زيادة وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعى التقييد لانها تثبت زيادة فيه وبينة الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال إليك مضارباً 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 وانه يستفاد من رب المال فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأن بيئته مثبتة وبينة رب المال نافية لأنه لا يحتاج إلى الاثبات والمضارب يحتاج إلى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البيئتين إذا تعارضتا في صفة الاذن وقد وقتنا ان الوقت الاخير أولى لأن الشرط الثاني ينقض 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 يقرانها 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 استحقاتها فها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال المضارب بعض هذه الاتيين خلطته بها أو بضاعة في يدى لانهما 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 لانهما 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 المشرط قوله ألا ترى انه لو أنكر الشرط رأساً فقال لم أشرط لك ربحاً واتفقت عليك 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 الاتيين جميعاً وإن كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بجها لها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الاخير

واقسما ما بقى من المال أثلاثا وعلى قوله الاول يأخذ رب المال ألفي درهم و يأخذ ثلثي الألف الاخرى لما يتوان كان في يد المضارب قدر ما ذكر انه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر فالتقول قول المضارب عندهم جميعا لانه لا سبيل الى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب فان جاء المضارب بشلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف وديعة لا آخر أو مضارب بة لا آخر أو بضاعة لا آخر أو شركة لا آخر أو على ألف دين فالتقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الاقاول كلها لان من في يده شيء فالتظاهر 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 يمينته ومن أقام منهما بينة على ما يدعى من فضل فالبينة بينة لكل واحد منهما ثابتة زيادة فبينته رب المال ثبتت زيادة في رأس المال و بينته المضارب ثبتت زيادة في الربح وقال محمد رحمه الله اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالتقول قول المضارب لانها اتفاقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العتد فلا يقبل قوله وان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانها ثبتت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالتقول قول رب المال لانه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعى تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح وفي هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعى بحجة العتد ورب المال يدعى فسادة فينبغي أن يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوى رب المال وان تعلق به فساد العتد 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 تشترط لي شيئا ولى أجر المثل فالتقول قول رب المال لان المضارب يدعى أجر او اجبا 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 فالبينة بينة رب المال لانها مثبتة للشرط و بينة المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب البينة انه شرط له مائة درهم فبينته أولى لان البينتين استويا في اثبات الشرط و بينة المضارب أوجب حكاياتها وهو ايجاب الاجر على رب المال فكانت أولى و ذكر 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 فقبض فالبينة بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل ان من لا بذر له من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه فوجبتا بينة من يدعى الصحة والمضاربة ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فوجبتا بإيجاب الضمان وهو الاجر ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضارب بة بالنصف أو مائة درهم فالتقول قول رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله انه لم يشترط ولان المضارب يدعى استحقاقا في مال الغير فالتقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتني المال والربح لي وقال رب المال دفعت اليك مضاربة أو بضاعة فالتقول قول رب المال لان المضارب يدعى عليه التمليك وهو منكر فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت التمليك ولانه لا تناهي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضارب بة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت الي مضارب بة وقال رب المال أقرضتنيك فالتقول قول المضارب لانها اتفاقا على أن الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت أصل الضمان ولو وجد المضارب المضاربة أصلا ورب المال يدعى دفع المال اليه مضاربة فالتقول قول المضارب لان رب المال يدعى عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو وجدتم أقر فقد قال ابن سماعة في نوادره سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع الي شيئا ثم قال لي استغفر الله العظيم قد دفعت الي ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال لانه أمين والأمين اذا جحد الامانة ضمن كالمودع وهذا لان عقد

المضاربه ليس بمقتل لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخاله أو فعله وإذا ارتفع العقد صار المال
مضمونا عليه كالوديعة فإن اشترى بها مع الجحود كان مشتر بالنفسه لانه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربه لان من
حكم المضاربه أن يكون المال أمانة في يده فاذا صار مضمينا لم يبق أمينا فان أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لان العقد
قد ارتفع بالجحود فلا يعود الا بسبب جديد فان اشترى بها بعد الاقرار فاقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لانه قد
ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربه ويبرأ من الضمان لان الامر
بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لان الضمان لا ينافي الامر بالشراء بدليل ان من غصب من آخر شيئا
فأمر المصوب منه الغاصب ببيع المصوب أو بالشراء به صح الامر وان كان المصوب مضمونا على الغاصب
وإذا بقي الامر بعد الجحود فاذا اشترى بموجب الامر وقع الشراء للامر ولو لم يقع الشراء له الا بعد انتفاء الضمان
وصار كالغاصب اذا باع المصوب بأمر المالك وسلم انه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه فلا
يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونه تجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمصوب منه اذا أمر الغاصب أن يجعل
المصوب في موضع كذا أو يسلمه الى فلان انه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع الى رجل ألف درهم فأمره
أن يشتري بها بعد الجحود ألف ثم أقر بها ثم اشترى جاز الشراء ويكون للامر ولو برى الجاحد من الضمان ولو
اشترى بها بعد أن أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضاربه ولو دفع اليه ألفا وأمره أن يشتري بها
عبد بعينه ثم جحد ألفا ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالالف فان العبد لا يبرأ من الوكيل بشراء العبد بعينه لا يملك أن
يشتره لنفسه فتعين أن يكون الشراء للامر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضاربه لانه يملك أن يشتري لنفسه
فلا يحصل على الشراء رب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد اذا جحد اياه
فادعاه لنفسه ثم أقر له ان البيع جائز وهو برى من ضمانه وكذلك لو دفع اليه عبد فأمره أن يهبه لفلان فجحده وادعاه
لنفسه ثم أقر له بفاعه ان البيع جائز وهو برى من ضمانه وكذلك ان أمره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له بفاعته
جاز عتقه لما ذكرنا ان الامر بعد الجحود قائم فاذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع
العبد أو وهبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سبويه يفتي في قياس ما اذا دفع اليه الف وأمره أن يشتري بها عبدا
بعينه انه يجوز ويلزم الأمر لانه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمد اقال في رجل دفع الى رجل
الف درهم مضاربه فجاء بألف وخمسمائة فقال هذه الالف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح وسكت ثم قال علي بن
إسحاق كذا كذا قال محمد القول قول المضاربه وقال الحسن بن زياد اذا أقر المضاربه انه عمل بالمال وان في يده
عشرة آلاف وعلى فيها دين الف أو القان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمي
صاحبه أو لم يسمه وان 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) انه اذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح
فاذا قال على دين الف فقد رجح عما أقر به لان الربح لا يكون الا بعد قضاء الدين والاقرار اذا صح لا يحتمل الرجوع
عنه بخلاف ما اذا قال ذلك متصلا لان الاقرار لم يستمر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجهه) قول محمد ان أقر بالدين
في حال يملك الاقرار به فينقذ اقراره كما اذا قال هذا ربح وعلى دين وقوله ان قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعا
عما أقر به من الربح ممنوع فانه يجوز انه ربح ثم لم يسمه الدين إلا ترى ان الرجل يقول قدر بحت ولزمني دين وهو يملك
الاقرار بالدين فاذا أقر به صح ولو جاء المضاربه بألفين فقال الف رأس المال وألف ربح ثم قال ما أربح الا خمسمائة ثم
هلك المال كله في يد المضاربه فان المضاربه يضمن الخمسمائة التي جحد ها ولا ضمان عليه في باقي المال لان الربح
أمانة في يده فاذا جحد فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن اذا هلك ولو قال المضاربه رب المال قد دفعت اليك رأس
مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجعت فقال لم أدفعه اليك ولكن هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لانه صار

جاحد بدعوى الدفع فيضمن بالبحرود وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك ولكنه هلك فانه 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 واذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى امانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح والله عز وجل الموفق

ما يبطل به العقد

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 عيناً وقت الفسخ والنهي فان كان متاعاً لم يصح وله أن يبيعه بالدرهم والدنانير حتى ينض كاذكراً فبما تقدم وان كان عيناً صحح لكن له صرف الدرهم الى الدنانير والدنانير الى الدرهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعاً لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لان المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لانه عزل حكماً فلا يتفق على العلم كما في الوكالة الا أن رأس المال اذا صار متاعاً فلو كسب أن يبيع حتى يصير ناضجاً لما بينا وتبطل بموت أحدهما اذا كان مطبقاً لانه يبطل أهلية الامر للامر وأهلية التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك همد كله والتحت ردة بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلاً وكذلك ان لحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثاً لورثته فان 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 ان مات أو قتل أو لحق بفسخكم بالحق يزول ملكه من وقت الردة الى وراثته ويصير كأنه مات في ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بامر له بطلان أهلية الامر ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة فان كان رأس المال يومئذ قائماً في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى وربحه يكون له لانه زال ملك رب المال عن المال فينعزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفاً في ملك الورثة بغير أمرهم وان كان صار رأس المال متاعاً فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك رده فان حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن لا يجوز له التصرف لان الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لا يحددهما في الثمنية فيصير كأن عين المال قائم في يده الا انهم استحسنوا فقالوا ان باعه بجنس رأس المال جاز لان على المضارب ان يرد مثل رأس المال فكان له ان يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فإردة لا تنقح في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد رد رأس المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فان مات رب المال أو قتل كان موته كموته المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك ان لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثاً لورثته فيبطل أمره في المال فان لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً لان وقوف تصرف رب المال بنفسه لو قوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة الا انه لا عهد على المضارب وانما العهد على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لان العهد يلزم بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً فأما على قولهما فالعهد عليه لان تصرفه كتصرف المسلم وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاظه لان رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فان 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 كالحربي 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 تعين لعقد
 المضاربة بالتبضع فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلك المضارب أو أهقته أو دفعه إلى غيره فاستهلكه
 لمساقلنا 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 بن وهبان لو أقرضها المضارب رجلاً فان رجع إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لأنه وإن
 تعدى يضمن لكن زال التعدى فيزول الضمان المتعلق به وإن أخذ مثله لم يرجع في المضاربة لأن الضمان قد استمر
 بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في
 الاستهلاك هذا إذا هلك مال المضاربة قبل أن يشتري المضارب شيئاً فإن هلك بعد الشراء بان كان مال المضاربة
 القأ فاشترى بها جارية ولم ينتد الثمن البائع حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا إن الجارية على المضاربة ويرجع على
 رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع وكذلك إن هلكت الثانية التي قبضت بثلثها على رب المال وكذلك
 سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبد حتى يسلم إلى البائع ويكون ما دفعه أو لارب المال وما غرم كله من رأس المال
 وإنما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بماله من الضمان بتصرفه له كالوكيل غير أن الفرق
 بين الوكيل والمضارب أن الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بثمنه 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 استغادة ملك المبيع
 لا الربح فإذا اشترى فقد حصل المقصود فأنتهى عقد الوكالة باتمائه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فإذا هلك في
 يده قبل أن ينتد البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له
 عليه شيء آخر فاما المضاربة فإنها 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 بصيرته رأس المال لأنه غرم لرب
 المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصر ما غرم رب
 المال من رأس المال وبهلك مجازاً بتضرره رب المال لأنه يخرس 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
 ينتد البائع فإنه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويغرم المضارب من ماله خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون
 ربع الجارية للمضارب خاصة وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع والخمسمائة
 وإنما كان كذلك لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها أرباعاً بها للمضارب وثلاثة أرباعها لرب المال
 لأنه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح لأنه اشتراها بألفين ورأس المال ألفاً فخصه رب المال من الربح
 خمسمائة وحصته المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال يرجع عليه وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه وإنما خرج ربع
 الجارية من المضاربة لأن الناضي لما ألزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين إلا بالقيمة فخرج الربح من
 المضاربة بقاى على ما كان عليه وقد لزمت رب المال ألفاً وخمسمائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة في رأس
 المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فإن بيعت هذه الجارية بربعة آلاف منها للمضارب ألفاً 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 تساوى ألقين 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 باللقين فظهر ربح المضارب وهلك ربح الجارية فيغرم حصه ذلك
 الربح من الثمن وروى عن محمد في المضارب اذا اشترى جارية بألف درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاغت الا لقان
 قبل ان ينفذها البائع أنه على ان على المضارب الربح وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال
 محمد ولو اشترى جارية تساوى ألقين بألف تساوى ألفا وقبض التي اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتت جميعا 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 بقيمتها ألف باللقين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل
 والكثير والافشراء 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 مضارباً بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف
 فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبد قيمة كل واحد ألف ولم يتقدم 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 محمد اعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما
 وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم يتقدم الثمن حتى هلك كان الاعتبار ما يجب عليه
 ضمانه فان كان ما يضمنه زائداً على رأس المال كان على المضارب حصه ذلك والا فلا وهذا بخلاف الاول لانا
 اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يتكفون الشرط فيما صار
 مضموناً على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليله بعدم فاذا العتق فلا يطرده
 لانه لو اشترى باللقين جارية تساوى ألفاً يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل هوذا العتق في الجارية المشتراة
 باللقين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه فانه لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده في جميع
 المواضع وقال محمد اذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهي مال المضارب ففقد المال فقال رب المال اشترى به
 على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشترى به بعد ما ضاع وانا أرى ان المال عندي فاذا قد ضاع قبل ذلك
 فالقول 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 وذكر محمد في المضاربة الكبيرة اذا اختلفا وقال
 رب المال ضاع قبل ان تشتري الجارية وانما اشترى بها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشترى بها وأنا أرى بان
 أخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البيينة انه اشترى والمال عنده انما ضاع
 بعد الشراء لان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعى عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعى وقوع العقد
 له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو اذ لاك شهيد لرب المال فان أقام البيينة فالبيينة بينة المضارب
 لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا اتمسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس وامتنع عن التناضى
 والقبض فان كان في المال ربح أجبر على التناضى 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 تنسب له منفعة فكان عمله عمل الوكيل فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن
 غير انه يؤمر المضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق العتد راجعة الى
 العاقد فلا تثبت ولاية القبض للامر الا بالحوالتهن العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه ولو ضمن العاقد

لرب المال هذا الدين الذي عليه لم يجز ضمانه لان العاقد قد جعله آميناً فلا يملك ان يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العاقد آميناً ولومات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود ديناً فيما خلف المضارب وكذا الموسوع والمستعير والمستبضع وكل من كان المال في يده امانة اذ 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

— ٢٤٤ —

كتاب الهبة

ركن الهبة

الديون

هل يعرف

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 يحتمل استحساناً وعند زفر لا يحتمل ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض وأجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحتمل وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لا آخر وهبت هذا الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالتقول قول المقر عندنا وعند القائل قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعث هذا الشيء منك فلم تقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعاً باعتبارها وهو انعقاد 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 شرط 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 يتوقف على القبول ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا متبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعبي بن جثامة أهدى الى النبي عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالباء وفي رواية بودان فرده النبي عليه الصلاة والسلام وقال لولا انا حرام 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 نخلت لك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضت به ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق رضي الله عنه اسم النخل بدون القبض والنخل من ألقاظ 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 أحد همدون الآخر فلم يوجد الا يتم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الخلف هو منع النفس عن مباشرة الخلف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدر الواهب والمالك محكوم شرعي نبت 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 ليصير تبعاً فلا يوجب هو ان يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هولك أو أعطيته أو نخلته أو أهديته اليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملت على هذه الدابة ونوى به الهبة (أما) قوله وهبت لك فصرح في الباب وقوله ملكتك بحري بحري الصريح أيضاً لان تملك العين للمالك من

ب الهبة

غير عوض هو تيسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشيء لك وقوله هو لك لان اللام المضاف الى من هو اهل للملك
 للتملك 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 أي أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أطعمتك
 هذا الطعام في معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روى أن سيدنا عمر بن
 الخطاب رضي الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآها تباع في السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه
 وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع في صدقتك فاحتمل تملك العين واحتمل تملك المنافع فلا بد من النية
 للتعين ولو قال منحتك هذا الشيء أو قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا يخلو اما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع
 به من غير استهلاكه واما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه
 كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الارض فهو عارية
 لان المنحة في الاصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه
 من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زراعتها فكان هذا تملك المنفعة من غير عوض وهو تيسير
 العارية وكذا اذا قال لارض بيضاء هذه الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم واما يطعم
 ما يخرج منها فكان طعمة الارض 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 بأوقافه حلوا بأوقافه حلوا بأوقافه وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه
 الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عيناً حقيقية فهو معدود من المنافع عرفاً وعادة
 فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جدياً أو عناقاً كان له عارية
 لان الجدي يعرض أن يصير فخلاً 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 كالأكل والشرب والدرهم
 والدنانير بان 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 وتمليك العين للحال من غير
 عوض هو تغيير الهبة هذا اذا كان الايجاب مطلقاً عن القرينة فأما اذا كان مقروناً بقرينة فالقرينة لا تخلو (اما) ان
 كان وقتاً (واما) ان كان شرطاً (واما) ان كان منفعة فان كان وقتاً بأن قال أو حيايتك فاذا مت أنت ففي رد على أو قال
 جعلت هذه الدار لك عمري أو قال جعلتها لك عمرك أو قال هي لك عمرك أو حيايتك فاذا مت أنت ففي رد على أو قال
 جعلتها لك عمري أو حيايتي فاذا مت أنا ففي رد على ورثتي فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حياته ولو ورثته 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 شيئاً فانه لمن أعمارهم وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل أعمار عمري
 له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا يرجع الى الذي أعطها لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث وعن جابر قال قال رسول
 الله صلى الله عليه وسلم من أعمار عمري حياته فهي له ولعقبه برئها من برئته بعده فدللت هذه النصوص على جواز الهبة
 وبطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تملك العين للحال مطلقاً ثم قوله عمري توقيت التملك وانه
 تغيير لقتضى العقد وكذا تملك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصاً كالبيع فكان التوقيت تصرفاً مخالفاً لقتضى العقد
 والشرع فبطل وبقي العقد صحيحاً وان كانت القرينة شرطاً نظراً الى الشرط المقرن فان كان مما يمنع وقوع التصرف
 تملك للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال أربقتك هذه الدار أو صرح فقال

منه

الديوان في تبريرها
منه

الديوان المحضون
بقرينة
عمري وورثتي

منه في الديوان المذكور
الرب

جعلت هذه الدار لك رقبى أو قال هذه الدار لك رقبى ودفعتها إليه فهي عارية في يده أن يأخذها منه متى شاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمري والرقبى ولأن قوله دارى لك تملك العين لا تملك المنفعة ولما قال رقبى فقد علقه بالشرط وأنه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقى العتد صحيحا ولهذا الوقال دارى لك عمري أنه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر كذا هذا واحتج بما روى الشعبي عن شرح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمري وأبطل الرقبى ومثلها لا يكذب ولأن قوله دارى لك رقبى تعليقا التملك بالخطر لأن معنى الرقبى أنه يقول إن مت أنا قبلك فهي لك وإن مت أنت قبلى فهي لى سمي الرقبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليقا التملك بأمر له خطر الوجود والعدم والتعليقات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية لأنه دفع إليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمري لأن هناك وقع التصرف تملك كالمحال فهو بقوله عمري وقت التملك أنه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقى العتد على الصحة ولا حجة له في الحديث لأن الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهي الانتظار ويحتمل أن تكون من الارتقاب وهو هبة الرقبة فان أريد بها الأول كان حجة له وإن أريد بها الثاني لا يكون حجة لأن ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحتمل على الثاني توفيقا بين الحديثين صيانة للكلام من استحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين أن لا اختلاف بينهم في الحقيقة إن كان الرقبى والارتقاب مستعملان في اللغة في هبة الرقبة وينبى أن ينوى فان عني به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وإن عني به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال رجلين دارى لا طول كما حياة فهو باطل لأنه لا يدري أيهما أطول حياة فكان هذا تعليقا التملك بالخطر فبطل ولو قال دارى لك حبيس فهذا عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقبى (وجه) قوله أن قوله دارى لك تملك وقوله حبيس نفي الملك فلم يصح النفي وبقى التملك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبيس خرج تفسير القول لك فصار كأنه ابتداء بالحبيس فقال دارى حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال دارى رقبى لك كان عارية بالاجماع كره القاضي في شرحه مختصر الطحاوى ولو وهب جارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان أو على أن يرد ها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لأن هذه الشروط مما لم يمنع وقوع التصرف تملك كالمحال وهي شروط تخالف مقتضى العتد فبطل وبقى العتد على الصحة بخلاف شروط الرقبى على ما بيننا وبخلاف البيع فإنه تبطل هذه الشروط لأن القياس أن لا يكون قران الشرط القاسد لعتد ما مفسر الله لأن ذكره في العتد لم يصح فيلحق بالعدم وبقى العتد صحيحا إلا أن القياس في البيع للنهي الوارد فيه ولا نهى في الهبة فيبقى الحكم فيه على الأصل ولأن دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مبرئا وهذا يجري مجرى الترغيب في أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا وهذا نداء إلى التهادى والهبة هبة وروى عن الصديق رضي الله عنه أنه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها انى كنت تحلكت كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم يقرن وعلى هذا يخرج ما إذا وهب جارية أو واستثنى ما في بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما في بطنه أن الهبة جائزة في الأم والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام في العتود التي فيها استثناء الحمل أنها أقسام ثلاثة قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء جميعا وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء (أما) الأول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لأن الاستثناء لما في البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العتود تبطل بالشرط القاسد (وأما) القسم الثاني فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأن هذه العتود

السيد محمد بن العباس
 بالخط

منه . من البيع
 العتود بالشرط القاسد
 ولا يكون شرط فاسدا
 بشرط

استثناء الحمل في العتود
 ذات شرط فاسد

لا يبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها اذا لم يصح التحق بالعدم فصار كأنه لم يستثن وكذا العتق بان أعتق جارية واستثنى ما في بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا لما قلنا (وأما) التسم الثلاث فالوصية بان أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أتى ما في بطنها ميراثا لورثته والميراث يجزى في ما في البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلها لورثته انه تصح الوصية ويبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجزى فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلها لانسان ومات الموصى ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة الموصى وبمثله لو أوصى بما في بطن جارية لابنته لانسان والمسئلة بخالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افترق الا لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منمنعة بان قال داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هبة 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 لك ظاهره وان كان لتمليك العين لكنه يحتمل تملك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منمنعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما جعل تفسير للمحتمل وبيانا انه أراد به تملك المنفعة وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسير للهبة 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 باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما اذا قال وهبها 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

٢. شرط الركن

٣. ما يرجع الى الوهاب

٤. ما يرجع الى الوهاب

٥. ما يرجع الى الوهاب

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الوهاب وبعضها يرجع الى الموهوب وبعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو ان لا يكون معلقا بما له خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد والرقبي ونحو ذلك ولا مضافا الى وقت بان 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 الوهاب فهو ان يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها ممن لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لانهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضالا يقابله نفع دينوى فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان المتبرع بمال الصغير مقر بان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابله نفع دينوى وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقر بوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولانه اذا لم يقابله عوض دينوى كان التبرع ضررا محضاً وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولى 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 يجوز وعلى هذا هبة المسكين والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعند يمجوز 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 تملك بعوض وهذا

تفسير البيع وانما 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 الاتهاء بدليل انها تنفذ الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما
توقف الملك فيه على القبض لان البيع ينفذ الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهو لا يملك كون التصريح فلم
تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع الى الموهوب فانواع (منها) أن
يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقدان وهب ما يمر بخلة العام وما تدا أغنامه السنة ونحو
ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تملك للحال وتمليك المهدوم 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 يتحمل 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 مقدور القبض بطريقه على ما سنده كره ان
شاء الله تعالى وكذلك لو وهب بدائي لبن أو دهن في سمس أو دقيقا في حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند
حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد على حكم العقد للحال فلم ينعقد 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 لم ينفذ للحال
لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما
لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون المالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالخر والميتة
والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد
والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرارا من وجه ولهذا لم يجز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخر ولهذا لم يجز
بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا في 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 فجاز أيضا اذا أذن له
بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وان أذن له بالقبض (وجه) القياس ان القبض شرط جواز الهبة وما في
الذمة لا يتحمل 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 ألا ترى ان المدينون 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 يكفي 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 والذن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط
وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو جب
سبحانه وتعالى نصف المروض في الطلاق قبل الدخول الا أن يوجد الخط من الزوجات عن النصف من غير
فصل بين العين والدين والمشاع والمتسوم فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة وباروى أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام الى سنام بعير وأخذته

٥ - ما يرمي الى الوهب

١ - كونه موهوبا

٢ - كونه موهوبا

٣ - كونه موهوبا

٤ - كونه موهوبا

٥ - كونه موهوبا

٦ - كونه موهوبا

٧ - كونه موهوبا

٨ - كونه موهوبا

وبرة ثم قال أما انى لا يحل لى من غنيمتكم ولو بمثل هذه البرة الا الخمس والخمس مردود فيكم وردوا الخيط
والخيط فان الغلول عار وشنا على صاحبه الى يوم القيامة فجاء اعرابي بكبة من شعر فقال اخذتها لاصلح بها
بردعة بعيرى يارسول الله فقال اما نصيبى فهو لك وساسامك الباقي وهذا هبة المشاع فباي قسم وروى أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على ابي ابيوب الانصارى رضى الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجده بين
أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستبأه أسعد نصيبهما اليه 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 ولان الشيع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك
والشيع لا يمنع الملك الأثرى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فبالا يقسم وشرطه هو القبض والشيع لا يمنع
القبض لانه يحصل قابضاً للنصف المشاع بخلفية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فبالا يقسم وان كان القبض فيها
شرطاً لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا أبا بكر رضى الله عنه قال
في مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقر أنت واني كنت محتسك
جداد عشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتني ولا جديتني وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق
رضى الله عنه القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك لان الحيازة في اللغة جمع الشيء المفرق في حيز وهذا معنى القسمة لان
الانصاء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب في حيز وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه
قال ما بال أحدكم ينحل ولده نحللاً لا يجوزها ولا يقسمها ويقول ان مات فهو له وان مات رجعت الى وائم الله لا ينحل
أحدكم ولده نحل لا يجوزها ولا يقسمها فيموت الاجلعتها ميراثاً لورثته والمراد من الحيازة القبض هنا لان ذلك
بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي الى التكرار اخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى
عن سيدنا علي رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك بحضور أصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعاً ولان القبض شرط جواز هذا العقد والشيع
يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور
فان سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لان
العقد يتم تناول الكل وهكذا قول في المشاع الذي 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 التخليفة مقام القبض الممكن من التصرف
ولا ضرورة هنا لان المحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو قول الصحابة رضى الله
عنهم شرطوا القبض المطابق والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة
دون المعنى على ما بيننا الا انه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة هنا
فلزم اعتبار الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو نحت في مشاع محتمل القسمة لصار عقد
ضمان لان الموهوب له يملك مطالبته الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي الى تغيير المشرع ولهذا توقفت
الملك في الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد ثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدي الى ايجاب الضمان في عقد
التبرع وفيه تغيير المشرع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع
لان الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة فيها لان المراد من الموقوف
الدين لا العين الأثرى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واعيان لا يعقل وكذا الغالب في المهر أن يكون

ديناً و هبة الدين ممن عليه الدين جائز لانه استقاط الدين عنه وانه جائز في المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل ان النبي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فوهبوا وسلموا الكل جملة وفي الحديث ما يدل عليه فانه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأسمك الباقي وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف في وعده و هبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على ان ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان كبة واحدة لو قسمت على الخم الغفير لا يصيب كلا منهم الا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة حكاه في حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشرى كاه و هبا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جائز عندنا و يحتمل ان الانصبا كانت متسومة مفروزة و يجوز ان يقال في مثل هذا بينهم اذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها انصاف اليهم وان كانت انصبا وهم متسومة 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 منعت موقوف فاذ على التسمية والتبض بعد التسمية هو الصحيح اذا الشروع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط الا التبض 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 مالى وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النخل من الفاظ الهبة ولو لم ينقسم لعله الصديق رضي الله عنه لانه ما كان ليعقد عقدا باطلا فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على التسمية والتبض 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 جائز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بنحلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم له الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ الا بالتسمية والتسليم ويستوى فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريكه كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا يجوز الهبة الا مقبوضة محوزة من غير فصل ولان المانع هو الشيع عند التبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله (وجهه) قوله ان الشيع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو التبض ولا يمنع جوازها كالمفروض (ولنا) ان التبض شرط جواز الصدقة ومعنى التبض لا يتحقق في الشائع أو لا يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولان التصديق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقداً فيتغير المشرووع على ما بينا في الهبة ولو وهب شيئاً ينقسم من رجلين كالدار والدرهم والدنانير ونحوها وقبضها لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند أبي يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيئاً ينقسم وقبضه أنه يجوز فابو حنيفة يعتبر الشيع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعاً فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشيع وقت القبض وهما يجوزاه لانه لم يوجد الشيع في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلعدم الشيع وقت القبض (وأما) هما فلا نعدمه 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 يعتقد 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 لانه النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك توزيع وقريق واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة الا لضرورة الصحة وفي العدول عن ظاهر الصيغة هبنا فساد العقد بسبب الشيع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تملك الكل منهما وموجب التملك

جملة من هبة المشاع

بشرط ان يكون من الموهوب له

ان يبرهن به في حقه

سواء كان له

الدار أو غيرها

من الموهوب له

من بين الشرط

بشرط ان يكون

منها ثبوت الملك لهما في الكل وانما ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الاقسام ضرورة المزامحة
 واستوائهما في الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء
 كالاخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق
 كل واحد منهما على الكمال حتى لو اتفرد أحدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزامحة مع المساواة في الاستحقاق
 ثبتت عندنا تقسام الميراث في النصف وكذا الشيعان 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 الا تقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضيق
 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 (وجه) 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 اما ان يكون تملك كل الدار من كل واحد منهما واما 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 والمحال لا يكون موجب العقد فتعين الثاني وهو أن يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا
 لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل الدار مملوكة لكل واحد منهما الملك وكذا كل واحد
 منهما يملك مطالبه صاحبه بالتهاني أو بالقسمة وهذا آية ثبوت الملك له في النصف واذا كان هذا تملك الدار لهما على
 التناصف كان تملكهما مضافاً الى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوخ يؤثر في القبض
 الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد
 منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والمحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمر محالاً 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 رهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على
 الحبس متصور بأن يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدي عدل فتكون الدار بحبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا
 ممالا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين شيئاً مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز
 بالاجماع لما ذكرنا فيها تقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكاه هذه الدار لهذا نصفها ولهذا جاز لان قوله
 لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسير للحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسير لنفس العقد لان العقد وقع تملك الدار
 جملة منهما على ما بينا فجعل تفسير الحكمة فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يحجز
 لان الشيوخ دخل على نفس العقد منع الجواز ولو قال وهبت لكاه هذه الدار لهذا ولهذا لها هذا المبحر عند أبي يوسف
 وجاز عند محمد (وجه) قول محمد ان المتقدم جاز لاثنين يستوي فيهما التساوي والتفاضل كعقد البيع (وجه) قول أبي
 يوسف ان الجواز عند التساوي بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعاً في العقد ولما فضل أحد
 النصيبين عن الآخر تعذر جعله تفسيراً لأن مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل أحد النصيبين في معنى
 افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوخ يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع ولو رهن من رجلين
 لأحد هما ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا ونصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا
 أبهم بان قال وهبت منكاً أنه يجوز ولو وهب من قسرين شيئاً ينقسم فالهبة من قسرين بمنزلة التصديق عليهما لان

الهبة من الفقير صدقة لانه يتبني بها وجه الله تعالى وسند كرحمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون
 التمر والتمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس
 بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبة المشاع ولو فضل وسلم جاز كافي هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين
 فان كانا غنيين لم يحجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لان التصديق على الغني ميتة في الحقيقة والهبة من اثنين لا يجوز
 وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما يجوز كما يجوز في الهبة من رجلين وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في كتاب
 الهبة لا يجوز وفي الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياح كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على
 ما ذكرنا فيما تقدم وهما 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 ان الله هو يقبل التوبة عن عباده و يأخذ 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 بقبضها وكيلين بخلاف التصديق على غنيين لان الصدقة على الغني يتبني بها وجه الغني فكانت هدية لا
 صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يتبني بها وجه الله تعالى والدار الاخرة والهدية يتبني 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 القابض 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 المالك
 قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ما روينا ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر رضي الله
 عنهما اعتبر القسمة 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 يجوز الهبة الا
 مقبوضة محبوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولانها عقد تبرع فلو صححت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبته الواهب
 بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغير المشرع بخلاف الوصية لانه ليس في ايجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها
 عن موضعها اذ لا مطالبته 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 ويجوز الصدقة اذا علمت وان لم تقبض ولا
 تجوز الهبة ولا التحلي الامقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما قالا اذا علمت
 الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خبر أعن الله سبحانه
 وتعالى يا ابن آدم تقول مالي مالي وليس لك من مالك الا ما أكلت فافيت او لبست فابليت أو تصدقت فابقيت 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 قول 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 الباع قبل قد اتفقنا كان للبائع حق الاسترداد

هبة التمر دون التمر

العقد للهبة للهبة

١ - العين

١١ - قبول القبض شرط

١٢ - شرط القبض في الهبة

١٣ - شرط القبض في الهبة

١٤ - الهبة

١٥ - الهبة

فلأن يكون في الهبة أولى لأن البيع يصح بدون القبض والهبة لا صحه لها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطاً للصحة فيما 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 في شبهة 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 أذنت لك بالقبض أو رضيت وما يجزى هذا المجزى 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 يزدلن اليه فقام عليه الصلاة والسلام فنحرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولأن الاذن بقبض الواهب صريحاً 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 ولوقبض المشتري المبيع بيعاً جائزاً بحضرة البائع قبل قد التمن 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 يتصور للمالك الا بالقبض فكان الاقدام على ايجاب اذناً بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً بخلاف ما بعد الافتراق لان الاتساع دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولأن للقبض في باب الهبة شبهة بالركن في شبهة 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 كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الارض أو حلية السيف دون السيف أو التفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت 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 يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزاً وعندنا يحتمل الجواز باسقاط المقسد 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 آخراته ان قبض الموهوب له باذن الواهب صريحاً جاز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وان قبضه بحضرة الواهب 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 لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الاذن قبضه لان دلالة بواسطه دلالة قصد التمليك وتمليك 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 ملكه أولاً ولم يصير قابضاً لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي

القبض يشبه البيع

في باب البيع

الاذن نوعان

ايجاب الهبة مقيد

العقد الفاسد

الجواز (ذكر)

قبض الهبة

بما جاز في البيع

قبض الهبة

قبض الهبة

ذكرنا واهب مالك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والتبض واذا لم يصرح بالاذن بالتبض بقي
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 التبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع
الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فانه لا يجوز
لان الفراغ شرط صحة التسليم والتبض 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 ان يودع المودع بد 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 العقد 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
صفتة 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 نظر 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 اما 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 أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام
يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة رايان (وجه) رواية عدم
الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دارها بمتاع الواهب (وجه) رواية الجواز وهي رواية
الكرخي ان حريرة الجنين تجعله مستثنى من العقد لان حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهر او هذا معنى الاستثناء
ولو استثناء لفظا جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين
الاعتاق والتدبير (ووجه) الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز
كهبه دارها بمتاع الواهب واما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حر جالس وذال لا 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 ثمردون
التمر أو وهب الزرع دون الأرض أو التمر دون الشجر وحلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لان الموهوب متصل
بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء منع 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 بعقد على حدة بأن وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة
فيهما جميعا وان فرق لا يجوز الهبة فيهما جميعا قدم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لان المانع من صحة القبض هنا
الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما 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

١٢٥ - كذا في نسخة
بصرف
معنى تعصمه
تصرفه - بنة الواهب

محمّد بن عبد الجبار

الزرع في الوهب

القبض ولو جزه وسامه جازل وال مانع والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا يجوز
ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغاً جازماً قلنا بخلاف هبة ما في بطن جارية 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 لأن الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوماً لهذا لم يحجز بيعها فلا يجوز هبتها وهناً بخلافه على ما
تقدم ومنها أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة
القبض استحساناً 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 لقلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه
اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دين أو لا 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 تحجز لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر للمولى ولم يوجد فبقى
فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد التمن للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة فالقبض
اليه ولا يجوز قبض المولى عنه لقلنا في التمن 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
الاصالة وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الاصالة فهو ان قبض بنفسه لنفسه وشرط 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 وشرط جواز الولاية بالجنح والعملة 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 أبيه
بعد أبيه ووصيه ثم وصي جده بعده سواء كان الصبي في عياله هؤلاء أو لم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال
حضرتهم لان هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له واذا غاب أحد هم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لان
التأخير الى قدوم الغائب قويت 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 ذارح
محرم منه كالاخ والعم والام ونحوهم أو أجنبياً لانه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي قيام ولاية التصرف
لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فان لم يكن أحد من هؤلاء الاربع جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً
والقياس ان لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبياً كان أو ذارح محرم منه قياساً واستحساناً
واما كان كذلك لان الذي في عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى انه يؤديه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فها 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 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 التناوبان غيران بنوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسده فتثبت المناو بة مقتضى المماثلة واذا كان
أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل اذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية

٢٤ - من الموهوب
٢٥ - من الموهوب
٢٦ - من الموهوب
٢٧ - من الموهوب
٢٨ - من الموهوب
٢٩ - من الموهوب
٣٠ - من الموهوب
٣١ - من الموهوب
٣٢ - من الموهوب
٣٣ - من الموهوب
٣٤ - من الموهوب
٣٥ - من الموهوب
٣٦ - من الموهوب
٣٧ - من الموهوب
٣٨ - من الموهوب
٣٩ - من الموهوب
٤٠ - من الموهوب

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحسانا والقياس أن لا يصير قابضاً 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 كأنه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجهه) الاستحسان ان القبضين متاثران لان كل واحد منهما قبض غير مضمون إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية قبائل القبضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لان قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض أمانة وقبض الضمان فلم يتاثر القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب في يده منغصوبا أو مقبوضا ببيع فاسد أو مقبوضا على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض وزيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهونا في يده ذكر في الجامع انه يصير قابضا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضا فيتاثران فتاب أحدهما عن الآخر لئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة والأقوى بنوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة ضمان الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدنه 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 الإبراء به ليصير قبض أمانة فيحتاج انس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه الهبة ويبقى قبض غير ضمان فتاثر القبضان فيتناوبان ولو كان ميبعا قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل أصلا وأساو القرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ولو نحل ابنه الصغير شيئا جاز ويصير قابضا مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عتیب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضا للصغير مع العقد وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحلي 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 الأنثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في الموارث للذكور مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضي الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ ينبغي للرجل أن يسوى بين ولده في النحلي ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روى أن بشير أبا النعمان أتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلته ابني هذا غلاما كان لي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام فارجمه وهذا اشارة الى العدل بين الاولاد في النحلية وهو التسوية بينهم ولان في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولو نحل 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 فاستقاع على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأدين والمتفقين دون الفسقة الفجرة

﴿فصل﴾ وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته وفي بيان ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض لان الهبة تملك 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 ثبت اللزوم ويتمتع الرجوع باسباب عارضه وقال الشافعي رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم في الاصل ولا يثبت الرجوع الا في هبة الولد خاصة وهي هبة الوالد لولده فنقول يقع

المراد به الهبة من الموهوب
سواء كان له في يده أو لم يكن
سواء كان له في يده أو لم يكن

المراد به الموهوب في قوله

حكم الهبة

الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ثبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافا للشافعي رحمه الله احيح بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسألة هبة الاجنبي 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 يعارض خلل في المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلا (ولنا) الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى واذا حيتيم بحية غيوبا باحسن منها أو ردوها والتحية وان كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهبة بالمال (قال القائل) * تحيتهم بيض الولاء بدينهم * لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى أو ردوها لان الرد انما يتحقق في الاعيان لا في الاعراض لانه عبارة عن اعادة الشيء وذا لا يتصور في الاعراض والمشارك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فباروى 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 مذهبتنا ولم يرد عن غيرهم خلافاه فيكون إجماعا ولان العوض المالى قد يكون مقصودا من هبة الاجانب فان الانسان قد يهب من الاجنبي احسانا اليه وانعاما عليه وقد يهب له طمعا في المكافأة والمجازاة عرفا وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعا قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروفا فاكافؤه فان لم تجدوا ما تكافؤنه فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافؤتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتهادى تقاعل من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه بعد الرضا والرضاء في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كافي البيع اذا وجد المشتري بالبيع عيبا لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء وذلك لا يجوز عندنا الا فيما يهب الوالد لولده فانه يحل له اخذ من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للاتفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لان حيث الحكم لان نفي الحل يحتمل 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 اباك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لان 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 اخذ مال ابنه عند الحاجة اليه لكنه سماه رجوعا لتصوره بصورة الرجوع مجازا وان لم يكن رجوعا 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 قبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لانها ليست

القاضي يهتد به
بغير علم

بموهوبة لا نعدم ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من ملك الواهب بأي سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لأن الملك يختلف بهذه الأشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لأن الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لأن الملك عرض يتجدد في كل زمان إلا أنه مع تجدد حقيقة جعل متجدداً تقدراً في حق المخل حتى برد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف المملكان واختلاف المملكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عيناً لم يكن له أن يرجع في عين أخرى فكذا إذا أوجب مملكا لم يكن له أن يفسخ مملكا آخر بخلاف ما إذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبدان للواهب أن يرجع فيها لأن الملك هناك لم يختلف لأن الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب إذا وهب له هبة وقبضها فللواهب أن يرجع لما قلنا وكذلك أن اعتق المكاتب لأن الملك الذي أوجبه بالهبة قد استمر بالعتق فكانه وهب له بعد العتق فإن عجز المكاتب ورد في الرق فللواهب أن يرجع عند أبي يوسف وعند محمد ليس له أن يرجع وهذا بناء على أن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالمولى يملك اكسابه بحكم الملك الأول أو يملكها لمكاتبه عند أبي يوسف يملكها بحكم الملك الأول فلم يختلف الملك فكان له أن يرجع وعند محمد يملكها لمكاتبه بدأ ففتح الرجوع (وجه) قول محمد أن ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لأن المكاتب صار أحق باكسابه بالكتابة فيبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكاً مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبي يوسف أن سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة إلا أنه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل إلى المتصور من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية بإدائه بدل الكتابة فإذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكاً مبتدأ ومنها موت الواهب لأن الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام في زيادة الهبة أنها لا تخلو إيمان كانت متصلة بالأصل وإيمان كانت منفصلة عنه فإن كانت متصلة بالأصل فإنها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أولاً بعمله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما إذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمت أودار أفني فيها أو أرضاً ففرس فيها غرساً أو نصب دولا بأ وغير ذلك مما يستتبعه وهو مثبت في الأرض مبنى عليها على وجه يدخل في بيع الأرض من غير تسمية قليلاً كان أو كثيراً أو كان الموهوب ثوباً فصعبه بمصفر أو زعفران أو قطعة قيصاً وخطه أوجبة وحشاه أوقباه لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الأصل مع الزيادة لأن الزيادة ليست بموهوبة إذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز أن يرد عليها التسخين ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً وإن صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله أن يرجع لأن المنع من الرجوع هو الزيادة فإذا لم يزد الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم وإن كانت الزيادة منفصلة فإنها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والتمر وغير متولدة كالارث والعرق والكسب والغسلة لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها التسخين وإنما ورد على الأصل ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع أنه يمنع الرد بالعيب لأن المنع هناك هو الر بالانه يبقى الولد بعد رد الأم بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابله عوض وهذا تحسيرا بالو معنى الر بالابتصو في الهبة لأن جريان الر باليختص بالمعاوضات بخازان يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة في سعر لا تمنع الرجوع لأنه لا تعلق لها بالموهوب وإنما هي رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع فلا تعتبر ضمان الرهن ولا الغصب ولا تمنع الرد بالعيب وأما نقصان الموهوب فلا تمنع الرجوع لأن ذلك رجوع في بعض الموهوب وله أن يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكافة فكذا إذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لأن قبض الهبة ليس قبض مضمون ومنها العوض لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الواهب أحق بهبته

ما لم يثبت منها أي ما لم يعرض ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض فإذا 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 تحلكتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافأتك أو
 جازيتك أو أنيتك وما يجري هذا الجري لأن العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة حتى
 لو وهب لسان شيئا وقبضه الموهوب له ثم إن الموهوب له أيضاً وهب شيئاً للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك
 ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة فثبت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في
 مقابلة الأول لا نعدم ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فثبت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في
 العقد مملو كما بذلك 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 بالتغيير 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 جاز أن يقع موقع العوض (وجه)
 قولهما أنهما مملوكا بعقدين متباينين جاز 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 يبدله الرجوع فصار الموهوب بأحد العقدين 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 يمنع وقوعه عن جهة أخرى كما لو باعه منه ولو وهب له شيئاً وتصديق عليه بشئ
 فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الأصولين (أما) على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
 فلا يشكل لانهما مملوكا بعقدين متفقين جاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدين أولى
 (وأما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فلان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقعت موقع العوض والثالث
 سلامة العوض للواهب فإن لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع في الهبة لأن بالاستحقاق تبين أن
 التعويض لم يصح فكانه لم يعرض أصلاً فله أن يرجع إن كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك ولم يزد خيراً ولم يحدث فيه
 ما يمنع الرجوع فإن كان قد هلك أو استهلكه الموهوب لم يضمنه كالموهوب أو استهلكه قبل التعويض وكذا إذا 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 إن 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 أن معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً
 فكان الثاني عوض عن الأول فالأول يصير عوضاً عن الثاني ثم لو استحق بعض الهبة الأولى 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 الا به في الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع
فكذا في الانتهاء بل أولى لان البقاء أسهل الا ان الواهب أن يردده و يرجع في الهبة لان الموهوب له غيره حيث
عوضه لا سقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فثبت 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 ليستقط 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 فللموهوب له أن يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل التسمية 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 له انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فثبت التسخير
في الزوائد وان قال الموهوب له ارد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطاً في
العقد بل هو 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 مستهلك يضمن 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 بمجانا وانما وقع بمبطلحق الرجوع في الاول فان لم يسلم المقصود منه بقى القبض
مضموناً فكما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع قيمته اذا هلك (وجه) الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد
في حكم الهبة مبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا اذا كان
الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل التسمية فاستحق بعضه (فاما) اذا كان مما يحتمل التسمية 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 رجع في العوض لان بالاستحقة اتي تبين ان الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتمل التسمية وذلك باطل
الثاني بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أطعنا يصح بما تصح به الهبة وبطل بما
تبطل به الهبة لا يخالفها الا في اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت حق الرجوع في الاولى ولا يثبت في الثانية (فاما)
فيما واعد ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتلك العين للخال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليستقط حق الرجوع
عن نفسه في الهبة الاولى فكانت هبة مبتدأة مستترة لحق الرجوع في الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عينا
فاحشالم يكن له أن يردده و يرجع في العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عينا لم يكن له أن يرد العوض و يرجع
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 بغيره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق
 عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها (واما) الموعوض 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 أذركاني 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 يقل 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 مما يتجزأ ألا
 ترى انه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف
 بخلاف العفو عن التصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل
 (واما) العوض المشروط في العقد فان قال وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلفت في ماهية
 هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ان عقده عقده هبة وجواز بيعه وجواز بيعه وانتهى
 حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع في
 سلته 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 لكل واحد منهما ما باليعب وعدم الرؤية ويرجع في
 الاستحقاق ونجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقده بيع وجواز بيعه ابتداء وانتهى
 وثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شرط قبض ولا يملك الرجوع (وجه)
 قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تمليك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلفت
 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 شبه الهبة ويثبت فيه حق الرد باليعب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملا
 شبه 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 يهب لولده احتج بما رواه ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته الا الوالد فيما
 يهب لولده وهذا نص في الباب (ولنا) ما رواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يهب
 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 روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
 اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة فدخلكم تحت النص وروى 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 لكن ساءه رجوعه بما عجز التصوره بصورة الرجوع كما روى أن سيدنا عمر رضي الله
 عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجدته 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 ساءه عودا لتصوره
 بصورة العود وهو نهى نذب لان الموهوب له يستحق فيسأحه في ثمنه فيصير كالراجعي بعرضه والرجوع مكره وهذا

المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده لأن الولد لا يستحق عن المضايقة في الثمن لاستيفاء الثمن لمبايعة بينهما عادة فلم يكره
 الشراء حملناه على هذا توفيقاً بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى
 الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض وكذا إذا وهب لذي رحم محرم له لا لعدم معنى الصلة أصلاً
 ولو وهب للعبد ذي رحم ومولاه أجنبياً (فأما) ان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً (وأما)
 ان كان المولى والعبد جميعاً ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذارحم محرم من الواهب والمولى أجنبياً فله أن
 يرجع بلا خلاف بين أصحابنا لأن حكم العقد يقع للمولى وإنما الواقع للعبد بصورة العقد بسلاحكم وأنه لا يفيد معنى
 العلة فإندم معنى العوض أصلاً وان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً اختلفوا فيه قال أبو حنيفة
 رضى الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قولهما أن بطلان حق الرجوع بمحصول
 الصلة لانهما في معنى العوض على ما بيننا ومعنى الصلة انما يتحقق لو وقع الحكم للتقريب والحكم وقع للمولى فصار
 كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداءً وأنه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن الملك
 لم يثبت للمولى بالهبة لانهما وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وإنما ثبت ضرورة تعدد الانبات
 للعبد فأقيم مقامه واذ ثبت 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 لأن الايجاب أضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذا لم يكن دين
 فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذي رحم محرم فان كانا جميعاً ذارحم محرم من الواهب فقد ذكر
 الصخرى عن محمدان قياس قول أبي حنيفة أن يرجع لأن قرابة العبد لا تؤثر في إسقاط الرجوع لأن الملك لم يقع
 له وقرابة المولى أيضاً لا تؤثر فيه لأن الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الأصل في الهبة والامتناع معارض المسقط
 ولم يوجد فلا يسقط وذكره الفقهاء أبو جعفر الهندي وانى انه ليس له أن يرجع في هذه المسئلة في قولهم لأن الهبة اما أن
 يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحمة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر
 هنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعاً واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم
 وعلى هذا التفرع اذا وهب لمكاتب شيئاً وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب انه ان
 أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها ان كان أجنبياً يرجع وان كان قريباً لا يرجع لانه لما أدى فعتق استقر
 ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبياً وان كان قريباً لا يرجع كذا هذا وان
 عجز ورد في الرق بقياس قول أبي حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها ان كان أجنبياً فلو وهب أن
 يرجع وان كان قريباً فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أو جرت ملكاً موقفاً 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 لأن صلة الزوجية تجرى مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها
 التوارث في جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة ما نعمة من الرجوع فكذا ما يجرى مجراها
 الثالث التوارث فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة
 ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها الحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن
 عوضاً في الحقيقة اذا العبد لا يستحق على مولاه عوضاً ولو تصدق على غنى فالقياس أن يكون له حق الرجوع لان
 التصديق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع الا أنهم استحسنوا وقالوا ليس له
 ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصيب يجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في

يده في الصدقة عليه ثواب واذا كان الثواب مطلوباً من ذلك في الجملة فاذا أتى بلفظة الصدقة دل أنه أراد به الثواب
وانه يمنع الرجوع لما بيننا (وأما) الشيوع فنقول لا يمنع الرجوع في الهبة فالوهاب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً
وان كان محتماً للتسمة بان وهب داراً فباع الموهوب له نصفها مشاعاً كان للوهاب أن يرجع في الباقي وكذلك البيع
نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلية أنها لا تجوز في المشاع
الذي يحتمل التسمة لأن القبض شرط جواز العقد والشياع يحل في القبض الممكن من التصرف والرجوع فسخ
والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعاً من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً
فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضى فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضى
فمسائل أصحابنا تدل على أنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء فاتهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل التسمة
ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع وكذلك لا تنفحته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لو وقف محته على القبض
وكذا لو وهب لانسان شيئاً ووهبه 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 زفر أنه 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 محمد في كتاب الهبة ان الموهوب له اذا رد الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث
وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) ان الواهب بالفسخ يستوفى حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضى
والدليل على أنه مستوفى حق نفسه بالفسخ ان الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً له فلا
يتوقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضى انه يعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث لأنه لا حق
للمشترى في الفسخ وإنما حقه في صفة السلامة فاذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم
موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضى (وأما) ما ذكره محمد من 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 يدل
على اختلاف الروايتين لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لسكون المريض منهما 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 قائماً
فسخ في حق العاقدين بيع جديدي في حق غيرهما واذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب
ويملكه الواهب وان لم يقبضه لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع
الموهوب 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 إلا بالتعدي
كسائر الامانات ولو لم يتراضى على الرجوع ولا قضى القاضى به ولو كان الموهوب له وهب الموهوب للواهب
وقبله الواهب الاول لا يملكه حتى يقبضه واذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضى أو بقضاء القاضى وليس للموهوب
له أن يرجع فيه وكذا الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك
الواهب لا يزول الا بالقبض بخلاف ما اذا تراضى على الرجوع ان الواهب يملكه 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 القاضى أو التراضى
على ما بيننا 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 يقع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه مرهوناً وما يبطل به الركن وما لا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أماركن عقد الرهن فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بمالك على من الدين أو يقول هذا الشيء رهن بدينك وما يجزى هذا المجزى ويقول المرتهن ارهنت أو قبلت أو رضيت وما يجزى مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئاً بدينهم ودفع إلى البائع ثوباً وقال له أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه أي 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 إلى وقت لأن في الرهن والارتهان معنى الإيفاء والاستيفاء فيشبهه البيع وأنه لا يحتمل التعليق بشرط والاضافة إلى وقت كذا هذا (وأما) الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من الجنون والصبي الذي لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لأن ذلك من توابع التجارة فيملكه من تلك التجارة ولأن الرهن والارتهان من باب إيفاء 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 ورهنته به درعه وكان ذلك رهناً في الحضر ولأن ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين يوجد في الحالين وهو الرهن عن نوء الحق بالوجود والانكار وتذكرة عند السهو والتسيان والتخصيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج الكلام من مخرج العادة كقوله تعالى فكانت يوهان علمت فيهم خيراً (وأما) الذي يرجع إلى المرهون فأشياء (منها) أن يكون محلاً قابلاً للبيع وهو أن يكون موجوداً وقت العقد مالا مطلقاً متقوماً مملوكاً معلوماً متقدراً 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 تداً أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الحاربه ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لا نعدام ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والحرام لأنه ميتة ولا رهن الحر لأنه ليس بمال أصلاً ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لأنهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالاً مطلقة ولا رهن الخمر والخمر من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلم لأن نعدام مالية الخمر والخمر يربح في حق المسلم وهذا لأن الرهن إيفاء الدين والارتهان استيفاءه ولا يجوز للمسلم إيفاء الدين من الخمر واستيفاءه إلا أن الراهن إذا كان ذمياً كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لأن الرهن إذا لم يصح 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 والخمر وارتهانها منهن لأن ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخمر والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والخطب والحشيش ونحوها لأنها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكاً للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير إذنه ولا يتشريع كلاب والوصى رهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لأن الرهن لا يخلو (أما) أن يجزى مجزى الأبداع (وأما) أن يجزى مجزى المبادلة والاب يلى كل واحد منهما في مال الصغير فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فإن هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الالب هلك بالاقبل من قيمته ومما رهن به لأن الرهن وقع محجواً وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الالب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن لأنه 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 عليك الولد نقضه ولكن
 يؤمر الأب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا
 ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكة الأب قضاء الدين كله فكان
 مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الأب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار
 من إنسان عبده ليرهنه بدين نفسه فمن ثم ان المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن أنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير
 لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصى في جميع ما ذكرنا حكم الأب وإنما يفتقران في فصل آخر وهو أنه يجوز للأب
 أن يرهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير وإذا هلك بهك بالآقل من قيمته ومن الدين وإذا أدرك الولد ليس له أن
 يسترده إذا كان الأب يشهد على الارتهان وإن كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الإدراك إلا بتصديق الولد
 ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه وبحسبه لاجل الولد وإذا هلك بعد ذلك فهلك بالآقل من
 قيمته ومن الدين إذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وإن كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق إلا أن يصدق الولد بعد
 الإدراك والوصى لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشك لأنه لا يرى بيع مال
 اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما إن كان يجوز البيع والشراء لكن إذا كان خيرا
 لليتيم ولا خيره في الرهن لأنه يهلك أبدا بالآقل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجوز رهن
 مال الغير بأذنه كما لو استعار من إنسان شيئا ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا أن الرهن إغناء الدين وقضاؤه والإنسان
 بسبيل من أن يقضى دين نفسه بمال غيره بآذنه ثم إذا أذن المالك بالرهن فآذنه بالرهن لا يخلو ما إن كان مطلقا وما إن كان
 مقيدا فإن كان مطلقا فالمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأى جنس شاء وفي أى مكان كان ومن أى إنسان
 أراد ولأن العمل باطلاق اللفظ أصل وإن كان مقيدا بان سمي قدرا أو جنسا أو مكانا أو انسا نابتقيد به حتى لو
 أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجوز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لأن المتصرف بآذنه بتقيد تصرفه بقدر الأذن والأذن لم
 يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالأكثر ولا بالآقل أيضا لأن المرهون مضمون والمالك إنما جعله مضمونا بالتقدير وقد
 يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقيد به مفيدا وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجوز له أن يرهنه بجنس آخر لأن
 قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أسرى من بعض فكان التقيد بالجنس مفيدا وكذا إذا أذن له أن يرهنه بالكوفة
 لم يجوز له أن يرهنه بالبصرة لأن التقيد بمكان دون مكان مفيد فالتقيد بالمكان المذكور وكذا إذا أذن له أن يرهنه من
 إنسان بعينه لم يجوز له أن يرهنه من غيره لأن الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيدا فإن خالف في شيء مما
 ذكرناه فهو ضامن لقيمته إذا هلك لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن
 لأن الرهن لم يصرح بقبض المرهون في يده بمنزلة المقتضوب فكان له أن يأخذ منه وليس لهذا المستعير أن ينتفع بالمرهون
 لا قبل الرهن ولا بعد الا فتكك فان فعل ضمن لأنه لم يأذن له إلا بالرهن فان انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته
 يرى من الضمان حين رهن ذكره في الاصل لأنه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان
 كما لو ادع إذا عاد إلى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما إذا استعار العين لينتفع بها خالف ثم عاد إلى الوفاق أنه
 لا يبرأ عن الضمان لأن المستعير للانتفاع ليست يده المالك بل يده نفسه حيث تعود المنفعة إليه فلم تكن بالعود إلى
 الوفاق راد للمال إلى المالك فلا يبرأ عن الضمان (فأما) المستعير للرهن في يده قبل الرهن بدمالك فإذا عاد إلى الوفاق
 فقد رد المال إلى المالك فيبرأ عن الضمان وإذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لأنه
 هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان وكذلك إذا هلك في يده بعد
 ما افتك من يد المرتهن لأنه بالافتكك من يد المرتهن عارية فكان الهلاك في قبض العارية ولو وكل الراهن معنى
 المستعير قبض الرهن من المرتهن أحد اقتبضه فهلك في يد القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لأن يده كيد

والمالك رضى بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيدته فلم يكن المالك راضياً بيده وان هلك في يد المرتهن وقدرهن على الوجه الذي اذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذ الرهن قضاء الدين وبتعذر 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 لان قضاء دين نفسه بمال الوديعة باذن صاحبها فاقضى يكون مضموناً عليه وما لم يقبض يكون امانة في يده فان عجز الراهن عن الاقضاء فافتكاك المالك لا يكون متبرعاً ورجوع بجميع ما قضى على المستعير وذكر الكرخي انه يرجع بقدر ما كان يملك الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعاً فيها حتى لو كان المستعير رهن بأقربين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بأقربين 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 يفك 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 يتمتع من قبض الدين من المعير ويجبر على القبض ويسلم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخص 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 او بعدما افتكته 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 المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والاصل 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 بحث عندنا وعندنا لا يثبت كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى فدل ذلك على القبض مقرراً وبأنه ركز الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضى أن يكون القبض فيه شرطاً صيانة نظيره تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقداً على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو اراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهناً ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد ادخله في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقداً على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا قبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان 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 في الاول لتراضيهما في جواز 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 رهننا وسلط عدلاً على بيعه عند الحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة

التوكيل لا تنفحته على القبض فصح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل
والو كالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا في الامساك وعدلا في البيع جاز لان كل واحد منهما امر متصود 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 كما في الهبة في شبهه القبول والابحوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم قول الاذن نوعان نص وما يجري
بجري النص دلالة فالاول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو قبض وما يجري هذا الجري 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 بحضرة 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 كالتبول 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 يثبت 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 ففصل وقبض فان قبض بغير 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) الحيابة
عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجه) قوله ان الشباع
لا يقدح 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 والشروع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن في النصف
الشباع بتخلية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشباع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه
وسواء كان مشاعا محتمل القسمة أولا لا يحتملها لان الشروع يمنع تحقق قبض الشباع في النوعين جميعا بخلاف الهبة فان
الشروع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا في كتاب الهبة وانه
يخص المتسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ما ذكرنا ان شاء الله تعالى وسواء كان مقارنا للعتد أو طرا عليه
في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشروع الطارى 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 شائعا أو استحق بعض الرهن
شائعا (وجه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا الفرق
الشرع بين الطارى والمقارن في كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والابق الطارى ونحو ذلك فكون الحيابة شرطا
في ابتداء العتد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشروع مانعا
عن تحقق القبض في النصف الشباع وهذا المعنى موجود في الطارى فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا
عبد ادين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى 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 ان 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

رهنا 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 بقى شيء من الدين بقى استحقاق الحبس وكذلك اذا رهن رجل رجلاين بدين لهما عليه وهما شرى كان فيه أو لا شركة
 بينهما جاز واذا قضى الرهن 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 غير لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على
 أصل أنى حنيفة عليه الرحمة انها غير جائزة لان الهبة تملك وتعليق 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 لا بحصته حتى
 لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيستقط من كل واحد منهما قدره لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا
 الدين من ماله الرهن وانه لا يقبل الاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيستقط من كل
 واحد منهما قدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بان اشترى رجلا 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 بقى جزء من الثمن بقى استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز
 لانعدام الشيوع وعلى هذا الاصل يخرج زيادة الدين على الرهن انها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة
 الكلام في الزيادات انها أنواع أربعة زيادة الرهن وهي نمائة كالولد والدين والتمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن
 أو في حكم المتولد منه بان كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو في حكم الجزء 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 ولدت أم ماتت الجارية ثم زاد رهنا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما اذا رهن عبدا بألف ثم ان الرهن
 استقرض من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بالاول والزيادة جميعا (أما) زيادة الرهن فمرهونة عندنا على
 معنى انه يثبت حكم الاصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعي رحمه الله ليست بمرهونة
 أصلا والمسئلة تأتي في بيان حكم الرهن ان شاء الله تعالى (وأما) زيادة الرهن فحائزة استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو
 قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثمن وقد مررت المسئلة في كتاب البيوع (وأما) زيادة الرهن
 على نماء الرهن بعد هلاك الاصل فهي موقوفة ان بقى الولد الى وقت الفكك جازت الزيادة وان هلك لم تجز لانها اذا
 هلكت تبين انها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (وأما) 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 لتحقق بأصل العقد
 كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عبدين ابتداء وذا جائز كذا هذا (وجه) قوله ان
 هذه الزيادة لو سحقت لا وجبت الشيوع في الرهن وانه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك انها لو سحقت لصار بعض العبد
 بمقتضاها فلا يخلو (أما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقائه مشغولا بالاول (وأما) 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 بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف
 زيادة الرهن على أصل الرهن لان الزيادة هناك لا تؤدي الى شيوع الرهن بل الى شيوع الدين لان قبل الزيادة
 كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فيرجع

الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع في الدين لا يمنع صحة الرهن وفي الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا
 بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجوز لذلك افترق حكم الزيادة ولو رهن مشاعا قسم وسلم جاز لان
 العقد في الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فاذا وجد قد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون
 المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الزاهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها
 من المتاع أو رهن جوادون ما فيه وسلم الجواد أو سلمه مع ما فيه لم يجوز 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 فيها دون 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 صفة واحدة وخلي بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز
 الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفة 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 يجوز
 الرهن في الدار وجاز في المتاع سواء قدم أو آخر 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 الزاهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا او الزاهن والمرهون في جوف الدار فقال الزاهن
 سلمتها 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 الخرج 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 سر جاعلى دابة
 أو لجاما في رأسها أو رسن في رأسها فدفعت اليه الدابة مع اللجام والسر والرسن لم يكن رهنا حتى يترعه من رأس الدابة ثم
 يسلم بخلاف ما اذا رهن متاعا في الدار لان السر ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن
 التمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس تبع للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سر ج أو لجام دخل ذلك في
 الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها أو مهيمة واستثنى ما في بطنها انه لا يجوز
 الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلانه لو جاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلان استثناء
 ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشرط الفاسد كالباع بخلاف الهبة ولو أعتق ما في بطن جارية
 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 متبذرا 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 التمر أو التمر بدون الشجر انه لا يجوز
 سواء سلم المرهون بتخليص الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جاز التمر
 وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم
 متفرقا جاز وان فرق الصفة بأن 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 آخر بخلاف الفصل الاول لان المانع في الفصلين مختلف

فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل هو الاتصال وانه لا يختلف والمانع من صحة القبض في الفصل الاول هو الشغل وانه يختلف مثال هذا اذ ارهن 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 اذ ارهن صوفا على ظهر غنم بدون الغنم انه لا يجوز لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جزه وسلمه جاز لان المانع قد زال وعلى هذا ايضا اذ ارهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغه جاز لما قلنا بخلاف ما اذ ارهن ما في بطن جارية او ما في بطن غنمه او ما في ضرعها او رهن سمناء في لبن او دهناء في سمس أو زيتا في زبون او دقيقا في حنطة انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة او عند استخراج ذلك قبض لان العقد هناك لم ينقضي أصلا لعدم الحمل لكونه مضافا الى المدوم ولهذا لم ينقضي البيع المضاف اليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منقذ موقوف فآذنه على صحة التسليم بالفصل والتميز فاذا وجد فقد زال المانع ولو رهن الشجر بمرأضه من الارض جاز لان قبضه ممكن ولو رهن شجرة او فيه 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 ما هو 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 او هذه الارض او هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيئا دخل فيه كل ما كان متصلا به من البناء والغرس لان ذلك يدخل في البيع مع ان القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل في الرهن أولى الا انه يدخل فيه الزرع والتمر ولا يدخل في البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع انه لا يدخل في رهن الدار ويدخل الثمر في رهن الشجر لان الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر الى الباقي ان كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء فلا يفسد الرهن فيه وان كان مما لا يجوز رهنه ابتداء ففسد الرهن في الكل لانه لما استحق بعضه تبين ان العقد لم يصح في القدر المستحق وانه لم يقع الاعلى الباقي فكانه رهن هذا القدر ابتداء فينظر فيه ان كان محملا لابتداء الرهن ببق الرهن فيه والافسار في الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداء لانه اذا بقي الرهن فيه ببق بحصته حتى لو هلك الباقي بهلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين واذا رهن الباقي ابتداء وفاء بالدين فهلك بجميع الدين وان شئت ان تجعل الحيازة شرطا مفردا وخرجت المشاع على هذا الاصل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تخير بجه عليه مستتباً فاقم ومنها أهلية القبض وهي العقل لانه يثبت به أهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلان تبت به أهلية الشرط أولى وأما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وانه يحصل بصحبة الراهن بين المرهون والمرتهن فاذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يشترط معه النقل والتحويل فلم يوجد لا يصير قابضاً وجه هذه الرواية ان القبض شرط صحة الرهن قال الله تبارك وتعالى فراهان مقبوضة ومطلق القبض ينصرف الى القبض الحقيقي ولا يصح ذلك الا بالنقل فاما التخلي فقبض حكماً لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض في العرف والشرع أما العرف فان القبض رد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعتار يقال هذه الارض أو هذه القرية أو هذه الولاية في يد فلان فلا يفهم منه الا التخلي وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فان التخلي في باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشرعية فيكتفى به وأما بيان أنواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الاصاله ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق الاصاله فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وأما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض أما الذي يرجع الى القابض فنحو قبض الاب والوصي عن الصبي وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض

المرتهن حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن لان نفس القبض مما يحتمل النية ولان قبض الرهن قبض
 استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النية وأما الذي يرجع الى نفس القبض فهو ان المرهون اذا كان مقبوضا
 عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالاصل فيه ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبة ان القبضين اذا تجانسا ناب
 أحدهما عن الآخر وإذا اختلفا ناب الاعلى عن الادنى وقد بينا فقه هذا الاصل وفروعه فيما تقدم وان شئت
 عددت الحيازة والقراغ والتميز من شرائط نفس العقد فقلت ومن شرائط صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا
 وبنيت المشاع عليه وان شئت قلت ومنه اذ وام القبض عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وبنيت عليه
 المشاع (ولنا) في اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فلهان مقبوضة أخيرا لله 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 أي حبيسة بكسبها فيقتضى ان يكون محبوسا مادام مرهونا
 والشيوخ يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل التسمية أو فيما لا يحتملها لان الشيوخ يمنع اقامة
 القبض فيها 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 و يوما بحكم الرهن فتختلف جهة القبض
 والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ويصير كانه رهنه يوما و يوما لا يجوز وعلى هذا أيضا
 يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لان اتصاله بعين المرهون يمنع من اقامة القبض عليه وانه شرط جواز
 الرهن ومنها ان يكون فارغا ما ليس بمرهون ومنها ان يكون منفصلا مما زعم ليس بمرهون وخرجت على كل واحد
 منهما مسائل 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 شرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عندهلاكه أو بمعنى
 استيفاء الواجب ولستنا نعني بالمضمون سوى ان يكون واجب التسليم على الزاهن والمضمون نوعان دين وعين أما
 الدين فيجوز الرهن به بأي سبب وجب من الاتلاف والغصب والبيع ونحوها لان الدين كلها واجبة على اختلاف
 أسباب وجوبها فكان الرهن به رهنا بمضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله
 كراس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الدين وجه
 قوله ان سقوط الدين عندهلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق
 الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند الجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلطين الجنس عادة فلا يكون القول
 بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن مما يحتمل الاستبدال وهذه
 الدين كالا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرهن ان شاء
 الله تعالى واستيفاء هذه الدين ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعي الجانسة قلنا الجانسة تامة من وجه لان الاستيفاء
 يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالية جنس واحد وقد يستقط اعتبار الجانسة من
 حيث الصورة ويكتفي بطلاق 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 الدين فان هلك
 الرهن في المجلس ثم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان لم يملك حتى افتراق بطلا
 لغوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس وأما العين فنقول لا خلاف في انه لا يجوز الرهن بالعين التي هي
 أمانة في يد الراهن كالوديعة والعارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فانها ليست بمضمونة أصلا

وأما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عندها كما كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة ولا خلاف في انه يجوز الرهن به وللمرتهن ان يجبس الرهن حتى يسترد العين فان هلك المرهون في يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للرهن 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 كالمبيع في يد البائع ليس هو مضموناً بنفسه الا ترى انه لو هلك في يده لا يضمن شيئاً بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشتري اذا هلك قبل 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 ايضاً ضمان الاقل بهلاك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل المبيع لان اهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري ان يرد الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الردها يهلك بضمانه وهو الاقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لانه وان هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقتضىه فكان بطلانه بعوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يصح الرهن وبه اخذ الكرخي وجه رواية الحسن ان قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يصح 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 مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها واشترى شيئاً بدراهم بعينها فاعطى بهارنا لم يحجز عندنا بثلاثة ثلثة رضى 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 المعين مضموناً فلم يحجز الرهن به وعندنا يتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان المعين مضموناً فخاز 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 بمقتضىه ولا يجوز الرهن بالشفعة لان الشفعة ليست بمضمونة على المشتري بدليل انه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقتضىه فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يحجز ولا يجوز الرهن بالبعد الجاني والبعيد المسدود لانه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقتضىه فلم يكن مضموناً أصلاً فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة النائمة والمعنية بان استأجر مغنية أو نائمة وأعطاهما بالاجرة رهناً لان الاجارة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يحجز ولو دفع الى رجل رهناً لقرضه فهلك الرهن قبل ان يقرضه يهلك مضموناً بالاقل من قيمته ومما سمي من القرض وان حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه في حكم المضمون لانه قبض الرهن لقرضه 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 ان 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 يثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فان الكفالة بما يصير مضموناً في

الثاني جائزة كما اذا كفل بما يدوب 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 أشبه البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالبيع ولان القياس يأتي جوازهما جميعا لان كل واحد منهما يستدعي مضمونا الا ان 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 بمسئلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لا اخرضت لك مالك على فلان اذا حل بحوزة 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 هنالك 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 يوجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وصححت الكفالة لانها لا تستدعي 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 يعني 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 فجدد المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسمائة وأعطاه بهارها يساوي خمسمائة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وأنه لم يكن للمدعى عليه شئ ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسمائة لان الدين كان ثابتا على الراهن من حيث الظاهر الا ترى انها لو اقتصما الى القاضى قبل أن يتصادقا ان القاضى يجبر المدعى عليه على ايفاء الخمسمائة فكان هذا رهنا بما هو مضمون ظاهرا فيصح يدل عليه أن الرهن بجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلا يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبي يوسف انه لا يضمن شيئا لهما المتصادقا على أنه لم يكن عليه شئ وتبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلا فلم يصح وكذا ذكر في الجامع اذا اشترى من رجل عبدا بالف درهم وقبض العبد وأعطاه بالالف رهنا يساوي القأ فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده فهلك مضمونا لان الالف كانت مضمونة على الراهن فظاهر أفتقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا الواشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم واشترى دنانير خل وأعطاه بالثلث رهنا فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والخل حمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبدا انسان خطأ وأعطاه بيمته 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 أو المضارب هلاك الودعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا على مال واخذ رب المال بالمال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على ان الودعة 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 بالتقصاص في النفس ومادونها انه لا يجوز لانه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجنابة لان استيفاءه من الرهن ممكن 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 بالنفس فانه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن
 ﴿فصل﴾ وأما حكم الرهن فتقول والله التوفيق الرهن نوعان صحيح وقاسد (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 الفكك أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام الى وقت الفكك وكون
 المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل اللزوم الى وقت الفكك والعبارة متفقة المعاني في متعارف الفقهاء (والثاني)
 اختصاص المرتهن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذا الحان أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم
 المرهون عند الافتكك وقال الشافعي رحمه الله الحكم الاصلى للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون
 وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء (فاما) حق حبس المرهون فليس يحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شياً يمكن
 الانتفاع به بدون استهلاكه كان للرهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان
 شيئاً لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للرهن أن يسترده من يده اصحح بما روى عن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنته له
 غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يعلق أى لا يحبس وعندكم بحبس 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 وحبساً ولان الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد
 معنى الوثيقة لانه يكون في يده دائماً وعسى يهلك فيستقط الدين فكان توثيقاً للدين لا توثيقاً له ولان فيما قلتم 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 نهاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا)
 قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فإرهنوا من أموالكم مقبوضاً أخبر الله تعالى بكون الرهن مقبوضاً وأخباره سبحانه
 وتعالى لا يحتمل الخلل فاقضى 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 العتد عليها رهناً
 وأنه يبنى عن الحبس لغة كان مادله عليه اللفظ لغة حكاه شرعاً لان للاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ
 الطلاق والعناق 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 عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء
 الدين في أسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن تواء حتمه بالجحود 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 رهنته تفسير
 لقوله لا يعلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى ثقته وكنفه وقوله ان ما شرع
 له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حتمه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطرفين لا يتوى بل يصير مستوفياً والاستيفاء
 ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فالهلاك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فالهلاك ليس
 يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لان نفس الحبس وقوله فيه تسيب ممنوع فان بعث الرهن مع التسليم يصير
 الراهن موفياً دينه في حق الحبس والمرتهن يصير مستوفياً في حق الحبس والافاء 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 فتقول والله التوفيق

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخدماً وركوباً ولبساً وسكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف فمماذا البيع على اجازة المرتهن ان اجازة جاز لان عدم التفاد لمكان حقه فاذا رضى ببطلان حقه زال المانع فتغذو وكان الثمن رهناً سواء شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهناً أولاً في جواب ظاهر الرهن وروى عن ابي يوسف أنه لا يكون رهناً الا بالشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع الا أنه اذا شرط عند الاجازة أن يكون مرهوناً فلم يرض بزوال حقه عنه الا ببدل واذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلاً (وجه) ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه ما زال حقه بالبيع 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 مقبوضاً وان رده بطل لما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على اجازة المرتهن ان رده بطل وله أن يعيده رهناً وان اجازة جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤاجر من اجنبي بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجازة ولان الاجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان اجازة جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجازة اذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له وولاية قبض الاجرة له أيضاً لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة رهناً لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهوناً (فاما) الثمن في باب البيع فبديل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدلها مرهوناً وكذلك لو آجره من المرتهن سحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد المرتهن القبض للاجارة (أما) صحة الاجارة وبطلان الرهن فلماذا ذكرنا (وأما) الحاجة الى تجديد 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 غاصباً بالمنع وليس له أن يعيره من اجنبي بغير اذن المرتهن لما ذكرنا فلو آغار وسلم فللمرتهن أن يبطل الاعارة ويعيده رهناً وان اجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا اذا آغار به باذن المرتهن بخلاف ما اذا آجره فجاز المرتهن أو آجره باذنه أنه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم الا ترى ان أحد العاقدين لا ينفرد بالتسخ 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 وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حتى لو كان الرهن عبد ليس له أن يستخدمه وان كان دابة ليس له أن يركبها وان كان ثوباً ليس له أن يلبسه وان كان داراً ليس له أن يسكنها وان كان مصحفاً 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 غاصباً وليس له أن يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تملك العين فلا يملك المرتهن من غير اذن الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان اجازة جاز وكان الثمن رهناً وكذا اذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهناً سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون ديناً والثمن ديناً في ذمة المشتري فكيف يصلح رهناً (والجواب) أن الدين يصلح رهناً 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 رهناً كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل الاجازة لم يحجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الاجازة والراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن

المشتري لأن كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فان ضمن المرتهن جاز البيع واثن
للمرتهن وكان الضمان رهنا لانه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملكه نفسه فجاز وكان اثن لانه بدل ملكه والضمان
يكون رهنا لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل انما يجوز البيع بتضمين المرتهن اذا سلم الرهن الى المشتري أولا
ثم باعه منه فأما اذا باعه ثم سامه فانه لا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لانه سبب وجوب الضمان وملك
المضمون تلك 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 بتضمين المشتري لم يتبين أن
المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون ويرجع المشتري على البائع باثن 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 جاز وبطل
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 وأما 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 الضرر 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 وبطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الاجارة للراهن ولا تكون
رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لان القبض من حقوق العتد والعاقده هو المرتهن ولا يعود رهنا اذا اقتضت مدة
الاجارة لان العتد 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 لأنها بدل من 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 اجرة 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 الغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير اذنه لما ذكرنا في الاجارة فان أعاره
وسامه الى المستعير فالراهن أن يبطل الاعارة فان هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء
ضمن المستعير وأما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فسلانه
ملكه بالضمان فتبين أنه أعاره ملكه (وأما) المستعير فلان الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الاجارة (وأما) كون
الضمان رهنا فله بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عا درهنا كما كان لانه عاد الى الوفاق
فالتحقق الخلف 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 الفرق وليس له أن يرهنه بغير اذن الراهن لانه لم يرض بحبس غيره فان
فعل فالراهن الاول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده الى المرتهن الاول لان الرهن الثاني لم يصح 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 ملكه المرتهن الاول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك في يد المرتهن

الثاني مهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الاول بما ضمن وبدينه (أما الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه) (وأما الرجوع بدينه فلان الرهن الثاني لم يصح فيبقى دينه عليه كما كان وان رهن عند الثاني باذن الراهن الاول جاز الرهن الثاني وبطل الرهن الاول (أما جواز الرهن الثاني فسلان 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 يرض 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 وخادمه وأجيريه الذي يتصرف في ماله لان يده هؤلا كيد الاترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده والاصل في هذا أن للمرتهن ان يفعل في الرهن ما يمد حفظه وليس له أن يفعل ما يمد 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 لافي الاستعمال ويستوى فيه النجسي واليسري لان الناس يخطفون في التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم في النجسي ومنهم من يتجمل به في اليسري فكان كل ذلك استعمالا ولو جعله في قبضة الاصابع فهلك هلاك الرهن لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا استعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه الى العرف والعادة فان كان اللباس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به فهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولورهنه سيفين فتقديهما يضمن ولو كانت السيوف ثلاثة فتقديها لم يضمن لان التمسك بسيفين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال (فأما بالثلاثة فليس بمعتاد فكان حفظا استعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا يضمن وان جعله على عاتقه فهلك مهلك رهنا لان الاول استعمال والثاني حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضي لان يبيع ما يخاف الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضي 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 بإفناء الدين مع قيام عقد الرهن اذ لم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإفناء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال 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 بحقك الى وقت كذا والا فبولك بدينك أو ببيع محقق لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يجبس 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 للعديل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والسكلام في العديل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان مال العديل أن يفعله في الرهن وماليس له أن يفعله فيه والثاني في بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح والثالث في بيان ما ينزل به العديل يخرج عن الوكالة وما لا ينزل (أما الاول فنقول وبالله التوفيق للعديل 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 بيده صاحبه حيث وضعاه في يد العديل ولودفعه الى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده الى يد العديل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العديل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع

بالرهن ولأن يتصرف فيه بالاجارة والاعارة والرهن وغير ذلك لان الثابت له بالوضع في يده هو حق الامسالك
 لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا الا اذا كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن أو متأخراً عنه فله أن يبيعه
 لانه صار وكيلاً بالبيع الا أن التسليط اذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن واذا كان متأخراً عن العقد
 يملك لما ذكرنا وله ان يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها موهبة تبعاً للاصل وكذا له أن يبيع ما هو قائم
 مقام الرهن نحو ان كان الرهن عبداً اقتله عبد أو قاضياً عينه لانه اذا قام مقامه جعله كالاول قائم ثم اذا سلطه على
 البيع مطلقاً فله أن يبيعه باى جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما و باى قدر كان بمثل قيمته أو بأقل منه قدر
 ما يتغابن الناس فيه وبالتقد والتسيئة عند أى حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الاجل لان الامر بالبيع مطلق واذا باع
 كان الثمن رهناً عنده الى أن يحل الاجل لان ثمن المرهون مرهون فاذا حل الاجل أو في دين المرتهن ان كان من
 جنسه وان سلطه على البيع عند الغل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند
 الغل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أى حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهي
 مسألة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع باى ثمن كان عند أى حنيفة وعند أى يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا
 يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير الا أنهم يجوز اماً في مسألة السلم بجنس المسلم فيه لان الامر
 بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب الى القضاء منه ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فانها عند عقد
 الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لان التوكيل حصل مقيداً فيلزمه مراعاة القيد متأخراً اذا كان التقييد مفيداً وهذا
 النوع من التقييد مفيد ولو نهاه متأخراً عن العقد لم يصح نهيها لان التقييد المتراخي ابطال من حيث الظاهر كالتخصيص
 المتراخي عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخاً لا بياناً واذا كان ابطالا لا يملكه الراهن كما لا يملك
 ابطال الوكالة الثابتة عند العقد بالزول ثم اذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهناً لانه صار ملكاً للمشتري وصار ثمنه
 هو الرهن لانه قام مقامه سواء كان مقبوضاً أو غير مقبوض حتى لو توى عند المشتري كان على المرتهن وبهلك بالاقبل من
 قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر الى قيمة المبيع بل ينظر الى الثمن بعد البيع لان الرهن انتقل الى الثمن وخرج المبيع عن
 كونه رهناً فعتبر قيمة الرهن ثم ان باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وان باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين
 وقضى الدين منه لانه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن
 ثم استحق في يد المشتري فله المشتري أن يرجع بالثمن على العدل لان العاقد هو وحقوق العقد في باب البيع ترجع الى
 العاقد والعدل بالخيار ان شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وان شاء يرجع بما ضمن
 على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن
 قبض الثمن من المرتهن لم يصح فله أن يسترد منه واذا استرده عاد الدين على حاله (وأما) الرجوع بما ضمن على
 الراهن فله أن يرجع بالعهد عليه واذا رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لانه صح قبضه هذا اذا سلم الثمن الى المرتهن فان
 كان هلك في يده قبل التسليم ليس له أن يرجع الا على الراهن لانه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهده عمله عليه
 في الاصل لا على غيره الا أن له أن يرجع على المرتهن اذا قبض الثمن لما ذكرنا فاذا لم يقبض وجب العمل بالاصل فيرجع
 على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن
 المشتري وجد به عيباً كان له أن يرد على العدل لان الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع الى العاقد والعاقد هو العدل
 فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي أعطاه والعدل بالخيار ان كان رده عليه بقضاء القاضي ان شاء يرجع على المرتهن ان كان
 سلم الثمن اليه وان شاء يرجع على الراهن أما على المرتهن فلانه اذا رد عليه بعيب بقضاء القاضي فقد انسخ البيع فكان
 له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهناً بالدين (وأما) الرجوع على الراهن فلانه
 وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهد وان كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فان رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على

أحد وان كان هلك في يده وضمن في ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا في الاستحقاق
ويكون المرود 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 فيها وكل به على موكله في الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله عليه الا ان التسليط اذا كان
مشروطا في العقد ثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما ذكرنا شاء الله تعالى فاذا وقع
البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن مشروطا فيه لم يثبت التعلق بقي 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 لانه ان يبيعها كماله أن يبيع الاصل وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن بأن نقل الرهن أوقفاً عينه
فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثاني قائم مقام الاول لحماؤد ما 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 مشروطا في الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلاً محضاً بالبيع فاشبه التوكيل بالبيع في سائر
المواضع واذا كان مشروطا 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
يد مولاه لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلاً في رهن مولاه حتى لو رهن انسان شيئاً على
أن يضع في يده عبده المأذون يصح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيل 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 وجهه لانه من فراغ رغبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من مولاه
لذلك اختلفا وعن أبي يوسف ان المولى يصلح عدلاً في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلاً في رهن مولاه لان
المكاتب حر يد أفكان 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 وكيل في استيفاء الدين من
صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبشر يذمته عن الدين (وأما) الكفيل فبتخليص نفسه عن
الكفالة بالدين وأحد شرى يكي المقاضاة لا يصلح عدلاً في رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه
فكان ما في يد كل واحد منهما كانه 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 جار 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
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 الرهن بفسخها كالا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الرهن ولا
 بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وان
 كان التسليط متأخرا عن العقد فلرهن أن يعزله وينعزل بموت الرهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكل
 مبتدأ فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة
 وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن التسليط الظاهري على العقد والمقارن اياه سواء لانه
 يلتحق بالعقد فيصير كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة
 وجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديره لا يجوز الابدل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد
 أو في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الرهن 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 قطعاً للمنازعة
 وليس للعدل الثاني أن يبيع إلا أن يموت الرهن لان الرهن سلط الاول لا الثاني وعلى هذا يخرج نفقة الرهن انها
 على الرهن لا على المرتهن والاصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الرهن لان الملك له وما كان من حقوق اليد
 فهو على المرتهن لان اليد له اذا عرف هذا فتقول الرهن اذا كان رقيقاً قطعاً له وشرابه وكسوته على الرهن وكفنه
 عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعي عليه وان كان بستاناً 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 للرهن فكانت المؤنة عليه والخارج على الرهن لانه مؤنة الملك (وأما) العشر في الخارج
 يأخذها الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شائعاً انه يبطل الرهن في الباقي (ووجه)
 الفرق ان القساذ في الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن في القدر المستحق
 لم يصح والباقي شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوده في الخارج لا يخرج عن ملكه بدليل 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 الرهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه في نماء الرهن ليس له ذلك لان زوائد
 المرهون مرهونة عندنا تبعاً للاصل فلا يملك الا اتفاق منها كما لا يملك الا اتفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى
 لو شرط الرهن للمرتهن أجراً على حفظه لحفظ لا يستحق شيئاً من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق
 الاجر ببيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجراً 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 كراه المأوى على الرهن 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 فالجمل كله
 على المرتهن وان كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن وبقدر الزيادة على الرهن لان وجوب الجمل على المرتهن
 لكون المرهون مضموناً وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فاقسم الجمل 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 الجمل فاما لانه لكون المرهون مضموناً

والمضمون بمضه لا كله فيقتدر بقدر الضمان والقداء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الآبق 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 مداواة الرهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير إذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير إذنه فهو مقطوع لانه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضي يرجع على صاحبه لان القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصياتها عن الهلاك والاذن بالاتفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أتفق 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 الحالين جميعاً بناء على أن القاضي لا يلي على الحاضر عنده وعندهما على مسأله الخمر على الحر وستأني في كتاب الخمر وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انها موهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة من الاصل ولا في حكم المتولدة منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد والنمر واللبن والصوف وفي حكم المتولدة من الاصل كالارث والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الاولى لها ليست بموهونة 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 موهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست بموهونة بناء على أن الحكم الاصل للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر العزماء فقبل البيع لاحق له في الرهن حتى يسرى الى الولد فأشبهه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت ان حكم الجنابة لا يثبت في ولدها لما أن حكم جنابة الام هو وجوب الدفع الى الجنبي عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست موهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت موهونة 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 موهونة 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 بالقبض فكذا المرهون تبعاً لانه يكون له حصصه من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالفكك واذا كانت الزيادة موهونة 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 ونبين 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 لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون وينقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا أنه تعتبر قيمة الرهن الاصل وقت العقد وقيمة الزيادة وقت الزيادة وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزادتين يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فتوعان 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 بقى قبل الباقي أو أكثر لان الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فباقي شيء من الدين بقى محبوساً به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوساً بجميع الثمن فباقي شيء من الثمن بقى محبوساً به كذا هذا ولان صفة الرهن واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفة من غير

رضا المرتهن وهذا يجوز وسواء كان المرهون شيئاً واحداً أو أشياء ليس للراهن أن يسترد شيئاً من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمي لكل واحد منهما شيئاً من المال 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 وجب ذلك تفريق الصفقة فصار كأنه رهن كل واحد منهما بمقدار على حدة (وجه) رواية الاصل أن الصفقة واحدة حقيقة لأنها أضيفت الى الكل إضافة واحدة الا انه تفرقت التسمية وتفريق التسمية لا يوجب تفريق 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 والله التوفيق اذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لان بمقدار 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 وفاء بالدين وان كان فيه فضل رده على اراهن وان كان أنقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على اراهن 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 اراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فان فضل منه شيء يضم الفضل الى مال اراهن ويقسم بين الغرماء بالخصص لان قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وان نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقي من دينه في مال اراهن وكان بينه وبين الغرماء بالخصص لان قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على اراهن دين آخر 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 الافتكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضى الدين أولاً ثم يسلم الرهن لان الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولانه لو سلم الرهن أولاً فمن الجائز ان يموت اراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل 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 اراهن بقضاء الدين لانه لو خاطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز ان الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفياً دينه من الرهن فيؤدى الى الاستيفاء مرتين وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولاً اذا كان ديناً ثم يؤمر البائع بتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع الا ان البائع اذا طالبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع لجواز ان المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائماً في يد المرتهن أو كان في يده بدله بعد ان كان البدل 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 البدل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائماً كان له ان يمنع المبيع من المرتهن فكذلك اذا قام البدل مقامه ولو كان الرهن على يدي عدل وجعل للعدل ان يضعه عنده من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه بحجز اراهن على قضاء الدين ولا يكف المرتهن باحضار الرهن لان قضاء الدين واجب على اراهن على سبيل التضييق 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 غاصبا

والى هذا المعنى أشار محمد فى الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شئ لو أخذته كان غاصبا واداسقط التكليف
بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك اذا وضعا الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا
يدرى أين هو لا يكف المرتهن باحضار الرهن ويجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن فى يد المرتهن
فالتفتا فى بد 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 التى ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتهن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة
بالرهن أو بنقله من مكان العقد وبقية ضرر المرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال
المرتهن لم يهلك فاقول قول المرتهن مع عينه لان الرهن كان قائما والاصل فى الثابت بقاؤه فالمرتهن يستصحب حالة
القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهد له ولان الراهن يدعى
الهلاك يدعى على المرتهن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه ويحلف على البتات لانه يحلف على
فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتهن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك
فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتهن فى هلاك الرهن ان هناك يحلف
المرتهن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف
على العلم كما لو ادعى الراهن انه وفى الدين وكيل المرتهن 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 وفى الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتهن الرهن لانه
ليس فى احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل فى الزيادات ولو اشترى شيا ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى
لقيه البائع فى غير مصره الذى 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 فى 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
فى هذا الحكم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما ان يهلك
بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام فى هذا الحكم فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان
أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثانى فى بيان شرائط الضمان والثالث فى بيان قدر الضمان وكيفيته أما الاول فقد
اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعى رحمه الله يهلك أمانة احتج
بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذى 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 المرتهن فاما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث سقط حتمه لا على الراهن وهذا
خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين يهلك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع
تعمير الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة
والسلام انه قال الرهن مما فيه وفى رواية الرهان مما فيه وهذا نص فى الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا
رهن بدين عند رجل فرس بحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتهن بحقه فاخصم الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حتمك ولان المرتهن جعل مستوفيا للدين عنده هلاك الرهن فلا يملك
الاستيفاء ثانيا كما اذا استوفى بالفكالك وتقرر معنى الاستيفاء فى الرهن ذكرناه فى مسائل الخلاف وأما الحديث

فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن أى لا يهلك اذ العلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لانه يذهب بالدين فلا يكون هالكاً معنى وقيل معناه أى لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكماً جاهلياً جاء الاسلام فابطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أى فتمته وكنفه ونحن به قول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوصل اليه في أقرب الاوقات لانه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله و بعد الرهن حدث له ولاية المطالبة بالتضامن ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول الى 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 أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء ولا ضمان على المرتهن فيه اذ 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 سوى بين الأبراء والاستيفاء ونحو هرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء ويتردد ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كأنه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولأن المرهون لما صار مضموناً بالتبض بقي الضمان ما بقي التبض وقد بقي لا نعدم ما يمتنعه وجه الاستحسان أن كون المرهون مضموناً بالدين يستدعى قيام الدين لان الضمان هو ضمان الدين وقد سقطت الأبراء فاستحال أن يبقى مضموناً به وقد خرج الجواب عن قوله ان الاستيفاء يتردد عند الهلاك لانا نقول نعم اذا كان الدين قائماً فاذا سقطت الأبراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما اذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لان قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يتردد لان المستوفى يصير مضموناً على المرتهن بخلاف الأبراء لانه مسقط لان الأبراء استمات فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا اذ لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فان وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لانه صار غاصباً بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما اذا أخذت المرأة بصدقها رهنها ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها أنه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لانها تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضموناً وكذلك لو أخذت بالصدق رهنها ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن في يدها لا ضمان عليها لان الصداق لما سقط بالرودة لم يبق القبض مضموناً فصارت كالأبراء عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل رهنها 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 ولتب المسئلة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهنها بالمتعة عند أبي يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبي حنيفة في الاصل وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع قول أبي يوسف وجه قول محمد أن الرهن بالشئ رهن يبدله في الشرع لان بدل الشئ يقوم مقامه كأنه هو لهذا كان الرهن بالمغصوب رهنها بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنها برأس المال عند الاقالة والمتعة بدل عن نصف المهر لانه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدده وهذا الحد البدل في أصل الشروع ولأبي يوسف أن المتعة وجبت أصلاً بنفسها لا بدلاً عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداءً كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال في حق أحد الحكيمين وتبي في حق الحكم الآخر الأخر لأنه لا يعمل فيه الا بعد الطلاق فكان الطلاق شرط لعمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلاً كما في سائر الأسباب المتعلقة بالشروط ولو أسلم في طعام وأخذ به رهنها ثم قاسخا العقد كان له أن يجبس الرهن برأس المال لان رأس المال بدل عن المسلم فيه فان هلك الرهن في يده يهلك بالطعام لان

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام وبالا قالة لم يستط الضمان أصلا لان بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما اذا أبراه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بعير شي لان الضمان هناك سقط أصلا ورأسا فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبدا أو ثيابا ثم تقاسم تقاسمها كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لان المشتري بعد التقاسم 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 لان 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 شي من الدين لان قبض الغاصب يبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن يتنقض قبض الغاصب فيرده الى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وان هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لان المرهون قبل ان يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لا نعيدهم ما ينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد تنقضه لوجود قبض الاعارة وقبض الاعارة ينافي قبض الرهن لانه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فاذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم اذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الاعارة فعاد قبض الرهن وكذلك اذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لان قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينافي قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو أعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه الى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كذا وان كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولد أو ولد رهن لان الأصل مردود اقيام عقد الرهن حتى لو هلكت الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لان الضمان وان فات فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر واذا بقي العقد في الام صار الولد مرهونا تبعا للام فكان له أن يحبس به بجميع المال وكذا لو ولدت هذه الابنة ولدا فانهم رهن بجميع المال وان ماتا لم يستقط شي من الدين لان الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الام لو كانت قائمة فهلك الولد لا يستقط شي من الدين فكذا اذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدا منهما حتى يؤدي المال كله لانهما دخلا جميعا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولو مات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يردده الى المرتهن المرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وان يبطل 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 فحجأ يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلقا فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته الى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهم لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعي عوده الى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا اذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فأما اذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تحرق وقال المرتهن لبسته فتحرق فالقول قول الراهن لانهم اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن يدعي عواه اللبس 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 لان بينته مثبتة لانها تثبت الاستيفاء وبينه المرتهن تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد وانتم واللبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا الا الارش خاصة حتى لو

لو هلك شيء من ذلك لا يستقط شيء من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط حصته من الدين وانما كان كذلك لان
 الولد ليس برهون مقصود بل تبع الاصل كولد المبيع على أصل أحكامه انما يباع مبيعاً تبعاً لا مقصوداً والمرهون تبعاً
 لا حصته له من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالفكالك كما أن المبيع تبعاً لا حصته له من الثمن الا اذا صار مقصوداً بالتبض
 بخلاف الارش لانه بدل المرهون لان كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبديل الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه
 حكم الاصل والاصل مضمون فكذا بدله بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن انها مضمونة لانها
 مرهونة مقصوداً لا تبعاً لان الزيادة اذا تحقت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والمزيد عليه على ما ذكر
 في موضعه ان شاء الله تعالى ولو هلك الاصل بقيت الزيادة بقسم الدين على الاصل والزيادة على قدر قيمتها وتعتبر
 قيمة الاصل وقت القبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الايجاب والقبول
 لا يصير عند اشرا على الاصل عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكالك لان الاصل انما صار مضموناً 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 والتبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما يأخذ قسطاً من الضمان بالفكالك فتعتبر
 قيمته يوم الفكالك وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها الف بألف فولدت ولداً يساوي الف فان الدين يقسم على
 قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقطت نصف الدين وبقي الولد رهنها
 بالنصف الباقي فتسكنه الزاهن به ان بقي الى وقت الافكالك 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 اثلاثاً ثلثا الدين في الولد والثلث في الام وتبين ان الام هلكت
 بثلاث الدين وبقي الولد رهنها بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت قسمة الثلاث وصارت
 القسمة ارباعاً ثلثة ارباع الدين في الولد وربع في الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين وبقي الولد رهنها بثلاثة
 ارباعه ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة اثلاثاً ثلثا الدين
 في الام والثلث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلاثي الدين وبقي الولد رهنها بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان
 الولد واحداً أو أكثر ولدوا معاً أو متفرقاً 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 بنتاً وولدت
 بنتها ولداً فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد
 الاصلى ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان ولو
 ولدت الجارية ولداً ثم قصت قيمة الام في السعر أو في البدن فصارت تساوي خمسمائة أو زادت قيمتها فصارت
 تساوي القين والولد على حاله يساوي ألفاً فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانقصت
 قيمة الولد ببيع دخله أو لسر فصار يساوي خمسمائة صار الدين فيها اثلاثاً ثلثان في الام والثلث في الولد ولو
 زادت قيمة الولد فصار يساوي القين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام حتى لو هلكت الام يبقى الولد رهنها بالثلثين
 لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والتبض لم يتغير فلا يتغير 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 بمور هار به
 وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد رهنها بثلاثة ارباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت
 ثم اعورت ظاهر 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 الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا بقيمة الدين وهو ثلاثة ارباع (فأما) اذا اعورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الاعور ار كان كان كل الدين فيها وبالاعور ار ذهب النصف وبقي النصف فاذا ولدت ولدا فينبغي ان يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها اثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين بالاعور ار لم يكن حتميا بل على التوقف على تسدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهاب بالاعور ار الرابع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى المقدم فصار كأنها ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد وقد اعورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعور ار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا اعورت ذهب بالاعور ار نصفه وبقي النصف الاخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعور اره شي من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا اعور اولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لانها تختمل التغيير 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 متصودا فكانت مرهونة أصلا لا تبعاً فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزد علىه والزيادة وجملة الكلام في كيفية الاقسام ان الرهن لا يخلو (أما) ان زاد في الرهن وليس في الرهن ثناء (وأما) ان كان فيه ثناء فان لم يكن فيه ثناء يقسم الدين على المزد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية والقوا قيمة العبد الف والدين الف كان الدين فيهما تصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما اثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك بهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما رهون مقصودا لا تبعاً لأنه تعتبر قيمة المزد 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 بالتبض فتعتبر قيمته يوم التبض والتبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي مما يؤده ان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها مرهونة تبعاً لأصل المرهون تبعاً لا يأخذ حصته من الضمان الا بالقسمة فتعتبر قيمتها يوم القسمة فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو قص الرهن الاصل في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الرهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما اذا رهن جارية بقيمة الف بالف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ثم زاد الرهن عبد ا قيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة اثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثا ثلثا وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية ففرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي مما يؤده بأن اعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف ان الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم القسمة نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعور ار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلاثة ارباع الدين 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 الزيادة ان 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 لانعدام وجود الرهن فيهما 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 الرهن للمرته من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن

عبد اقيمته ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسون وعلى قيمة العبد
الزيادة وتبقى ألفاً ثلثاها في العبد وثلثها في الجارية حتى لو هلك العبد بثلثي الخمسة وذلك ثلثاها وثلاثة
وثلاثون وثلث ولو هلكت الجارية هلكت بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لأن الزيادة على المرهون
والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة
تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثا ولو قضى خمسين ثم اعورت 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 خمسين فرغ نصف الجارية
شأنها من الدين وبقي النصف الباقي في نصفها شائعا وذلك خمسين فإذا اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف
بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون وبقي مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فاذا هذه
الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسة
وذلك خمسون في الاصل هذا اذا زاد وليس في الرهن نماء فاما اذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بالثمن
فولدت ولدا يساوي ألفا ثم زاده عبد اقيمته ألف فالرهن لا يخلو اما ان زادوا لام قائمة واما ان زاد بعد ما هلك
الام فان كانت قائمة فزاد لا يخلو اما ان جعله زيادة على الولد أو على الام أو عليهما جميعا أو أطلق الزيادة ولم يسم المزبد
عليه انه الام أو الولد فان جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لان الاصل وقوع
تصرف العاقل على الوجه الذي أوقفه وقد جعله زيادة على الولد فيكون زيادة معه فيقسم الدين أولا على الام والولد
على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على
قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بينا فيما تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهي وقت قبضها لانها لما جعلت
في الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لأنه اذا هلك جعل كأن لم يكن
أصلا ورأسا فلم يتحقق الزيادة عليه لان الزيادة لا بد لها من مزبد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيادة على
الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي بشره ولأنه لو أطلق الزيادة لوقعت
على الام فعند التقيد 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 فتعزز زيادة الولد في حق الام ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لان
الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلكت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقي
الولد والزيادة بما فيها بخلاف ما اذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لان مهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهي
ويقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لانه اذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كأن
لم يكن فتبين ان الزيادة لم تصح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء لان الولد غير مضمون بالهلاك فاذا
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 وانما يعتبر في حق الام ويدخل
في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه في حال قيام الام فيقسم الدين
على الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الام
قسمة أخرى بينها وبين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد وبوم الفكاك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

ولا الولد فالز يادره هن مع الام خاصة لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الاثر ادي يصلح
 مزيدا عليه الا ان الام اصل في الرهن والولد تابع فنسب الاطلاق جعلها زيادة على الاصل اولى واذا صارت
 الزيادة هنامع الام قسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا اذا كانت الام قائمة وقت الزيادة (فاما) اذا هلك
 الام ثم زاد والعبد زيادة على الولد فكانا جميعا رهنا بحسب ما هتك الرهن كل واحد منهما بما تبتين وخمسين لان الزيادة
 تستدعي مزيدا عليه والهالك خرج عن احتبان ذلك فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام
 وبقي النصف وذلك بحسب ما هتكه فيقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد اخذ الرهن العبد بغير
 شىء 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 منعه 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 قلنا كذا هذا الا اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصبا بالمنع فيلزمه ضمان الغصب (واما) 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 شياً واحداً واما أن يكون أشياء فان كان شيئاً واحداً يهلك مضمونا بالاقبل من قيمته ومن الدين
 وتقسيره 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 و يرجع المرتهن على الراهن بفضل
 الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهورواه عن
 سيدنا علي رضى الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أى على المرتهن بفضل قيمة الرهن وهكذا
 روى عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغا ما بلغ أى بذهب كل الدين قلت قيمة
 الدين أو كثرته وهو مذهب شريح وعن سيدنا علي رضى الله عنه رواية أخرى أنه قال يترادان الفضل يعنى ان كانت
 قيمة الرهن أكثر فللراهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن
 بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي رحمه الله في قوله ان المرهون امانة لان اختلافهم في كيفية
 الضمان وقدره اتفق منهم على كونه مضمونا فانكار الضمان أصلا يرجع الى مخالفة الاجماع فكان باطلا ثم الرجحان في
 كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض
 الرهن قبض استيفاء وبتقرر الاستيفاء عند اهلاكه 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 يتحقق
 الاستيفاء الا في قدر الدين ولا يتحقق في الزيادة لان استيفاء الاقل من الاكثر يكون ربا واذا كانت قيمته أقل لا يمكنه
 تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان المرهون شيئاً واحداً فاما اذا كان
 أشياء بأن رهن عبيدين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (اما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيئاً من
 الدين (واما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدر معلوماً من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما
 وكان كل واحد منهما مضمونا بالاقبل 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 المعروفة مقدرا الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كل
 واحد منهما مضمونا بالاقبل من قيمته وسمي له لانه لما سمي وجب اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد
 منهما فابها هلك يهلك بالاقبل من قيمته ومن القدر المسمى كما في باب البيع اذا سمي لكل واحد من المبيعين ثمنا أنه ينقسم
 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 وقيمه أقل منه فهلك يذهب كل
الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما ذكره من أصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن
دون القيمة في الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن فاما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من
خلاف الجنس (وأما) في الانكسار فأبو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء في الوزن والقيمة
ولا يريان الجعل بالدين أصلاً ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بأن لا يؤدي ذلك الى الضرر بالرهان ولا
بالمرتهن ولا يؤدي الى الربا فان أدى الى شئ مما ذكرنا فإنه لا يجعل بالدين أيضاً وإذا كانت قيمة الرهن أكثر فابو
يوسف يجعل التقصان الحاصل بالانكسار شائناً في قدر الامانة والمضمون فما كان في الامانة يذهب بغير شئ وما
كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمه يصرّف التقصان الى الزيادة وإذا كثرت
التقصان حتى انتقص من الدين بخير الرهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين ومن أصل أبي حنيفة أنه يجوز
استيفاء الزوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا
عند محمد إلا أن محمد أترك أصله في الرهن وعند أبي يوسف لا يستقطبل بردم مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه من أصله
أنه لا يجوز استيفاء الزوف عن الجياد فهذه أصول هذه المسائل (وأما) نخر يجمع على هذه الاصول فيقول وبالله
التوفيق إذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك أو انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يخلو اما أن يكون
مثل وزن الدين بأن كان عشرة واما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية واما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثني
عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته
مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمه وقاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه بأفهلك بالدين
على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر وانتقص لا يغير الرهن على الافتكك بلا خلاف لانه لو افتكك اما أن يفتكه
بجميع الدين واما أن يسقط شئ من الدين بمقالة التقصان لا سبيل الى الاول لان فيه ضرراً بالرهان لغوات حقه عن
الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل الى الثاني لانه يؤدي الى الربا لان الدين والرهن يستويان في الوزن
والجودة لقيمة لها شرعاً عند مقابلتها بجنسها فكانت ملحقة بالدم شرعاً فيكون ابقاء عشرة ثمانية فتكون ربا فيتخيران
شاء افتكك بجميع الدين ورضي بالتقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهناً مكانه ويصير القلب
ملكاً للمرتهن بالضمان وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمدان شاء افتكك بجميع الدين وان شاء جعله بالدين
ويصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمدان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدى
كقبض الغصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفي
الجعل بالدين تقرير بالاستيفاء (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاسلام
وأبطله بقوله لا يغلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلاً وبه تبين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون
حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والجنس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصلح حكماً له في الجملة ألا
ترى ان محمد يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما ذكره وان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك
يهلك بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وقاء الدين وعندهما لا
يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (اما) ان يهلك بوزنه (واما)
أن يهلك بقيمته لا سبيل الى الاول لان فيه ضرراً بالمرتهن ولا وجه الى الثاني لانه يؤدي الى الربا فيخير 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 استيفاء والجيد والردى في الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزوف عن الجياد جائز عنده وان

انكسر فالرهن 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 فلا نهما لا يران 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 عشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدي الى الربا فسدت الضرورة الى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك بهلك بالدين عند أبي حنيفة اعتبار اللوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا أفضل فكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن (أما) على قول أبي يوسف فقييل يضمن المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل بهلك بالدين عنده أيضاً لانه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالرهن بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء افتكك بالدين مع التقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهناً مكاتمه 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 ملكه وعند محمد ينظر الى التقصان ان كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتهن وبحجز الرهن على الفكاك وان زاد على ذلك يخير بين الفكاك وبين الجعل بالدين كما 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 أنه يضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما في الجعل بالدين من استقاط 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 بهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالرهن 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 بهلك بثمانية في قول أبي حنيفة اعتبار اللوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لانيان وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نهما لا يحجزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلاً ورأساً ومحمد ان كان يحجزه لكن بشرطه انعدام الضرر وفي الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتهن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك بهلك 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 بهلك بثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته 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 وبحجز الرهن على الافتكك وان كان أكثر من ذلك يحجز الرهن بين الافتكك 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 بسقط 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
عنها في هذا الفصل وان انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لانه لا يعتبر الجوده ولا يرى الجعل بالدين
وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد ليعذر التملك بالدين لما فيه من الضرر وان كانت قيمته مثل
مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لانه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة
أسداسه ويرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يفرم جميع القيمة ولا يمكن الجعل
بالدين عند محمد لانه يؤدي الى الزيادة 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 الخالين 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 في هذا شيوخ طاري فعلى جواب ظاهر الزاوية يقطع
القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهنا لان الشيوخ يمنع حجة الرهن مقارنة أو طارئا وعلى رواية أبي يوسف
لا حاجة الى التقطع 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 لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى
هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله انه يهلك أمانة لان الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض أمانة لانه قبض
باذن المالك فأشبهه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ذكر في الجامع الكبير ان كل ما هو
محل للرهن الصحيح 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 الفاسد كان لمعنى في نفس المرهون
لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وان كان الفاسد لمعنى في غيره يكون مضمونا (ووجهه) ان المرهون مضمون بالقبض
ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون المتبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقا متقوما كالتبوض بالبيع الفاسد فان
وجد الشرط يكون مضمونا والا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون (وأما) حكم استهلاكه فنتقول 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 لمحل حبسه رهنا مأكبه وكذلك لو استهلكه المرتهن لانه لو أتلف مالا لم يملكه كمتقوما بغيره ان مال له كمتقوما بغيره
أو قيمته كما لو أتلفه أجنبي وكان رهنا مأكبه وان استهلكه الراهن فان كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في
المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان كان لمحل أخذ المرتهن منه الضمان فأمسكه الى أن يحل الدين واذا كان في الرهن
نماء كالدين والولد فاستهلكه المرتهن أو الزاهن أو أجنبي بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فحلبت او ولدت فعليه
ضمانه (أما) وجوب الضمان على الاجنبي والمرتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه
يوجب الضمان (وأما) وجوبه على الراهن فلان المتلف وان كان مملوكا له لكن للمرتهن فيه حق قوي فيلحق بالملك
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 يسقط شيء من الدين لانه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الاصل
والاصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البدل وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لانها مرهونة مقصودة
فكانت مضمونة بالهلاك ويفتقر الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة تصير مقصودة بالهلاك فيصير
لها حصص من الدين هذا اذا كان الاستهلاك بغير اذن فان كان باذن بان قال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت

فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فحلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لأن الزيادة ملك الراهن فيصح
 اذنه بالاكل والشرب ولا يستقط شي من دين المرتهن حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لأن اتلاف
 المرتهن باذن الراهن مضاف الى الراهن كأنه أتلقه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يستقط شي من الدين وكان عليه
 ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تمليك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر
 قيمتها فان كان حصص الشاة يسقط وما كان حصص الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لأن فعل المرتهن لما كان
 مضافاً الى الراهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصص من الدين فينظر الى 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 لا شيء عليه لأن الضمان لوجب لوجب لحق المرتهن لا لحق نفسه لأنه ملكه وقد أبطل
 المرتهن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بأقسهما وبقيت الشاة رهناً بجميع
 الدين وان كان المرهون من بني آدم فحفي عليه جملة الكلام في جنابات الرهن انها ثلاثة أقسام جنابة غير الرهن على
 الرهن وجنابة الرهن على غير الرهن وجنابة الرهن على الرهن اما جنابة غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجنابة
 في النفس واما ان كانت في يادون 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 والجاني حر فالرهن أن يقتص اذا اجتمعا على الاقتصاص في قول أبي
 حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمعا عليه وعن أبي يوسف وابتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله
 الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يقتصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتهن
 ولم يذكر الخلاف (وجه) قول محمد ان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولى هنا غير معلوم لأن ملك العين والرقبة
 للرهن وملك اليد والحبس للمرتهن فكان العبد مضافاً الى الراهن من وجهه والى المرتهن من وجهه فصار الولي
 مشتبهاً بهجولا وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمداً أنه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه
 المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمداً أن لهما الاقتصاص اذا اجتمعا عليه
 لأن هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من كل وجه فكان الولي معلوماً
 فامكن القول بوجود القصاص لهما على الشركة لاستوائهما في الملك (وجه) قول أبي حنيفة ان الملك للرهن من كل
 وجه وانما للمرتهن حق الحبس فقط والمالك سبب لثبوت الولاية فكان الولي معلوماً وكان ينبغي أن لا تتوقف ولاية
 الاستيفاء على رضا المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه به فاذا رضى فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لأن الملك فيه
 للمولى من وجهه وللمكاتب من وجهه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقاً فأشبهه الولي فامتنع
 الاستيفاء واذا اقتص القاتل سقط الدين لأن العبد انما كان رهناً من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالتل لا الى بدل
 اذا القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمعا على القصاص (فاما) اذا
 اختلفا لا يقتص القاتل لأنه لا سبيل الى اثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا للرهن لأن 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 اختلفا فأبطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلاقتصاص لأن حق المرتهن وان بطل بالفكالك
 لكن بعد ما حكم القاضي ببطلان القصاص فلا يحتمل العود وان كانت الجنابة خطأً أو شبهه عمداً فعلى عاقلة القاتل
 قيمته في ثلاث سنين يقبضها المرتهن فتكون رهناً للعبد وان كان مضموناً من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال
 على أصل أصحابنا رحمه 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 يده الى حل الاجل واذا حل فان

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقى فيها فضل رده على الراهن وان كانت أقل من الدين استوفى
 منها من الدين بقدرها بالفضل أي يرجع بالقيمة على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين حبسها في يده الى
 وقت الفسك وان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلا فخل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد في ضمان
 الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمن
 الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفا فانتقصت قيمته
 فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت
 هذه الدراهم رهنا بمنزلها من الدين ويسقط الباقي من الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من
 خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتل عبدا 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 قتل المرتهن
 بغير قيمته والحكم فيه وفي الاجنبي سواء وقد ذكرناه ولو قتل الراهن فهذا وما اذا كان الرهن من غير بني آدم سواء
 وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجاني حرا (اما) اذا كان عبدا 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 وبخير الراهن
 على الافتكالك بخلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفا والدين ألف وقيمة
 المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضا وبخير الراهن على الافتكالك بجميع الدين كما كان بخير على افتكالك العبد
 المقتول لو كان حيا بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان لم يكن قيمة 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 الافتكالك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولا يبي حنيفة وأبي يوسف انه لما دفع الثاني بالاول قام
 مقام الاول للحا واما الاول كان رهنا بجميع الدين وكان بخير الراهن على الافتكالك بجميع الدين فكذلك الثاني
 وكذلك لو كان العبد المرتهن قص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم فقتله عبدا يساوي مائة درهم فدفعه فهو على
 الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار القداء فانه يديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهنا عند
 المرتهن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهنا حتى
 يستوفى جميع دينه وبخير الراهن على الافتكالك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بخير الراهن بين الافتكالك
 بجميع الدين وبين الترك للمرتهن بالدين وقد مررت المسئلة هذا اذا كانت الجناية في النفس فاما اذا كانت فيما دون
 النفس فان كان الجاني حرا يجب ارشده في ماله لا على عاقلته سواء كانت الجناية خطأ أو عمدا (اما) الوجوب في ماله
 فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (واما) التسوية بين الخطا والعمد فلا ان القصاص لا يجري بين الحر والعبد فيما
 دون النفس فاستوى فيه العمد والخطا في وجوب الارش فكان الارش رهنا مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان
 كان الجاني عبدا يخاطب مولاه بالدفع أو القداء بارش الجناية فان اختار القداء بالارش كان الارش مع الجاني عليه رهنا
 وان اختار الدفع يكون الجاني مع الجاني عليه رهنا والخصومة في ذلك كله الى المرتهن لان حق الحبس له والجاني فوت
 الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله ان يتيم بدل القاتل فيقيم مقامه رهنا هذا الذي ذكرنا حكم جنابة غير الرهن على
 الرهن (واما) حكم جنابة الرهن على غير الرهن جنابته 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 عمدا واما ان كانت خطأ أو في معناه فان كانت عمدا
 يقتص منه كما اذا لم تكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذا لم يكن رهنا واذا لم يكن
 الملك مانعا لحق المرتهن أولى لانه دون الملك سواء قتل اجنبيا 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 الرهن والمرتهن في حق التصاص وجنابته على الاجنبي سواء واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلاكه حصل في ضمان المرتهن فسقط ديبته كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جنابته عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملاحظة باخطأ فان كانت شبه عمدا أو كانت عمد السكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا أو مجنوناً أو كانت جنابته في بادون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنابات 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 ألفا والدين ألفا أو كان الدين ألفا وقيمة العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالقداء لانه بالقداء يستبق حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجنابة من غير ان يسقط حق المرتهن ولو فدى 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 فاداه بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجنابة وصار كأنه لم يكن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الرهن لانه فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فاداه 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 الرهن أن يفدى يخاطب الرهن بالدفع أو القداء لان الاصل في الخطاب هو الرهن لان الملك له وانما يبدأ بالمرتهن بخطاب القداء صيانة لحقه فاذا أبى عاد الامر 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 والرهن 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 الرهن مثله فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا بين 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 فكذلك عند القداء وان كان العبد بعضه مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفا فالقداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة فكان قداء نصف المضمون منه على المرتهن وقداء نصف الأمانة على الرهن 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 اختلافهما فاختار أحدهما الدفع والآخر القداء والحال لا يتخلو اما ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتماعا على الدفع ودفعاً فقد سقط دين المرتهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتماعا على القداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فديا طهرت رقبة 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 مؤدبا 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 الرهن والرهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن أولى وأما الرهن فلانه يستبق ملك الرقبة بالقداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وبطلان ملك الرهن فلم يكن له في اختيار الدفع منع بل كان سفها محضا وعتما بارداً فلا يلتفت اليه فكان للرهن ان يفدى ثم أيهما اختار القداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر ان كان الذي اختار الدفع هو المرتهن فقدى بجميع الارش بقى العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجنابة بالقداء فصار كأنه لم يكن ويرجع المرتهن على الرهن

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخي في 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 لأنه لو لم يلتزم لخطوب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع
 (وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج الى اصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان
 مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار القداء هو الراهن فقداه بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا
 بنصف القداء دين 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 شك فيه لأنه 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 فقداه 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 كما لو فاداه بحضرة الراهن
 فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعا في الحالين جميعا وأبو حنيفة رضي الله عنه فرق بين حال الحضرة
 والغيبة فجعله متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن فقداه بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف
 القداء بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف القداء دين المرتهن كما لو فاداه الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن
 قديم ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كما لو فاداه أجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كافي الغيبة ولا في حنيفة
 رضي الله عنه أنه في حال الحضرة التزم القداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا وأخطاب لا يمكن حالة
 الغيبة وهو محتاج الى اصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا هذا
 الذي ذكرنا حكم جنابة الرهن (فاما) حكم جنابة ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب
 المولى بالدفع أو القداء أما عدم وجوب القداء على المرتهن فلان خطابه بقضاء الرهن مع أنه ليس ملكه لحصول
 الجنابة من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لأنه ليس بمضمون أنه لو هلك بهلك بغير شيء وأما خطاب المولى بالدفع أو
 القداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شيء من الدين أما خروجه عن الرهن فزوال ملك
 الراهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك وأما عدم سقوط شيء من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف
 الام وان قدي فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا قدي فله ذلك لان الولد مرمون
 وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصيل للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان القداء منه اصلاحا للرهن
 فكان له ذلك هذا اذا جنى الرهن على أجنبي 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 قدي ان رضي به المرتهن ويطلق الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجنابة لما في
 الدفع أو القداء من سقوط حق فله ذلك وبطلت الجنابة والعبد رهن على حاله هكذا أطلق الكرخي وذكر
 القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وفصل فقال ان كان العبد مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان
 بعضه مضمونا وبعضه امانة 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 فما

كان حصص المرتين يبطل وما كان حصص الراهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلافهم في جنابة الرهن على
 المرتين نظير اختلافهم في جنابته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أي حنيفة وعندهما معتبرة (وجهه)
 قولهما أن هذه جنابة وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما إذا وردت على أجنبي وهذا لأن الأصل في الجنابات
 اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنأ في اعتبار هذه الجنابة فائدة لأن موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو
 الوصول إلى ملك العبد وان كان فيه سقوط دينه ولا يحنيفة أن هذه الجنابة وردت على غير المالك لكنها وجدت
 في ضمان المرتين فورودها على غير المالك ان كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتين 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 المرتين فاما إذا جنى على ماله فإن كانت قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضل
 جنابته هدر بالاجماع لأنه لا فائدة في اعتبار هذه الجنابة إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتين بل ملكه بل تعلق الدين
 برقبته فلو بيع وأخذ منه لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجنابة فائدة فلا تعتبر وان كانت قيمته أكثر من الدين
 فمن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية تعتبر الجنابة في قدر الأمانة وفي رواية لا يثبت حكم الجنابة أصلا وجه
 الرواية الأولى أن المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتين وقدر الأمانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه
 فامكن اعتبار الجنابة في ذلك التقدر فلزم اعتبارها وجه الرواية الأخرى أن ذلك التقدر وان لم يكن مضمونا فهو في حكم
 المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جنابة الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتين فلا
 شك أنها معتبرة لأن المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكا وفي حق المرتين كونه في ضمانه ولم يوجد
 شيء من ذلك هنا فكانت جنابته عليه وعلى الأجنبي سواء هذا الذي ذكرنا حكم جنابة الرهن على نبي آدم وأما
 حكم جنابته على سائر الأموال بان استهلاك ماله تستغرق رقبته فحكمها وحكم جنابة غير الرهن سواء وهو تعلق الدين
 برقبته يباع فيه إذا قضى الراهن أو المرتين دينه فاذا قضاه أحدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكر من القداء من جنابته
 على نبي آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتين الدين بقى دينه وبقى العبد رهنأ على حاله لأنه بالقداء استغنى رقبته العبد عن
 الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنأ بدينه كما كان لو فاداه عن الجنابة وان أبي المرتين أن يقضى وقضاه الراهن يبطل
 دين المرتين لما ذكرنا في القداء من الجنابة فان امتنع عن قضاء دينه يباع العبد بالدين ويقضى دين الغريم من ثمنه لأن
 دين العبد مقدم على حق المرتين ألا ترى أنه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتين أولى لأنه دونه ثم إذا بيع العبد
 وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو اما ان يكون فيه وفاء بدين الغريم واما ان لم يكن فيه وفاء به فان كان فيه
 وفاء بدينه فدينه لا يخلو اما ان يكون مثل دين المرتين واما ان يكون أكثر منه واما ان يكون أقل منه فان كان
 مثله أو أكثر منه سقط دين المرتين كله لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجود ضمان المرتين فصار كأنه هلك
 وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لأنه بدل ملكه لا حق لاحد فيه فيكون له خاصة وان كان أقل منه سقط من دين
 المرتين بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنأ عند المرتين بما بقى لأنه لا دين فيه فيبقى رهنأ ثم ان كان الدين قد
 حل أخذه بدينه ان كان من جنس حقه وان كان من خلاف جنس حقه أمسكه إلى أن يستوفي حقه وان كان الدين
 لم يحل أمسكه بما بقى من دينه إلى أن يحل هذا اذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما اذا كان نصفه مضمونا ونصفه
 أمانة لا يصرف الفاضل كله إلى المرتين بل يصرف نصفه إلى المرتين ونصفه إلى الراهن لأن قدر الأمانة لا دين فيه
 فيصرف ذلك إلى الراهن وكذلك ان كان قدر المضمون منه والأمانة على التفاضل يصرف الفضل اليهما على قدر
 تفاوت المضمون والأمانة في ذلك لما قلنا وان لم يكن في ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم منه وما بقى من دينه يتأخر
 إلى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لأنه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد اتما وجد منه وحكمه تعلق الدين
 برقبته واستيفاء الدين منها فاذا لم تنف رقبته بالدين يتأخر ما بقى إلى ما بعد العتق واذا اعتق وأدى الباقي لا يرجع بما أدى

على أحدلانه 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 الآن 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 بقى 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 والله التوفيق جنابة الرهن على الرهن نوعان جنابة على الرهن نفسه وجنابة على
جنسه اما جنابته على نفسه فهي والمهلك باقسماوية سواء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر
النقصان وان كان بعضه مضمونا وبعضه امانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لامن الامانة واما
جنابة الرهن على نفسه فعلى ضربين ايضا جنابة بنى آدم على جنسه وجنابة الهيمة على جنسها وعلى غير جنسها اما
جنابة بنى آدم على جنسه بان كان الرهن عبدين فبني أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلوا ما ان كانا رهنين في صفقة
واحدة واما ان كانا رهنين في صفقتين فان كانا رهنين في صفقة واحدة فبني أحدهما على صاحبه فجنابته لا تخلو من أربعة
اقسام جنابة المشغول على المشغول وجنابة المشغول على القارغ وجنابة القارغ على القارغ وجنابة القارغ على المشغول
والكل هدر الا واحدة وهي جنابة القارغ على المشغول فاشبهت معتبرة ويحول ما في المشغول من الدين الى القارغ
ويكون رهنه مكانه اما 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 القبول كلها لان كل واحد منهما مملوك وجنابة المملوك
على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها في حقه لوجوب 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 الجني عليه من الدين الى الجاني والجاني مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه
لا يشتغل بغيره وكذلك جنابة المشغول على القارغ لما قلنا واما جنابة القارغ على القارغ فلانه لا دين للقارغ ليحول
الى الجاني فلا يفسد اعتبارها في حقه واما جنابة القارغ على المشغول فممكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين الى
القارغ وبيان هذه الجملة في مسائل اذا كان الدين الثمين والرهن عبدين يساوي كل واحد منهما ألقاقتل أحدهما
صاحبه او جني عليه جنابة في هادون النفس مما قل ارشها أو كثر فجنابته هدر ويسقط الدين الذي كان في الجني عليه
بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجاني لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجنابة المشغول على المشغول هدر
فجعل كان الجني عليه هلك باقسماوية ولو كان الدين ألقاقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنه
يسبع مائة وخمسين لان في كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغا ونصفه مشغولا
فاذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصف القاتل على النصف المشغول والنصف القارغ من الجني عليه
وجنابة قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على القارغ وقدر القارغ على القارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه
شئ من الدين ولا يتحول الى الجاني وجنابة قدر القارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجاني
وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فيبقى رهنه بسبع مائة وخمسين ولو فقتل أحدهما عين صاحبه تحول
نصف ما كان من الدين في العين الى الباقي فيصير الباقي رهنه بسبعمائة وخمسة وعشرين وبقى المقسوء عينه رهنه
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 والقارغ جميعا والقاقى نصفه
مشغول ونصفه فارغ الا أن جنابة المشغول على قدر المشغول والقارغ وجنابة القارغ على قدر القارغ والمشغول
فقدر جنابة القارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين الى القاقى وذلك مائة وخمسة

وعشرون وقد كان في القاقى خمسمائة فيصير القاقى رهنا بستائة وخمسة وعشرين ويبقى المققوء عينه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام وورد الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا في صفتين فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفا وقدر كل واحد منهما القاقى فقتل أحدهما الآخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفقة اذا انقرت صارت بمنزلة مالو رهن كل واحد منهما رجلا على حدة فبني أحدهما على الآخر وهناك ثبت حكم الجناية كذا هبنا بخلاف ما اذا انحوت الصفقة واذا اعتبرت الجناية هنا بخير الرهن والمرتهن فان شا آجعلا القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان في القاتل من الدين وان شا آفديا القاتل بقيمة المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفين وقيمة كل واحد منهما القاقى فقتل أحدهما الآخر فان دفعاه في الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذي كان في القاتل وان قلنا نفدى فالفداء بئكه 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 الرهن الفا وأخذ عبده وكانت الألف الأخرى قصاصا بهذه الألف اذا كان مثله ولو قتل أحدهما عين الآخر قيل لهما دفعاه أو فدياه فان دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين وكان الفداء رهنا مع المققوء عينه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد أجنبي فان قال المرتهن أنا لأفدى ولكنى أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان القاقى رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المققوء من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتهن لا لحق الرهن فاذا رضى المرتهن بهدر الجناية صار هدره وان قال الرهن أنا أفدى وقال المرتهن لا أفدى كان للرهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فكيفها التخير وان أبى الرهن الفداء وقال المرتهن أنا أفدى والرهن حاضر أو غائب فهو على ما يبتا في العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على جنسها فهي هدر لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبار أمى هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك باق فسموا به سواء وكذلك جنائتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث وأما جناية بنى آدم عليها فكيفها وحكم جنائتها 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 وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد وقضه والشئ لا يبقى مع ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الرهن بعد الاقالة حتى كان للمرتهن حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينقضي بالحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا يساوى القابألف قبضه المرتهن ثم جاء الرهن بجارية وقال للمرتهن خذها مكان الاولى ورد العبد الى لاشك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد في الاول وانشاء العقد في الثاني وهما يملكان ذلك الا أنه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الرهن حتى لو هلك في يده قبل الرد يهلك بالدين لما ذكرنا أن القبض في هذا الباب يجري مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون قبض القبض وكذا لا يدخل الثاني في الضمان الا برد الاول حتى لو هلك الثاني في يده قبل رد الاول يهلك أمانة لان الرهن لم يرض برهنيتها على الجميع وانما رضى رهن أحدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الاول والاو 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 وهلك الجارية بغير شئ ولا أمانة هلكت في يده فهلك هلاك الامانات ولو قبض الرهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لانه خرج عن كونه مرهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنا بالدين الذي كان العبد مرهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة

الجارية ألف فهلكت تهلك بالالف لانه رهن الجارية يعتقد على حدة فكانت رهنا ابتداء الا ان شرط كونه مضمونا
 رد الاول لانه لم يرض برهنهما جميعا الا ان يكون الثاني بدل الاول بل هو مقصود بنفسه في كونه رهنا فكان المضمون
 قدر قيمته لا قدر قيمة الاول ولو كان العبد يساوي ألفا والجارية تساوي خمسمائة فرد العبد على الرهن وقبض
 الجارية ففي رهن بالالف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا ان الثاني اصل بنفسه لكونه مرهونا يعتقد
 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 لغيره والمسئلة مرت في
 مواضع أخرى من هذا الكتاب ولا يخرج بالاغارة ويخرج بالاغارة بان أجره الرهن من أجنبي باذن المرتهن أو
 المرتهن باذن الراهن أو استأجره المرتهن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبه
 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 بقي المقعد عليه وكذا في كل
 موضع خرج واختلف بدلا ويخرج بالاعتاق اذا كان المعتق موسرا بالاتفاق وان كان معسرا كذلك عندنا
 وعند الشافعي رحمه الله لا يخرج ببناء على ان الاعتاق نافذ عندنا وعندده 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 الابطال لانه يمكنه
 الوصول الى دينه بخلاف من جهة الراهن (ولنا) ان اعتاقه صادق موقوف هو مملوك كرقبة فينفذ كاعتاقه الا بقى
 والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لان المرهون مملوك للراهن عينه ورقبة ان لم يكن مملوكا كيد او حبسا وملك الرقبة
 يكفي لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق العبد المستأجر والابق وقوله يبطل حق المرتهن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك
 الراهن وذال يمنع النفاذ كما في موضع الاجماع مع ما ان التائب للراهن حقيقة الملك والتائب 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 من وجهه 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 بغير الراهن على قضائه لانه لا معنى
 لايجاب 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 فلانه أبطل على المرتهن حقه حقا قويا هو في
 معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماله من وجه فإذ ان يكون مضمونا بالاتفاق وأما
 كونه رهنا فلانه بدل العبد وفي الحقيقة بدل ماله فيقوم مقامه واذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس
 الدين يستوفى منه دينه فان كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وان كانت قيمته أقل من الدين
 يرجع بفضل الدين على الراهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما)
 عدم وجوب السعاية على العبد فلانه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لان الاتلاف وجد من الراهن
 لامن العبد ومؤاخذه 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 بسبب وجوب الضمان وان كان معسرا
 فللمرتهن أن يرجع بدينه على الراهن ان شاء وان شاء استسمى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد أيضا
 أقل قيمته وقت الرهن وقت الاعتاق ويسعى في الاقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين الفين وقيمة العبد وقت
 الرهن ألفا فازدادت قيمته في يد المرتهن حتى صارت تساوي الفين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد في ألف قدر

قيمته وقت الرهن ولو انتقصت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سعى في خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما)
 اختيار الرجوع على الراهن فلانه أبطل حتمه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا
 العبد مملوكة للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا لدينه من ماليته فاذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتسبة
 عند العبد فوصلت الى العبد بالانلاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجهما 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 لاني
 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 محلبة الحبس
 بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقي حتمه في مطالبة المشتري بالثمن لحسب أمامهنا فبخلافه (وأما) السعاية في
 الأقل 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 بما سعى 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 كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقي
 بعد السعاية شيء من الدين رجع المرتهن بذلك على الراهن ولو قص العبد في السعير قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا
 وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص في السعير 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 حتمه الا قدر
 خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص العبد في السعير 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 للحاود 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
 ببقية دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوي ألفا بآلف فولدت ولدا يساوي ألفا فاعتقها المولى وهو
 معسر يسعى في ألف لان الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبيد قيمته ألفان فدفعها ثم أعتقه المولى سعى في ألف
 درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة للحاود ما وهي كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى
 لعبد رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالتقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة
 رضي 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 كالأقر 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 لا يملك للحال انشاءه لوالملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا بره فيجوز
 تديره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدير 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 وبالتدير 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

رحمه الله انه يسمى وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يسمى وسوى بين المرتهن وبين الاعتاق وهو ان
 الدين ان كان حالاً أخذ المرتهن جميع دينه من الراهن وان كان مؤجلاً أخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهنا
 مكانه كما في الاعتاق (وجه) ما ذكره الكرخي ان الدين على المولى وحسب المدبر ملك المولى لانه بالتدبير لم
 يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية الى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى
 فيستوى فيه حال الاسعار واليسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه وكسب الحر من كل
 وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل ان لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن
 القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهي حالة الاسعار (وجه) ما ذكره القاضي ان السعاية وان كانت ملك المولى لكن
 لا يصنع 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 الاسعار يسمى في جميع الدين بالغاً ما بلغ لان
 السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له ان يستوفيه بتمامه سواء كان
 الدين حالاً أو مؤجلاً لما قلنا وقيل ان كان الدين حالاً فكذلك كما اذا كان مؤجلاً فلا يسمى الا في قدر قيمته ويكون
 رهناً مكانه وهكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي (وجه) 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 ان الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فوجب اعادة حقه اليه
 ب عوض يقوم مقامه جبراً للفائت فيتقدر الجائر بقدر الفائت فيستسعيه بقدر قيمته ويكون رهناً مكانه ولا يرجع المدبر
 بما يسمى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين (أحدهما) ان المدبر يسمى في جميع
 الدين بالغاً ما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسمى في الاقل من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما يسمى على
 المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذا الفائت
 بالتدبير ليس الامتعة للبيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله ان يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع
 بما يسمى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعاية ملكه على
 الخصوص لانه حر خالص الا انه 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 أعلم وعلى ما ذكره الكرخي رحمه الله يقع الفرق بينهما في موضع
 ثالث أيضاً وهو ان المدبر يسمى مع ايسار المولى والمعتق لا يسمى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا اعتق او
 دبر فاما اذا استولد بان كان الرهن جارية فقبلت عند المرتهن فدعاها الراهن فدعواها لا يتحلوا ما ان كانت قبل وضع الحمل
 واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل نحت دعوته وثبت نسب الولد منه وصارت الجارية بقاء ولد له
 وخرجت عن الرهن (أما) حجة الدعوة فلان الجارية ملكة من كل وجه والملك من وجه يكفي لصحة الدعوة فالملك من
 كل وجه أولى وثبوت النسب حكم حجة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب وخرجت الجارية عن
 الرهن حكم الاستيلاء وهو صيرورتها أم ولد له لان أم الوالد لا تصلح للرهن الا ترى انها لا تصلح رهناً ابتداءً فكذا
 في حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حرأقبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية
 في حكمها حكم العبد المرهون اذا ذبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية بقاء وضع الحمل ثم ادعى الراهن الولد نحت
 دعوته وثبت النسب وصار حر او صارت الجارية أم ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الاول الا ان هنا
 صار الولد حر ابعده ما دخل في الرهن وصارت له حصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما الا ان 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 الولد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك الأثر هنا نظرا إلى ثلاثة أشياء إلى قيمة العبد وقت الرهن وإلى قيمته وقت الاعتاق وإلى الدين فيسمى في الأقل من الأشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط إلى قيمة الولد وقت الدعوة وإلى حصته من الدين فيسمى في أقلهما إذا كان الرهن معسرا أو يرجع بما سعى عليه

﴿فصل﴾ (وأما) حكم اختلاف الرهن والمرتهن والعدل فتقول والله التوفيق إذا كان الدين الف درهم فاختلاف الرهن والمرتهن في قدر المرهون به فقال الرهن انه رهن بخمسائة وقال المرتهن بألف فالتقول قول الرهن مع يمينه لأن المرتهن يدعى على الرهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقام الينة فالينة بينة المرتهن لأنها ثابتة زيادة ضمان ولو قال الرهن رهنته بجميع الدين الذي لك على وهو الف والرهن يساوي القأ وقال المرتهن ارهنته بخمسائة والرهن قائم فتدري عن أبي حنيفة أن القول قول الرهن ويحالفان ويترادان لأنهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العتد وهو المرهون به فاشبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهناك يحالفان ويترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يحالفا كان كما قال المرتهن لأن الرهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على أن الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالتقول قول المرتهن لأن الرهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول العاصب في مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقام الينة فالينة بينة الرهن لأنها ثابتة زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلغا في قيمة الهالك أن القول قول المرتهن في قيمة الهالك والينة بينة الرهن في زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتني هذين الثوبين بألف درهم وقال الرهن رهنت أحدهما بعينه بخلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لأنهما اختلفا في قدر المعقود عليه وأنه بوجب التحالف كما في باب البيع ولو أقام الينة فالينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الأصل لأنها ثابتة زيادة ضمان ولو قال الرهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالتقول قول الرهن لأنهما اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعى البراءة والرهن ينكر فكان القول قوله ولو أقام الينة فالينة بينة أيضا لأنها ثابتة استيفاء الدين وبينه المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك في يد الرهن قبل أن أقبضه فالتقول قوله لأن الرهن يدعى دخوله في الضمان وهو ينكر ولو أقام الينة فالينة بينة الرهن لأنها ثابتة الضمان ولو كان الرهن عبدا فاعور فاختلغا فقال الرهن كانت القيمة يوم الرهن ألفا فذهب بالاعور النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وانما زاد بعد ذلك فانما ذهب من حقي الربع مائتان وخمسون فالتقول قول الرهن لأنه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهدا له وان أقام الينة فالينة بينة أيضا لأنها ثابتة زيادة ضمان فكانت أولى بالتبول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلغا فقال الرهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع إلى وصدق العدل الرهن فالتقول قول المرتهن مع يمينه لأن المرهون خرج عن كونه مضمونا بنفسه بخروج وجهه عن كونه رهنا بالمبيع وتحول الضمان إلى الثمن فالرهن يدعى تحوّل زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما إذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقام الينة فالينة بينة الرهن لأنها ثابتة زيادة ضمان وبينه المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة أولى لأن اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول في الضمان فالمرتهن يدعى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان إلى الثمن والرهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه إذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى أنه باعه بثمن وهو ألف فالتقول قوله وان قال بعته بتسع مائة لم يقبل قوله فصار كأنه ضاع ولا يرجع على الرهن بالتصان إلى أن تجبى بيمينته أو يصدقه لما ذكرنا أنه كان مضمونا فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل إذا قال بعته بتسع مائة ولا يعلم إلا بقوله لم يكن على العدل التسع مائة

ويكون الزاين 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 وذلك في الاصل اذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بينة انه باعه بتسعة وأقام الزاين بينة انه مات في يد المرتهن أخذ بينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ بينة الراهن (وجه) قوله ان بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفها 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 يحجز 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 ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفي بيان حكم المزارعة المنفسخة (اما) الاصل فالمزارعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف الى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بمحصول النبات عقيبها لا بتخليقه وإيجاده وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج 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 جازان تستعمل فيها لا يوجد الفعل الا من واحد كالداواة والمعالجة وان كان الفعل لا يوجد الا من الطيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولا أحد يقصد مقابلة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جازان 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 التسيب لحصول النبات وفعل التسيب يوجد من كل واحد منهما الا ان التسيب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتسكين من العمل بأعطاء الآلات والاسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لو جود فعل الزرع منه بطريق التسيب 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 خير معايلة وأرضها مزارعة وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هي شريعة متواترة لتعامل السلف واختلف ذلك من غير انكار (وجه) قول أبي حنيفة ان عقد المزارعة استنجاز ببعض الخارج وانه منهي بالنص والمعقول (اما) النص فاروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرفع بن خديج في حائط لا تستأجره بشئ منه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن فقير الطحان والاستنجاز ببعض الخارج في معناه والمنهى غير مشروعة (واما) المعقول فهو ان الاستنجاز ببعض الخارج من النصف والثلث والرابع ونحوه استنجاز ببديل مقبول وانه لا يجوز كافي الاجارة وبه تبين ان حديث خير محمول على الجزية دون المزارعة صيانة للدلائل الشرع عن التناقض والدليل على انه لا يمكن حمله على المزارعة انه عليه الصلاة والسلام قال فيه أقركم ما أقركم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام محبيل المدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقى ترك الانكار على التعامل وذا محتمل أن يكون للجواز ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال

﴿ فصل ﴾ وأما ركن المزارعة فهو الإيجاب والتبطل وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا أو يقول العامل قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فإذا وجدتم العقد بينهما

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فهي في الأصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يجيز المزارعة وشرائط مفسدة له (أما) المصححة فأشياء بعضها يرجع إلى المزارع وبعضها يرجع إلى الزرع وبعضها يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة وبعضها يرجع إلى الآلة للمزارعة وبعضها إلى الخاريج وبعضها يرجع إلى المزرع وفيه وبعضها يرجع إلى مدة المزارعة (أما) الذي يرجع إلى المزارع فنوعان الأول أن يكون عاقلاً فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفناً واحداً لأن العقل شرط أهلية التصرفات (وأما) البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفناً واحداً لأن المزارعة استئجار ببعض الخاريج والصبي المأذون يملك الاجارة لأنها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحربة ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفناً 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 أنه إذا دفع المرتد أرضاً إلى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعلم الرجل وأخرجت الأرض زرعاً ثم قتل المرتد أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى بلحاظه بدار الحرب فهذا على وجهين إما أن دفع الأرض والبذر جميعاً مزارعة أو دفع الأرض دون البذر فإن دفعها جميعاً مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لأن مزارعته كانت موقوفة فإذا مات أو لحق بدار الحرب تبين أنه لم يصح أصلاً فصار كأن العامل زرع أرضه ببذر معصوب ومن غصب من آخر حباو بذر به أرضه فأخرجت كان الخاريج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لأنه معصوب استهلكه وله مثله فيلزمه مثله ثم ينظر إن كانت الأرض تقصها المزارعة فعليه ضمان النقصان لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما وراء قدر البذر وقصان الأرض لأنه حصل بسبب خيبت فكان سبيله التصديق وإن كانت لم تنقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وإن أسلم فالخارج بينهما على الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لأنه لما أسلم تبين أن المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كيف ما كان لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم فتكون حصته له فإن مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وإن دفع إليه الأرض دون البذر فالخارج له أيضاً لأنه لما ظهر أنه لم يصح المزارعة صار كأنه غصب أرضاً وبذرها ببذر نفسه فأخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا إلا أنه يأخذ من ذلك قدر بذره وحقه وضمن النقصان إن كانت المزارعة تقصتها ويتصدق بالفضل لما ذكرنا وإن كانت لم تنقصها بقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه نقصان الأرض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل وبين ورثة المرتد على الشرط (وجه) القياس ما ذكرناه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضاً فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها الزراعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان إن انعدم صحة تصرف المرتد بعد الموت والحاق ليس لمكان انعدام أهليته لأن الردة لا تنافي انعدام الأهلية بل لتعلق حق ورثته بماله لوجود أمانة الاستغناء بالردة لأن الظاهر أنه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغنى عن ماله فيثبت التعلق نظرهم ونظرهم هنا في تصحيح التصرف لا في إبطاله ليصل إليهم شيء فأشبهه العبد المحجور إذا أجز نفسه وسلم من العمل أنه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى تجب الاجرة لأن الحكم ببطلان تصرفه لنظر المولى ونظره هنا في التصحيح دون الإبطال كذا هذا وإذا أسلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضائها فنقصت الزراعة الأرض أو لم تنقصها كما ذكرنا في الوجه الأول وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان أسلم أو قتل أو لحق لأن تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم هذا إذا

دفع مرتد أرضه مزارعة الى مسلم فاما اذا دفع مسلم أرضه مزارعة الى مرتد فهذا على وجهين أيضا اما ان دفع الأرض والبذر جميعا أو دفع الأرض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فعمل المرتد فأخرجت الأرض زرعاً كثيراً ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فأخرج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لأن انعدام صحة تصرف المرتد لا عين رده بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد هنا ليس تصرفاً في ماله بل على نفسه باغواء المانع ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخراج على الشرط المذكور وان دفع الأرض دون البذر فعلم المرتد بسدوره وأخرجت الأرض زرعاً ففي قياس قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة ان الخراج كله لورثة المرتد ولا يجب قصان الأرض لأن عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخراج حاداً على ملكه لكونه مملوكاً فكان لورثته وفيه اشكال وهو ان هذا الخراج من اكساب رده وكسب الردة فيء عند أبي حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقاً بالبذر لما مر من قبل فالخاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب قصان الأرض لأن ضمان التقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير اذنه ولم يوجد اذا المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبي يوسف ومحمد الخراج على الشرط كما اذا كان مسالماً لما ذكرنا وان أسلم فالخراج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا اذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) اذا كانت بين مسلمين ثم ارتد أو ارتد أحدهما فالخراج على الشرط بلا خلاف لأنه لما كان مسلماً وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا يبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها فاعا واحداً بالاجماع لأن تصرفاتها نافذة بمسئلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها فاعا واحداً بمسئلة مزارعة المسلمة

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوماً بأن بين ما يزرع لأن حال المزرع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والتقصان فرب زرع يزيد في الأرض ورب زرع ينقصها وقد قبل التقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافاً الى التزامه الا اذا قال له ازرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء لأنه لم افوض الامر اليه فقد رضى بالضرر الا أنه لا يملك الغرس لأن الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المزرع فهو أن يكون قابلاً لعمل الزراعة وهو أن يؤت فيه العمل بالزيادة بمجرد العادة لأن ما لا يؤت فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضاً فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يميز كذا قالوا لان الزرع اذا استحصد لا يؤت فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلاً لعمل الزراعة

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى الخراج من الزرع فأنواع (منها) أن يكون مذكوراً في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لأن المزارعة استئجار والسكوت عن ذكر الاجرة ففسد الاجارة (ومنها) أن يكون لهما حتى لو شرطاً أن يكون الخراج للاحدهما يفسد العقد لأن معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعاً للشركة يكون مفسداً للعقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخراج حتى لو شرطاً أن يكون من غيره لا يصح العقد لأن المزارعة استئجار ببعض الخراج به تنفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخراج معلوم القدر من النصف والثلث والرابع ونحوه لأن ترك التقدير يؤدي الى الجهالة المقضية الى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة في الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأشاً من الجملة حتى لو شرط للاحدهما قتراناً معلوماً لا يصح العقد لأن المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة تنعقد اجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الاجارة فلا ن الاجارة تملك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لأن البذر ان كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو ثماء بذره وان كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض وهو ثماء بذره فكانت المزارعة استئجاراً للعامل واما للارض لكن ببعض الخراج وأما معنى الشركة

فلان الخارج يكون مشتركاً بينهما على الشرط المذكور وإذا ثبت أن معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشترط
 قدر معلوم من الخارج بنق لزوم معنى الشركة لاحتمال ان الارض لا يخرج زيادة على القدر المعلوم. ولهذا اذا شرط في
 المضاربه تسهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا اذا ذكر جزأشياء وشرط معه زيادة أكثر فمعلوم انه
 الا يصح لما قلنا وعلى هذا اذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا تصح المزارعة لجواز أن لا يخرج
 لارض الا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولان هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له
 لا عين البذر لان عينه تهلك في التراب وهذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربه لان قدر رأس المال يرفع ويقسم
 الباقي على الشرط لان المضاربه تقتضي الشركة في الربح لاني غيره ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح
 (فأما) المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج واشترط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق
 بين الفصلين وكذا اذا شرط ما على الماذيات والسواقي لا يصح العتد لان ما على الماذيات والسواقي معلوم
 فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقدر روي انهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لاحد مما على الماذيات والسواقي
 فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية أبطله

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المزرع وفيه وهو الارض فانواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو
 كانت سبخة أو تراب لا يجوز العتد لان المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج والارض السبخة والتراب لا يجوز
 اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) اذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا يمكن زراعتها وقت العتد لعارض من
 انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها
 (ومنها) أن تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح المزارعة لانها تؤدي الى المنازعة ولو دفع الارض مزارعة على
 أن يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعير فكذا يفسد العتد لان المزرع فيه مجهول لان كلمة من للتبعض
 فيقع على بعض الارض وانه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعير لان التبعض على
 التبعض تنصيص على التجهيل ولو قال على ان مازرع فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعير فكذا اجاز لانه
 جعل الارض كلها لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فانعدم التجهيل ولو قال على أن أزرع فيها بغير كراب فكذا
 ذكر في الاصل انه جائز وهذا مشكل لان المزرع فيه من الارض مجهول فأشبه ما اذا قال مازرع فيها حنطة فكذا
 وما زرع فيها شعير فكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجهه لم يتضح
 ولو قال على أنه ان زرع حنطة فكذا وان زرع شعيراً فكذا وان زرع سمسماً فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لانعدام
 جهالة المزرع فيه وجهالة الزرع للحال ليس بضائر لانه فوض الاختيار اليه فاي ذلك اختاره يتعين ذلك العتد باختياره
 فعلاً كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعير اجاز لانه لو زرع الكل حنطة أو الكل
 شعير اجاز فاذا زرع البعض حنطة والبعض شعيراً أولى (ومنها) أن تكون الارض مسماة الى العامل محللة
 وهو أن يوجد من صاحب الارض التخيلية بين الارض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح
 المزارعة لانعدام التخيلية فكذا اذا اشترط فيه عملها فيمنع التخيلية جميعاً 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 التخيلية كذا هذا
 وعلى هذا اذا دفع ارضاً وبذراؤها على أن يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ورب الارض الثلث
 ولعبده الثلث فهو جائز على ما اشترط لان صاحب الارض صار مستأجر للعامل ببعض الخارج الذي هو ثمن
 ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطاً على نفسه لان العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن
 مولاه فيصير بمنزلة الاجنبي فلا يمنع تحقيق التخيلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من
 العامل لا تصح المزارعة لانه يصير مستأجراً للارض والبقر والعبد ببعض الخارج الذي هو ثمن ملكه وذا

لا يصح على ما ذكره ويكون الخراج له وعليه أجر مثل الارض والبقر والعبد لان هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما يدكر في موضعه وكذلك 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 المقنود عليه في باب المزارعة مقصودا من حيث انها اجارة أحد أمرين اما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الارض واما منفعة الارض بأن كان البذر من العامل لان البذر اذا كان من قبل رب الارض يصير مستأجر للعامل واذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للارض واذا اجتمعا في الاستئجار فسدت المزارعة فاما منفعة البقر فان حصلت تابعة تحت المزارعة وان جعلت مقصودة فسدت

﴿فصل﴾ وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول والله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الارض والبذر والبقر والا لثة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لان صاحب الارض يصير مستأجر للعامل لا غير لعمل له في أرضه ببعض الخراج الذي هو ثمن ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض من جانب والباقي كله من جانب وهذا أيضا جائز لان العامل يصير مستأجر للارض لا غير ببعض الخراج الذي هو ثمن ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض والبذر من جانب والبقر والا لثة والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لان هذا استئجار للعامل لا غير مقصودا فاما البذر فغير مستأجر مقصودا ولا يقابله شيء من الاجرة بل هي توابع للمقنود عليه وهو منفعة العامل لانه آلة للعمل فلا يقابله شيء من العمل من استأجر خياطاً فحاطة بارة تقسه جاز ولا يقابله شيء من الاجرة ولانه لما كان تابعا للمقنود عليه فكان جاز باجبري الصفة للعمل كان العقد عقداً على عمل جيد والا وصال لا قسط لها من العوض فامكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الارض و بين 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 جاز وجعلت 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 جميعاً مقصودا ببعض الخراج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لا اختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فبقيت أصلاً بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخراج أصلاً ومقصودا واستئجار البقر مقصودا ببعض الخراج لا يجوز لوجهين أحدهما ما ذكرنا أن المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر و بين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الارض و منفعة العامل والثاني أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفاً للقياس لان الاجرة معدومة وهي مع انعدامها مجهولة فيمتنع جوازها على المحل الذي ورد النص فيه وذلك فيما اذا كانت الآلة 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 جميعاً ببعض الخراج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا قلنا وروى عن أبي يوسف في هذين الفصلين أيضا انه يجوز لان استئجار كل واحد منهما جائز عند الافراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الافراد فبقي حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الارض مزارعة ثم يستعير من صاحبها لعمل 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 مروى عن هذا ورواها بالفساد فانه روى أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم 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 مستأجرا 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 وبقير 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 فأسد 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 جميعا وأنه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد وجهان جهة الصحة وجهة الفساد خصوصا في حق شخصين فيكون صحيحا في حق أحدهما فأسد 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 مستأجرا للعاملين جميعا 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 تابعا فان جعل مقصودا 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 إلا جارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة أن لا تصح إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار العامل ببعض الخراج فكانت اجارة 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 بجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج كذا ذكر محمد ابن سلامة أن بيان المدة في ديار ناليس بشرط كفاية المعاملة

﴿فصل﴾ وأما شرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها في بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخراج لأحدهما لأنه شرط يقطع الشركة التي هي من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض لأن ذلك يمنع التسليم وهو التحلية (ومنها) شرط البقر عليه لأن فيه جعل منفعة البقر معتودا عليها مقصودة في باب المزارعة ولا سبيل إليه (ومنها) شرط العمل والأرض جميعا 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 بمتعلق به صلاحه والأصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تناهيه وإدراكه وجفافه مما يرجع إلى إصلاحه من السقي والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الاتهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع أن ما هو المقصود من الزرع وهو التمتع لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المعتود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تناهي الزرع وإدراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه خلوص الحب ونقيته يكون بينهما على شرط الخراج لأنه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا ودفع أرضا مزارعة وفيها زرع قد استحصلا لا يجوز إلا قضاء وقت عمل المزارعة إذا العمل

فيه بعد الادراك مما لا يفيد وكل عمل يكون بعد التقسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاجرا من القسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبي يوسف انه أجاز شرط الحصاد ورفع البذر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به أيضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سامة من مشايخ خراسان والجدان 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 يقصلا كان الفصل 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 سكتا عنه 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 سكتا عنه ففسد 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 اعنى 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 جازو يكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده الا تافه كيدوان شرطه لمن لا بذره فسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نماء ملكه وانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذره 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 والسرقد واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يتيق 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 سكتا عنه 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 صيغة التثنية واما ان شرطه مفيد أباها فان شرطه مطلقا عن الصيغة 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 فسدت المزارعة لان التثنية اما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة لزرعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكرهة 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 ولو دفع الارض مزارعة على أنه ان زرعها بغير كراب فلمزارع الزرع وان زرعها بكراب فله الثلث وان كرها ونهاها فله النصف فهو جازر على ما شرطنا كذا ذكر في الاصل وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغي أن يفسدها هذا الشرط واذما عمل يكون له أجر مثل عمله فاما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم يحجوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية ففرق لم يتضح وفرع في الاصل فقال ولو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بتينان فهو جازر والشرط بينهما في كل الارض نافذ على ما شرطنا 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 والله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام

(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لصلاحه فعلى المزارع ان العقد تناوله وقد بيناه (ومنها)
ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقين وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حتهما وكذلك الحصاد
والحمل الى البيدر والدياس ونذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) أن
يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند
شر وطهم (ومنها) انها اذا لم يخرج الارض شيئا فلا شيء لواحد منهما الا اجر العمل ولا اجر الارض سواء كان البذر
من قبل العامل أو من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها اجر المثل وان لم يخرج الارض شيئا
والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شيء والواجب
في المزارعة الفاسدة اجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج فانه عدم الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق (ومنها)
ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة
وقال لا أريد راعة 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 الا باتلاف
ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشرع فيه ملزما في حقه اذا الانسان لا يجبر على اتلاف ملكه
ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس في لزوم المعنى ايام اتلاف ملكهم فكان الشرع في حثهم
ملزما ولا ينسخ 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 يجبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرط الكراب في العقد واما ان سكتا عن شرطه
فان شرطه لا يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما يخرج الزرع بدون
الكراب زرعا معتادا يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلا أو يخرج ولكن
شيئا قليلا 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 تستقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتب بماء
السماء ويخرج زرعا معتادا بدونه لا يجبر على السقي وان كان مع السقي أجود فان كان مما لا يكتب به يجبر على السقي لما
قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخراج والحط عنه وعدم الجواز والا صل فيه ان كلما احتمل
انشاء العقد عليه احتمل الزيادة وما لا فلا والحط جائز في الحالين جميعا كما في الزيادة في الثمن في باب البيع اذا عرف
هذا فتقول الزيادة والحط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما أن يكون من صاحب الارض ولا يتخلو
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 مثلا فزاد المزارع صاحب الارض
السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضى به صاحب الارض لا تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان
وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد
انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز الا ترى انها لو انشأ 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 أيضا 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 استحقته 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 لرب 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 له 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 والاجرة في الاجارة الفاسدة لا تنجب بالاجحقة الاستعمال ولا تنجب بالتخليه لانعدام التخليه فيها حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجارات (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 شئ لواحد 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 الاجرة وهو حصة كل واحد منهما مائة 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 المعتود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البدل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فاذا لم يصح العقد لقوات شرط من شرائطه وجب المنصير الى البدل الاصل للمنافع وهو أجر المثل ولهذا اذا لم يسم البدل أصلا في العقد وجب أجر المثل بالغاما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالتقدير الممكن لكن مقدر بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المائة في البدل في عقد المعاوضة بالتقدير الممكن يجب اعتبار التسمية بالتقدير الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر مرضى بالزيادة على المسمى والأجر مرضى بالتقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالتقدير الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البدل مسمى في العقد لان البدل 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) الاول الذي يرجع الى صاحب الارض فهو الدين القادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين ويسخ العتد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا ادرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضى في العتد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضى الارض بدينه أو لانه يسخ 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 الجانبين فكان أولى و يطلق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المثل وانه غير مما طل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معدوم فاذا أدرك الزرع برد الى الحبس نائبا لبيع أرضه ويؤدى دينه بنفسه والافبيع القاضي عليه (وأما) الثاني الذي يرجع الى المزارع فتحو 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 من العمل على ما عرف في كتاب الاجارة

﴿فصل﴾ وأما الذي ينسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأشياء (منها) التسخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح أن يكون بلفظ التسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح التسخ والاقالة وأما الدلالة فنوعان الاول امتناع صاحب البذر عن المضى في العقد بان قال لأر يد مزارعة الارض ينسخ العقد لاذكر ان العقد غير لازم في حقه فكان سبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر ويكون ذلك فسخامته دلالة والثاني حجر المولى على العبد المأذون بعدم ادفع الارض والبذر مزارعة وبيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة ينسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لان العقد لم يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب تساخ العقد لقوات المعتود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا ينسخ 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 ينسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا حجر عليه ولكن نهى عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهي باطل وكذلك نهى الاب الصبي المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهي عن الزراعة والتسخ 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 قبل لان العقد أفاد الحكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصله فحكم تصرفه بقبحه لانه لا يغيره الا ضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حد الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فتقول وباللغة التوفيق لا يتخلو من وجهين اما ان انسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انسخت قبل الزراعة فلا شيء للعامل وان كرب الارض وحفر الاتهار وسوى المسنات بأي طريق انسخ سواء انسخ بصرح التسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان التسخ يظهر أثره في المستقبل باتهاء حكمه لافي الماضي فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب في العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخراج ولم يوجد فلا شيء وقيل هذا جواب الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضى في العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التعزير وانه حرام وان انسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد فالحصاد والخارج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب في صريح التسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقي الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلما مر ان انسخ العقد يظهر أثره في المستقبل لافي الماضي فبقي الزرع بينهما على ما كان قبل الانقضاء (وأما) العمل فيما بقي 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 والزرع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لأن هناك انسخ العقد حقيقة لوجود سبب القسخ وهو الموت الا اننا بقينا تقديرنا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انسخ ثبت لصاحب الأرض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في بقاء العقد تقديره فاذا بقي العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان اتفق أحدهما من غير إذن صاحبه ومن غير أمر القاضي فهو متطوع ولو أراد صاحب الأرض أن يأخذ الزرع بقل لا يمكن له ذلك لأن 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 بحصته لأن فيه رعاية الجانبين (وأما) في موت أحد المتعاقدين أما إذا مات رب الأرض بعد ما دفع الأرض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقل ترك الأرض في يدي المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لأن في الترك الى وقت الحصاد نظر من الجانبين وفي القلع اضرار 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 فالأمر الى ورثة المزارع لأن في القلع ضرر بالورثة ولا ضرر بصاحب الأرض في الترك الى وقت الادراك واذا ترك لأجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرا فكانه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لأن العقد ينسخ حقيقة الا اننا بقينا باختيارهم نظر لهم فان امتنعوا عن العمل بقي الزرع مشتركا فاما ان يقسم بينهم بالخصص أو يعطيهم صاحب الأرض قدر حصتهم من الزرع البقل أو ينفق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لأن 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 الخراج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خبيرانه عليه الصلاة والسلام دفع تخيلهم معاملة ولا بنى حنيفة رحمه الله أن هذا استئجار ببعض الخراج وأنه منهي عنه على ما ذكرنا في كتاب المزارعة وقد مر الجواب عن الاستدلال بحديث خبير فلا نعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت وأما الشرائط المصححة لها على قول من يجزها فما ذكرنا 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 فالخراج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخراج كله للدافع لانه نماء ملكه ولا آخر أجر المثل اذا عمل وعندهما الخراج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخراج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الردة أو لحق فالخراج 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 ارتد أو ارتد أحدهما فالخراج على الشرط لما مر في كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتد دفعا واحدا

بالإجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمره معاملة فيما يزيد ثمره بالعمل فإن كان المدفوع نخلا فيه طلع أو بسر قد احمر أو اخضر إلا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وإن كان قد تناهى عظمه إلا أنه لم يربط بالمعاملة فاسدة لأنه إذا 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 لأحدهما فسدت لماعلم (ومنها) أن تكون حصص 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 إلى 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 شرط الان ترك البيان يؤدي إلى الجهالة كما في المزارعة إلا أنه ترك القياس للتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى أنه لو وجد التعامل به في موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتى محمد بن مسلمة على ما مر في المزارعة ولو دفع أرض البزيرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة ثابتة ولم يسم المدة فإن كان شيئا ليس لابتداء نباته ولا لانتهاؤه جده وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وإن كان وقت جده معلوما يجوز ويقع على الجذوة الأولى كما في الشجرة المثمرة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها في الشرائط المصححة للعقد لأن ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للافساد (منها) شرط كون الخارج كله لأحدهما (ومنها) شرط أن يكون لأحدهما قفزان مسمية (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والتطاف على العامل بخلاف لأنه ليس من المعاملة في شيء ولا انعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعتة بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقية ونصب العرايش وغرس الأشجار وتقليم الأرض وما أشبه ذلك لأنه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات العقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لأن العامل أجير رب الأرض واستئجار الإنسان للعمل في شيء هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى إن النخل لو كان بين رجلين قد دفعه أحدهما إلى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما ثلاث ثلثا للشريك العامل وثلثه 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 وإذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف في الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لأن الأرض إذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما إلى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخراج أنه تجوز المزارعة لأن هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل في شيء الاجير فيه شريك المستأجر لا نعدام الشركة في البذر وهنا تحقق لثبوت الشركة في النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشيء من الخراج لأنه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرط أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لأن استحقاق كل واحد منهما أعني من الشر يكين 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 يطلع به النخل فاشتراهم يرجع عليه بنصف ثمنه لأنه اشترى ما لا متقوما على الشركة بامرهم ف يرجع عليه وسواء كان العامل في عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله إلى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل لأحدهما فضلا لأن كل واحد منهما أجير صاحب الأرض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيقدر بقدر الشرط ولو شرط لأحدهما مائة درهم على رب الأرض والاخر ثلث الخراج ورب الأرض الثلثان جاز لأن الواجب لكل واحد منهما أجره مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

شرط لصاحب النخل الثلث ولا حد للعاملين 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 ان يعمل فلان معه ثلث الخراج ان المزارعة جائزة بين رب الارض والمزارع فاسدة في حق الثالث لان المعاملة استئجار 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 فأنواع (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقي واصلاح التهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من ثواب العقود عليه فيتناولها العقد وكلما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والارض من السرقين وتقليب الارض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليها على قدر حتمتها 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 الخراج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه اذا لم يخرج الشجر شيئا فلا شيء لو احدهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق في كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الامن عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقدم الفرق (ومنها) ولاية جبر العامل على العمل الامن عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والخط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والافلا والخط جائز في الموضعين أصله بالزيادة في الثمن والثمن فاذا دفع تخلفا بالتصف معااملة فخرج الثمران لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لان الانشاء للعقد في هذه الحالة جائزة فكانت الزيادة جائزة ولو نتاه عظم البسرجازت الزيادة من العامل لرب الارض شيئا ولا تجوز الزيادة من رب الارض للعامل شيئا لان هذه الزيادة في الاجرة لان العامل اجير والحمل لا يحتمل الزيادة الا ترى انه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الخط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع الى غيره معااملة الا اذا قال له رب الارض اعمل فيه برأيك لان الدفع الى غيره ثابت الشركة في مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل فيه برأيك فقد اذن له فصح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل الى رجل آخر معااملة فعلم فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الاول ولان استحقاقه 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 رأس النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو قويت بدالك 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 بقى 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 الآخر بشيء لانه عمل بأمر الاول فلورجع عليه لرجوعه عليه أيضا فلا يفيد وان اختار تضمين الآخر 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 بثمت

الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من التمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقى له السدس ضرورة وذو كرم رحمه الله في الاصل انه اذا لم يقل اعمل فيه برأيك وشرط له شيئا معلوما وشرط الاول للثاني مثل ذلك فيما 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 يفتق على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئا بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق في كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب مقدر بالسمي لا يتجاوز عنه عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا الاختلاف فيها اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم تكن مسماة في العقد يجب أجر المثل تاما بلا خلاف وقد مررت المسئلة في كتاب المزارعة

﴿ فصل ﴾ وأما المعاني التي هي عذر في فسخاها ذكرنا في كتاب المزارعة ومن الاعذار التي في جانب العامل ان يكون سارقا معروفا بالسرقة فيخاف التمر والسعف

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

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

—+56—+34—
﴿ كتاب الشرب ﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الشرب لغة وشرعا وفي بيان أنواع المياه وفي بيان حكم كل نوع منها أما 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 بالتسخ 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 لا قوام 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 مباحا في الاصل لكن المباح تملك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكا 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 ان يأخذ منه في شرب من غير اذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فتمنع فان لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلا لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلا كه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فلم يمنع أن يقاتله لياخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما اذا أصابته نخصة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فتمنع 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 مملوكة لكن له حق خاص فيه لان الماء في الاصل خلق مباحا لقول النبي 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 لا حد فيصير مملوكا للمستولى كما في سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم
 يوجد ذلك بقي على أصل الاباحة التابعة 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 روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
 عن منع نبع البئر وهو فضل ماؤها الذي يخرج منها فليهم ان يستقوا منها لشفاهم ودوابهم فاما زروعهم وأشجارهم
 فله ان يمنع ذلك لما في الاطلاق من ابطال حقه أصلا 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 لهم ان يقتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يتدفع به الهلاك عنهم والا صل فيه ماروي أن قوما وردوا
 ماء فساءلوا أهله أن يدلومهم على البئر فأبوا وسألومهم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطايتنا كادت تنقطع
 فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضي الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز في الاواني والطعام حالة
 الخمصة لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا
 ملك هناك بل هو على الاباحة الاصلية على ما بينا فاذا منعه أحد ما له حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك
 وأما الثالث الماء الذي يكون في الانهار التي تكون لا قوام 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 لا حد لما ذكرنا
 أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالاحراز بالاواني فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال استقني
 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 يستقى 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 تحتل 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 أحد يتبادر اليه فيسقى منه زرعه وأشجاره فيبطل حقه أصلا ولو أذن بالسقي
 والنهر خاص له جازلانه أبطل حق نفسه وأما الذي يرجع الى الشرب فهو انه لا يجوز بيعه منفرداً بان باع شرب يوم
 أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقي والحق لا تحتل الافراد بالبيع والشراء ولو اشترى 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 لغيره
 وان كان لا يجعله مقصوداً بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب في بيع الارض الا بالتسمية صريحاً أو بذكر
 ما يدل عليه بان يقول بعثا بحقوقها أو بمرافقتها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر
 شيئاً من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحرره لا يدل على الشرب ولا يجوز اجارته مفرداً لان الحقوق
 لا تحتل الاجارة على الافراد كما لا تحتل البيع وكذا الوجه له أجره في اجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان
 الاجرة في باب الاجارة كالنهن في باب البيع وانه لا يصلح ثمن في البياعات فلا يصلح أجره في الاجارات ولو انتفع
 بالدار والعبد لم يرد أجر مثله لانه استوفى منفعة المعتود عليه عقد فاسد أقبليزمه 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 أصلا فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما في البيع وفي الاستحسان كاتاله ويدخل تحت

اجارة الارض من غير تسمية تصا 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 يجوز 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 يسقط القصاص ويكون الصلح كأنه على العفو لما ذكرنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح
أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات وتجب على القاتل والجراح الدية وارش الجنابة ولا تصح
تسميته في باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لان النكاح تصرف تملك وأنه لا يحتل التملك
واذا لم تصح التسمية يجب للعوض الاصل وهو مهر المثل ولا تصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها
عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لان تسميته في معرض التملك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فمن 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 بحالة بل يثبت في حق المال كما ثبت
في الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت
الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تملكها لكنها تملك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى
به في الحال وانما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتمل الارث احتمل 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 أوصى أن يتصدق بالشرب
على المساكين لم يصح لانه لم يحتل التملك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية ويستحق
كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا في قدر الشرب ولا بينة لاحد من 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 وانما كان كذلك لاختلاف المقصود اذا المقصود من الشرب السقي والسقي 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 ربة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته 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
فلان ربة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف في الملك
المشترك والحق المشترك الا برضا الشركاء وأما الذي يرجع الى النهر فالاصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك
أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين سواء أضر بهم التصرف أولا لان ربة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في
المملوكة 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 من 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 مملو كاله والماء يدري الرحي على سببه لذلك
وان كان موضع البناء مشتركا أو وقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس لذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول حقيقتهم اليهم بالتعريج كما اذا حفر نهر في أرضه وأراد أن يعرج الماء إليه ثم يعيده الى النهر وكذلك لو أراد
 أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لاحد من أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم
 لان القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شرين يمكن له خمس كوى من النهر
 الا عظم ولا حد الشر يمكن أرض في أعلى النهر وللآخر أرض في أسفله فأراد صاحب الاعلى أن يسد شيئا من تلك
 الكوى لما يدخل من الضرف في أرضه ليس له ذلك الا برضا شره لانه يتضرر به شره فلا يجوز له دفع الضرر
 عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتأيا حتى يسد في حصته ماشاء لم يكن له ذلك الا برضا الشره لما قلنا وان
 تراضيا على ذلك زمانا ثم بدأ صاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان المراد على ما لا يحتمل التملك تكون
 مهايأة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجنبي اليها كوة وحفر نهر آمنه الى أرضه
 برضا منهما ومضى على ذلك زمان ثم بدأ الاحد هما أن ينقض فله ذلك لان العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات
 لورثتهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الا عظم 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 المهايأة بأمام معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء
 والنهر على حاله 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 فيملكه ملك النهر بخلاف الزيادة في العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الا عظم بين قوم
 تخافوا أن ينبتق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عما يجيرون على أن يحصنوه بالخصص وان
 لم يكن فيه ضرر عام لا يجيرون عليه لان الانتفاع معتذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التحصيص من باب دفع
 الضرر عن الجماعة فجاز واذا لم يكن الضرر عاما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتحصيص جبرا عليه لزيادة الانتفاع
 بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر رجل ملاصق لأرض رجل فاختلف صاحب الارض والنهر في مسنة فالمسنة
 لصاحب الارض عند أبي حنيفة رحمه الله أن يغرس فيها طينته ولكن ليس له أن يهدمها وعند أبي يوسف ومحمد
 المسنة لصاحب النهر حر بما لنهره وله أن يغرس فيها ويطبق طينته ويحجاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر
 والارض حائلي من حائط ونحوه كانت المسنة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على
 ان النهر هل له حرى أم لا بأن حفر رجل نهر في أرض موات باذن الامام عند أبي حنيفة لا حرى له وعندهما له حرى
 (ووجه) البناء عليه انه لم يكن للنهر حرى عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهد صاحب الارض فكان القول
 قوله ولما كان له حرى عندهما كان الظاهر شاهد صاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححو البناء وقالوا
 لا خلاف ان للنهر حرى بما في أرض الموات لان للبر والعين حرى بما فيها بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام
 انه جعل لهما حرى بما لهما من الحفر لتعذر الانتفاع بما بدون الحفر لان حاجة النهر الى الحرى كحاجة البر والعين
 بل أشد فكان جعل الشرع للبر والعين حرى بما جعل للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير
 صحيح فكان هذا خلافا مبتدأ (وجه) قوله انهما لم يكن للنهر حرى بالاتفاق كان الظاهر شاهد صاحب الارض
 فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البر والعين عند الاختلاف كذا هذا
 ولا يبي حنيفة ان المسنة اذا كانت مستوية بالارض فالظاهر انها ملك صاحب الارض اذ لو كانت حرى للنهر
 لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينته فكان الظاهر شاهد صاحب الارض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب
 النهر بها وفي الهدم بطلاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير كحائط انسان عليه جذوع
 لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرمي 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 واذاجوزوا أرض رجل دفع عنه وكان
الكرى على من بقى وقال أبو يوسف وعبد الكرى عليهم جميعاً من أوله الى آخره بخصص الشرب والاراضى حتى
ان النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيهم عليه لاخر كرى فوهة النهر الى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم
على كل واحد منهم العشر 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
قال كرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر الى أسفله (وجه) 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 تسيل 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 يحاب النهر ولا هل الشفة حق الشرب وسقى
دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما)
الانهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لاحد فيها ولا في رقبة النهر وكذا ليس لاحد حق خاص
فيها ولا في الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلعل أحد أن ينفع بهذه الانهار بالشفة والسقي وشق النهر منها الى
أرضه بأن احيا أرضاً ميتة باذن الامام له أن يشق اليها نهر من هذه الانهار وليس للامام ولا لاحد منعه اذا لم يضر
بالنهر وكذالك أن ينصب عليه رحي 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 يسيل من الانتفاع لكن بشرطة عدم
الضرر بالنهر كالاتفاق بطريق العامة وان أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منع لما بيناه 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 فخر لها نهر افوق مرو من موضع ليس بملكه أحد فساق الماء اليها من ذلك
النهر فقال أبو يوسف ان كان يدخل على أهل مرو ضرر في ما منهم ليس له ذلك وان كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن
يمنعوه لما قلنا وسئل أيضاً اذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة 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 (ووجه) 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 يحتمل أن يعود ماؤها الى مكانه ولا يجدي اليه سيلاً فيحمل على
جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بازاها من الجانب الآخر أرض موات لا يضر أحد بحمل الماء عليه فله
ذلك وملكه اذا احياها باذن الامام أو بغير اذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الانهار الى الكرى فعلى
السلطان كراهة من بيت المال لان منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام
الخراج بالضمان وكذا لو خيف منها الفرق فعلى السلطان اصلاح مستناتها 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 البلدة محتطبهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهو المسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الأراضي المملوكة العامر 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 فلاخراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستيلاء فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فكيف حكم اللقطة يعرف في كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلا الذي بنيت 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 بنيت من غير صنع العبد والشركة العامة هي الاباحة الا اذا قطعه واحرزته لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز في الاواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لاحد والنار اسم لجو هو مضي عدائم الحركة علو اقليل لمن اوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها لان النبي عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فاما الجمر فليس بنا وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر املاكه ولو اراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلا فاذا كان يجده في موضع آخر له أن يمنع من الدخول وان كان لا يجده فيقال لصاحب الارض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فسد فعه 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 يجوز اجارته لان الاعيان لا تخضع للاجارة على ما ذكرنا في كتاب الشرب والجواب في الكلا في البيع والاجارة والهبة والتكاح والمخلع والوصية كالجواب في الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلا على هذا وكذلك الآجام المملوكة في حكم السمك لان السمك أيضاً مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا بالاخذ والاستيلاء لما بينا ولو حظر السمك في حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفس الحظر لوجود الاستيلاء وانبات اليد عليه ولهذا لو باعه جاز 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 كالظير اذا باضت أو فرخت في أرض انسان انه يكون مباحا ويكون للاخذ لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذ له 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 اتخذ له وكرا وكذلك صيد النجاء الى ارض رجل أودره 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 نصب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كمن أرسل بازي انسان بغير اذنه فاخذ صيدا أو غمرى كلبا انسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمغرمي لصاحبه ولو نصب فسطاطا فجاء صيد فتعقل به فهو للاخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشئ اكتساب له (فاما) نصب الفسطاط فما وضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء

والاخذ حقيقته ولو حفر حفرة فوق فيها صيد فان كان حفرها لاجتماع الماء فيها فهو لالاخذ لانه بمنزلة الاصطياد وان كان حفرها للاصطياد بها فهو بمنزلة الشبكة (واما) الاجام المملوكة في حكم القصب والخطب فليس لاحد أن يحتطب من اجمه رجل الا باذنه لان الخطب والقصب مملوك لصاحب الاجمة ببيتان على ملكه وان لم يوجد منه الانبات أصلا بخلاف السكلا في المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هي القصب والخطب فكان ذلك مقصودا من ملك الاجمة فيملك بملكها (فاما) السكلا فغير مقصود من المروج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقارا رعى اجمه مملوكة لا نسان فليس لذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الاجمة القصب والخطب ومما مملوك لصاحب الاجمة وانلاف مال مملوك لصاحبه بوجب الضمان بخلاف السكلا في المروج لانه ثبت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز لدفع القصب معاملة ولا يجوز دفع السكلا معاملة والاصل المحفوظ فيه أن القصب والخطب يملكان بملك الارض والسكلا لا (واما) ما لا يثبت عادة الابتنع العبد كالتقتة والتفصيل 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 بها في اشياء 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 (اما) الاول فالارض الموات هي أرض خارج البلد يمكن ملكا لاحد ولا حقاله خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطبا بالاهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها لان ما كان من مرافق اهل البلدة فهو حق اهل البلدة كقضاء دارهم وفي الاقطاع ابطال حقهم وكذلك أرض الملح والبقار والنقط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لان تكون أرض موات حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لها 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 فتأدى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر وفي ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان يحرق من البلدة جزر ماؤه أو اجمه 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 قناترها ونحوه ولو اقطع الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض له الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين فقد عاد مواتا كما كان وله أن يقطع غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمحجر بعد ثلاث سنين حق ولان الثلاث سنين مدة لا يلاء 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 للمحي من غير شرطه اذن الامام ولانه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو وحش كلابا وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

حق روى منونا ومضافا فالمنون هو أن ثبت عروق أشجار انسان في أرض غيره بغير اذنه فلصاحب الارض
 قلبها حبشياً ولا ي حنيفة عليه الرحمة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للمرء الا ما طابت به
 نفس امامه فاذا لم يأذن 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 بالنجاف الخليل والركاب والموات كذلك
 لان الارض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا
 يختص بعض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف العبيد والخطب والحشيش لانها لم تكن
 في يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها (وأما) الحديث فيحتمل أنه يصير به شرناً
 ويحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه
 الصلاة والسلام من قتل قتيلاً فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به في ايجاب السلب للقاتل 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 يجي بعده
 أن يزعمه عنها واذا صار أحق بها فلا يقطعها الا امام 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 حریماً وكذلك العين لها حریم بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حریماً
 (وأما) التهر فقد ذكرنا الكلام فيه (وأما) تقديره فحریم العين خمسمائة ذراع بالاجماع وبه نطق السنة وهو قوله
 عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحریم بئر العطن أربعون ذراعاً بالاجماع نطقت به السنة قال النبي عليه
 الصلاة والسلام وحریم بئر العطن أربعون ذراعاً وأما حریم بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبي حنيفة رحمه الله
 أربعون 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 فيقرب الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة
 والسلام ذلك في بئر خاص وللإمام ولاية بذلك (وأما) حریم النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في تقديره
 فعند أبي 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) التهر اذا حفر في أرض الموات فمنهم من ذكر الخلاف
 فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حریماً بخلاف ما قلنا (وأما) الثاني حكم الوظيفة فان احياءها
 مسلم قال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر ففي عشرة وان كانت من حيز أرض الخراج ففي خراجية وقال
 محمد ان احياءها بماء العشر ففي عشرة وان احياءها بماء الخراج ففي خراجية وان احياءها ذمي ففي 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 مشايعنا بحمهم 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 يورث ماله ولا تبين أمره أنه كانه 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 لبقائه وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتتبع الحاجة إلى الانبثاق واستصحبنا الحال لا يصلح حجة لانبثاق ما لم يكن وتحقق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم يحتمل أنه حي ويحتمل أنه ميت وهذا يمنع التوارث واليئونة لأنه إن كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين أمره أنه وان كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والأرث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا يتبين فوق الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك اليئونة على الأصل المعبود 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 يتبين 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 بشي يوقف وكذا إذا فقد المرتد ولا يدري أنه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بحاله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفاظ لأنه مال لا حافظ له لعجز 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 ثمنه 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 أحياء لها 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 زمنى أو لا وعلى والديه المحتاجين إن كان عالما بالنسب لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والعضوية أحياء لهم وأحياء نفسه واجب فكذا أحياء جزئته وكله فكان الاتفاق عليهم من ماله أحياء لهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وإن لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضروا رجلا في يده مال ودبعة للمفقود ومضاربه أو عليه دين له فأقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب أثنى عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا انفقرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا امرأة أبي سفيان خذني من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فإذا أقران هذا ماله وهذا 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 أصحاب 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 حسنا لجواز أن يحضر المفقود فيقيم البيعة على أنه كان طلق أمره أو

كان اعطاهم النفقة معجزة هذا اذا أقر الرجل بهما فاما اذا أنكرهما جميعاً وأقر بأحدهما دون الآخر فاقاموا البينة على ذلك لا تسع بينهم 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 وإيجاب النفقة عليه وكذا الاولاد 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 والبعضية لعدمها بل بطريق الصلابة والبر بهم والاحسان اليهم الا ترى انهم ليس لهم ان يمدوا أيديهم في أخذوا 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 القاضى له ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضى ان ينفق منه ثم القاضى 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 الا بالبيع وليس للقاضى أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حاله الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الاتفاق فافتقر الخلان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بيعاً بصورة فهو حفظ وامسالك له معنى والقاضى يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير اذن القاضى بالاجماع وأما المتقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضى 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 يعيش بها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره وتبين امره ويصير ماله ميراثاً لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك ولم يقدر تلك المدة في ظاهر الرواية تقديراً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد في الاصل انه قد قد رجل بصفين أو بالجل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا على رضي الله عنه في سنة أربعين ووفاة أبي حنيفة رضي الله عنه في سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة المقدره 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 فعل من اللقط وهو اللقاة بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لانه يؤخذ ويرفع وأما في العرف فتقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة لانه يلتقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى جل شأنه انى أرانى أعصر حمراً وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمي العنب حمراً والحي الذي يحتمل الموت ميتاً باسم العاقبة كذا هذا

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

حرين والمتولد من الحرين يكون حرا وانما حدث الرق في البعض شرعا عارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر
 الباعث على الحراب فيجب العمل بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الأحرار من أهلية
 الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الأحكام المختصة بالأحرار الا انه
 لا يحد قاذف أمه لان احصان المقدوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احصانها لا انعقاد القذف عليه
 لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره انه عبده لا يسمع منه الا بينة لان حرته ثابتة من حيث الظاهر فلا
 يقدر على ابطال هذا الظاهر الا بدليل ولو بلغ فأقر انه عبده فلا نظر في ذلك ان كان لم يجبر عليه شيء من أحكام الأحرار
 بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لا نه لم تعرف حرته الا بظاهر الحال فاذا أقر بالرق
 فالظاهر انه لا يقر على نفسه بالرق كاذبا فصح اقراره الا انه لا يعتبر في ابطال ما فعله 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 قوله ينسخ (وجه) قوله انه لما أقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا قامت البينة
 على رقه ولنا ان هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لان حرته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق في حق ذلك الغير
 لما عرف أن الأقرار 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 بحرية عبدا ناسا ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا
 كذا هذا والاستدلال بالبينة غير سديد لان الشاهد غير متهم في شهادته على غيره فاما المقر في اقراره على غيره فتهم فهو
 الفرق وان كان قد أجرى عليه شيء من ذلك لا يصح اقراره لانه اذا أجرى عليه شيء من أحكام الأحرار فقد ظهرت
 حرته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطالها بالاقرار بالرق وأما حاله في الاسلام والكفر فان وجده
 مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرىهم يكون مسلما حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر
 المسلمين وان وجده ذمى في بيعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا تحكما للظاهر كما اذا وجد مسلم في بيعة
 أو كنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة يكون ذميا ولو وجده ذمى في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرىهم
 يكون مسلما كذا ذكر في كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن سبابة 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 مسلما ظاهرا والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو
 في يد الذمى وتصرفه يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان أولى فان وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين فبلغ
 كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة وانما حكمه تبع للدائر 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 الأحكام المتعلقة به فانواع منها أن التقاطه أمر مندوب اليه لما روي أن رجلا
 أتى سيدنا علي رضي الله عنه بلقيط فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب الي من
 كذا وكذا عند جملة من أعمال الخير فقد رغب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير
 على المبالغة في التدب اليه ولانه نفس لا حافظ لها بل هي في مضية فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى
 ومن أحياءها فكأنما أحياء الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بما ساءه من غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لانه
 هو الذي أحياءه بالتقاطه ومن أحياء 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 فقته من بيت المال لان ولاءه
 له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون له

كتيابه التي عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون النفقة من ماله لان الا شاق من بيت المال
 للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة 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
 ولاءه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يوالي من شاء ما بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يوالي 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 الملتقط 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 ويسلمه في صناعته ويؤجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضه اليه
 من غير ضرر فاشبه اطعمه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعى بمحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما يأتي
 في كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة وبيته نسبه منه والقياس ان لا تسمع
 الابينة وجه القياس ظاهر لانه يدعى امر اجاز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح
 وذلك بالبينة ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخير بأمر محتمل الثبوت وكل من أخير عن أمر والخير به محتمل
 الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالخير هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق واثبات
 النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والترسية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب
 المدعى بولد يستعين به على مصالحة الدينية والديوية وتصديق المدعى في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل
 ينتفع به لا يتفق على اليقينة 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 يتصور انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا
 ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه فعلا للقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضررا به وهو كونه
 كافرا فيصدق في نفسه منفعه فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد
 منه أن يكون كافرا ألا ترى أنه يحكم باسلامه وباسلام أمه وان كان الاب كافرا هذا اذا أقر الذي انه ابنه ولا بينة له فان
 أقام اليقينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين الشهادة انه
 منهم في اقراره بما تضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمة في الشهادة لما مر ولو ادعى عبد انه ابنه تحت دعوته
 وثبتت نسبه منه لكنه يكون حرا لما ذكرنا في دعوى الذي لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو
 الرق فيصدق فيما ينتفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذي ولو ادعاه رجلا انه ابنه ما ولا بينة لهما فان كان أحدهما
 مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه أفع للقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه أفع له
 وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع
 الى القاتن 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 سابقا فلا بد لزوالها من دليل والدليل على جواز
 العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خير أعن 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 البيعة فهو أولى به وان اقام جميعا البيعة بحكم بكونه ابنا لهما لا نه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في مثل هذا انه قال انه ابنيهما برثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فان ادعاه أكثر من رجلين فاقام البيعة 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 ابنيها فان صدقها زوجها وشهدت لها القابلة أو قامت البيعة تحت دعوتها والأفلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما ذكره في كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت احدهما البيعة فهي أولى به وان أقامت جميعا فهو ابنيهما عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبي حفص يجعل ابنيهما 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 لقطه من اللقط وهو الاخذ والرفع لا نه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب اللقيط

فصل في بيان أحوالها ومنها 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 التذب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فاخذها لصاحبها أفضل من تركها لانه اذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها احياء لمال المسلم معنى فكان مستحباً والله تعالى أعلم وأما حالة الاباحة فهو أن لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا خاف عليها يجب أخذها وان لم يخف يستحب أخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعاً لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجباً وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعاً بل هو امتناع من حفظ غير ملزم والامتناع من حفظ غير ملزم لا يكون تضييعاً 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 لا جل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لان الضم الى نفسه لا لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه أخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه فيكون بمعنى النصب وكذا القطة البهيمية من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلاً واحصح بما روى أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها حدؤها وستأؤها تر الماء وترعى الشجر دعهما حتى يلقاهما بها نهى عن التعرض لها وأمر بترك الاخذ فدل على حرمة الاخذ (ولنا) ما روى أن رجلاً وجد بعيراً بالبحر فعرفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلني عن ضيعة فقال سيدنا عمر ارسله حيث وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احياء لمال المسلم فيكون مستحباً وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحاً على ما ذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد منه أن يكون صاحبه قريباً منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاهما بها وانما يقال ذلك اذا كان قريباً أو كان رجاء اللقاء ثابتاً ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لا خيك أو للذي تدعاه الى الاخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود في الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون وارداً في الابل وسائر البهائم دلالة الا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم اذا لم يلقها بها عادة بعيداً كان أو قريباً 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 يأخذها لصاحبها لانه أخذها على سبيل الامانة فكانت يده امانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهي أن
يأخذها لنفسه لان المأخوذ لنفسه مغضوب وهذا الاخلاف فيه وانما الاخلاف في شيء آخر وهو أن جهة الامانة انما
تعرف من جهة الضمان إما بالتصديق أو بالاشهاد عند أبي حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت نجاء
صاحبها وصدق في الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع وان لم يشهد لان جهة الامانة قد ثبتت بتصديقه وان كذبه
في ذلك فكذا عند أبي يوسف ومحمد وأشهدوا ولم يشهدوا ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبي حنيفة فان
أشهد فلا ضمان عليه لانه بالاشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده امانة وان لم يشهد يجب عليه الضمان
ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لانه أقر بالغصب والمغضوب مضمون على الغاصب وجه قولهما
أن الظاهر انه أخذها لنفسه لان الشرع انما يمكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان اقدامه على الاخذ دليلا على أنه أخذ
بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولكن مع الخلف لان القول قول الامين مع اليمين ولا يبي
حنيفة زعمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان في الاصل الا أنه اذا كان الاخذ
على سبيل الامانة بان أخذها لصاحبه فيخرج من أن يكون سببا وذلك انما يعرف بالاشهاد فاذا لم يشهد لم يعرف كون
الاخذ لصاحبه فبقي الاخذ سببا 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 اللقطة في الاصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان لانه غصب وانما
يعرف الاخذ لصاحبها بالاشهاد فاذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها الى
مكاتها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في الموطأ وبعض مشايخنا رحمهم الله
قالوا هذا الجواب فيما اذرقها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فاما اذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم
ردها الى مكاتها 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 مكاتها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول
الوديعة فاذا ردها الى مكاتها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فاشبهه الوديعة اذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى
ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فاذا ردها الى مكاتها فقد فسخ التبرع من الاصل فصار
كانه لم يأخذها أصلا وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وانما تبرع به وقدره بالرد الى مكاتها فارتد وجعل كان لم يكن هذا اذا
كان أخذها لصاحبها ثم ردها الى مكاتها فضاقت وصدقها صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك
فان كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة وعندهما لا يجب أشهد 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 التقت لقطعة
أو عندى لقطعة فأى الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندى شيء فمن رأيتوه يسأل شيئا فدلوه على فاذا قال ذلك ثم
جاء صاحبها فقتل الملتقط قد هلك كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وان كان عنده عشر لقطعات لان اسم
الشيء واللقطة منكر أن كان يقع على شيء واحد ولقطعة واحدة لفة لكن في مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس في
العرف والعادة لا فرد من الجنس اذ المقصود من التعريف ايصال الحق الى المستحق ومطلق الكلام ينصرف الى
المتعارف والمعتاد فكان هذا اشهادا على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان
الا بالرد على المالك لانه ظهر انه أخذها غصبا فكان الواجب عليه الرد الى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد
ما أخذت حتى ترده فاذا اعجز عن رد العين يجب عليه بدلها كافي الغصب وكذلك اذا أخذ الضالة ثم أرسلها الى
مكاتها الذي أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لان هذا أحد نوعي اللقطة وقد روي في 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 فتقول والله 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 تعالى
 عنهما فقال إنى وجدت لقطة فما تأمرني فيها فقال عرفها سنة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير
 الضال ثم قول الكلام في التعريف في موضعين أحدهما في مدة التعريف والثاني في بيان مكان التعريف أما مدة
 التعريف فيختلف قدر المدة لا اختلاف 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 زيد عن أبي حنيفة أنه قال التعريف على
 خطر المال إن كان مائة ونحوها عرفها سنة وإن كان عشرة ونحوها عرفها شهر وإن كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال
 عشرة وإن كان درهماً ونحوه عرفه ثلاثة أيام وإن كان دقاناً ونحوه عرفه يوماً وإن كان تمر أو كسرة تصدق بها وإنما
 تكمل مدة التعريف إذا كان مما لا يتسارع إليه الفساد فإن خاف الفساد تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف
 فلا سوق وأبواب المساجد لأنها تجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر ثم إذا عرفها فإن جاء
 صاحبها وقام البيئته أنها ملكة أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وإن لم يرقم البيئته
 ولكنه ذكر العلامة بان وصف غفاصها ووكاءها ووزنها وعددها يحمل للملتقط 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 فإزان لا يجبر على الدفع مع
 العلامة ولكن محل له الدفع وله أن يأخذ كفيلاً لجواز مجيء 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 سأل 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 تحمل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة
 فإن جاء صاحبها فليرد لها عليه وإن لم يأت 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 غير أنه لا يجوز إلا للضرورة ولا ضرورة إذا كان غنياً وأما الحديث فلا حجة له فيه لأن قوله عليه الصلاة
 والسلام فشا نك بها إرشاد إلى الاشتغال بالحفظ لأن ذلك كان شأنه المعبود 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 نوابها وإن شاء ضمن الملتقط أو الفقير إن وجدته لأن التصديق كان موقوفاً على إجازته وأبها ضمن لم يرجع
 على صاحبه كما في غاصب الغاصب وإن كان فقيراً فإن شاء تصدق بها على الفقراء وإن شاء أهقها على نفسه
 فإذا جاء صاحبها أخيره بين الأجر وبين أن يضمها له على ما ذكرنا وكذلك إذا كان غنياً جازله 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 أولاً ولا يجوز الانتفاع بها
 بحال واحتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في صفة مكة ولا تحمل لقطتها إلا لمنشد أي لمعرف
 فالمنشد المعروف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحمل لقطة الحرم إلا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا
 من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له في الحديث لانا نقول بموجب أنه لا يحمل التقاطها إلا

للتعريف وهذا حال كل لقطة الأنة خصص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين ان ذلك لا يستقط التعريف وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفنا وتفرد بحكم آخر وهو النفقة فان اتفق عليها بامر القاضى يكون ديناً على مالكها وان اتفق بعير 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 أجرها 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 اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن وان أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضى ودفع اليه قدر ما اتفق والله سبحانه وتعالى أعلم

— ٢٥٤ —

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 اللقطة قبل الاخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله في كتاب اللقطة

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يصنع به فنقول والله التوفيق اذا أخذ الآبق لصاحبه فان شاء الآخذ أمسكه على صاحبه حتى يجيبه فيأخذه وان شاء ذهب به الى صاحبه فرده عليه فان أمسكه خفاء انسان وادعى أنه عبده فان أقام البينة دفعه اليه وأخذ منه كفيلاً ان شاء لجواز أن يجيبه آخر فديعه ويقيم البينة فله أن يستوثق بكفيل وان لم يكن له بينة ولكن أقر العبد بذلك دفعه اليه أيضاً لانه ادعى شيئاً لا يثبت 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 طالت المدة ولم يجيبه 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 ينقض 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 نقض البيع لما قلنا وينفق القاضى عليه في مدة حبسه اياه من بيت المال ثم اذا جاء صاحبه أخذ منه صاحبه أو من ثمنه ان باعه لان الاتفاق عليه احياء ماله فيكون عليه واذا جاءه بالآبق له أن يمسكه بالجعل لانه اذا جاءه 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 فتأبث عندنا استحقاقاً والقياس ان لا يثبت أصلاً كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعي رحمه الله يثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الآخذ الجعل على المالك وجب والا فلا (وجه) قول الشافعي رحمه الله أنه ردد مال الغير عليه محسباً 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 خذ رجل فقال قدم فلان بباقي من القوم فقال القوم لقد أصاب أجر افتال عبد الله رضى الله عنه وجعلان شاء من كل رأس درهم ولم ينقل أنه انكر عليه منكر فيكون اجما واولان جعل الآبق طريق صيانة عن الضياع 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 بمجانا بلا عوض عادة واذا علم أن له عليه جعل يحمل مشقة الاخذ والرد طمعا في الجعل فتحصل الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع وصيانة المال عن الضياع واجب فكان المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضمالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترضى 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 فمات 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 بقى ذلك سببا محضاً لانعدام شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لا حكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الزاد واحداً والآبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الزاد اثنين والآبق واحداً فلهما جعل واحد بينهما نصفان لا شتر كما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الزاد واحداً والآبق واحداً أو المالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيتهما ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بالرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالبعد 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 لا استيفاء 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 مات قبل الوصول اليه (وجهه) قوله انه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجهه) قولهما أن الجعي به من مسيرة ثلاثة أيام مثلاً في حال حياة المالك على قصد الرد على المالك فيستحق الجعل كما اذا وجد حيا ولهذا لو كان الزاد أجنبياً استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولا قبل أن يرد عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن الجعي به على قصد الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل برد الآبق المرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المترهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع سقط دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الزاد بالغاً أو صبيحاً أو عبيد الان 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 الزاد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثاً أو أجنبياً لانه اذا كان في عياله كان الردمه 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 الزاد اذا كان في عيال المالك لا جعل له كائنا ما كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كائنا ما كان الا الابن يرد آبق ابيه والزواج يرد آبق زوجته انه لا جعل لهما وان لم يكونا في عياله لانه لان الابن وان لم يكن في عيال ابيه فالردمه بحري بحري الخدمه لآبيه والابن لا يستحق الاجر بخدمة آبيه 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 راد أعبد نفسه معنى اذ كان بالرد عاملا 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 الاخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذ ارد عبد ابنه فان كان في عياله لا جعل له لان الاجنبي الذي
 في عياله لا جعل له فالقربة أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعاً وشرعاً وعقلاً 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 والم 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 كالتن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتباً لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع
 الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناولوه مطلقاً اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لى حر الابالية 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 نفسه بالآباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانها
 يستخدمان عادة فلعلمهما يكفان مالا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما في التن
 الا أن الفرق بينهما وبين التن انه اذا جاءا بالتن وقدمات المولى قبل أن يصل اليه فله الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد
 وقدمات المولى قبل الوصول اليه لا جعل له (ووجه) الفرق ظاهر لانها يعتقان بموت السيد فلم يوجد المرقوق
 أصلاً فلا يستحق الجعل بخلاف التن والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا ابق من يده لان الجعل مؤنة الرد ومنفعة الرد
 عائدة الى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو ابق 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 أربعون درهماً لمار ويتنام
 حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وان رده دون ذلك فيحسب به وان رده من أقصى مصر رضخ له على قدر
 عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيقدر قدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيسقط
 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 درهماً واحداً واحتج بمار وينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال من كل رأس أربعين
 درهماً اعتبار الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في
 هذه الصيانة لو اعتبرنا الرأس دون القيمة لانه ان كان يصاب من وجهه يضيع من وجهه آخر فلا فرق بين الضياع بترك
 الاخذ والامسالك وبين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيداً والحديث
 شمول على ماذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهماً 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) الاول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فكذا أو ان سبقتني فكذا ويسمى أيضا رهانا فعلا من الرهن

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جوازه فأشياء (منها) أن يكون في الأنواع الاربعه الخافر والخف والنصل والقدم لاني غيرها لما روي عليه الصلاة والسلام انه قال لا سبق الا في خف أو حافر أو نصال الا انه يزيد عليه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها فقيا وراءه بقي على أصل النقي ولانه لعب واللعب حرام في الأصل 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 فبقية الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم اذا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روي عن سعيد بن المسيب انه قال ان العضباء ناقه رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كما دفعت في سباق فدفعت يومها في ابل فسبقت فكانت على المسامين كآبة اذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس اذا رفقوا شيئا أو أرادوا رفع شي وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت سبقت النبي عليه الصلاة والسلام فسبقته فاما حملت اللحم سابقته فسبقتني فقلت هذا ابتك فصارت هذه الأنواع مستثناة من التحريم بقي ما وراءها على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لاسباب الجهاد في الجملة فكانت لعبا ضرورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزا اذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكان اللعب اذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الأهل 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 فبقي تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا اذا وجد فيه محلا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخل فيه محلا لا يجوز لانه في معنى القمار نحو أن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلي عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلا شي عليك فهو جائز لان الخطر اذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحتمل على التحريم على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بمال نفسه وذلك مشروع كالتنفيذ من الامام وبل أولى لان هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل والامام بالتنفيذ يتصرف فيما غيره فيه حتى في الجملة وهو الغنيمه فلما جاز ذلك فهذا الجواز أولى وكذلك اذا كان الخطر من الجانبين ولكن ادخل فيه محلا بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق أحد الخطر وان لم يسبق لا يفرم شيئا فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما فعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منك فله كذا فهو جائز لما بيننا 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 بيننا (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 الصوره لا يتحقق فبقي 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 ووديعة عندك وما يجري مجراه وقبله الآخر فإذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأشياء (منها) عقل المودع فلا يصح الإبداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الإبداع من الصبي المأذون لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعي رحمه الله يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما ذكر في كتاب المأذون وكذا حررته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الإبداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة 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 الوديعة 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 الوديعة منه لأنه لا يحفظ المال عادة ألا ترى أنه منع منه ماله ولو قبل الوديعة فاستهلكها فإن كانت الوديعة عبدا أو أمة يضمن بالاجماع وإن كانت سواهما فإن قبلها باذن الولي فكذلك وإن قبلها بغير إذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يضمن (وجه) قوله أن إبداعه لو صح فاستهلك الوديعة بوجوب الضمان وإن لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان إذا كانت الوديعة عبدا أو أمة (وجه) قوله أن إبداع 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 الوديعة شرعا لأن الصبي ليس من أهل وجوب الشارع عليه والدليل على أنه لا يحفظ الوديعة عادة أنه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه قال الله تبارك وتعالى فإن آتسمت منهم رشدا فدفعوا إليهم أموالهم وبهذا فرق 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 الوديعة عبدا أو أمة لأن هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضا وإنما يجب عليه ضمان الدم لأن الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الأدمى لا ضمان المال والعبد من حيث أنه آدمى قائم من كل وجه قبل الإبداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترتب عليه أحكام العقد لأنه يحتاج إلى الإبداع والاستيداع على ما ذكر 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 القداء وإن كانت سواهما فإن قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وإن قبلها بغير إذن وليه لا 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 فخبركم لزوم الحفظ للمالك لأن الإبداع من جانب المالك استصحابا 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 يسهو به (أما) الأول فالاستصحاب لا يخلو من أن يكون مطلقا أو مقيدا فإن كان مطلقا فالمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو الذي يسكن معه ويؤمونه فيكفيه

طعامه وشرابه وكسوته كائن من كان قريبا أو اجنبا من ولده وامرأته وخدمه وأجيريه لا الذي استأجره بالدرهم والدنانير وبيد من ليس في عياله ممن يحفظ ما له بنفسه عادة كشر يكة المتفاوض والعتان وعبد المأذون وعبد المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يحفظ إلا بيد نفسه إلا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل في ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الإيداع من غيره كإلا يملك الإيداع سائر الأجانِب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والانسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة إلا بما يحفظ به مال نفسه وإنه يحفظ مال نفسه بيده مرة وبيده مؤلأه أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً فكان الحفظ بأيديهم داخلا تحت العقد دلالة وكذلك إن برد الوديعة على أيديهم حتى لو هلك قبل الوصول إلى المالك لا ضمان عليه لأن يدهم يد المودع معنى فإدام المال في أيديهم كان محفوظا بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة إلى غيرهم إلا بعد حتى لو دفع تدخل في ضمانه لأن المالك ماضى بيده لا يرى أنه لا يرضى مال نفسه بيده فاذا دفع فقد صار مخالفاً قد دخل الوديعة في ضمانه إلا إذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق أو كان في السفينة تخاف العرق فدفعه إلى غيره لأن الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريق الحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلو اراد السفر فليس له أن يودع لأن السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعها فضاغت في يد الثاني فالضمان على الأول لا على الثاني عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف وعمد المالك بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني فإن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول (وجه) قولهما أنه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الأول فلا نه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه وأما الثاني فلا نه قبض مال الغير بغير إذنه وكل واحد منهما سبب وجوب الضمان فيخير المالك إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني كودع الغاصب مع الغاصب غير أنه إن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني لأنه ملك الوديعة بآداء الضمان فتبين أنه أودع ما له نفسه إياه فهذا مودع هلك الوديعة في يده فلا شيء عليه وإن ضمن الثاني يرجع بالضمان على الأول لأن الأول غره بالإيداع فيلزمه ضمان الغرور كانه كفل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان كفالة لما علم (وجه) قول أبي حنيفة أن يد المودع الثاني ليست بيد مانعة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك فلا يصلح أن يكون سبباً لوجوب الضمان لأنه من باب الإحسان إلى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الأول أيضاً لأن الإيداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسناً فيه إلا أنه صار مخصوصاً عن النص فبقى المودع الثاني على ظاهره ولو أودع غيره وادعى أنه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك إلا بينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لأن الدفع إلى غيره سبب لوجوب الضمان في الأصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق إلا بحجة هذا إذا هلك الوديعة في يد المودع الثاني فما إذا استهلكها فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالاجماع غير أنه إن ضمن الأول يرجع بالضمان على الثاني وإن ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجازاً للمالك عن الانتفاع بما له على طريق التهرؤ ولم يوجد من الأول إلا الدفع إلى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الاعجاز إلا أنه ألحق ذلك بالاعجاز شرعاً في حق اختيار التضمين صورة لأنه باشر سبب الاعجاز فكان الضمان في الحقيقة على الثاني لأن إقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الأول على الثاني ولم يرجع الثاني على الأول بخلاف مودع الغاصب إذا هلك المعصوب في يده إن المالك يتخير بين أن يضمن الغاصب أو يضمن المودع فإن ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وإن ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا إذا أودع رجل من رجلين مالا فإن كان محتملاً للتسمة اقتسامه وحفظ كل واحد منهما نصفه لا نه لما أودعهم من رجلين فقد استحفظهما جميعاً فلا بد وأن تكون الوديعة في حفظهما جميعاً ولا تتحقق إلا بالتسمة ليكون النصف في يدهما والنصف في يده ذلك

والحل محتمل للتسمة فيقتسمان نصفين ولو سلم أحدهما النصف الى صاحبه فضاعت فن المسلم نصف الوديعة عند
أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئاً بالاجماع ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل التسمة
فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الى صاحبه واذا فعل فضاعت لاضمان عليه بالاجماع وجه قوله ان المالك لما
استحفظها فقد رضى بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للتسمة (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 ذكرناه لما استحفظها جميعاً فلا بد ان يكون المال في حفظها 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
للتسمة لم يكن راضياً بكون الكل في يد أحدهما فاذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا
لم يكن محتملاً للتسمة 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 التمام فلم يصح مخالفاً بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي
ذكرنا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشتري مما يحتمل التسمة فسامه 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 وحوانته
وكيسه وصندوقه لانه ما ألزم 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 حرز لنفسه فله ان يحفظ فيه لان
الحرز في يده فاني الحرز يكون في يده أيضاً فكان حافظاً بيده نفسه فذلك ذلك 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 فلا يملك المسافرة
بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان
المسافرة بالوديعة تضييع المال لان المقازة مضية قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الاما وقى
الله فكان التحويل اليها تضييعاً فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان فلا
يجوز التعيين الا بدليل قوله المقازة مضية قلنا ممنوع او تحول 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 المسافرة 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 قوله ما 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 ويؤيد اعتباراً
فلا يبين ذلك اذا أمره بالحفظ وشرط عليه ان يسكبها بيده ليلاً ونهاراً ولا يضعها فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته
أو فيما يحرز فيه ماله عادة فضاعت لاضمان عليه لان امسالك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلاً غير مقدور له عادة فكان
شرطاً لا يمكن مراعاته فيلغو ولو أمره بالحفظ ونهاه ان يفعلها الى امره أنه أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ
مال نفسه بيده عادة نظير فيه ان كان لا يجذب من الدفع اليه لانه اذا لم يجذب من الدفع اليه كان التهمي عن
الدفع اليه نهياً عن الحفظ فكان سفهاً فلا يصح نهيه وان كان يجذب من الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو دفع بدخل في
ضمانه لانه اذا كان له منه يد في الدفع اليه يمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان الايدي في الحفظ متفاوتة والاصل في
الشرط اعتبارها ما يمكن ولو قال لا يخرجها من الكوفة فخرجها تداخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد

لان الحفظ في المصراكل 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 او كان في سفينة
 تخاف العرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديعة في دارك هذه فحفظها في داره الاخرى فان كانت الدار في
 الحرز سواء او كانت الثانية احرز لا تدخل في ضمانه لان التقييد غير مفيد وان كانت الاولى احرز من الثانية دخلت
 في ضمانه لان التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو امره ان يضعها في داره في هذه القرية ونهاه عن ان يضعها
 في داره في قرية اخرى 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 احرز من الثاني تدخل في ضمانه والاصل المحفوظ في هذا الباب
 ما ذكرنا ان كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو 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 أوقفه 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 مجرى مجرى العبث كما اذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك او احفظ في هذه الزاوية من
 البيت ولا تحفظ في الزاوية الاخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتا في الحرز يصح بخلاف الدارين
 والاصل في الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيداً حتى لو لم يختلف الجواب فيها كالجواب في البيتين على ما مر
 ﴿فصل﴾ وأما بيان حال الوديعة فخالها انها في يد المودع امانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديعة 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 الوديعة لرجل واحد فاما اذا كانت مشاعاً
 لرجلين فجاه أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بان أودع رجلان رجلاً ووديعة دراهم أو دنانير او نيا بواو غاب ثم
 جاءه أحدهما وطلب بعضها وأبي المستودع ذلك لما مره القاضى بدفع شئ اليه مالم يحضر الغائب عند أبي حنيفة وقال
 أبو يوسف ومحمد قسم ذلك ويدفع اليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلاف حتى لو هلك الباقي في
 يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه في المقبوض عندهم 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 فجاه 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 اما ان يدفع اليه
 من التصديدين جميعاً واما ان يدفع اليه من نصيبه خاصة لا وجه الى الاول لان دفع نصيب الغائب اليه متمتع شرعاً ولا
 سبيل الى الثاني لان نصيبه شائع في كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز 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 لتمييزه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد
 الشريكين يدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير ادنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده الف
 درهم فجاه رجلان وادعى كل واحد منهما انه أودعه اياها فقال المودع أودعها أحدكما ولست أدري أيكما هو فهذا في
 الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان اصطلح المتدعيان على ان يأخذ الالف وتكون بينهما واما ان لم يصطلحا وادعى
 كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلحا على ذلك فلهما ذلك وليس للمودع ان يتمتع عن تسليم
 الالف اليهما لانه اقران الالف لاجلهما واذ اصطلحا على انها تكون بينهما لا يتمتعان عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

المودع بعد الصلح وان لم يصطلحوا وادعى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى احدى ما شياً لجهة المقر له بالوديعة
ولكل واحد منهما ان يستخلف المودع فان استخلفه كل واحد منهما قال لا يخلو اما ان يخلف لكل واحد منهما
واما ان ينكل لكل واحد منهما واما ان يخلف لاجدهما وينكل للاخر فان خلف لهما فقد اتقطعت خصوصتهما
للحال الى وقت اقامة البينة كما في سائر الاحكام وهل يملك الاصلاح على اخذ الالف بينهما بعد الاستخلاف
فهو على الاختلاف المعروف بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد على قوله لا يملك ان وعلى قول محمد يملك وهو
مسئلة الصلح بعد الخلف وقد مر في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين ويضمن القأخرى
بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فاذا نكل له والنكل بذي
اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الف أو أقر لكل واحد منهما بالالف فيقضى عليه بينهما بالالف ويضمن أيضا القأ
أخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو خلف لاجدهما ونكل للاخر قضى بالالف للذي نكل
له ولا شئ للذي خلف له لان النكل حجة من نكل له لا حجة من خلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله
أمر باده الامانات الى أهلها وأهلها مال الكها 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 رد احيححالا ن ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح الاتها صارت مخصوصة عن
عموم الآيات فبقيت الوديعة على ظاهره ولان القياس في الموضوعين ما ذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا اننا استحسننا في
العارية للعادة الجارية فيها ردها الى بيت المالك أو يدفعها الى من في عياله حتى لو كانت العارية بشياً فبما كعتد جوهر
ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك في الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة في مال الوديعة فبقي على أصل
القياس ولان مبني الابداع على السر والاعتناء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من
المصلحة فلورده على غير المالك لا تكشف اذا السر اذا جازت في نفس وفيفوت المعنى المجعول له الابداع بخلاف
العارية لان مبناها على الاعلان والاطهار 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 التفرق ومنها انه اذا ضاعت في يد المودع بغير
صنعه لا يضمن لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع
غير المغل الضمان ولان يده المالك فاهلاكه في يده كاهلاكه في يد المالك وكذلك اذا دخلها نقص لان النقصان هلاك
بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع اذا اختلفا قال المودع
هلكت أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فقول المودع لان المالك يدعى على الامين امرأ عارضا
وهو التعدي والمودع مستصحب لحال الامانة فكان متمسكا بالاصل فكان القول قوله لكن مع التمين لان التهمة
قائمة فيستخلف دفعا للتهمة 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 لكني أوهمت
يصدق وهو ضامن لانه نفي الرد بدعوى الهلاك ونفي الهلاك بدعوى الرد فنصارنا فيما أثبتته مثبتا تماما فاه وهذا تناقض
فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولا نه لما ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحدة
منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالاعتد التزم حفظ
الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلك يضمن بدها وذلك بطريق الكفالة ولهذا الورأى انسانا يسرق الوديعة
وهو قادر على منعه ضمن ترك الحفظ الملتزم بالعتد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العتد ومنها ترك
الحفظ للمالك بان خالفه في الوديعة بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو عبدا فاستعمله أو أودعها من ليس في

عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بسده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك
فدخلت في ضمانه وحكى عن الققيه ابي جعفر الهندواني انه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخاري
وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يراعى الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول في
الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا قال 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 بخلاف وان خالف في الوديعة ثم عاد الوفاق يراعى الضمان عند علمنا الثلاثة وعند زفر والشافعي
لا يراعى الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتجدد ولم
يوجد فصار كما لو وجد الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستأجر اذا اختلفا ثم عاد الى الوفاق لا يراعى الضمان
لما قلنا كذا هذا ولنا 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 والاستعمال 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 انقضى سبب وجوب الضمان موقوفاً وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حالة الخلاف لكن
هذا لم يوجب ارتجاع العقد أليس ان من وكل انساناً ببيع عبده بالنق درهم فباعه بألف وسلمه الى المشتري دخل العبد
في ضمانه لا نعتاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقى العقد حتى لو أخذه كان له
بيعه بالقبض كذا هذا على أن ان سألنا ان العقد انسخ لكن في قدر ما فات 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 اشتمل به في
الباقى بقى العقد في الباقي يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما ان الارتجاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا في
قدر الفاتت بخلاف الاجارة والاعارة لان الاجارة تملك المنفعة وهي تملك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فاذا بلغ
المكان المذكور فقد انتهى العقد لا تنهاه حكمه فلا يعود الا بالتجدد وكذا الاعارة لانها تملك المنفعة عندنا لانها تملك
المنفعة بغير عوض والاجارة تملك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقاً وشهر او زمان ما بعد
الخلاف داخل في المطلق والوقت فلا ينتقض بالخلاف بل يقرر فيها الفرق ومنها وجود الوديعة في وجه المالك عند
طلبه حتى لو قامت البيينة على الايداع أو نكل المودع عن التيمين أو أقر به دخلت في ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد
ظهر ارتجاعه بالوجود وعند المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزل عن الحفظ والمودع لما وجد الوديعة حال
حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانسخ العقد فبقى مال الغير في يده بغير اذنه فيكون مضموناً عليه فاذا هلكت تقرر
الضمان ولو وجد الوديعة ثم أقام البيينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البيينة على أنها هلكت بعد
الوجود أو قبل الوجود أو مطلقاً فان أقام البيينة على أنها هلكت بعد الوجود أو مطلقاً لا ينتفع بينته لان العقد ارتفع
بالوجود أو عنده فدخلت العين في ضمانه والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لان يستقطه وان أقام البيينة على أنها هلكت
قبل الوجود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الوجود لما ثبت بالبيينة 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
اليمين من المودع حلقه القاضي بالله تعالى ما يعلم انها هلكت قبل وجوده لانه الاصل في باب الاستحلاف أن الذي
يستحلف عليه لو كان أمر الواقف به الخالف للزعم 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
اذ وجد حال حضرة 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 كسائر الاسباب وجه قول

أبي يوسف ان الجحود سبب للضمان من حيث انه يرفع العقد بالزل على ما يتنا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرفع
 العقد ولا الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفا وعادة لان مبنى الابداع على الستر
 والاختفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظا معني فكيف يكون سببا لوجوب الضمان ومنها الاتلاف
 حقيقة أو معني وهو انجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو
 طلب الوديعة فمنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم اليه حتى هلك يضمن لانه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها
 للمحال فدخلت في ضمانه فاذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو امر 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 الا بحجة وكذلك المودع اذا خلط الوديعة بماله 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 بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان
 فلا نعدام الاتلاف منه بل تلتقت بنفسها لانعدام الفعل من جهته وأما كونه شريكا لصاحبها فلو جرد معنى الشركة
 وهو اختلاط المالكين ولو أودعه رجلا من كل واحد منهما الف درهم خلط المودع المالكين خلطا لا يميز فلا سبيل لهما
 على أخذ الدرهم ويضمن المودع لكل واحد منهما الف والباقي يكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف
 وعبد الله بن محمد هما بالخيار ان شاء اقسما المخلوط نصفين وان شاء أضمننا المودع العين وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات
 والموزونات اذا خلط الجنس بالجنس خلطا لا يميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجهه قولهما ان
 الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول اليها بعرض الخلط فان شاء اقسما لا اعتبارا لرجة القيام وان شاء أضمننا
 لا اعتبارا لرجة العجز وجهه 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 التضمين عندهما واختيار
 التضمين لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافا ولو أودعه رجلا حنطة وآخر شعير فخلطهما فهو
 ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لان الخلط اتلاف وعندهما ان يأخذ العين ويبيعاها ويقسما
 الثمن على قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير وهو
 يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لان قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك
 الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو اتفق المودع بعض الوديعة ضمن قدر ما اتفق ولا يضمن الباقي لانه لم
 يوجد منه الاتلاف قدر ما اتفق ولورد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف
 والنصف الباقي بالخلط الكون الخلط اتلافا على ما يتنا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها فلم ينفقها ثم ردها الى
 موضعها بعد أيام فضاقت لاضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجهه قوله انه أخذها على وجه التعدي
 فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) ان قس الاخذ ليس بالاتلاف ونية الاتلاف ليس بالاتلاف 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
 أنفسها ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضي أن يكون ما حدثت به النفس عفا على العموم الا ما خص بدليل
 وعلى هذا الخلاف اذا أودعه كسبا مسدودا خلفه المستودع أو صندوقا مقلقا فتح القفل ولم يأخذ منه شيئا حتى ضاع
 أو مات 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 فهي دين في تركته بحاص الغرماء لانه لما مات بمجهلا
 للوديعة فقد ألقها معنى لغروجهما من ان تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجيبيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الوريثة
 انها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لان الموت بمجهلا سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافا فكان

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل إلا بحجة ومحاص المودع الغرماء لا نهدين 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 أمار كنهها فهو لا يجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس ركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس إن يكون ركناً وهو قول زفر كما في الهبة حتى إن من حلف لا يعير فلا نفا عاره ولم يقبل يحنث كما إذا حلف لا يهب فلا ناسياً فوجهه ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة والاعجاب هو أن يقول أعرتك هذا الشيء أو متحكك هذا الثوب أو هذه الدار أو أطعمتك هذه الأرض أو هذه الأرض لك طعمة أو أخذمتك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك على هذه الدابة إذا لم ينوبه الهبة أو دارى لك سكنى أو دارى لك عمرى سكنى أما لفظ الاعارة فصرح في بابها وأما المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع الانسان بها زماناً ثم يرد على صاحبها وهو معنى العارية قال النبي عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة ومنحة الأرض زراعتها قال النبي عليه الصلاة والسلام أزرعها أو امنحها أخاك وكذا الاطعام المضاف الى الأرض هو اطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفاً وعادة وهو معنى العارية وأما اخذ العبداء فجعل خدمته غير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله دارى لك سكنى أو عمرى سكنى هو جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعها المطلوب منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الاعارة والهبة فإى ذلك نوى فهو على مانوى لأنه نوى ما يحتمل لفظه وعند الاطلاق ينصرف الى العارية لأنهما أدنى فكان الحمل عليها أولى ولو قال دارى لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهي مسألة كتاب الهبة

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط التي يصير الركن بها اعارة شرعاً فأنواع منها العقل فلا تصح الاعارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبي المأذون لأنهما من توابيع التجارة وأنه يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعي لا يملك وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها العبد المأذون لأنهما من توابيع التجارة فيملك ذلك ومنها القبض من المستعير لأن الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها أن يكون المستعار مما يمكن الانتفاع بدون استهلاكه فان لم يكن لا تصح اعارته لأن حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين الا اذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما ذكره في موضعه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته أما الاول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفاً وعادة عندنا وعند الشافعي اباحة المنفعة حتى يملك المستعير الاعارة عندنا في الجملة كالمستأجر يملك الاجارة وعندنا لا يملكها أصلاً كالمباح له الطعام لا يملك الاباحه من غيره وجه قول الشافعي دلالة الاجماع والمعقول اما الاجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تعليق المنفعة لما جاز من غير أجل كلاجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت للملك له في المنفعة للملك كالمستأجر وأما المعقول فهو أن القياس يأبى تملك المنفعة لأن بيع المعدم لا نعدم المنفعة حالة العقد والمعدم لا يحتمل البيع لأنه يبيع ما ليس عند الانسان وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه الا انها جعلت موجودة عند العقد في باب الاجارة حكماً للضرورة ولا ضرورة الى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها الى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تملك كلاجارة كما في الاعيان وانما

صح من غير أجل لان بيان الاجل للبحر عن الجهة المتقضية الى المنازعة والجهة في باب العار بة لا تفضى الى المنازعة لانها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الاجارة لانها عقد لازم والاعارة عقد غير لازم فلو ملك 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 ينعقد في حق الحكم الا عند وجود المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدونها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الانسان وعلى هذا تخرج اعارة الدرهم والدنانير انما تكون قرصاً لا اعارة لان الاعارة لما كانت تملك المنفعة أو اباحة المنفعة على اختلاف الاصليين ولا يمكن الانتفاع بالاستهلاك كما ولا سبيل الى ذلك الا بالتصرف في العين لا في المنفعة ولا يمكن تصحيحها اعارة حقيقية فتصح قرصاً مجازاً لوجود معنى الاعارة فيه حتى لو استعار حلياً لتجمل به صح لانه يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة الى الحمل على المجاز وكذا اعارة كلى ما لا يمكن الانتفاع به بالاستهلاك كالمكيلات والموزونات يكون قرصاً لا اعارة لما ذكرنا ان محل حكم الاعارة المنفعة لا بالعين الا اذا كان ملحقاً بالمنفعة عرفاً وعادة كما اذا منح انسا ناشأة أو ناقة ليتنفع بلبنها وبرهامدة ثم يردھا على صاحبها لان ذلك معدوم من المنافع عرفاً وعادة فكان له حكم المنفعة وقدر روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال هل من أحد يمنح من ابنة ناقة أهل بيت لا درلهم وهذا يجرى مجرى الترغيب كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة وكذا الومنح جدياً أو غنفاً كان عارياً لانه يعرض أن يتنفع بلبنه ووصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه فتقول 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 أو بغيره كان مطلقاً ولا زماناً ولا الزكوب ولا الحمل فله ان يستعملها في أي مكان وزمان شاء وله ان يركب أو يحمل لان الاصل في المطلق ان يجرى على اطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقاً فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها الا أنه لا يحتمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطبق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت 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 يقتضى 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 كالمشترى من الغاصب الا أنه اذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لانه ملكه بقاء الضمان فتبين 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 يدايع 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 ايده ولو ملك الايداع لما ضمن وان كان مقيداً فيراعى فيه القيد ما يمكن لان أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف الا اذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلغا الوصف لان ذلك يجرى مجرى العيب ثم انما يراعى القيد فيما دخل لافيا 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 لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار التقيديه الا اذا تمزج اعتباره واعتبار هذا التقيد ممكن لانه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والخياب ركوبا ولبسا فلزم اعتبار التقيديه فان فصل حتى هلك ضمن لانه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فعبطت فان كانت الدابة مما تطيق حملها جميعاً يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف الا في قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطيق حملها ضمن جميع قيمتها لانه استهلكها ولو أعاره دار اليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقييد يسكنها مفيداً فيلغو الا اذا كان الذي يسكنها اياه حداداً 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 وغير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحساناً والقياس أن لا يكون له ذلك حتى انها لو عبطت لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وان كان خلافاً لصورة 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 أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حنطاً أو تبناً أو آجر أو حديد أو حجارة سواء كان مثلها في الوزن أو أخف لان ذلك أشق على الدابة أو أتقى لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عبطت ضمن ولو قال على أن يحمل عليها مائة من قطناً فحمل عليها مثله من الحديد وزناً فعبطت 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 اعتباراً ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فعبطت نظراً في ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل ما لا تطيق الدابة انلاف للدابة وان كانت الدابة مما تطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوماً فعبطت يضمن جزاً من احد عشر جزاً من قيمتها لانه لم ي تلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على أن تستعملها في مكان كذا في المصر يتقيد به وله ان يستعملها في أي وقت شاء ما به شيء شاء لان التقييد لم يوجد الا بالمكان فيبقى مطلقاً فيما وراءه لكنه لا يملك ان يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل في ضمانه ولو أعادها الى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلكت من قبل التسليم الى المالك يضمن وهذا قول أبي حنيفة عليه الرحمه الا آخر وكان يقول أولاً يبرأ عن الضمان كالمسودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم يرجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على أن يستعملها يوماً يبقى مطلقاً فيما وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردها على المالك حتى هلكت يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على أن يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلكت يضمن لان الامساك 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 التمين دفعاً للتهمة

﴿فصل﴾ وأما نصف الحكم ففي ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازماً كالمالك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتاً وعلى هذا اذا استعار من آخر أرضاً ليبنى عليها أو ليغرس فيها ثم بدد المالك ان يخرج منه فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقوفة لم نقلنا غير انها ان

كانت مطلقة له ان يحجر المستعير على قلع الغرس و تقض البناء لان في الترتك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له و اذا قلع و تقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس و البناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور و لا غرور من جهة حيث اطلق العقد و لم يوقت فيه وقتاً فآخرجه قبل الوقت بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الابد و ان كانت موقته فآخرجه قبل الوقت لم يمكن له ان يخرج به ولا يحجر على التقض و التلع و المستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه و بنائه قائماً سليماً و ترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتاً ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كقبيلائه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور و كفالة فكان له ان يرجع عليه بالضمان و ملك صاحب الارض البناء و الغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان و ان شاء أخذ غرسه و بنائه و لا شيء على صاحب الارض ثم انما ثبت خيار القلع و التقض للمستعير اذا لم يكن القلع أو التقض مضرراً بالارض فان كان مضرراً بها فالخيار للمالك لان الارض اصل و البناء و الغرس تابع لها فكان للمالك صاحب اصل و المستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل أولى ان شاء أمسك الغرس و البناء بالقيمة و ان شاء عرضى بالقلع و التقض 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 و الغرس و وجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين و رعاية الحقيقين واجب عند الامكان و ذلك ممكن في الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه و جانب المالك بالترك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن في الغرس و البناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل أولى و قالوا في باب الاجارة اذا تقضت المدة و الزرع قبل لم يستحصده ان يترك في يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترتك للنظر و العاصب جان فلا يستحق النظر بل يحجر على القلع

﴿فصل﴾ واما بيان حال المستعار فخاله انه امانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالاجماع فاما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمون و احيح 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 ولانه 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 واما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد و القبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلانه عقد تبرع بالمنفعة تملكها أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلوجهين 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 وصيادته عن الهلاك وهذا احسان في حق المالك قال الله تبارك و تعالی جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك و تعالی ما على الحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فعلى الاذن أولى الثاني ان القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لانه لا يهوت يد المالك ولا ضمان الاعلى المتعدى قال الله تبارك و تعالی ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب واما 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 لما علم وهذا لم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

ثم تقول 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 هلكت 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 في الاذن اولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالتبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فتدروى انه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسل اليه فأمته وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حينئذ فقال هل عندك شيء من السلاح فقال عارية أو غصباً فقال عليه الصلاة والسلام عارية فاعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع ما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد وبه تقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا تاروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية بمؤداة

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعار من الامانة الى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الائتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية بمؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردوه لان 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 كافي الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الا أن 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 اذن 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 حي حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصديق بغلة الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة 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 فتدجملت دارى أو أرضى وقفاً على كذا أو قال هو وقف في حياتى صدقة بعد وفاتى واختلفوا 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 بصير ميراثاً لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضي الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية 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 الطحاوى 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 للمسامين 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 المختار بن في الرباط
والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجداً يجوز وزول الرقبة
عن ملكه لكن عزل الطريق وأفرزه والأذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن
يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف زول 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 رضوا الله عنهم وأكثر الصحابة وقواً 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 الوانصل به قضاء القاضي يجوز وغير الجائز لا يحتمل 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 بعدم موت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف
حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفاً شرعاً وعن شريح أنه قال جاء محمد بن يسع الحبيس وهذا منه رواية
عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه يجوز بيع الموقوف لأن الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى المتعول 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 فإما جاز لأن المانع من وقوعه حبساً عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم
لم يقع حبساً 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 منفاً في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل أنها كانت قبل زول سورة النساء
فلم تقع حبساً عن فرائض الله تعالى وما كان بعد ذلك فإنه عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم 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 حاكم فإما جاز لأن حكمه
صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده إليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى إليه اجتهاده جائز كافي
سائر الاجتهادات

﴿ فصل ﴾ 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 لا 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 قبلاً 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 كالأعتاق 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 وسلماهما إلى
المتولى بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيئاً أو تصدق أو سلم إليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل لقباً ويسلمه إليه وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذان وإقامة باذنه كذا ذكر
القاضي في شرح الطحاوي وذكر القدروري رحمه الله في شرحه أنه إذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحد كان تسليماً
وزول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئاً عند أبي
يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا إخراج المال إلى الله تعالى وجعله خالصاً له بشرط
الانتفاع لنفسه يمنع الإخلاص فيمنع جواز الوقف كما إذا جعل أرضه أو داره مسجداً أو شرط من منافع ذلك لنفسه
شيئاً وكألو أعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولا يبي يوسف ماروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه وقف وشرط في
وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلى أمر وقفه بنفسه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الواقف
إذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه إلى ما هو أفضل منه يجوز لأن شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى
أنه يباع باب المسجد إذا خلق وشجر الوقف إذا بيس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبداً عند أبي حنيفة
ومحمد فإن لم يذ كر ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وإن سمي جهة تنقطع ويكون
بعدها للفقراء وإن لم يسمهم (وجه) قول أبي يوسف أنه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن
الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكر أو تسمية ولأن قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وإن لم يسمهم هو
الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتاً لدلالة الثابت دلالة كالتأبيد نصاً ولهما أن التأبيد بشرط جواز الوقف
لما ذكره وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع إلى نفس الوقف فهو التأبيد وهو أن
يكون مؤبداً حتى لو وقت لم يجز لأنه إزالة الملك لا إلى حد فلا تحتمل التوقيت كالأعتاق وجعل الدار مسجداً

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينتقل ولا يحول كالعتاق ونحوه فلا يجوز
وقف المنقول مقصود المأذ كر إن التأبيد بشرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبدل كونه على شرف الهلاك فلا يجوز
وقفه مقصوداً إلا إذا كاتبعاً للعتاق بأن وقف ضيعة ببقرها أو كرتها وهم عبيده فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه
تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصوداً كبيع الشرب ومسيل الماء والظريق أنه لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً للأرض
والدار وإن كان شيئاً جرت العادة بوقفه كوقف المر والتدوم لحفر التبور ووقف الرجل لتسخين الماء ووقف الجنابة
وإنها ولو وقف أشجاراً قائمة فالقياس أن لا يجوز لأنه وقف المنقول وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما
راه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة لأنه
منقول وما جرت العادة به وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ويحوز عندهما يبيع 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 أنه قال
أما خالد فقد احتبس أكراماً وأفراساً في سبيل الله تعالى ولا حجة لهما في الحديث لأنه ليس فيه أنه وقف ذلك فاحتمل
قوله حبسه أي أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة (وأما) على قولهما
فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة (ومنها) أن
يكون الموقوف مقسوماً عند محمد فلا يجوز وقف المشاع وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقسوماً كان أو
مشاعاً لأن التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع محل القبض والتسليم وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلاً
فلا يكون الخلل فيه مانعاً وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه 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 أنه وقف مائة سهم قبل
التسليم ويحتمل أنه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على أنه ان ثبت أن الوقف كان قبل التسمية فيحتمل أنه
وقفها شأنهم قسم وسلم وقد روى أنه فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعاً ثم قسم وسلم

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

الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بخلته بالتصدق عليه لان الوقف حبس الاصل وتصدق بالقرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالزهن والواجب أن يبدأ بصرف القرع الى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ماوهي من بنائه وسائر مؤناته التي لا بد منها سواء شرط ذلك الواقف أو لم بشرط لان الوقف صدقة جاريتة في سبيل الله تعالى ولا تجرى الا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته ان نفقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يتقدر عليها بأن كان فقيراً أجرها القاضي وعمرها بالاجرة لان استبقاء الوقف واجب ولا يبقى الا بالعمارة فاذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالاجارة كالعبد والداية اذا امتنع صاحبها عن الاتفاق عليها اتفق القاضي عليها بالاجارة كذا هذا واما تهم 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 لان حقهم في المنفعة والغلة لا في العين بل هي حق الله تعالى على الخالص ولو جعل داره مسجداً فخرب 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 بمكان يصلي فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كما لو كفن ميتاً ثم كلفه سبع وبقى الكفن يعود الى ملكه كذا هذا ولا يبي يوسف 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 اجتاز بن يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهة القرية قد سحت بيقين فلا ينطو 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 هذا في المساكين صدقة تصدق بتمتها وان تصدق بعينها جاز لان النادر بالنذر يتقرب الى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القرية يحصل بالتصدق بثلث الدار وبل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لانه أدى المنصوص عليه ولو قال داري هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبي حنيفة لان المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الاصل وتصدق بالقرع ولو قال مالي في المساكين صدقة تصدق بكل مال يجب فيه الزكاة استحساناً والقياس أن يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ايجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك تصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا ايجاب العبد ولو قال ما ملكه 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 اضاف 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

—٢٢٤—

﴿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
 البيئتين وحكم تعارض الدعوى لا غير وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل (أما) ركن الدعوى فهو قول
 الرجل لي على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو برأني عن حتمه ونحو ذلك فإذا قال ذلك فقد تم الركن
 ﴿فصل﴾ وأما الشرائط المصححة للدعوى فأنواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون
 والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البيعة 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 يتخلو اما ان يكون عينا واما ان يكون دينيا فان كان عينا فلا يتخلو
 اما ان كان محتتملا للثقل أو لم يكن محتتملا للثقل فان كان محتتملا للثقل فلا بد من اخضاره تمسك الاشارة اليه عند
 الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر ثقله كحجر الرحي ونحوه فان شاء القاضي استحضره وان شاء بعث
 اليه أمينا وان لم يكن محتتملا للثقل وهو العتق فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لان العتق لا يصير معلوما الا بالتحديد
 ثم لا خلاف في أنه لا يكفي فيه بد كحد واحد وكذا بد كحدين عند أبي حنيفة ومحمد خلا فلا يبي يوسف وهل
 تقع الكفاية بد كثلاثة حدود قال علماؤنا الثلاثة ترضى 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 دينيا فلا بد من بيان
 جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشياء ومنها ان يذ كمدعى في دعوى العقاراته
 في يد المدعى عليه لان الدعوى لا بد وان تكون على خصم والمدعى عليه انما يصير خصما اذا كان بيده فلا بد وان يذ كمدعى
 انه في يده ليصير خصما فاذا ذكر وانكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فانه يحلف من غير الحاجة الى اقامة البيعة من المدعى
 على انه في يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البيعة على أنه في يده هذا المدعى عليه ووجه التفرق ان من الجائز
 ان يكون صاحب اليد غيره واصطلح على ذلك فلو سمع القاضي بينته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنا متعذر
 لانه لا قضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لا يتخلو اما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فلا مرفيه ظاهر وان نكل
 فكذلك لان القاضي لا يقضى بشي وانما يأمره بان يخرج من الدار ويحلى بينها وبين المدعى ومنها ان يذ كانه يطالبه به
 لان حق الانسان انما يجب ايضاؤه 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 البيعة 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 والبيعة الا على خصم حاضر الا اذا التمس المدعى بذلك كتابا حكما للقضاء به فيجيبه القاضي اليه فيكتب الى
 القاضي الذي الغائب في يده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقتضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله
 حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسام الدعوى والبيعة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز
 وجه قول الشافعي رحمه الله انه ظهر صدق المدعى في دعواه على الغائب بالبيعة فيجوز القضاء بينته قياسا على الحاضر
 ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خيرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب
 الكذب في خبره بالبيعة فيظهر صدقه في دعواه كما اذا كان المدعى عليه حاضرا بحقته أن المدعى عليه لا يتخلو 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 بالبيعة فكان القضاء بالبيعة قضاء بحجة مظهره لثقل حجاز (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 انه قال لسيدنا على رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين ما لم تسمع كلام الآخر نها عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لاحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والتضاء بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لاحد الخصمين قبل سماع
 كلام الآخر فكان منبها عنه ولان القاضي مأمور بالتضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه يا داود ان جعلناك
 خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص اقض بين هذين قال اقضى
 وانت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا يثبت مع احتمال
 العدم واحتمال العدم ثابت في البيئتين لا احتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبيئتين حكما بالحق فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم
 بها أصلا الا انها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن
 كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب اذا 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 في واقع فيه الدعوى لان
 الوكيل والوصى نائبان عنه بصرح النيابة والوارث نائب عنه شرعا وحضرة النائب كحضرة المنوب عنه فلا يكون
 قضاء على الغائب معنى وكذا اذا كان بين الحاضر والغائب اتصال في واقع فيه الدعوى بان كان ذلك سببا لثبوت
 حق الغائب لان الحاضر يصير مدعى عليه فيها 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 آخراته
 أخوه ولم يدع ميراثا ولا ثقة 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 الابانة ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من
 الغائب من ضروراته تبعاله فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو ثقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بيئته
 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 الوأقر 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 الأثرى انه لو أقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالاخوة وعلى هذا يخرج المسائل الخمسة وتوابعها على
 ما نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة
 وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فامر القاضي بدفعها 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 لم يقر ونكل عن التمين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه
 منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بيئته في ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار وروى عن أبي يوسف أنه
 تسمع دعواه وتقبل بيئته هذا اذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما اذا ادعى انه اشتراه منه بعد ذلك
 تسمع دعواه بخلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لان عدم التناقض لا اختلاف الزمان
 ولو قال هذا لفلان اشترته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو مفصولا لانه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق
 منه ما يقرر هالان سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشترته 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 اشترته منه موصولا معناه في متعارف الناس وعادتهم انه
 كان لفلان فاشترته منه قال الله عز وجل واذا كروا اذا تم قليل مستضعفون في الارض أي اذ كنتم قليلا اذ لم يكونوا
 قليلا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيح حاله ولا عادة جرت بذلك في المفصول لحمل على حقيقته وهو
 بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا اذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بينه اشتراه بعده تسمع دعواه لا لعدم التناقض

على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء بمهملين معلوم تسمع لانه لما يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحه هذا اذا قال هذا الشيء لفلان 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 ديننا فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء فقط فاقام المدعى اليئنة وقضى القاضي بذلك ثم أقام المدعى عليه اليئنة 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 اليئنة وقضى القاضي بيئته ثم أقام المدعى عليه اليئنة 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 مناقضا فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبدا بعينه والعبد في يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشتري اليئنة وقضى القاضي به ثم وجد به عيبا فآراد أن يردده على البائع فاقام البائع اليئنة على ان المشتري كان ابراه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بيئته لان انكار البيع يناقض دعوى البراءة عن العيب لان البراءة يقتضي وجود البيع فكان مناقضا في دعوى البراءة فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل في هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى الا في النسب والعتق 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 حقي وهو العلوق 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 لئلا تقبل الخلع وأقامت اليئنة 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 حتمية أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لثله هذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الا كبرنا ابنا لمن هو أصغر سنا منه وكذا اذا قال لمرءى والنسب من الغير هذا ابني والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلف 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 يتمس قبل غيره لنفسه عينا أو ديننا أو حقا والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان منكر اذ الآخر يكون مدعيا وقال بعضهم المدعى من يجبر عمافي بدعيه لنفسه والمدعى عليه من يجبر عمافي بدعيه لنفسه فينفسلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يجبر عمافي بدعيه لغيره والمقر من يجبر عمافي بدعيه لغيره

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به 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 الزيارات انه لا يسأله ما لم يقل المدعى اسأله عن دعواي وعلى هذا اذا تقدم الخصمان الى القاضي هل يسأل المدعى عن دعواه في أدب القاضي انه يسأله وفي الزيارات 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 جاءه اليئنة 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 يتهم في اقراره على نفسه فالإتيان بالبينه 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 هو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينه بعد ذلك رجوعا تقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما

يحمل 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 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 أخفيا فيحتاج الى اظهاره وللبينة قوة الاظهار لانها كلام من ليس بمخضم فعملت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام المخضم فلا تصلح حجة مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فاجته الى استمرار حكم الظاهر واليمين وان كانت كلام المخضم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعى انه لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله اصح بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما كانت حجة المدعى لكونها مرجحة جنسية الصديق على جنسية الكاذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البينة فكان ينبغي ان يكتفى بها الا انه ضم اليها الشهادة تقيما للتمهمة (ولنا) الحديث المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيمتضى 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 وبه 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 وقد روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين في الامان وعندنا يجوز القضاء في بعض أحكام الامان بشاهد واحد اذا كان عدلا بان شهادته أمن هذا الكافر قبيل شهادته حتى لا يقتل لكن يسترق واليمين من باب ما يحتاج فيه فحمل على هذا نوقفا 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 ذي اليد اذا اقام البينة أنه لا تقبل بيته ذى اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدع بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقت بيته بالعدم فحلت بيته المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد يخرج المسئلة على أصل آخر نذكره في موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من معرفة علاقتها وعلائق البينة قدم ذكرها في كتاب الشهادات ونذكر هنا علائق اليمين فنقول والله 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 مقررا لا حاجة لان الانسان لا يهتم في الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على

أحدهما والحمل على الانكار أولى لان 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 الانكار أولى فكان السكوت انكارا دلالة ولو لم
يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار
وقال بعضهم هذا اقرار والاول أشبه لان قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على ما مر
ومنها الطلب من المدعى لانهما وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الافاء عند طلبه
ومنها عدم البيئة الحاضرة عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لي بيئة حاضرة ثم أراد ان يخلف
المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبيئة ولهذا لا يجب الا عند طلبه
فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولا يبي حنيفة ان البيئة في كونها حجة المدعى كالأصل لكونها كلام غير الخصم
واليمين كالمخلف عليها لكونها كلام الخصم فهذا الوأقام البيئة ثم أراد استخلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة
على الاصل تمنع المصير الى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الاستخلاف في
الحدود والمخالصة حقا لله عز وجل كحد الزنا والسرقة والشرب لان الاستخلاف لاجل النكول ولا يقضى بالنكول
في الحدود والمخالصة لانه بذل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهه العدم والحدود لا تحتل البذل ولا
تثبت بدليل فيه شبهه لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان في السرقة يخلف على أخذ المال وكذا
لا يمين في اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجوز فيه الاستخلاف في ظاهر الرواية لانه ليس من
الحدود المتمخصة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفي التعزير يخلف كذا وهذا مجرى
الاستخلاف في القصاص في النفس والظرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا
للاقرار به شرعاً بان كان لو أقر به لصح اقراره به فان لم يكن لم يجز فيه الاستخلاف حتى ان من ادعى على رجل انه
أخوه ولم يدع في يده ميراثا فأنكر لا يخلف لانه لو أقر له بالاخوة لم يجز اقراره لكونه اقرارا أعلى غيره وهو أبوه ولو ادعى
انه أخوه وان في يده مال من تركه أبيه وهو مستحق لنصفه بارثه من ابيه فأنكر يخلف لاجل الميراث لا للاخوة
لانه لو أقر أنه أخوه صح اقراره في حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث اليه ولم يصح في حق التسبب حتى
لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد في بدر رجل ادعاه رجلان فأقر به لاحدهما وسلم القاضي العبد اليه فقال الآخر
لا يبتنى وطلب من القاضي تخليف المقر لا يخلفه في عين العبد لانه لو أقر به لكان اقراره باطلا فاذا أنكر لا يخلف الا
ان يقول الذي لم يقر له أنك انقلت على العبد باقرارك به لغيري فاضمن قيمته لي يخلف المقر بالله تعالى ما عليه رديمة
ذلك العبد على هذا المدعى ولا رد شي منها لانه لو أقر باتلافه لصح وضمن القيمة فاذا أنكر يستحلفه ولو ادعى
رجل انه زوجته ابنته الصغيرة وأنكر الاب لا يخلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح
اقراره به عنده فاذا أنكر لا يستحلف والثاني ان الاستخلاف لا يجزى في النكاح وعندهما مجزى لكن
عند أبي يوسف يخلف على السبب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما ذكره في موضعه هذا اذا كانت صغيرة
عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباهاز وجها ياه في صفرها لا يخلف عند أبي حنيفة لما قلنا من الطريقين
وعندهما لا يخلف أيضا لاجل طريقين وهو انه لو أقر عليها في الحال لا يصح اقراره ولكن تخلف المرأة عندهما لانها
لو أقرت لصح اقرارها وعندهما الاستخلاف مجزى فيه لكن عند أبي يوسف تخلف على السبب بالله عز وجل ما تعلم
ان أباهاز وجها وهي صغيرة الا عند التعرض فتخلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجها
عنده فأنكر المولى لا يخلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح اقراره والثاني انه
لا استخلاف في النكاح عنده وعندهما لا يخلف أيضا لكن لطريق واحد وهو انه لو أقر عليه لا يصح اقراره
ولو ادعى رجل على رجل انه زوجته أمته لا يخلف المولى عند أبي حنيفة وعندهما يخلف لطريق واحد وهو ان

الاستحلاف لا يجزى في النكاح عنده وعندهما يجزى 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 يجزى فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي النكاح والرجعة والتي في الايلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاء أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأته او تدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعى وطلب بين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلقة بعد انقضائها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب بينها وأما التي في الايلاء فهو ان يكون الرجل ألى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت فئت اليك بالجماع فلم تبني فقالت لم تنف الى ولا بينة للزوج فطلب بينها وأما النسب فنحو ان يدعى على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة له وطلب بينه وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فانكر وقال انه حر الاصل لم يجز عليه رقباً أولاً بينة للمدعى فطلب بينه وأما الولاء فانه يدعى على امرأته انه اعتق اباه وان أباه مات وولائه بينهما نصفان فانكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولاؤه نابتاً منه ولا بينة للمدعى فطلب بينها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاء فهو ان تدعى أمة على مولاه فقتول انام ولد لمولاه وهذا ولدى فانكر المولى لا يجزى الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندهما يجزى والدعوى من الجانبين تتصور في القبول الستة وفي الاستيلاء لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامه 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 لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقراراً لدلالة 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 (ولا بي حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم ويحتمل البذل لان العاقل الدين كما يخرج عن اليمين الكاذبة يصحج عن التغير والطعن باليمين يبذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لانه لو جعلناه اقرار الكذب بناه 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 اما 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 ينحلوا ما ان كان الحالف مسلماً واما ان كان كافراً 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 روى رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صور بالا 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 يكتب في بالله عز وجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فاذا غلظ عليه اليمين يمتنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيراً يكتب في 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 يعد 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 شانه و يعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزنافة
وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحتهم في عصر من الاعصار الى يومنا هذا و يرجون فضل الله
عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدروهم على اظهار ما اتحلوه الى اقتضاء الدنيا وان رأى القاضي ما
يكون تغليظاً في دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صور يادل ان كل ذلك سائق فيغلظ
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 بحرف بعضها فلا يؤمن ان تقع
الاشارة الى المحرف فيكون التحليف به تعظيماً لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عبادتهم من
البيعة والكنيسة و بيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ التيمين على المسلم زمان ولا مكان عندنا
وقال الشافعى رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب و يحلف بعد العصر
والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيعة 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 مكاني 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 يباهى زيد بن ثابت
ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشراف في التعظيم والله عز وجل
أعلم (وأما بيان صفة المحلوف عليه انه على ما ذابحلف فنقول الدعوى لا تحلوا امان كانت مطلقة عن سبب و امان
كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبد أو جارية أو أرضاً وأنكر المدعى عليه فلا خلاف في
انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ما هذا العبد أو الجارية أو الارض لقلان هذا ولا شيء منه
وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه 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 الف
أو ما غصبت الف أو ما أودعني الف الا ان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد استقرض الانسان وقد يغضب وقد
يودع ولا يكون عليه ما انه أبراه عن ذلك أو رد الودعة وأن لا يبين ذلك لئلا يلزمه شيء فيثبت يحلف على الحكم وقال
محمد يحلف على الحكم من الابداء بالله ما له عليك هذه الف التي ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب
تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالبراء أو بارد فلا يمكنه الحلف على
نفي السبب ويمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبي يوسف
ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفي باب التسمية 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 مقصود هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عليه
وان لم يمكنه وعرض فيثبت يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف
يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشيء الا ان يعرض الخصم والتعرض في هذا ان يقول قد يبيع الرجل
الشيء ثم يعود اليه بهبة أو فسخ أو اقالة أو رد ببيع أو خيار شرط أو خيار رؤية وأن لا يبين ذلك كي لا يلزمه شيء
فيثبت يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم هذا السبب الذى يدعى وهكذا يحلف على قول
محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو ما خالها الا ان يعرض 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

أمر أنه ثم تعود إليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود إليه بعد زوج آخر فينشد بحلف بالله عز وجل ما هي حرام عليك بثلاث
 تطليقات أو بالله عز وجل ما هي مطلقة منك ثلاثاً أو ما هي حرام عليك بالخلع أو ما هي بائن منك ونحو ذلك من العبارات
 وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الأمة بان ادعت أمة على مولاهاته واعتقها وهو منكر عند أبي
 يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتقها إلا أن يعرض لأنه يتصور النقص في هذا والعود إليه بان
 ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبها أو سبها غيرها فاشترها حينئذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذي يدعي
 العتق هو العبد فيحلف على السبب بخلاف بالله عز وجل ما اعتقه في الرق القائم للحال في ملكه لا لعدم تصور
 التعريض لأن العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد
 على الحكم لا احتمال العود إلى الرق لأن الذي إذا قضى العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فإنه
 يجبر على الإسلام ويقتل إن أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو ترميع على قولهم إلا بأحنيقة لا يرى
 الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو ما إن تكون من الرجل أو من المرأة فإن كانت من الرجل وأنكرت المرأة
 النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب إلا أن يعرض لا احتمال الطلاق والفرقة بسبب ما حينئذ يحلف على الحكم
 بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد وأما عند أبي حنيفة لو قال الزوج أنا أريد أن أتزوج أختها أو أرباً
 سواها فإن القاضي لا يمكنه من ذلك لأنه إقرار لهذه المرأة أنها أمر أنه فيقول له إن كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج
 أختها أو أرباً سواها وإن كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب إلا
 أن يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لو قالت المرأة إني أريد أن أتزوج فإن القاضي لا يمكنها
 من ذلك لأنها قد أقرت أن لها زوجاً فلا يمكنها من الزوج بزواج آخر فإن قالت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت في
 عهدته أبد الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهداً أبي حنيفة فإنه يقول القاضي للزوج طلقها فإن أبى جبره القاضي
 عليه فإن قال الزوج لو طلقها للزمني المهر فلا أفعل ذلك يقول له القاضي قل لها إن كنت امرأتي فانت طالق فطلق
 لو كانت امرأتك وإن لم تكن فلا ولا يلزمك شيء لأن المهر لا يلزم بالشك فإن أبى يجبره على ذلك فاذا فعل تخلف عن
 تلك العهدة ولو كانت الدعوى على إجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبي يوسف يحلف على السبب
 إلا إذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان صحيحاً وهو الإجارة يحلف وما
 كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلاً لأن الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو
 كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل أنه قتل أباه خطأ وأنه وجبت الدية فانكر المدعي عليه يحلف
 على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت إلا إذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك
 وإنما يحلف على هذا الوجه لا اختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ أنها تجب على العاقلة ابتداءً وتجب على القاتل
 ثم تتحمل عنه العاقلة فإن حلف برى وإن نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذر إن شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل مؤقتاً إلى غاية إحصار البيعة عند عامة
 العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الإطلاق حتى لو أقام المدعي البيعة بعد يمين المدعي عليه قبلت بيئته
 عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لأنه لو أقام البيعة لا يبقى له ولاية الاستحلاف فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية
 إقامة البيعة والجامع أن حقه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لأن البيعة هي الأصل في الحججة
 لأنها كلام الأجنبية فاما اليمين فكأن تحلف عن البيعة لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة فإذا جاء الأصل انتهى حكم
 الحلف فكانه لم يوجد أصلاً ولو قال المدعي للمدعي عليه احلف وأنت برىء من هذا الحق الذي ادعيت به أو أنت
 برىء من هذا الحق ثم أقام البيعة قبلت بيئته لأن قوله أنت برىء يحتمل البراءة للحال أي برىء من دعواه وخصومته
 للحال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل إبراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغي للقاضي ان يقول له انى اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضي لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاء ومهابة المجلس في المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضي يقضى عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن رد اليمين الى المدعى فيحلف فيأخذ حثته اصح الشافعي رحمه الله قول النبي عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل البيعة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كاذبا في الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا في الانكار تو رعا عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن رد اليمين الى المدعى ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصدق في دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعى فانه روى 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 روى ان شريحاً قضى على رجل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقال شريح مضي قضائي وكان لا يخفى قضاياه على اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه متكر فيكون اجماعهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعى في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو أقام البيعة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصدق في خبره انكاره المدعى عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا في انكاره لما نكل فزال المانع لتعارض فظهر صدقه في دعواه وقوله يحتمل انه نكل تو رعا عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تحمزا عن 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 وأما الحديث فنقول البيعة حجة المدعى وهذا لا ينفي ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل انه لم يذكره فصاع كونه حجة تسليطا للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما رد اليمين على المدعى فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن أقوال بل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضي الله عنه ادعى الايفاء فانكر سيدنا عثمان رضي الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به قول 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 بادون النفس فان كان في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لكنه يجبس حتى يقرأ ويحلف أبداً وان كان الدعوى في القصاص في الطرف فانه يقضى بالقصاص في العمدة 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 يحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له التقطع اذا قطع لاضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جاريا بحري المال بخلاف النفس فامكن 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 المدعى 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 وشخيا لشأنه لكون اليمين الكاذبة مهلكة
فصار بالنكول مانعا حقا مستحقا عليه مقصودا فيجب 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 الاثبات بحجة مظهره للفق وهي شهادة شهود أصول مذكور والتعذر هنا من جهة من عليه القصاص
وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص اذا بطل من جهة من له القصاص لا يجب الدية واذ بطل من
جهة من عليه يجب الدية وأما في دعوى السرقة اذا حلف على المال ونكل بقضي بالمال لا بالقطع لان النكول حجة في
الاموال دون الحدود والمخالصة وأما في حد التذد اذا استحلف على ظاهر الزواية فكل بقضي بالحد في ظاهر الاقاويل
لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود ولا يقضى فيه
بشي ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتميز بدون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القصاص
والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل ١٠ وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعي عليه ويخرج عن كونه خصما للمدعي فنقول والله التوفيق
انه يخرج عن كونه خصما للمدعي يكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالينة 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 دعته 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 دعته فلان الغائب أو رهنها أو أجرها أو أعارها أو غصبها أو سرقها أو أخذها أو تزعتها أو ضلت منه فوجدتها
وأقام الينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقام الينة أو لم يتم
وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام الينة أو لم يتم 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 بالمخسة والحجج
تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والقيل على غيره اليد بأن قال هذا ملكي غصبه مني فلان لا يتم يدع على
ذي اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلف الذي ذكرنا فاما اذا ادعى فعلا على ذي
اليدين قال هذه داري أو دابتي أو ثوبي أو عتكها أو غصبتها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتبتها مني وقال الذي في
يده انها لفلان الغائب أو دعته أو غصبها منه ونحو ذلك وأقام الينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق
ان ذا اليد في دعوى المالك المطلق انما يكون خصما بيده الأثرى انه لو لم يكن المدعي في يده لم يكن خصما فاذا اقام الينة على ان
اليده لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما بفعله لا بيده الأثرى ان الخصومة
متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما بفعله بالينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقي خصما ولو ادعى فعلا لم يتم فاعله
بان قال غصبت مني أو أخذت مني فاقام ذا اليد الينة على الابداع تندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجبول وانه
باطل فالتحقق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجبول وانه باطل فالتحقق بالعدم
فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالتقياس 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 دعته
فلان الذي ادعت الشراء من جهة أو سرقها منه أو غصبها تندفع عنه الخصومة من غير اقامة الينة على ذلك لانه ثبت
كون يده بدغيره بتصادقهما أما المدعي عليه فظاهر وأما المدعي فبدعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

اليد وكذا لو أقام الذي في يديه البيعة على اقرار المدعي بذلك لان الثابت بالبيعة كالثابت بالمعينة ولو عاينا اقراره
 لا تدفع الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه
 حجة متعدية الى الناس كافة بمنزلة البيعة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار
 المدعي فبعل القاضي أولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان الغائب لا تندفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد
 لنفسه وهذا مقر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعي البيعة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه
 اودعني عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بيعة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فابنتا اليه وهو
 غائب وعلى هذا الاصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم

فصل في ما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيعتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان
 حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيعتين القائم على أصل الملك والثاني في بيان حكم تعارض البيعتين
 القائم على قدر الملك أما الاول فالاصل ان البيعتين اذا تعارضا في أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح
 احدهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البيعة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع
 وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحد منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه
 وأمکن 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 الخارجين على ذي اليد (واما)
 أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما
 البيعة فلا تخلو اما ان قامت البيعتان 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 فبيعة الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بيعة ذي اليد أولى (وجه)
 قوله ان البيعتين تعارضا من حيث الظاهر وترجحت بيعة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل بينته في
 دعوى النكاح (ولنا) ان البيعة حجة المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعي وذو اليه ليس بمدع فلا
 تكون البيعة حجته والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعي انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف
 بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يده نفسه فلم يكن مدعيا فالتحقق بينته بالعدم فبقيت بيعة
 الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بيعة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقتت
 البيعتان نصا ووقتت بيعة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سبق اليد لانهم شهدوا بالملك المطلق ولا
 تحمل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بما هم 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 يده في يد ذي اليد فظاهر ان ثبت للملك فكانت يد
 الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج قضى بينته 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 اعادة يده ورد المال
 اليه حتى قيم صاحب اليد الاخر الحجة انه بأي طريق انتقل اليه كما اذا عين القاضي كون المال في يد انسان وبيد غيره
 لنفسه ثم رآه في يد غيره فانه يأمر بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر
 المدعي عليه أن هذا المال كان في يد المدعي 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 سبق والتأخير فيه لان النتائج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر
فتترجح بينه صاحب اليد باليد وهنأ 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 رجع 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 ينافيه فيه أحد فيدفع المدعى الى أن يثبت بالدليل سبب الانتقال 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 وادعى كل واحد من الخارجين على
ثالث وأقام كل واحد منهما البيئته انه اشترى من رجل واحد ووقت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى
لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتل السابق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن
صاحب البيئته المطلقة لو وقت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فسمتطا اعتبار الوقت فبقى
دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعى الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً
فتدافع على ثلثي الملك منه ببيعته وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولا تاريخ 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 بسبب فان كان السبب هو الارث فكذلك
الجواب حتى لو قامت البيئتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البيئته على انه ملكه مات أبوه
وترك ميراثه يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامت على ملك موقت واستوى الوقتان
لانه سمطتا 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 التصول 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 يطرد 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 اشتراها من الخارج وقده الثمن وأقام كل واحد منهما البيئته على ذلك فان أقاما
البيئته على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البيئتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب لواحد منهما على
صاحبه شيء مؤثر المدعى في بدوى 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 يتقدم تاريخ قبض وفي هذا التمدد بتصحيح 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 فساد العقد الاخير لانه بيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتدريج الذي قلنا واذا صح العقدان بقي 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 بملك 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 يذكر واقبضاً يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا 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 أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذا لم يجز بقي على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكر والقبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالإجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكر واقبضاً 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 ذكر واقبضاً لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد أولا وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو التناج وهو الولادة في الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البيتان على التناج واما ان قامت احدهما على التناج والاخرى على الملك المطلق فان قامت البيتان على التناج فلا يخلو اما ان كانت البيتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتاً فان لم يوقت وقتاً يقضى لصاحب اليد لان البينة القائمة على التناج قائمة على أولية الملك وقد استوت البيتان في اظهار الأولية فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضى بيئته وقد روى عن جابر رضي الله عنه أن رجلا دعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقه في بدرجل وأقام البينة عليه وأقام ذواليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقه لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن امان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تهاجر 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 وكذا في الحديث الذي روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى التناج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد ان ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على التناج والاخر على الملك المطلق عن التناج فيبينة التناج أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلق من منه وأمان وقت البيتان فان اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فيقضى 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 فاذا 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 كما نهما سكتنا عن التاريخ أصلا وان خالف سنهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فيقيمت البيتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاجر البيتان قال وهو الصحيح (ووجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البيتين فالتحتمت بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البيتين 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 جزه في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البيئته انه له غزله

من قطن هو له يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة التناج فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى التناج 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 التناج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا في جبن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه في ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جبنًا مرتين فكان بمنزلة التناج ولو اختلفا في الارض والنخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بها للخارج لان هذا ليس في معنى التناج لان التناج سبب ملك الولد والغرس ليس بسبب ملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى التناج وكذلك لو اختلفا في الحبوب النابتة والقطن الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرع في أرضه فانه يقضى بالارض والحب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا في البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا في حلى مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه في ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن في معنى التناج ولو اختلفا في ثوب خز أو شعر وأقام كل واحد منهما البينة انه له نسجه في ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة التناج 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 وأنها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج لان هذا ليس دعوى التناج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بينة الخارج 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 شأنان احدهما بيضاء والاخرى سوداء وهما في بدرجل فأقام الخارج البينة على أن الشاة البيضاء شأنه ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شأنه ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهودها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بينة الخارج قامت على التناج في البيضاء وبينة ذي اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة التناج أولى كذا بينة ذي اليد قامت على التناج في السوداء وبينة الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبينة التناج أولى ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه الجبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه الجبن في ملكه فيقضى للخارج لان البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبينة الخارج أولى في دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبد في بدانسان انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه وأقام ذواليد البينة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد في ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة في ملك بائعه بمنزلة دعوى الولادة في ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد في ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارج مع ذي اليد كل واحد منهما التناج يقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى التناج وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على التناج فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثاني فلم يكن الثاني متضميا 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 التناج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى الا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

حق العبد لتدري على ابطاله كالحق 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 فالخاطر 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 شي من ذلك فالتقضاء على غيره يكون
 قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصص
 من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الارض أن يأخذها لانه محتمل أن يكون البذر لغیره ومالك الزرع يتبع ملك
 البذر لا ملك الارض ألا ترى ان الارض المغصوبة اذا زرعتها الغاصب من بذرتة 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 حصص من أرضه لم يقض له فهذا
 أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شانه وصوف شانه لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها
 وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك فاما دعوى الخارجين على ذي
 اليد الملك فتقول لا تخلو 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 وهو ان البيتين 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 البيتان على ملك مطلق من
 غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول تها تر البيتان ويترك
 المدعى في يد صاحب اليد وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعي رحمه الله
 ان العمل بالبيتين متعذر لتناف بين موجههما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنتين على الكمال في زمان واحد
 فيبطلان جميعا اذا ليس العمل باحدهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما في القوة أو ترجح احدهما بالقرعة
 لورود الشرع بالقرعة في الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالديين واجب بالتقدير 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 كافي
 سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنة المشهورة وأخبار الآحاد والاقية الشرعية اذا تعارضت وهنا
 ان تعذر العمل بالبيتين 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 تثبت سبق
 أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحقق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق
 من الاخر فالأسبق أولى بالاجماع ولا يجبيء هنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة من الخارج مسموعة بلا
 خلاف والبيتان 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 الموقت 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

يتعين بل تحتل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلامعارض فكان صاحب
 التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضاً أن الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقاً ويحتمل أن يكون
 متأخراً لا احتمال أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم بثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ
 فبقى دعوى الملك المطلق هذا اذا قامت البيئتان من الخارجين على ذى اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك
 بسبب فنقول لا يخلو اما ان ادعى الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو التناج ونحوها واما ان ادعيه بسببين
 فان ادعى الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البيئتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك
 الموروث هو ملك الميت بعد موته وانما الوارث يخلقه و يقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجوز من التركة ويقضى منها
 ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيهما ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان
 وقتهما واحدا فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عند أبي يوسف في الميراث لما مر أن الموروث ملك الميت
 والوارث قام مقامه فلم يكن الموت نارا يخالق الملك الوارث فسقط التاريخ للملكة والتحقق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق
 عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبتهما
 تاريخا كره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البيئته يظهر الملك للمورث
 لانتفاسه فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بيئته مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لتقضى
 لاسبتهما وقتا لا بانه الملك في وقت لا تعارضه فيه بيئته 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 الآخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا
 لانهما ادعيا تلقى الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا يخلو 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 البيئته على الشراء منه ثمن معلوم وقد اتفق
 مطلقا عن التاريخ ويخرج كالتبضع يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهاير البيئتان وفي قول
 يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له التفرعة وهي مسألة التهاير وقد تقدمت واذا قضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما
 الخيار ان 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 فوجب ذلك خلافا في الرضا فذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما
 أخذ نصف الدار رجح على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرديرجع كل واحد منهما
 بجميع الثمن لانه انسخ البيع فان اختار أحدهما الردي والآخر الاخذ فان كان ذلك بعد قضاء القاضى وتخييره ياها
 فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضى بذلك أوجب انسخ العقد في حق كل واحد منهما في
 النصف فلا يعود الا بالتجدد 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 خيار يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن
 لان المستحق بالمتكامل 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 البيئته على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في توابع
 الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له
 والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

واليد دليل الملك فو قعت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البيعتان فاما اذا اُرختا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقي دعوى مطلق الشراء وان كانت احدهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارض فيه الاخرى فتسند فع بها الاخرى ولو اُرخت احدهما وأطلقت الاخرى فالأخرى فالأخرى فالتأخير فلا تعارض مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البيعتان معين والآخرى لا تعرض للوقت فتحتل السبق والتأخير فلا تعارض مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البيعتان ولكن ذكرت احدهما القبض فهي أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى وكذلك لو ذكرت احدهما تاريخا والآخرى قبضا فيبينة القبض أولى الا ان تشهد بيعة التاريخ أن شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بالتمن على البائع وكذا لو اُرختا تاريخا واحدا و ذكرت 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 البيعة على ذلك يقضى بينهما نصفين لانهما ادعىا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البيعة 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 واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فلا يسبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق لهد كره الداروي وهو أن المشتري يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك للميت 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 بيعة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بيعة الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعىا الشراء من اثنين فقد ادعىا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدي البيعتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراء صاحبه أسبق من شرائه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعىا الشراء من واحد لان هناك اتفاقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدي البيعتين أو يجب تلقى الملك منه في زمان لا ينازعه فيه أحد فيؤمر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقى منه دليل آخر هذا اذا كانت الداروي يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان ادعىا الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء اُرخت أو لم تؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا بيعة 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 ادعىا الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البيعتان أو لا وقتت احدهما دون الاخرى الا اذا وقتتا وقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعىا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كان البائعين حضرا وأقاما البيعة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانها اتفاقا على أن الملك لهما بالشراء من جهة ولا حد ما يد فيجعل كان شراء صاحب اليد أسبق وان كان السبب هو النتائج بان ادعى كل واحد من الخارجين انها دابته نتجت عنده فان أقام كل واحد منهما البيعة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لاستواء الحجيتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل محل فليعمل بهما بالتقدير الممكن وان أقام البيعة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا بحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فغند أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتل أن يكون موافقا لوقت هذا ويحتل أن يكون موافقا لوقت ذلك فسمعت اعتبار الوقت وصار كأنهما سكنا عن الوقت أصلا وجه قول أبي

حنيفه رحمه الله أن وقوع الاشكال في السن بوجوب سقوط اعتبار حكم السابق فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت
 فالأسبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذي اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذي اليد
 وان أقام أحدهما البيئنة على النتائج والأخر على ملك مطلق فيئنة النتائج أولى لما مر هذا اذا ادعى الخارجان 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 وهبها له وقبضها منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من البائع
 والواهب فقام مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البيئنة على ملك مرسل وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن أبيه فانه
 يقسم بينهم اثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه بقسم بينهم ارباعا لما قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر الى السببين فان كان
 أحدهما أقوى يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استويا 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 وهبها له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لانه فيد الحكم بنفسه والهبة لا تهدد الحكم الا
 بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لان
 الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البيئتان مع القبض يقضى بينهما
 نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتمل التهمة كالدابة والعدو ونحوهما (فأما فيما) يحتمل التهمة كالدار
 ونحوها فلا يقضى لهما بشيء على أصل أن حنيفه رحمه الله في الهبة من رجلين لحصول معنى الشروع (وقيل) لا فرق
 بين ما يحتمل التهمة 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 لاستواء
 السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعى في يد أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن
 والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن
 يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين
 فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاحان بان ادعت امرأتان وأقامت كل
 واحدة منهما البيئنة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء 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 وللمرأة 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 يصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كالو تزوج علي 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 فاما 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 بثلث الدار ولمدعى النصف بثلثها 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 سالما 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
 المتزايدة والوصايا فلما كانت التسمية عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعى أحدهما

كل الدار والآخرة لا ينازعه الا في النصف فبقى النصف الآخر خاليا عن المنازعة فيسلم المدعى الكل لانه يدعى شيئا لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئا لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الآخر استوت فيه منازعتهم فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعا ثلاثة ارباع الدار المدعى الكل ور بعالمدعى النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فيها أحدهما يدعى كل الدار والآخرة يدعى نصفها فيجعل أحسهما سهما فجعل نصف الدار بينهما واذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعى الكل يدعى سهمين ومدعى النصف يدعى سهما واحدا فيعطى هذا سهما وذلك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثا وثلاثا المدعى الكل وثلثا المدعى النصف والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحججة ولا منازعة لمدعى الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحججة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملا بالدليل بالتقدير الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار في بدنا لث فان كانت في أيديهما فيسنة مدعى الكل أولى لانه خارج لانه يدعى على صاحبه النصف الذي في يده ومدعى النصف لا يدعى شيئا هو في يد صاحبه لانه لا يدعى الا النصف والنصف في يده فكان مدعى الكل خارجا ومدعى النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيتمضي له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على حاله هذا اذا ادعى الخارج شيئا في بدنا لث فانكر الذي في يده فأقام البينة فان لم يقم لهما بينة وطلبابمين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعا يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لاحدهما ونكل للآخر يقضى للذي نكل لوجود الحججة في حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعى في يده قضاء ترك لاقضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينهما ويقضى لهما بخلاف ما اذا اقاما 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 (ووجه) الفرق ان بالترك في يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعين مقضيا عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضيا عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضيا عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلقي من جهة المستحق او ادعى التناج وكذا الوادعى 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 أيضا هكذا فرق بين هذا وبين حرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجه) الفرق بين الملك والعتق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذي في يده فان أقر به لاحدهما (فتقول) 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 ودفعه الى المقر له لان المدعى في يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يحجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقرار 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 المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحقق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة بعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقا بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخارجين على ذي اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعى في أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه مقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء الترك

ولو أقام كل واحد منهما البيئة أنه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه لأن كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم يتم لأحدهما بيئة يترك في أيديهما اقتضاء ترك حتى لو قامت لأحدهما بعد ذلك بيئة تتقبل لأنه لم يصرم تضياع عليه حقيقة هذا إذا لم توقت البيتان فإن وقتا فإن اتفق الوقتان فكذلك وإن اختلفا فلا سبق أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت في بيئة 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 البيتين القائميتين على قدر المالك فالأصل فيه أن البيئة المظهرة للزيادة أولى كما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالثمن درهم وقال المشتري اشتريته منك بالثمن ألف درهم وأقام البيئة فإنه يقضى بينة البائع لأنها تظهر زيادة ألف وكذا اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بالثمن ألف وقال المشتري اشتريته منك هذا العبد وهذه الجارية بالثمن ألف وأقام البيئة يقضى بينة المشتري لأنها تظهر زيادة وكذا اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على ألف وقالت المرأة على الفين وأقام البيئة يقضى بينة المرأة لأنها تظهر فضلا ثم إن كانت بيئة الزيادة أولى لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن 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 البيئة أنه يقضى بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لأن البيئة إنما تقبل من المدعي لأنها جعلت حجة المدعي في الأصل والمدعي هناك هو الشفيع لوجود حد المدعي فيه وهو أن يكون مخيرا في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجر عليها فأما المشتري فيجب ورعي الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجر عليها فكان هو مدعي عليه والبيئة حجة المدعي لأحجة 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 الغير في الخصومة أن شاء خاصم وإن شاء لا وفيها إذا اختلفا في قدر المبيع المدعي هو المشتري الأخرى لو ترك الخصومة يترك وكذا في باب النكاح المدعي في الحقيقة هو المراقلة 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 البيئة أن البيئة بينة المشتري لأنها تظهر الزيادة وكذا اختلفا في مضيه وأقام البيئة فالبيئة 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 البيئة بعد تفرقهما أن البيئة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالاجماع لأنها اتفاقا على أن المسلم إليه لم يقبض الرأس مال واحد وان اختلفا قبل الفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تقبل البيتان جميعا ويقضى بسلمين (وجه) قول محمدان كل واحد من البيتين قامت على عقد على حدة لاختلاف البدلين فيعمل بهما جميعا ويقضى بسلمين إذ لا تناقض بينهما ولهما اتفاقا على عقد واحد وإنما اختلفا في قدر المعقود 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 فالبيئة بينة المسلم إليه عندهما وعند محمد تقبل البيتان جميعا ويقضى بسلمين والجمع على نحو ما ذكرنا هذا إذا تصادق رأس المال كان ديناً فإن تصادقانه عين 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 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 بالقبول وإذا كان عينين بان قال رب السلم أسلمت إليك هذا القوس في كرحنطة وقال المسلم إليه هذا الثوب في كرحنطة يقضى بسلمين بالاجماع لأنه يمكن أن يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله

اذا كانت الدعوى دعوى الملك فامادعوى اليد بان تنازع رجلا في شئ يدعيه كل واحد منهما انه في يده فعلى كل
 واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل
 واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان اقام جميعا البينة قضى بكونه في أيديهما
 لا ستواتهما في الحجة وان اقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم يتم 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 إحدى البينتين على الملك والاخرى على اليد
 فيبينة الملك أولى نحو ما اذا اقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين واقام ذو اليد البينة على انها في يده منذ ثلاث
 سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطله كيد العصب
 والسرقة واليد المحقة قد تكون بدمك وقد تكون بداعة و اجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينهما معارضة لبينة الملك
 (واما) دعوى النسب فالكلام في النسب في الاصل في ثلاثه 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 أي 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 وحافه وفي التفسير في قوله عز شأنه وفرش مرفوعة
 انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما 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 زانمته اذا القسمة تنفي الشركة والثاني انه عليه الصلاة والسلام
 جعل الولد لصاحب الفراش وقناه 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 فجات بولد فادعاه الزاني
 لم يثبت نسبه منه لا نعدم الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما ذكر ان
 شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبياً 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 ولذله لان
 أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال
 هو ابني من الزنا يثبت نسبه منه وهو محط في قوله من الزنا لانه يصير متممك الحاراية عندنا قبيل الاستيلاء ومقارناً
 له ولا يصح الوطء زنا مع نبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابني منها ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى
 ثبت نسبه منه ويكون عبد المولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى ثبت النسب ويعتق
 عليه لان الاقرار بالبينة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهي الفراش الا انه لم يظهر نقاذه للحال لقيام
 ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد أو شراء فاسد أو ادعى شبهة بوجه من الوجوه أو
 قال أحلها لي الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب مادام عبد فاذا ملكه ثبت النسب ويعتق
 عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقه بالحقيقة فكان هذا اقرار بالنسب
 بجهة مصححة للنسب شرعاً الا انه امتنع ظهوره للحال فحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت
 أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو نبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة

مصححة له شرعا الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب
امومية الولد أصلا لان عدم سبب نبوت النسب وهو الاقرار بجهة مصححة شرعا 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 صبيا
في بداره فقال هو ابني 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 يدل 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 شرعا في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعا في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم
وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالحديث
وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لملك الفراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بمالكه فبقي
الحكم في جانبها متعلقا بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشا له فلا بد
من معرفة ما تصير به المرأة فراشا وكيفية عمله في ذلك فنقول والله التوفيق المرأة تصير فراشا باحد أمرين احدهما
عقد النكاح والثاني ملك النكاح الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقدا موضوعا لحصول الولد شرعا
قال النبي عليه الصلاة والسلام تناكحوا توالدوا وتكثر واقامى أباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس
يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سببا مفضيا الى حصول الولد فكان سببا لثبات النسب بنفسه
ويستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد يعتقد 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 الزوجة لا يختلف وامالك النكاح في أم الولد يوجب
الفراش بنفسه أيضا لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضيا 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 ويتفق بمجرد
التنقي من غير لعان بخلاف ملك النكاح وامافي الأمة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الأمة فراشا
بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشا بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا تصير فراشا الا
بقربة الدعوة وقال الشافعي عليه الرجم تصير فراشا بنفس الوطء من غير دعوة وعبارة مشايخنا رحمهم الله في هذا
الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوى فراش المنكوحه حتى يثبت النسب
من غير دعوة ولا يتنقى الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة ويتنقى بمجرد التنقي من غير
لعان والضعيف فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافا 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 أولا (ولنا)
ان وطء الأمة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشتري للوطء عادة بل للاستخدام والاسترباح ولو وطئت
فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر في الاماء هو العزل
والعزل بدون رضا من مشروع فلا يكون وطؤها سببا لحصول الولد الا بقربة الدعوة ولانها لما ادعى علم بقربة الدعوة
انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصلها ولم
يعزل عنها لا يحل له التنقي 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 فيها اذا وطئها

وحصنها ولكن عزل عنها ولم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النبي وقال أبو
 يوسف رحمه الله أحب إلى أن يدعوا 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 النبي 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 فلا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولم يحصنها احتمل كونه منه لا يجوز له النبي أيضا كما قاله
 أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لأن
 الاستمتاع بالأمه وأم الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحر بعد موته عسى ويستوى في فراش الملك
 ملك كل الخلل 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 أو يجب النسب بقدره إلا أن النسب
 لا يجزأ 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 فها وبانها والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند
 الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما ويتعين قول القائف وجه قوله أن خلق ولد واحد من ماء خليلين 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 بقبول قول القائف في النسب فإنه روى أن قائفا مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة
 واحدة قد غطي وجوههما وأرجلها بادية فقال إن هذه الأقدام يشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه
 وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أساره يوجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائف
 حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار القرع (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روى أنه وقعت هذه الحادثة
 في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شريح لبساقليس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنتهما برئانه 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 حصصه للنسب ثم يتعدى 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 اسامة 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 الظن
 بما هو دليل الزوال عندهم والمحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه
 جميعا معا فها وبانهم 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 بأبي ثبوت النسب من أكثر
 من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي إلا أن تركنا القياس في رجلين باثر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقى حكم الزيادة
 مردودا إلى أصل القياس وجه قول محمد أن الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أو أربعة أو كل واحد منهم يجوز أن يخلق من
 ماء على حدة وقد جاء عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه أثبت النسب من ثلاثة فأما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فنادر
 غاية الندرة فالشرع الوارد في الأنثيين يكون واردا في الثلاثة ولا في حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين
 عدد الأنثيين والخمسة فالقائل بين عدد و عدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصباء متفقة أو مختلفة بان كان
 لأحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي فالولد ابنتهم جميعا لحكم النسب لا يختلف لأن سبب
 ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة 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 فادعياها
 جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله يثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا في سبب
 الاستحقاق وهو اصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجانب الاب لان نصف الجارية
 ملكة حقيقة وله حق تملك النصف الآخر وليس للابن الاملك 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 الافراد فان أمة لرجل اذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه
 ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار تملك الجارية ضرورة صحة الاستيلاء سابقا عليه أو مقارنا له
 لانعدام حقيقة الملك فجعل الوطء في الملك وهبنا الاستيلاء صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا
 حاجة الى التملك لصحة الاستيلاء وانه صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه لا يتجزأ
 التجزى على ما ذكرناه والفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد
 جارية فجاءت بولد فادعياها معا والاب حتى 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 ولا ب المالك الآخر حق التملك فكان المالك
 الحقيقي أولى هذا كله اذا كان الشريك المدعيان حريين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى
 لان اثبات النسب منه أضع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه الى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا
 والآخر عبدا مكا تبا فالحر أولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتباً والآخر عبداً فالمكاتب
 أولى لانه حر يدا فكان أضع للولد ولو كانا عبدين يثبت النسب منهما جميعا لكن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه
 روايتان ومنهم من وفق بين الرويتين 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
 حكمة كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من المسلم أضع للصبي لانه يحكم باسلامه
 تبعاله وكذلك لو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالقياس ان يثبت النسب منهما الاستويا في الملك وفي
 الاستحسان الكتابي أولى لانه أقرب الى الاسلام من المجوسي فكان أضع للصبي ولو كان أحدهما عبداً مسلماً أو
 مكاتباً مسلماً والآخر حراً كافراً فالحر أولى لان هذا أضع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عتق
 ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذمياً والآخر مرتداً فالمرتد أولى لان ولد المرتد على حكم الاسلام
 ألا ترى انه اذا بلغ كافراً يجير على الاسلام واذ أجز عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا أضع للصبي هذا كله اذا خرجت
 دعوة الشريكين معاً فما اذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كانت من كان فهو أولى لان النسب اذا ثبت من
 انسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية في ملكها فجاءت بولد فادعاه
 أحدهما أو ادعياها جميعا فاما اذا كان العلوقة قبل الشراء بان اشتراها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما
 حكم نسب الولد وضرورة الجارية أم ولد له ووضان 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 العلوقة في الملك
 بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدهما لان ابداء العلوقة لم يكن في ملكه فلم يحجز اسناد
 الدعوى الى حالة العلوقة الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعتاق ولو أعتق هذا

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا عقلت الجارية في ملككم لان هناك استندت الدعوة الى حال العلق فسقط الضمان وهنالا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعيه فيها بينهما ولا عقر لواحد منهما على صاحبه كما في الاول ولا يفتقران الا في الولاء فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة تسمى دعوة الاستيلاء فيعلق الولد حر او الدعوة هنادعوة نحر بر وانه بموجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعترق ولو كانت الجارية المشتراة ووجهة أحدهما خجاءت بولد لقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لقل من ستة أشهر فقد يتقنان علق الولد كان من النكاح وعقد النكاح بموجب الفرائض بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانهما صارت أم ولد له فصارت مملوكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملًا لخجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة نحر بر فاذا ادعاه فقد حرره والتحرير انلاف 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 اولدت الجارية المشتركة وولد أفادعاه أحد الشرىكين أو ادعيه جميعا فاما اذا اولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهما في بطن واحد واما أن ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احدهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الاخر لا تستحالة الفصل بينهما في النسب لعلو قهما من ماء واحد فكانت دعوة أحدهما دعوة الاخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورته ثبوت نسب الاخر وعتقا جميعا لعلو قهما حرى الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العتق 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 العتق 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 فمدعى الاصغر يدعى ولداً ولد الغير ومن ادعى ولداً ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث آخر الدعوة الى دعوته فصارت مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغروراً من جهته وولد المغرور نابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العتق لمدعى الاكبر لكن نصف العتق أو كله ففيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العتق على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العتق بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العتق لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتزمان قصاصاً 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 العتق وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الاكبر قصاصاً بنصف العتق وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويترادان الفصل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فادعى أحدهما الاكبر والاخر الاصغر فاما اذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر ولا فقد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العتق بعد ذلك اذا ادعى الاخر الاصغر فقد ادعى ولداً 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 عمرها 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 وثبت 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 ابن 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 بان قال الاصغرا بنى والا كبر ابن
 شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكة ولو قال أحدهما الاصغرا بنى والا كبر ابن
 شريكي أوقف وأخر فقال الا كبر ابن شريكي والاصغرا بنى ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم
 ولده وعتق 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 شريكة لا يثبت النسب
 على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في بدانسان ثلاثة أولاد فادعى
 أحدهم فتنزلوا لخلوا ما ان ولدوا في بطن واحد واما ان ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلوا ما ان ادعى أحدهم بعينه واما
 ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال أحدهم لاء ابني أو عين واحد منهم
 فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقين لانهم توأم علقوا
 من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له هذا اذا ولدوا في
 بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الا كبر ولدى ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت
 نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام وفي الاستحسان
 لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب 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 نصا فقد 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 رقيتان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا
 ادعى بغير عينه فقال أحدهم لاء ابني فان بين الحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما
 ادعى نسب أحدهم فقد أقر ان 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 لانه 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 كبير ا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى الملك له في نصيبه وعندهما ان
 صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصدقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا
 دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابها انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك السيد ثابت له وانه كاف لثبات

النسب ولو ادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح دعوته اذ لم يكن في المضارب ربح لانه لا بد لثبات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلاً لا ملك الذات ولا ملك اليد اذ لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعى ولدا من جارية لمولاه 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 الأجزاء في الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه فقدت دعوته لانه أقر بحجة مصححة للنسب لكن توقف فهاذه الحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أو لانه التمسك بالنكاح محججا كان أو فاسدا وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من كسابه محججة لان ملك اليد والتصريف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يحز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلا يملك مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلا يملكه فهاحق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فنع من بيعها والعبد المسلم والذي سواه في دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذي لان الكفر لا ينافي النسب ويستوى في دعوته الاستيلاء ووجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلق في الملك فان كان العلق في غير الملك كانت دعوته دعوة تخرير فبشرط قيام الملك عند الدعوة فان كان في ملكه يصح وان كان في ملك غيره لا يصح الا بشرط التصديق أو البينة فنقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاء ودعوة تخرير فدعوة الاستيلاء هي ان يكون علق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلق وتتضمن الاقرار بالوطء فيبين انه علق حراً ودعوة التخرير هو ان يكون علق المدعى في غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلق ويبان هذه الجملة في مسائل اذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعدا فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحته دعوته 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 علق الولد في الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلق فاذا كان علق 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 وبيعه ولدها فبردها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ ففسخ وان لم يحتمل لا يفسخ الا لضرورة فنقول بيبانه اذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو أجره أو كاتبه فادعاه البائع قض 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 نبوته لا يحتمل البطلان الا لضرورة لانه يعقبه أترأ 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 نصير الجارية أم ولد لانه أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح ثبت نسب الولد منه ولا نصير الجارية أم ولد له لئلا الأ أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع في الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعبر بقيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولدا بالولادة فتعبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت بد الولد عند المشتري وأخذ ارشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاء وانها تستند الى

وقت العلووق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أو لانه يستند فيستدعي قيام المحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم في الحال
واليد المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد و يسقط عن البائع من الثمن حصصه الولد لانه
سلم البديل للمشتري وهو الارش ولومات الام ثم ادعى البائع الولد سحت دعوته و ثبت النسب لان محل النسب قائم
وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم وولده وهل يرد
جميع الثمن عند أي حنيفة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان و يقسم الثمن على قدر قيمتهما فاصاب
قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه يظهر أن الجارية أم وولده ومن باع أم وولده ثم هلك عند المشتري
لا تكون مضمونة عليه وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير مضمومة من حيث انها مال
عنده وعندهما مضمومة وهي من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لا قل من
سنة 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 ولد في بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب
الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما سحت دعوته ولزمه الولدان جميعاً لانه ان التوأمين لا يحتملان
الفصل في النسب لا تخلافاً من ماء واحد فان ولدت أحدهما لا قل من ستة والآخر لا اكثر من ستة أشهر فادعى
احدهما ثبت نسبها ويجعل كأنهما ولدتهما جميعاً عند البائع لا قل من ستة أشهر لانهما كانا جميعاً 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 اعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب من ضرورة ثبوت نسب
أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فاعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعاً
ويقتض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد لا يقتض العتق في الام
ويقتض في الولد لان العتق لا يحتمل التسخيق مقصوداً وانما يحتمله للضرورة وفي الولد ضرورة عدم الاحتمال
للاقتضال في النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب في الجملة ولو قطعت يد
أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشتري لا للبائع الا أن يقيم البائع البيضة على الدعوة قبل
البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعي قيام المحل للحال واليد المقطوعة
هالكة فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول
لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصود أهو النفس وانما يظهر في الاطراف
تبعاً للنفس وبالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشتري ونفس كل واحد من التوأمين
أصل في حكم الدعوة متى سحت في أحدهما تصح في الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما في
النسب ومتى سحت الدعوة استندت الى وقت العلووق لانها دعوة الاستيلاء فتبين انهما علقا حرين فكان ينبغي أن
تجوز الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان 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 فخذ
ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالسعى وامه للبائع و ثبت نسب الولد المقتول منه و يأخذ 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 نتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة
دعوة استيلاء فتصح دعوة تخرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح
الا اذا صدقه المشتري فتصح لانه أقر بنسب عبده 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 يتصور 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 نحر بر لا دعوة استيلاء لتيقننا ان العلوق لم يكن في الملك فيستدعى 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 يتمتع ولو ادعاه البائع والمشتري معاً فدعوة البائع أولى لان دعوته دعوة استيلاء لوقوع العلوق في الملك وانها تستند الى وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة نحر بر لوقوع العلوق في غير الملك يتقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لانه سابق في المعنى والاسبق أولى كرجلين ادعى نلقى الملك من واحد ونار يخ أحدهما أسبق كان الاسبق أولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت أمة رجل ولدا في ملكه لستة أشهر فصاعداً 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 بصير متملكا اياها لحاجته الى نسب ولديها به ذكره ولا يثبت النسب الا بالملك وللاب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته اليه الا ترى انه يملك ماله عند حاجته الى الاتحاق على نفسه كذا هذا الا أن هناك يملك بغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين اذ الحاجة هناك الى ابقاء النفس والحاجة هنا الى ابقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض 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 وتصديق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن في الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرق بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد أمة مكانه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبياً عنه فوقت الحاجة الى تصديقه وللاب ولاية على مال ابنه 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 فجاءت بولد لاقبل من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعوته لان نعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها فجاءت بولد في يد المشتري لاقبل من ستة أشهر فادعاه الاب لم تصح لان نعدام 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 الصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستنداً الى زمان العلوق ولا يثبت الملك الا بالتملك ولا يملك الاب ولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبراً لا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافراً أو عبداً فادعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافراً فأسلم أو عبداً فاعتق فادعى نظر في ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتاق لاقبل من ستة أشهر لم تصح دعوته لان نعدام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لستة فصاعداً صحت دعوته وثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوقاً فأتى فادعى دعوته استحساناً والقياس أن لا تصح لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالانحماة وكل عارض على أصل اذا زال يلتحق بالعدم من الاصل كأنه لم يكن كما لو أغمى عليه ثم أفاق ولو كان مرئياً فادعى ولد جارية ابنته فدعوته موقوفة عند أبي حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لتمام ولايته بناء على ان تصرفات المرء موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت الولد من الاب فنقول صارت الجارية أم ولد ولا عمر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك يثبت شرط الصحة الاستيلاء والاستيلاء لا يلاج منزل معلق فكان الصل قبل الانزال خالياً 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 الأيلاج المنزل المعلق من أوله إلى آخر
 ايلاج واحد فكان من أوله إلى آخره استيلاء فلا بد وأن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر
 بخلاف الجارية المشتركة لأن ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطاً لصحة الاستيلاء ونبات النسب لأن نصف الجارية
 ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وإنما ثبتت حكماً للثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة أنه لا يتجزأ وحكم الشيء
 لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعى صادق نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه والوطء في غير الملك
 يوجب الحد إلا أنه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا التملك ثبت شرط الثبوت والنسب وصحة الاستيلاء وشرط الشيء
 يكون سابقاً عليه أو مقارناً له فالوطء صادق ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضاً لأنه علق حراً
 وإن كانت الجارية مملوكة لا ولأه عليه لأن ذلك حكم الاعتاق فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الجسد أبي الأب
 ولد جارية ابن الأب بمنزلة دعوة الأب عند انعدامه أو عند انعدام ولأه (فأما) عند قيام ولأه فلا حتى لو كان الجسد
 نصرانياً وحافده مثله والأب مسلم لم تصح دعوة الجسد لقيام ولأه الأب وإن كان الأب ميتاً أو كان كافراً أو عبداً
 تصح دعوة الجسد لا تقطع ولاية الأب وكذا إذا كان الأب معتوها من وقت العلوق إلى وقت الدعوة تحت دعوة
 الجسد قلنا فإن أفاق ثم ادعى الجسد لم تصح دعوته لأنه لما أفاق فقد التحق المعارض بالعدم من الأصل فعدت ولاية
 الأب فسقطت ولاية الجسد ولو كان الأب مرثداً فدعوة الجسد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فإن قتل على الردة أو
 مات تحت دعوة الجسد وان أسلم لم تصح لتوقف ولأه عنده كتوقف تصرفه وعندهما لا تصح دعوة الجسد لأن
 تصرفه عندهما نافذة فكانت ولأه قائمة هذا إذا وطئ الأب جارية ابن من غير نكاح (فأما) إذا وطئها بالنكاح
 ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لأن النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحاً كان أو فاسداً
 ولا يملك الجارية لأنه وطئها على ملك الابن بعقد النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب
 النكاح ويعتق الولد على أخيه بالقرابة لأن النسب إنما يثبت بعقد النكاح لا بملك النجمين فبقيت الجارية على ملك الابن
 وقد ملك الابن أخاه فيعتق عليه فإن ملك الأب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد
 وهو نبات النسب إلا أنه توقف حكمه على وجود الملك فإذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله إذا ادعى الأب ولد
 جارية ابنه فأما إذا ادعى ولداً أم ولده أو مدبرته بأن جاءت بولد فنفاه 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 يثبت نسب ولد المدبرة من الأب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن
 (وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية بل لا محالة فإن نسب ولد الأمة المنكوحه يثبت من
 الزوج والأمة ملك المولى (وأما) القيمة فلأنه ولد نابت النسب علق حراً فأشبهه ولد المهرور فيكون حراً بالقيمة
 والولاء للابن لأنه استحقته بالتدبير وأنه لا يحتمل القسح بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لأن أم الولد فراش
 لمولاه فكان الولد مولوداً على فراش الابن والمولود على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وإن انتفى عنه بالنفي 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 نفاه فإن صدقه ثبت النسب بالاجماع لأن نسب ولد جارية الأجنبي يثبت من المدعى بتصديقه في
 النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويعتق على الابن لأن أخاه ملكه وولأه له لأن الولاء لمن أعتق ولو ادعى
 ولد مكاتبه ابنه لم يثبت نسبه منه لأن النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتب لا يحتمل التملك فلا تصح دعوته إلا إذا
 عجزت فتتخذ دعوته لأنها إذا عجزت فقد عادت فأن وجعل المعارض كالعدم من الأصل فصار كالوادعي 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 بشرط التصديق فتقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبة اما أن يكون في بد نفسه واما أن لا يكون فان كان في بد نفسه لا يثبت نسبة من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان في بد نفسه فاقراره يتضمن ابطال بده فلا تبطل الا برضاه وان لم يكن في بد نفسه فاما أن يكون مملو كما واما ان لم يكن فان كان مملو كما ثبتت نسبة بنفس الدعوة اذا كان في ملك المدعى وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان علقه في ملك المدعى ثبتت نسبة بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علقه في ملكه لا يثبت نسبة الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملو كما فاما ان لم يكن في بد أحد لا في بد غيره ولا في بد نفسه كالصبي المتبوء واما ان كان في بد أحد كالقبط فان لم يكن في بد أحد ثبتت نسبة بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرًا جازي الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخير بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخير بما محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسبنا للظن به وهو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنأ في التصديق نظر من الجانبين جانب القبط بالوصول الى شرف النسب والحضنة والتربية وجانب المدعى بولدي يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبتت نسبة منهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين قبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبي حنيفة رحمه الله يثبت نسبة من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقد مرّت المسئلة ولو ادعته امرأتان تحت دعوتيهما عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسند كره الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن في بد أحد فان كان وهو القبط ثبتت نسبة من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقه الملتقط في ذلك أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار يتضمن ابطال بده الملتقط لان بده عليه ناهية حقيقة وشرعاً حتى لو أراد غيره أن يترعه من بده جبراً ليحفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يدعى المدعى أئمة للصبي من بده الملتقط لانه يقوم بحضانته وتربيته ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلماً أو ذمياً استحساناً والقياس أن لا تصح دعوة الذمي (وجه) أنا لو محض ادعوتيه وأثبتنا نسب الولد منه للزمن استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح دعوتيه 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 بحكم إسلامه وان كان أبوه كافراً فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلماً وذكري في النواذر أن من التمس لقيطاً 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 بده المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين قبل ويكون الولد على دينه فراقبين الاقرار وبين البينة وذلك أنه منهم في اقراره ولا نهمه في الشهادة وسواء كان المدعى حراً أو عبداً لأنه ادعى شيئين أحدهما محتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معاً فالملتقط أولى لاستوائهما في الدعوة وضع الصبي فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبتت نسبة منه فلا يتصور رتبته من غيره بعد ذلك الا أن قيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجان فان كان

أحدهما مساماً والآخر ذمياً فالسلم أولى لأنه يتبعه في الاسلام فكان أضع للصبي وكذا اذا ادعته مسامة وذمياً
فالمسامة أولى ولو شهد للذمي مسامان وللسلم ذميان فهو للسلم لان الحجتين وان تعارضتا فالسلام المدعى كاف
للترحيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لأنه أنفع للقيط وان كانا حريين مسلمين فان ذكر
أحدهما علامة في بدن القيط ولم يذكر الآخر فوافق دعوته العلامة فصاحبها أولى رجحان دعواه بالعلامة لان
الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد
شاهد من أهلها ان كان قيصه قد من قبل فصدقت وهو الكاذب وان كان قيصه قد من دبر فكذبت وهو من
الصادقين فلما رأى قيصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد التمييز من خلف دليل مرادتها
اياها ان ذلك علامة جذبها اياه الى نفسها والتقدم قدما علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلئي ودباغ
في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلئي وبالاهاب للدباغ لان الظاهر
يشهد باللؤلؤ للؤلئي 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 القيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه ثبت نسبة منهما لانه وقع
التعارض في العلامات فسقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وان لم يذكر أحدهما علامة أصلاً
ولكن لا حدماً بينة فانه يقضى له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لا حدماً بينة ثبت نسبة منهما جميعاً وهذا
عندنا لا استواءهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت نسبة الامن أحدهما ويصعق 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 جار به لم يصدق لانه ظهر كذبه بيقين ولو قال أحدهما
هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فاذا هو خنثى يحكم بماله فان كان يقول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البتة وان كان
يقول من مبال النساء فهي ابنة مدعى البتة وان كان يقول منهما جميعاً يعتبر بالسبق فان استويا في السبق فهو مشكل
عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وبنيني أن يثبت نسبة
منهما جميعاً ولو قال الملتقط هو ابني من زوجتي هذه فصدفته فهو ابنتها حرة كانت أو أمة غير انها ان كانت حرة
كان الابن حراً بالاجماع وان كانت أمة كان ملكاً للمولى الامة عند أبي يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول
محمد أن نسبة وان ثبت من الامة لكن في جعله تبعاً لها في الرق مضرة بالصبي وفي جعله حراً منفعه له فيتبعها فيما ينفعه
ولا يتبعها فيما يضره كالذمي اذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبة 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
رقياً والرق وان كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرر غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنها ابنتها وهي حرة أو أمة ذكر في
الاصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولدتها 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 تصح الا بالبينة أو بتصديق الزوج
فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يصح معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى
رواية الاصل على اطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال ثبت نسبة من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبة منها الا
بينة 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 انان فهو 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 نبوت النسب منهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالفراش
ولابى حنيفة 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 ادعاها جميعا فيثبت نسبه منهما وعلى هذا
لو ادعاها رجل وامرأتان يثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعاها رجلان وامرأتان كل
رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند ابى حنيفة وعندهما ابن الرجلين
لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فتقول والله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة وبثا كد ظهوره أخرى فكل نسب
يجوز نبوته 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 بثا كد ظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت
نسبه من المدعى ثم ادعاها رجل آخر وأقام البينة بقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل
البطلان بالبينة وكذا لو ادعاها 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 واحدة منهما من وجه بقدر الامكان وهنا
يعمل بكل واحدة منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعين لا مكان اثبات النسب لولد واحد
من اثنين على الكمال واستحالة كون الشيء الواحد مملوكا لثنتين 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 و ذى اليد فينبه ذى اليد أولى لانهما استويا في البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين
الخارجين وبين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة
الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا يعمل بهما ويثبت النسب منهما وعلى هذا اذا
ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الاخر انه عبده بقضى للذى ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والاخر يدعى الرق
فينبه الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة وأقام الاخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن
الحرة لانه أولى ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول
ابى حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لامر ولو ادعاها رجلان ووقت بيته 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 ابى حنيفة يقضى لاسببهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا
أشكل السن سقط اعتبار التار يخ أصلا كماهما سكتا عنه ولا بى حنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكما فيبقى
الحكم للتار يخ فيرجح السابق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة انه ابنها واقامت البينة فهو
بينهما لعدم التنافي بين نبوت نسبه منهما كما اذا ادعاها 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
الذى ادعاها الغلام أنه ابنهما ويبطل النسب الذى أنكره الغلام لان البيتين تعارضتا وترجحت بيته الغلام بيده اذ
هو في بدنه كخارجين اذا أقام البينة ولا حد هما يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانيا
فأقام بيته من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعاها مسلم ومسلمة فينبه الغلام أولى ولا ترجح بيته
المدعى المسلم لانه لا يبدله وان كان مسلما وان كان بيته الغلام من النصراني يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة
الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحتم بالعدم فيبقى مجرد الدعوة فلا تعارض البينة ويخير الغلام على الاسلام غلام في

يدانسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولده أمته هذه في ملكه وأقام البينة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه وولده
 الامة في ملكه وأقام البينة فان كان الغلام صغيراً لا يتكلم يقضى به لصاحب اليد لا ستوائهما في البينة فيرجح صاحب
 اليد باليد كما في النكاح وان كان كبيراً يتكلم فقال أنا ابن الآخر يقضى بالامة والغلام للخارج لان الغلام اذا كان
 كبيراً يتكلم في يد نفسه فالبينة التي يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما في يد رجل فأقام
 صاحب اليد البينة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعى ذلك وأقام الخراج البينة على ملكه يقضى بالمرأة
 وبالولد الذي هما في يدهما قلنا وان كان الذي في يده من أهل الذمة والمرأة ذميمة وأقام شهوداً مسلمين يقضى بالمرأة والولد
 للذي هما في يده لان شهادة المسلمين حجة مطمئنة ولو أقام الخراج البينة على انه تزوجها في وقت كذا وأقام الذي في
 يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسداً فالبينة القائمة على
 النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى انه ابن فلان ولده أمته فلانة على فراشه وذلك
 الرجل يقول هو عبدي ولد أمي التي تزوجتها عبدي فلانا فولدت هذا الغلام منه والعبد سحرى يدعى ذلك فهو ابن العبد
 لانه تعارض القران فراس النكاح وفراس الملك وفراس النكاح أقوى لانه لا ينتفى الا باللعان وفراس الملك ينتفى
 بمجرد التنقي فكان فراس النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك
 وقامت عليه البينة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار
 بالحرية فان لم يعمل في النسب يعمل في الحرية وكذلك لومات الرجل وترك ما لا أقام الغلام البينة انه ابن الميت من
 أمته وأقام الآخر البينة انه عبده وولده أمته من زوجها فلان والزواج عبده أيضاً والبدعي يدعى ذلك يقضى له بالنسب
 لانه يدعى فراس النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتاً ثبتت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بينة الغلام خلت
 عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

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

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أنشاء مسائل النسب وأما حكمه
 في الملك فالسكلام فيه في موضعين (أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك والثاني في قدر الملك أما الاول
 فسيبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند
 الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحيحاً للدعوتين بالتقدير المعين وبين ذلك في مسائل رجلان
 ادعى اباة أحدهما رابكها والآخر متعلق بلجأها فهي للراكب لانه مستعمل للداية فكانت في يده (وكذلك) اذا

كان لا حدهما عليه حمل ولا آخر عليه كورمعلق 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 بقوة 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 أصغير 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 صبياً صغيراً 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 حدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا إذا كان العبد في يد رجل فأقر أنه لرجل
آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في إقراره أنه لغيره لأن إقراره باق إقراره 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 بحريته لأن العبد متمسك بالأصل إذ
الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهد أنه فالصحيح 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 نوباً
وأحدهما الأبسه والآخر متعلق بذيله فالأبس 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 يخييط نوباً في دار إنسان فاختلقت 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 اختلقت 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 فاختلقت فيه فإن اتفقا
على أنه على أصل الأباحة لم يستول عليه فقط 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 اختلقتا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد فإنه ينظر إن أخذه من الهواء
فهو له لأنه لا يأخذ إلا بدلا على الهواء وإن أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لأن الجدار
والشجر في يده وكذلك إن اختلقتا في أخذ من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لأن الأصل أن
ما في دار إنسان يكون في يده هكذا روى عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعى وأحدهما
ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذا 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

ثبت 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 ففي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد
 منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعدان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لأنها استوياني استعمال الحائط
 فاستوياني 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 أطلق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا الترع 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 استويانيه (وجه) الاستحسان ان
 يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بمادون الثلاثة لان الجدار لا يبنى له عادة وإنما يبنى لاكثر من ذلك
 الا ان الأكثر مما لانهية 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 لموضع 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 مأمور
 ان الاستعمال لا يحصل بالجذوع والجذوعين 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 حتى الوضع بخلاف ما لو أقام البينة ان الحائط له لان له ان يدفع لان البينة حجة
 مطلقة فاذا أقامها تبين ان الوضع من الاصل كان بغير حق ولا به الدفع وليس له ذلك حال عدم البينة لاننا جعلنا
 الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتفرق بل للتغير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلاً ببناء أحدي الدارين اتصال
 التراق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالتعلق به ولو كان لأحدهما اتصال التراق وللآخر جذوع فصاحب
 الجذوع أولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال
 التراق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التريع أولى لان اتصال التريع أقوى من اتصال التراق
 ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التريع ولصاحب الجذوع حتى وضع
 الجذوع لكن الكلام في صورة التريع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله ان التريع هو ان يكون انصاف البان
 الحائط مداخله حائط أحدي الدارين يبنى كذلك كالزجاج والطاقت فكان بمعنى التراجع فكان صاحب الاتصال
 أولى وذكر الكرخي رحمه الله ان تفسير التريع ان يكون طرف هذا الحائط المدعى مداخلين حائط أحدي الدارين وهذا
 التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل ان المداخله اذا كانت من جانبي 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 التراجع حيث حدث من بنائه كذلك فكان
 هو أولى وجه قول الكرخي ان المداخله من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحد أفسقط حكم الاستعمال
 لضرورة الاتحاد فلك البعض بوجوب ملك الكل ضرورة الاتان لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لان ذلك ليس من
 ضرورات ملك الاصل بل يحتمل الاتصال عنه في الجملة الا ترى ان السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت
 السفلى هو ملك صاحب السفلى ولصاحب العلو عليه حتى التراجع حتى لو أراد صاحب السفلى رفع السقف منع منه شرعاً
 كذا هذا جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حتى وضع الجذوع عليه بخلاف ما اذا أقام البينة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرع أبو يوسف على ما روى عنه من تفسير التبريع انه اذا اشترى داراً
ولرجل آخر دار بجانب تلك الدار وبينهما حائط وأقام الرجل البيعة انه له فاراد المشتري ان يرجع على البائع بحصته من
الثمن ان كان متصلاً ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلاً ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً
فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلاً ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فله المشتري ان يرجع على
البائع بحصة الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلاً بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فثبت الرجوع عند
الاستحقاق وان كان متصلاً 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 اتصال تبريع واستحق المشتري
الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها لما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه ستر أو بناء وصاحبه مقربان
الستر والبناء له فالخائط لصاحب الستر لانه مستعمل الخائط بالستر فكان في يده ولو لم يكن عليه ستر ولكن لاحدهما
عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق المرادى والبوادى شيئاً لان وضع
المرادى على الخائط ليس بامر مقصود لان الخائط لا يبنى له فكان ملحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه
الخائط الى أحدهما وظهره الى الآخر وكان انصاف اللين أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشي من ذلك عند أبي
حنيفة رحمه الله والخائط بينهما وعندهما الخائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللين والطاقات وهذا اذا جعل الوجه
وقت البناء حين ما بني فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعاً وعلى هذا الخلاف اذا ادعى باباً
مغلقة على حائط بين دارين والعلق الى أحدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه العلق 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 التمتع وعندهما التخص لمن اليه التمتع وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف
والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللين والطاقات 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 اثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى في يده نجب
عليه الثمين لصاحبه اذا اطلب فان حلف برى وان نكل قضى عليه بالتكول 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 الوشيد الشهود
ان صاحب الدار كان يعرفها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً لا احتمال 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
صحته الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طولاً
معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه الشهادة بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان
أباهمات وترك طريقاً في هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلق 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 لما ذكرنا وذكر القتيبي أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قد بناه له حق التسييل وذكر محمد في
كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلق 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 فباذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشئ لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على ما مر ولو شهدوا ان له حقا في الدار من حيث التسييل فان بينوا ان الماء المطر فهو الماء 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 الماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقية الصفة مجهولة فيبين 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 بعث منك هذا العبد بالنى درهم وقال المشتري اشترى بثلث فلهذا 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 وتراد اسواء 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 يحلف البائع ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا ان اعترفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا يبدأ يمين 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 لا نه 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 عيننا وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ يمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل ينفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم ينفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فينفسخ وقال بعضهم لا ينفسخ الا بفسخ القاضي عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما مضاء البيع بما يقوله صاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه ان عقد بيتين فلا يزول لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه ان عقد بيتين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الاصل المعهود في الثابت بيقين لانه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ الا بفسخ القاضي وله ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضي لانهما لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيقتازان فلا بد من قطع المنازعة ولا ينقطع 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 فتمنع التحالف وعنده
لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبيغ في الثوب والبناء والغرس في
الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة
بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة تمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة
متولدة من الاصل كالولد والارث والعرفه على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل
كالهوب في المكسوب لا تمنع التحالف اجماعاً 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 تحالفوا براد المشتري المبيع
دون الزيادة وكانت الزيادة لها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الحث فيها هذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة
فاما اذا تغيرت الى التقصان في يد المشتري فنذ كركه 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 يمنع التحالف
عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة
والسلام التحالف مطلقاً عن شرط قيام السلعة أولاً وقال ورد هنا نص خاص مقيد بحال قيام السلعة وهو قوله عليه
الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يحمل على
المقيد لما في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقيده فكان جريان
التحالف حال قيام السلعة ثابتاً بنصين وحال هلاكها ثابتاً بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما فيجب
العمل بهما جميعاً وهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقى التحالف وهو
الحلف من الجانبين بعد قبض المعتقد عليه لانه عليه الصلاة والسلام وأوجب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو
وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعتقد
عليه هو المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الانكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعي عليه
شيئاً فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضاً الا ناعر فنادك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة
والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وهذا القيد ثابت في النص الآخر أيضاً دلالة لانه
قال عليه الصلاة والسلام وترادا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقى التحالف حال هلاك السلعة مثبتاً بالخبر
المشهور ويستوى هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف أصلاً عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك
السلعة يمنع التحالف في قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلاً حتى لو اشترى عبد بن قبيصهما ثم هلك أحدهما
ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان رضي البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ
من ثمن الهالك شيئاً حينئذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك
ويتحالفان على القائم ويتدان وعند محمد يتحالفان عليهما وبقية الهالك اما محمد رحمه الله فقدم على أصله لان
هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لا يبي يوسف لان المنع من التحالف هو
الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقديراً للحكم بقدر العلة ولا يبي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا
الا ناعر فنادك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقى التحالف حال هلاك بعضها من الحديث
المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالخزروالظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع
ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً حينئذ يتحالفان لانه رضي ان يكون الثمن كله بمائة القائم فيخرج الهالك

عن العتد كانه ما وقع العتد عليه واما 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 رضى البائع ان يأخذ القائم وحصه الخارج
 من الثمن بقول المشتري فحينئذ يتحالفان على القائم وبرد المشتري ما بقي في ملكه وعليه حصه 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 فالحكمى 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 رد 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 فالبائع ان يأخذ الباقي ومثل الفائت ان كان مثلياً وقيمه ان لم يكن مثلياً ولو خرجت
 السلعة عن ملك المشتري ثم عادت اليه ثم اختلفا في مقدار الثمن نظر في ذلك ان كان العود فسخابان وجد به عيباً فرده
 بقضاء القاضى يتحالفان وبرد العين لان الفسخ رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسخابان كان ملكاً
 جديداً لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسخابان لا يتبين ان الهلاك لم يكن والهالك
 يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان وبرد المشتري القيمة لا العين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه
 صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقدم تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان
 فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فتقول اذا انتقص المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن
 لم يتحالفا عندهما سواء كان النقصان باقياً أو فسخاً أو فعل المبيع أو فعل المشتري أو فعل الاجنبي أو فعل 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 باقياً أو فسخاً أو فعل المبيع أو فعل المشتري ورضى
 البائع ان يأخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً فحينئذ 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 وبرد المشتري القيمة عنده وعند محمد 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 بعث منك جاريتي بعبدك هذا وقال المشتري للبائع اشترت يمينك 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 هالكه عند المشتري لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول
 قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسألة هلاك السلعة وقدمت وان كان مدعى العين هو المشتري
 بان قال اشترت جاريتك بعبدى هذا وقال البائع بعثت منك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة
 يتحالفان بالنص وان كانت هالكه يتحالفان أيضاً اجماعاً وبرد المشتري القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك
 السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلا وجوب اليمين على المشتري ظاهر أيضاً لان البائع مدعى عليه
 ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلان المشتري مدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان
 كل واحد منهما مدعىاً من وجه منكر آمن وجهه فيتحالفان ولو كان البائع مدعى عيناً والبعض ديناً والمشتري مدعى

الكل ديناً بان قال البائع بعث منك جاريتي بعيدك هذا وبالف درهم وقال المشتري اشترت جاريتك بالف درهم
 فان كان المبيع وهو الجارية قائماً مخالفاً بالنص وان كان هالكاً فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك
 كان يدعى البعض عيناً والبعض ديناً والبائع يدعى الكل ديناً بان قال المشتري اشترت منك جاريتك بعدي هذا
 وبالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعثك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة مخالفاً وتراد
 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 كان 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 اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما
 ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فان
 اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع ميمنه 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 ما قلنا وان
 اختلفا في مضيه مع اتفاقهما 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 وأولى منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير مقبوضة مخالفاً وتراد لان للقبض شهما
 بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العتد 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 بعدموته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك
 المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذلك هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف
 كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكننا عرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه
 يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فيبقى التحالف بعد هلاكهما أو
 هلاك أحدهما من غير الخبر 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 فاختلفا في جنسه أو في قدره بان قال البائع بعث منك هذا العبد بالف درهم
 وقال المشتري اشترت منك هذه الجارية بالف درهم أو قال البائع بعث منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري
 اشترت منك هذا العبد مع هذه الجارية بالف درهم مخالفاً وتراد لتوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان
 مخالفاً وتراد وان كان ديناً وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول اختلفا في الاصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (أما) ان اختلفا
 في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (وأما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه (وأما) ان اختلفا فيهما
 جميعاً فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فأما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (وأما) ان اختلفا في
 قدره (وأما) ان اختلفا في صفته (وأما) ان اختلفا في مكان ايغائه (وأما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا
 في جنسه أو قدره أو صفته مخالفاً وتراد الان هذا اختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذي بدأ
 باليمين هو المسلم اليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الا في قوله الآخر وهو قول محمد وهرب السلم (وجه)

قولهما أن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به ولا يحنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم إليه ولا إنكار مع رب السلم فكان يذني أن لا يحلف أصلاً إلا أن التحليف في جانبه ثبت بالنص وقد روي عن أبي يوسف أيضاً أنه قال أيهما بدأ بالبدعوى يستحلف الآخر لأنه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعيين إلى القاضى يبدأ بأيهما شاء وإن شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذي خرجت قرعته ولو اختلفا في مكان الإيفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الإيفاء في مكان كذا وقال المسلم إليه بل شرطت لك الإيفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم إليه 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) أن اختلفا في أصل الأجل (وأما) أن اختلفا في قدره (وأما) أن اختلفا في مضيه (وأما) أن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فإن اختلفا في أصل الأجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفوا وترادوا واحتج بطلاق قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفوا وترادوا لأن الاختلاف في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته ألا ترى أنه لا صحة للسلم بدون الأجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الأجل وصفاً للمعقود عليه شرعاً فيوجب التحالف (ولنا) أن 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 فكذا في الصفة وإذا لم يتحالفوا كان مدعى الأجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لأنه يدعى صحة العقد والمسلم إليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولأن المسلم إليه تمتعت في إنكار الأجل لأنه ينفعه والمتعنت لا يقول له وإن كان هو المسلم إليه 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 حقاً عليه شرعاً وأنه منكر بنبوته والقول قول المنكر في الشرع (وجه) الاستحسان أن المسلم إليه يدعى الأجل يدعى صحة العقد ورب السلم بالإنكار يدعى فساده 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 أدى إلى الأجل فأما الزيادة على شهر فلا تثبت إلا بالبيينة 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 إليه وصورته إذا قال رب السلم كان الأجل شهراً وقدم مضى وقال المسلم إليه كان شهراً أو لم يمض وإن أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم إليه لأنها لما تصادقا على أصل الأجل وقدره فقد صار الأجل حجة للمسلم إليه فكان القول في المضى قوله وإن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم إليه في المعنى لأن الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم إليه في المضى هذا إذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما إذا اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفوا وترادوا 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 فهما جميعاً فكذلك تحالفوا وترادوا لأنهما اختلفا في المبيع والتمن والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف فقيهما أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المالك والحق الثابت في المحل فنقول وبالله التوفيق حكم المالك ولاية التصرف للمالك في

المملوك باختياره ليس لاحد ولا لغيره عليه الا الضرورة ولا لاحد ولا لغيره عليه 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 للضرورة وكذلك حكم الحق الثابت في المحل اذا عرف هذا فتقول للمالك ان يتصرف في ملكه اى تصرف شاء
 سواء كان تصرفا يتعدى ضرره الى غيره ولا يتعدى فله ان يبني في ملكه مر حاضا او ماما او رحي او تنورا وله ان
 يقعد في بنائه حداد او قصار وله ان يحفر في ملكه بئر او بالوعة او ديماسا وان كان بين من ذلك البناء ويتأذى به
 جاره وليس لجاره ان 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 ان الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث قال عليه
 الصلاة والسلام المؤمن من امن جاره بوائقه ولو فعل شيئا من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه
 لا يصنع منه في ملك الغير وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو لغيره انه مدمر صاحب السفلى على بناء السفلى لانه ملكه
 والانسان لا يحجر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلو ان شئت فابن السفلى من مال نفسك وضع عليه
 علوك ثم امنع صاحب السفلى عن الانتفاع بالسفلى حتى يرد عليك قيمة البناء مبنيا لان البناء وان كان تصرفا في ملك
 الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقا له شرعا وله حق الرجوع
 بقيمة البناء مبنيا لان البناء ملكه لخصوله باذن الشرع واطلاقه فله ان لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعده
 وهو القيمة وذكرا القاضي في شرحه مختصر الطحاوى ان في ظاهر الرواية يرجع بما أفتت وكذا ذكر الخصاص انه يرجع
 بما أفتق لانه لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفلى ولا ضرر لصاحب السفلى في بنائه بل فيه نفع صار مأذونا
 بالاشفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أفتق 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 يحتل القسمة والتركة لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذى أبى العمارة تمتعنا محضا
 في الامتناع في دفع تعنه بالجبر على العمارة هذا اذا انهدم ما تقسما فأما اذا هدم صاحب السفلى سفله حتى انهدم العلو
 يحجر على اعادته لانه أتلف حق صاحب العلو بالتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائظ بين
 دارين انهدم وطهما عليه جذوع لم يحجر واحدهما على بنائه لما قلنا 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 مبنيا أو
 نصف ما أفتتته على حسب ما ذكرنا في السفلى والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عر يضا ولا يمكن كل
 واحدهما أن يبني حائطا على حدة في نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عر يضا يمكن قسمته وأن يبني كل واحد
 منهما في نصيبه حائطا يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان غير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه
 بل يكون متبرعا لانه يبني ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعا فلا يرجع عليه بشئ ولو أراد أحدهما قسمة
 عرضة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفي القسمة جبرا
 ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عر يضا فان كان يقسم قسمة جبر لانه
 لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لا حددهما 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 لغيره فأراد صاحب السفلى أن يفتح بابا أو يثبت كوة أو يحفر طاقا أو يهدم
 وتدأ على الحائط أو يتصرف فيه تصرفا 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 سنفله بئر أو بالوعة أو سردابا فله ذلك من غير رضا صاحب العلو إجماعا 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 جذوعا لم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه بآب أو كنيفا لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة سواء أضر بالسفل
أولا وعندهما أنه أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله إيقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل إجماعا منهم من قال
لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حثق الخلاف (وجهه) قولهما أن
صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الالحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به
صاحب الحق ألا ترى أن الإنسان لا يمنع من الاستظلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لا نعدام تضرر
المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولا في حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك
الغير وحقته لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى أن نقل المرأة والمبحار من دار المالك إلى
موضع آخر حرام وإن كان لا يضر 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 أولا وهناك لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه إلا بآذنه ورضاه بخلاف ما ضرر بنا
من المثال وهو الاستظلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لأن ذلك ليس تصرفا في ملك الغير وحقته إذ لا أثر لذلك
متصل بملك الغير وحقته وهما بخلافه وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزابا أو كان
ميزابا فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزابا أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل
ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لأن صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل
الدار أن يبنوا حائطا ليدوم مسيله أو أراد أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعه أو يسفله 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
ظهوره فله 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 وبنى أن يترك وفي ساحة الدار عرض باب
الدار لأن عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحا أو ميزابا فنقول هذا في
الأصل لا يخلو من أحد وجهين إمان كانت السكة نافذة وإمان كانت غير نافذة فإن كانت نافذة فإنه ينظر إن كان ذلك
مما يضر بالمارين فلا يخل له أن يفعل ذلك في دينه ثموله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ولو فعل
ذلك فلكل واحد أن يقلع عليه ذلك وإن كان ذلك مما لا يضر بالمارين حصل 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 في حنيفة رحمه الله إن أشرع الجناح والميزاب إلى طريق العامة
تصرف في حقهم لأن هوا البقعة والبقعة والبقعة فكذا هواؤها فكان الانتفاع بذلك تصرفا في حق الغير
وقدم إن التصرف في حق الغير بغير إذنه حرام سواء أضر به أولا لأنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود
الأذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الإنسان بآذنه مباح فإذا وقعت المطالبة بصرح النقص
بطلت الدلالة في حق الانتفاع بالمبنى تصرفا في حق مشترك بين الكل من غير أذنه ورضاهم فلا يخل هذا إذا كانت
السكة نافذة فأما إذا كانت غير نافذة فإن كان له حق في التقدم فليس لأهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وإن لم

يكن له حق في التقديم فلهم منه سواء كان لهم في ذلك مضرة أو لا لما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير لا تنف 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 بحمل
الشهادة وفي بيان حكم الشهادة أماركن الشهادة فتقول الشاهد أشهد 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 يتفصل 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
فتلانة أحدها أن يكون عاقلا وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن تحمل الشهادة
عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك إلا بالآلة القهيم والضبط وهي العقل والثاني أن يكون بصيرا وقت التحمل
عندنا فلا يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعي رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لأن
الحاجة الى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسمع واللاعى سماع صحيح فيصح تحمله
للشهادة وقد رعى الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لأن الشهادة تقع له ولا يعرف كونه
خصما بالارؤية لأن النعمات يشبه بعضها بعضا (وأما) البلوغ والحريية والاسلام والعدالة فليست من شرائط
التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا أو عبدا أو كافرا أو فاسقا ثم بلغ الصبي وعق
العبد وأسلم الكافر وناب الفاسق فشهدوا وعند القاضي قبل شهادتهم وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق
فشده لقبيل وكذا المرأة إذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانت منه فشدهت له لقبيل شهادتها لأن تحملها الشهادة للمولى
والزوج صحيح وقد صار من أهل الاداء بالعتق والبيئونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لثمة
الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لثمة الزوجية ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد التوبة والبيئونة
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 شهادة في الجملة وقد
وردت فاذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجية في تلك الحادثة فقد أعادت تلك الشهادة وهي مردودة والشهادة
المردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبي لأنه لا شهادة للكافر على المسلم أصلا وكذا الصبي
والعبد لا شهادة لهما أصلا فاذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدث لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة
وهي غير مردودة لقبيل فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعانة 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 الا بالمعانة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع الا في أشياء مخصوصة وهي النكاح والنسب
والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وان لم يعان بنفسه لأن مبنى هذه الاشياء على الاشتراك فقامت
الشبهة فيها مقام المعانة وكذا اذا شهد العرس والزفاف يجوز له ان يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح وكذا في الموت
اذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له ان يشهد بموته واختلقا في تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشهد ذلك
ويستفيض وتتوار به الاخبار عنده من غير نواطؤ لان الثابت بالتواتر والحسوس بحس البصر والسمع سواء
فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معانة فعلى هذا اذا أخبر بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحمل له
الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر وذكر أحمد بن عمر وبن مهران الخصاص انه اذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وأمر أن ابن 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 الترقق بين الموت وبين النكاح والنسب ووجه
 الفرق ان مبنى هذه الاشياء وان كان على الاشتهار الا ان الشهادة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب لذلك
 شرط العدد في النكاح والنسب لا في الموت لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل
 والتتبيد 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 وذكر الطحاوي رحمه الله قول محمد مع أبي يوسف الآخر ووجهه أن الولاء لحمة 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 الشهادة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشتهار فلا بد
 من معاينة الاعتاق حتى لو اشتهر اشتهار نافع لابن سيدنا عمر رضى الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة
 بالتسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية الا أن مشايخنا ألحقوه بالموت لان معنى الوقف على الاشتهار أيضاً
 كالموت فكان ملحقاً به وكذا تجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية أن هذا قاضى بد كذا والى بد كذا وان
 لم يعين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهادة فقامت الشهادة فيها 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 خاصه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لان اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك
 فيه بل لا دليل يشاهد في الاموال اقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحمل له الشهادة حتى يقع في قلبه أيضاً أنه له
 وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعاً أنه لا تجوز للرأى الشهادة بالملاك 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 تحمل له الشهادة بالملاك لصاحب اليد فهما الا اذا أقرأاً نفسيهما
 وانما أراد به العبد الذي يكون له في نفسه يدان كان كبيراً يعبر عن نفسه وكذا الامة لان الكبير في يد نفسه ظاهر اذ
 الاصل هو الحرية في بني آدم والرق عارض فكانت يده الى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه
 بخلاف الجمادات والبهائم لانه لا يدلها فيقتضى بصاحب اليد دليل على الملك ولان الحر قد يخدم كانه عبد عادة وهذا
 أمر ظاهر في متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهر ان فلم تصلح اليد دليل عليه 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 بالملاك 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 بالتذكير والتذكر بالتفكير ولا يوجد من الصبي عادة ولان الشهادة فيها معنى الولاية والصبي مولى عليه ولا نه
 لو كان له شهادة للزمته الاجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى ولا يأت الشهاداء اذا ما دعوا أى دعوا
 للاداء فلا يزمه اجماعاً ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شئ
 والشهادة شئ فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة ولان الشهادة تجري مجرى الولايات والتفويضات أما معنى

الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغير وانه من باب الولاية واما معنى التملك فان الحاكم يملك الحكم بالشهادة فكان الشاهد ملك الحكم والعبد لا ولاية له على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولا نه لو كان له شهادة لكان يجب عليه الاجابة اذا دعي لادائها الولاية الكريمة ولا يجب لقيام حق الموتى وكذا لا تقبل شهادة المدير والمكاتب وأم الولد لانهم عبيد وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الاعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أولا وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته اذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا اذا كان المدعي شيئا 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 قوله ما 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 مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ولا عبارة للاخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لقبول الشهادة على الاطلاق فانها لا تقبل على الاطلاق دونها لقوله تعالى ممن رضون 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 يظعن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لان أكثر أنواع الفساد والشر يرجع الى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جرمة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسنة سيئانه فهو عدل وقدر روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا رأيت الرجل يعتاد الصلاة في المساجد فاشهدوا له بالايمن وروى من صلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمن وقال بعضهم من يجتنب الكبائر وأدى الفرائض وغلبت حسنة سيئانه فهو عدل وهو اختيار أستاذنا أستاذي الامام نجر الدين على الزدوى رحمه الله تعالى واختلفت في ماهية الكبائر والصغائر 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 يوجه فهو صغيرة وهذا يبطل أيضاً بكل الرافاه كبيرة ولا يوجب الحد وكذا يبطل أيضاً باشياء أخرى كجائر ولا يوجب الحد نحو عقوق الوالدين والقرار من الزحف ونحوها وقال بعضهم كلما ساء مقررنا بوعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وكل مال اليتيم والقرار من الزحف وهو مروى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقيل له ان عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما قال الكبائر سبع فقال هي الى سبعين أقرب ولكن لا كبيرة مع توبة ولا صغيرة مع اصرار وروى عن الحسن بن علي 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 نبشكم بأكبر الكبائر فقالوا بلى يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام الاشرالك بالله وعقوق الوالدين وكان عليه الصلاة والسلام متكئا فجلس ثم قال 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 الكبائر 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 عدلته بنفس الشرب لان شربه للتقوى دون التلهي حلال وأما السكر منه فان كان وقع منه مرة وهو لا يدري أو وقع سهوا لا تسقط عدلته 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 للناخ والنائحة لان فعلهما محظور واما المعنى فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا
عدالة وان كان هو لا يشرب لانه رأس التسعة 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 واما الذي يضرب شيئا من الملاهي فانه ينظر ان لم
يكن مستشعا كالتصب والذف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالة وان كان مستشعا كالعود ونحوه سقطت عدالة
لانه لا يحل بوجه 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 لتشجيعه الخاطر وتعلم امر 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 ولا عدالة لمن يدخل الحمام بغير
مئزر لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفا فإياها وهو انا بقر كما فلا عدالة لان الجماعة
واجبة وان كان تركها عن تأويل بان كان الامام غير مرضي 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 الربا ونحوه
لان هؤلاء من رؤس الكبار ولا عدالة للمخنت 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 معروف بالكذب واشتهر به لا يعرف صدقه في نوبته بخلاف
القاسق اذا تاب عن سائر أنواع الفسق قبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهواً وابتلى به مرة ثم تاب لانه قل
ما يخلو مسلم عن ذلك فلم يمنع القبول لانسباب الشهادة وأما الاكلف فتقبل شهادته اذا كان عدلا ولم يكن تركه الختان
رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولان اسلامه اذا كان في حال الكفر فيجوز أنه خاف على نفسه التلغ فان لم يخف
ولم يختتن تارك السنة لم يقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه
فاسقا في تلك الحال وتقبل شهادته ولذا اذا كان عدلا لعمومات الشهادة لان زنا الوالدين لا يقدح في عدالة
لقوله سبحانه وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وما روى عنه عليه الصلاة والسلام ولدان ناسوا الثلاثة فذا في
ولدمعين والله تعالى أعلم وتقبل شهادته 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 يقدح في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة
وأما شهادة صاحب الهوى اذا كان عدلا في هواه ودينه نظري في ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة
الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصية وصاحب الدعوة الى هواه أو كان فيه عجة
لا تقبل أيضا لان صاحب العصية والدعوة لا يبالي من الكذب والتزوير وترى ويج هواه فكان فاسقا فيه وكذا اذا
كان فيه عجة لان الماجن لا يبالي من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل في هواه تقبل لان هواه بجزءه عن
الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطايسة فانهم لا شهادة لهم لان من نحلهم انه نحل الشهادة لمن وافقهم على
من نحلهم وقيل من نحلهم أن من ادعى أمر من الامور وحلف عليه كان صادقا في دعواه فيشهدون له فان كان هذا
مذهبهم فلا تخلو اشهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل الالهام لانهم يحكون بالالهام فيشهدون لمن يقع في
قلوبهم 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 من آمن مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار نزع

بدينه فكانت المعصية معصية مستقطعة للعدالة والاصل في هذا الفصل أن من ارتكب جريرة 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 تسقط عدالته
 اذا غلبت حسنة سيئة وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضي الله
 عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهي النابتة 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 انه لا يكتفى بظاهر العدالة بل يسأل القاضي عن
 حال الشهود وكذا لا خلاف في أنه يسأل عن حالهم في الحدود والتصاص ولا يكتفى بالعدالة الظاهرة سواء طعن
 الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والتصاص اذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقال
 يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لان زمن أبي حنيفة رحمه الله كان من
 أهل خير وصلاح لانه زمن التابعين وقد شهد لهم النبي عليه الصلاة والسلام بالخير به بقوله خير القرون قرني
 الذي أنافيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يغشوا الكذب الحديث فكان الغالب في أهل زمانه الصلاح
 والساد فوقع الغيبة عن السؤال عن حالهم في السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوقع الحاجة الى
 السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لا اختلاف الزمان فلا يكون اختلافا حقيقة ومنهم من حقق الخلاف
 (وجه) قوطهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للانبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة ههنا
 الى الانبات وهو إيجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إنبات العدالة بدليلها ولا يبي حنيفة ظاهر قوله
 عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطا أي عدلا وصف الله سبحانه وتعالى مؤمنا هذه الامة بالوساطة وهي العدالة
 وقال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلا في المؤمنين وزوالها يعارض
 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 والتصاص طريق لدرئها والحدود يمتثل فيها للدرء ولوطعن المشهود عليه في
 حرية الشاهدين وقال انهما رقيقان وقال ابن حنبل قال قول قوله حتى تقوم لهما البينة على حريةهما لان الاصل في
 بني آدم وان كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن التاب بحكم
 استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من انبائها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار الا في
 أربعة الشهادات والحدود والتصاص والعقل هذا اذا كانا بحسب النسب لم تعرف حريةهما ولم تكن ظاهرة مشهورة
 بان كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حرية أو كانا عربين فاما اذا لم يكونا ممن يجري عليه الرق فالقول
 قوطهما ولا يثبت رقبتهما الا بالبينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجود أم شرط القبول مطلقاً وجوبا
 ووجوداً فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجود على الاطلاق ووجوباً بالشرط
 أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه 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 تحرى بالاجماع وكذا
 لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحرى واذا شهد بحسب 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 ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعندنا لا ينعقد (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 والقاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن ترضون من الشهداء قسم الشهود الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضي وهو القاسق شاهداً ولان حضرة الشهود في باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا للحاجة الى شهادتهم عند الجحود والا نكار لان النكاح يشتر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والا نكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة القاسق فينعقد النكاح بحضورهم وأما قوله الركن في الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من القسمة من لا يبالي بار تكابه أنواع من القسق ويستنكف عن الكذب والكلام في فاسق تحرى القاضي الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض ثقة الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولن يثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال 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 والقاسق مسلم فينعقد النكاح بحضوره ومنها أن لا يكون محدوداً في قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو القسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامي على التأييد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن المحدود 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 وبمثلها العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حد حد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعتق (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والتأنيب 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 التأنيب ولو ضرب الذمي بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته لان المبتطل للشهادة اقامة الحد في حالة الاسلام ولم يوجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لأن الحد لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة وابتين اخرين فقال في رواية لا تقبل شهادته وفي رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً في الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد في حالة الاسلام وفي رواية اعتبر الاكثران وجداً اكثر الحد في حال الاسلام تبطل شهادته والا فلان 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 القاسق وقدمت وأما النكاح بحضرة المحدودين 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 لان دفاع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وذا يجعل بحضرة المحدودين في القذف فينعقد النكاح بحضورهم 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 لا شهادة لجار المغرم ولا لدافع المغرم ولأن
 شهادته اذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهماً ولا شهادة لهمهم 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 العبد لسيدته ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج
 لزوجته وأما سائر القربات كالأخ والعم والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط
 في مال البعض عرفاً وعادة فالتحقوا بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد
 من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالأجانب ولا تقبل
 شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاه لما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعي
 رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص نحو قوله تعالى جل وعلا واستشهدوا شهوداً من
 رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله عظمت كبرياؤه ممن ترضون من الشهداء من غير فصل
 بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغرم
 ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجزى المغرم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهداً
 لنفسه لما روينا من حديث الخصاص رحمه الله وأما العمومات فنقول بموجبها لكن لم نقل ان أحد الزوجين في
 الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهداً فلا تناوله العمومات وكذا لا تقبل
 شهادة الاجير له في الحادثة التي استأجره فيها لمافية من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشرى
 لصاحبه في مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على
 الميت بدين ألف درهم فشهادة القرين 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 للمشاهدين
 بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما داراً أو عبداً وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة القرين
 جائزة بالاجماع لمحذرهما الله ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهماً في شهادته ولهما أن ما يأخذه كل
 فريق فالقرين الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهداً لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به
 لان تمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصماً لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجوز شهادة خصم ولا
 ظنين ولانه اذا كان خصماً فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصي للميت واليتيم الذي في حجره
 لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالماً بالمشهود به وقت الاداء اكراله 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)
 قولهما انه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحل له أداؤها واذا
 أداها تقبل ولان النسيان أمر جبل عليه الا نسان 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 يبي حنيفة رحمه الله قوله
 تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لا تشهدوا على الشاهدين ولا تشهدوا على
 الشاهدين ولا تشهدوا على الشاهدين ولا تشهدوا على الشاهدين

فدفع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويحرم فيه الاحتيال والتزوير مع ما أن
الخط للتدكري فخط لا يذكرو 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 استتضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى في ديوانه الاول ولم يذكر ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما
له ذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التي ترجع الى نفس الشهادة فأشياء منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من
الالفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدي معنى الشهادة تبعداً غير معتول المعنى ومنها أن تكون
موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفها لا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند
امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعدرت التوفيق انعدت عن الدعوى
والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك في مسائل اذا ادعى ملكاً بسبب
ثم أقام البيئنة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكاً مطلقاً ثم أقام البيئنة 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 البيئنة على الملك المطلق مكذباً بشهوده في بعض
ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل ينافي الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتها معاً في محل
واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البيئنة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق
على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصير المدعى مكذباً بشهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شيء
لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى القاموساً فشهد الشهود على الف انه تقبل البيئنة على الالف لما قلنا كذا
هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البيئنة على الملك بسبب آخر بان ادعى داراً في بدرجل انه ورثها من أبيه
ثم أقام البيئنة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء والهبة أو
الصدقة ثم أقام البيئنة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البيئتين صورة ومعنى أما
الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البيئتين يختلف فلا تقبل الا اذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال
كنت اشتريت منه لكنه جحدني الشراء وعجزت عن إثباته فاستوهبت منه فوهب مني وقبضت وأعاد البيئنة
تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب بشهوده ويصير هذا في الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه
اعادة البيئنة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبي الأنا جحداني فاشترت منه أو وهب
لي فانها تقبل لزال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعد هذا وأقام البيئنة على
الشراء بالف درهم لا تقبل لان البديل قد اختلف واختلاف البديل بوجب اختلاف العقد فقد قامت البيئنة على
عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشترت بالعبدا لانه جحدني الشراء به 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 يتم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه له ثم أقام البيئنة
على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيئنة على
انه لا تقبل ووجه الفرق ان قوله أولاً انه لى لا يبنى قوله انه لفلان وكلني بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق
الخصومة والمطالبة وغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكناً فقبلت البيئنة بخلاف الفصل الثاني لان قوله هو لفلان
وكلني بالخصومة فيه يبنى 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 البيئنة على انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولاً انه لفلان

وكفى بالخصومة فيه كما ينفي قوله انه لى بنى قوله انه لفلان آخر وكفى بالخصومة فيه فلا تقبل الا اذا وفق فقال ان الموكل
 الاول باع من الموكل الثاني ثم وكفى الثاني بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى في ذى القعدة انه اشترى منه
 هذه الدار في شهر رمضان بالف وتقدم الثمن ثم أقام البيعة 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 البيعة على التصديق في شوال ووفق فقال جحدنى الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى
 دار آفى بدمى رجل انها له وأقام البيعة على أنها كانت في يد المدعى بالامس لا تقبل وعن أبى يوسف انها تقبل ويؤمر
 بالرد اليه ولو أقام صاحب اليد البيعة على أنها كانت ملكا للمدعى قبل بالاجماع (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله
 ان البيعة لما قامت على انها ما كانت في يده فلا صل في الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البيعة على ملك كان ولان الثابت بالبيعة
 كالثابت بالمعينة ولو ثبت بالمعينة أو بالقرار انه كان في يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان
 الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الاجمك استحباب الحال وانه لا يصلح للانزام ولان اليد قد
 تكون محقة وقد تكون مبطلّة وقد تكون يدملك وقد تكون يد أمانة فكانت محتمة والمحمّل لا يصلح حجة
 بخلاف الملك والمعينة وبخلاف الاقرار لانه حجة بنفسه والبيعة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي ولا وجه
 للقضاء بالمحمّل ولو أقام البيعة انها كانت في يده بالامس فاخذها هذا منه أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويقضى
 للخارج لانه علم بالبيعة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى دار آفى بدرجل أنه
 ورثها من أبيه وأقام البيعة على أنها كانت لابيّه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان شهدوا ان الدار كانت
 لابيّه 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 أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله
 لا تقبل الشهادة وعلى قول أبى يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لابيّه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون
 هذا على قولهما أما على قول أبى يوسف على ما روى عنه في الامالى ينبغي أن تقبل (وجه) قوله ان الملك متى
 ثبت لابيّه بشهادتهم فالاصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فصار كالمشهدوا انها كانت لابيّه يوم الموت
 أيضاً (وجه) 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 لاحكام دليل 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 أبى يوسف ينظر ان علم ان الجد مات قبل الاب يقضى بهما وان علم ان الاب مات قبل الجد ولم يعلم لم يقضى
 بهما ولو شهدوا انها لابيّه لا يقضى بهما منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذى ذكرنا وهو
 الصحيح فانه روى عن أبى يوسف انها تقبل وأما الوجه الثاني وهو ما اذا شهدوا انها كانت لابيّه مات وتركها
 ميراثه فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والترك ميراثه وهو تفسير
 الملك الموروث وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انها كانت في يده يوم الموت فالشهادة مقبولة لان مطلق
 اليد من الاصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة بملك قائم عند الموت فاذا مات فقد
 ترك فثبت الملك له في المتروك اذ هو تفسير الملك الموروث ولان يده ان كانت يدملك كان الملك ثابتا للمورث عند
 الموت وان كانت يد أمانة انتقلت يدملك اذا مات بمجھلا لان التجھيل 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 والقفل

تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره
لأنهم لو لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل أن يكون له وارث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامة لأن الشاهد إنما
تحل له الشهادة بما في علمه ونفي وارث آخر ليس في علمه فلا تحل له الشهادة به الأعلى اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا
ولو قالوا لا تعلم له وارث غيره في هذا المصراع وفي أرض كذا قبل عند أبي حنيفة وعندهما لا تقبل (وجهه)
قولهما أن قولهم لا تعلم له وارث غيره في هذا المصراع لا ينفق وارثا غيره لجواز أن يكون له وارث آخر في مصراع آخر ولا ي
حنيفة رحمه الله أنه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لم يموه لأن وارث الإنسان لا ينفق على أهل بيته عادة فكان
التخصيص والتعميم فيه سواء ثم إذا شهدوا أنه وارثه لا وراث له غيره أو شهدوا أنه وارثه لا تعلم له وارثا غيره أولا تعلم
له وارثا غيره في هذا المصراع على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فإنه يدفع كل التركة إليه سواء كان الوارث ممن لا يحتمل
الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحتمله كالأخ والأخت والجد ونحوهم لأنه تعين وارثه في دفع إليه جميع
الميراث إلا إذا كان زجا أو زوجة فلا يعطى إلا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج إلا النصف ولا تعطى المرأة إلا الربع
لأنهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لأنه لا يرد عليهما وفي هذين الموضعين لا يؤخذ من الوارث كفيلا
بالإجماع وأما الوجه الثالث وهو إذا شهدوا أنه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا تعلم له وارثا غيره فإنه ينظر
أن كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع إليه شيء لجواز أن يكون نعمة حاجب فإن كان لا يعطى وإن لم يكن يعطى بالشك وإن
كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع إليه جميع المال إلا الزوج والزوجة فإنه لا يدفع إليهما إلا نصيبهما وهو أكثر النصيبين
عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللرأة الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللرأة
الثلث في ظاهر الرواية عنه (وجهه) قول محمد رحمه الله أن التقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاحمة وفي وجود
المزاحمة شك فلا يثبت التقصان بالشك ولا يبيح يوسف رحمه الله أن الأقل ثابت بيقين وفي الزيادة شك فلا يثبت
الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللرأة ربع الثلث لجواز أن يكون له أربع نسوة
فيكون لها ربع الثلث لأنه ثابت بيقين وفي الزيادة شك وروى عنه أصحاب الأملاء وللزوج الخمس وللرأة ربع
التسع أما الزوج فلان من الجائز أن يكون للمرأة أبوان وبناتان وزوج أصل المسئلة من اثني عشر للأبوين
السدسان أربعة وللبنين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت القرية من خمسة
عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز أن يكون للبيت أبوان وبناتان وزوجة
أصل المرأة من أربع وعشرين للأبوين السدسان ثمانية وللبنين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثلث ثلاثة فعالت بثلاثة
أسهم فصارت القرية سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها ثم من الجائز أن يكون معها ثلاثة أخرى
فيكون أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربعة لا تستقيم فتضرب أربعة في تسعة ويكون ستة
وثلاثين سهما تسعها أربعة فلها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهما ثم في هذا الوجه
الثالث إذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال إليه هل يؤخذ منه كفيلا قال أبو حنيفة عليه الرحمة
لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ (وجهه) قولهما أن أخذ الكفيلا لصيانة الحق والحاجة مست
إلى الصيانة لا احتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيلا نظراً للوارث كما في رد الأبق واللقطة إلى صاحبها
ولا يحنيفة رحمه الله أن حق الحاضر للحال ثابت بيقين وفي ثبوت الحق لوارث آخر شك لأنه 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 وإنما أخذ الكفيلا بتسليم الأبق واللقطة فقد قيل أنه قولهما المان في المسئلة وإبان قاما
عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيلا على أناسنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لأن الرادع يأخذ الكفيلا
لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير

وقال هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم رأيتم لو لم يجد كفيلاً كنت أمنعه حقه دلت تسميته أخذ الكفيل ظمناً على ان مذهبه ان ليس كل مجتهد مصيباً اذا الصواب لا يحتمل ان يكون ظالماً 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 القاضى بالمشهود به شرط صحة قضائه فلم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما اذا شهد رجلان عند القاضى 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 وارثاً غيره أو اخوه لايه وأمه لا يعلمون له وارثاً غيره وقوله لا يعلمون له وارثاً غيره لثلاثا يتلوم القاضى لانه من الشهادة عند مجتهد رحمه الله لجنس هذه المسائل باباً 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 ابى حنيفة رضى الله عنه وعندهما ان رأى خطه وختمه له ان يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين وأما الذى يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضى لان الشهادة لا تصير حجة ملزمة الا بقضاء القاضى فتخصص 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 اما بنفسه واما بنائبه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشترط فيها الدعوى كاسباب الحرمان من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حتماً لله تعالى الا انه شرطت الدعوى في باب السرقة لان كون المسروق ملكاً للغير السارق شرط تحقق كون الفعل سرقة شرعاً ولا يظهر ذلك الا بالدعوى فشرطت الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد انه حق للعبد فشرطت فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على ان عتق الأمة حق لله تعالى لما علم 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 العدد في الشهادة ليكون كل واحد مضافاً الى قول صاحبه فتصفو الشهادة لله عز شأنه ولانه اذا كان فرداً يخاف عليه السهو والتسيان لان الانسان مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليزكر البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالى في اقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة ان تضل إحداهما فتذكر إحداها 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 الحجة فتعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار ثم عدد الاقرار 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 نصاً بخلاف القياس لان خبر من ليس بمعصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب وعدد الاربعة في احتمال الكذب مثل عدد المثني ما لم يدخل في حد التواتر لكن اعرفناه شرطاً بنص خاص معدولاً به عن القياس فبقى سائر الابواب على أصل القياس واما فيما لا يطالع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيه ليس

بشرط عندنا فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثنتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا
 ان عند مالك رحمه الله يكتفي فيه بامرأتين وعند الشافعي رحمه الله لا بد من الاربع ووجه قول مالك ان شهادة الرجال
 لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة ووجب الاكتفاء بعدد من النساء ووجه قول الشافعي رحمه
 الله ان الشرع أقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتفي باقل من رجلين فلا يكتفي باقل من أربع
 نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبد أغير معقول المعنى لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب
 لا يفيد العلم قطعاً وبقيناً وانما يفيد غالب الرأى 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 حاله الا نقرأ عن الرجال على أصل القياس وقد روى
 ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة قبله لانه لما قبل شهادة
 امرأة واحدة فشهد رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان
 اختلفا لم تقبل لان اختلافهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد
 شطري الشهادة ولا يكتفي 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 العقد وقد يكون في المال
 اما في العقد فهوان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة
 ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعقد غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فهوان
 يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما
 اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعى رجل على رجل الف درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالالفين
 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 تخالف الدعوى
 في قدر الالف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا
 ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الالف لما قلنا كذا هذا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان
 شطر الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم والاسم الموضوع دلالة
 على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أتماء الاعداد كالمترك لالف من الابل والهنيدة لماثمة منها ونحو ذلك فلم
 تكن الالف المقررة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى فاقردت 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 أحدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما
 باهراده داخل تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما متصوداً فإذا شهد أحدهما بالف
 فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الالف فيقضى به للمدعى
 لقيام الحجة عليه بخلاف الالف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال فلم تكن الالف المقررة داخلية
 تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليهما شاهدة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى
 ألفاً فشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الالف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض
 ما شهد به فوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وفق فقال كان لي عليه ألفان الا انه كان قد قضاني الف ولم يعلم به
 الشاهد فيقبل وكذا الوادعى الف فشهد أحدهما بها والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لي
 عليه الف وخمسمائة الا انه قضاني خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وفق فقد زال الاختلاف المانع من القبول

ولو ادعى على رجل انه باع عبده بالنسيء درهم وهو ينكر فشهد شاهدان بالقبول وآخر بألف أو ادعى انه باعه بألف وخمسمائة فشهد أحدهما بألف وخمسمائة والاخر بألف لا تقبل بالاجماع لان الشاهدين اختلفا في البدل واختلاف البدلين يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بغير 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 المؤجر 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 المؤجر فان كانت من المستأجر 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 بألف وخمسمائة والاخر بألف تقبل والنكاح جائز بألف 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 العمد على مال فان كانت الدعوى من الزوج أو من المولى أو من 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 الاقار بل يمنع القبول وان كان في الافاعيل من القتل والقطع والغصب وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار بما 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 والقسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار باختلاف الزمان والمكان فيها يوجب اختلاف الشهادتين فيمنع القبول وبالله التوفيق ولو ادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما على القرض والاخر على القرض والقضاء 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 فبقي على القرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الشهادتين اختلفتا في القضاء لا في القرض بل اتفقا 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 الذم والاستقاط بالشبهات وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة ونقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف سائر الاحكام لانها تنجس 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 والاثونة ليست بممانعة بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المداينة فاستشهدوا بشهيد 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 لاندفاع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم يجعل حجة في باب الحدود والقصاص
 وكذا لم يجعل حجة بافرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالى واستشهدوا الآية تجعل الله سبحانه
 وتعالى رجلا وامرأتين شهادة على الاطلاق لانه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق له شهادة
 على الاطلاق فاقضى ان يكون لهم شهادة في سائر الاحكام الا ما قيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه
 أجاز 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 يدرب بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها لما ذكرنا وهذه الحقوق
 تثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا نسلم فانها مع القدرة على شهادة الرجال في باب الاموال مقبولة
 فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الاثنية يصير مجبور بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلف
 في اشتراطها في الشهادة على الاحصان قال علماؤنا 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 أو صاف العلة لان
 علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا لموصوف بالتعليق ولا يتعلقل الا بالاحصان فكان الاحصان من
 جملة العلة فلا يثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما انه لو أقر بالزنا رجوعه وكذا الشهادة القائمة على
 الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآية ودلائها 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 روية فيه
 عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلنا أن يمنع وعدم اشتراط الدعوى بدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على
 انه تضاف اليه العقوبة ألا ترى ان الدعوى ليست بشرط في عتق الامه اجماعا ولا في عتق العبد عند أبي يوسف
 ومحمد وان كان لا يقرر 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 مسالما 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 كافرا 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 ملهم أو اختلفت بعد ان كانوا عدا ولا في دينهم وقال الشافعي رحمه الله
 شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلا واحجج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا نبي
 الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل
 للكافرين على المؤمنين لا نه يجب على القاضي القضاء بشهادتهم وانه منفي ولان العدالة 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 ولمسلم على المسلم شهادة فكذلك الذي على الذي
 فظايره يقتضى أن يكون للذي على المسلم شهادة كالمسلم الأنا ذلك صار مخصوصا 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 ماسه لانهم انما قبلوا عند الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كما وانا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معاقبتهم ليجعلوا حوادثهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والا انكار 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 ملهم 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 فاختلفت 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 وملهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التتادم في الشهادة على الحدود كلها الا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقدم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف في كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرأفة في الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يحمق انه من مسيره لا يبقى الرجح من الحجي به من مثلها عادة عندهما وعند محمد ليس بشرط وهي من مسائل الحدود وتذكر هناك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصل في الشهادة على الحدود والتقصص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهي الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضي الى القاضي 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 المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي الا في العبد الا بق عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تقبل فيه أيضاً على ما ذكر في كتاب أدب القاضي (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان القروع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والتقصص مقبولة (ولنا) ان الحدود والتقصص مما ندر 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 وأوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل ايقاف اقامتها ولهذا شرط عدد الاربع في الشهادة على الزنلان اطلاقاً اربعاً من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكره في فرجها كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة ثم قول الكلام في الشهادة على الشهادة يقع في مواضع في صورة تحصل الشهادة على الشهادة وفي شرائط التحميل وفي صورة أداء الشهادة على الشهادة وفي شرائط الاداء أما صورة التحميل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل اشهد 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 فاشهدك على شهادتي هذه وأمرك ان تشهد على شهادتي هذه فاشهد وأما شرائط التحميل هذه الشهادات فاذا كرنا في عموم الشهادات وأما الذي يختص بها فانواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحميل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان فلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقبل اشهد أنت لم يصح التحميل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحميل فيها بنفس معاينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (ووجه) الفرق ان القروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الابانة 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 ماشهدت أو كما شهدت أو على ماشهدت 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 الآخر واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذم لا ينقلها الى القاضي الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته جاز التحمل لانه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما المذكورة 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 فانما أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندي فلان ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحمل والابانة يتأدى بقوله أشهدني على شهادته فكان قوله أمرني بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فاذا كراه كسائر الشهادات والذي يختص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتاً أو غائباً مسيراً سفراً أو مريضاً لا يستطيع بحضور مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا في هذه المواضع وأما المذكورة 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 يقتضي ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ما قيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشترط المذكورة والاصل في عموم الشهادات الا ان اشترط المذكورة في شهادة الاصول على الحدود والتقصص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري رحمه الله ثمكن شبهة في شهادتهن ليست في شهادة الرجال واشترط الاصاله في الشهادة لتمكن زيادة شبهة في شهادة القروع ليست في شهادة الاصول وهو شبهة في الشهادتين على ما ذكرنا فشرط ذلك احتيالا لدرء ما يندري بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فثبتت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذي يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحد ودقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالتسطة شهداء لله الا ان في الشهادة القائمة 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 ما دعوا أي دعوا لاداء الشهادة لان الشهادة امانة المشهود له في ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذي أوتمن أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما في حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحد ونحو طلاق امرأة واعتناق عبد والظهار والايلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة حسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طاب من أحد من العباد وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد حسبة 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 والآخرة وقد ندد 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 فكما وجوب القضاء على القاضي لان الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق والقاضي ما مور 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 فتقول 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 بالاتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الاتزام فيتعين الاتلاف فيها سبباً لوجوب الضمان فان وقعت اتلافاً انعدت سبباً لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهد ا على رجل بالغ وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما المارجماعن 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 لوجهين الاول ان الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء باحقي للمشهود به نفذ بدليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضي فلا ينتقض الثابت ظاهراً بالشك والاحتمال فيبقى القضاء ماضياً على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثاني أن الشاهد في الرجوع عن شهادته منهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للتمهة اذا التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع في حتمه فلم ينتقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا توهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حتمه 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 سبباً الى الاتلاف بدونه وعلى هذا اذا شهد ا على رجل أنه طلاق امرأته فنقض القاضي بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقرراً بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد وبتأ كذب الدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما اتلافاً فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فنقض القاضي بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالتمتع بان لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمناً ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيئاً من المهر لكنهما كدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتتملاً للسقوط بان جاءت القرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تأ كد 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 و يرجع الآخذ بذلك على القاتل لوقوع القتل منه تأ كيد للجزاء الواجب على الحرم اذا لولا ذبحه لا حتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح كد الواجب عليه فنزل المؤكدة بمنزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهد ا على رجل أنه أعتق عبداً أو أمة له وهو ينكر فقضى القاضي ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الأمة لمولاه لانهما شهادتهما أتلفا عليه مالية العبد أو الأمة فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى لان الاعتاق هذ عليه والولاء لمن 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 يخول من

أحد وجهين إما أن لم يكن معها ولد وإما أن كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو إما أن يرجع في حال حياة المولى وإما أن يرجع
بعد وفاته أما إذا لم يكن معها ولد ويرجع في حال حياة المولى يضمنا للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنأ وتقوم أم ولد
لوجاز يعيها فيضمنان النقصان لانهما أتقيا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فإذا مات المولى عتقت
الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان قيمة قيمتها للورثة لأنها أتقيا بشهادتهما كل الجارية
لكن بعضها في حال الحياة والباقي بعد الوفاة فيضمنان كذلك وإن كان معها ولد ويرجع في حال حياة المولى فانهما
يضمنان قيمة الولد لانهما أتقيا عليه ألا ترى أنه لو لا شهادتهما لكان الولد عبد له فيما بشهادتهما أتقيا عليه فعليهما
الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فإذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا
يضمنان له 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 فيؤدى من تركته ان كانت له تركة وان لم يكن له تركة فلا ضمان على الولد لان من أقر
على مورثه بدين وليس للميت تركة لا يؤخذ من مال الوارث وان كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من
قيمتهما لانهما أتقيا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذه الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان
الاخ ظلم عليهما في زعمهما فليس لهما أن يظلم عليهما ولا ضمان للاخ ما أخذه من الميراث لانهما ما أتقيا عليه الميراث
لما نذر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان الرجوع في حال حياة المولى فاما اذا كان بعد وفاته فان لم يكن مع الولد شريك
في الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما في الرجوع وان كان معه شريك في الميراث فانهما يضمنان للاخ
نصف البقية من قيمتهما لما قلنا ويضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما أتقيا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ
هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لان هذا ظلم للاخ في زعمهما فليس لهما أن يظلموا 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 أو أمة وتركه فشهد شاهدان أن هذا العبد ولد له هذه الأمة من الميت وصدقهما الولد والأمة
وأنكر الابن فقضى القاضي بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والأمة 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 فن الجاز 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
اتلا فالل مال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد أتقيا عليه نصف الميراث
فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهد أنه دبر عبده فقضى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير
فيقوم قنأ ويقوم مسدرا فيضمنان النقصان لانهما أتقيا 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 عبد الانهما أتقيا بشهادتهما بقية ماله بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال
سوى المدبر عتق عليه عجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى في ثلثي قيمته عبد اقنأ للورثة لان الوصية
فيأخذ على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتقيا عليه بشهادتهما
ثلث العبد هذا اذا كانت السعاية يخرج من ثلث العبد فان كانت لا يخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان
جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد بثلثي قيمته اذا أسروا ولو شهدا أنه قال لعبده ان دخلت الدار فانت
حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعا فالضمان على شهود التيمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وانما الدخول
شرط والحكم يضاف الى العتق لا الى الشرط فكان الثلث حاصلًا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك اذا شهدا
انه قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وشهد آخران بالدخول ثم رجعا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

بازنا وشهد آخران بالا حصان ثم رجعا فالتضمان على شهود الزنالا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو
 شهد انه قتل فلا نخطأ وقضى القاضى ثم رجعا ضمنا الدية لانهما اتفقا عليه وتكون في الماهلان الشهادة منهما بمنزلة
 الاقرار منهما بالانلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو اقراصر بحاول هذا الورجعا في حال المرض اعتبر اقرار بالدين حتى
 يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقرار وكذا الوشهاد انه قطع بد فلان خطأ وقضى القاضى ثم رجعا ضمنا دية اليد
 لما قلنا وكذا الوشهاد عليه بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقتعت يده ثم رجعا فقدر وى أن شاهدين شهدا عند سيدنا
 على كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقتعت يده ثم جاء الشاهدان بأخر فقالا أو همتا أن السارق
 هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضى الله عنه لا أصدق كما على هذا وأغر مكادية يد الاول ولو علمت أنكما تعدتا
 لقتعت أيديكما وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ولو شهدا انه قتل فلا نعد أقضى
 القاضى وقتل ثم رجعا فلهما الدية عندنا وعند الشافعى رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه
 قطع يد فلان (وجهه) قول الشافعى رحمه الله ان شهدا تمها وقعت قتلا تسيبها لانها تقضى الى وجوب القصاص وانه
 يفضى الى القتل فكانت شهادتهما تسيبها الى القتل والتسيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالا كراهة على القتل
 (ولنا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسيبها الى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لانسيبها لان ضمان
 العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسيبها بخلاف الا كراهة على
 القتل لان القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالا كراهة والفعل المستعمل الآلة لا الآلة على ما عرف على
 أن ذلك وان كان قتلا تسيبها فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فمن ادعى تخصيص الفرع يحتاج الى الدليل وعلى
 هذا يخرج ما اذا شهدا على ولى القتييل أنه عفا عن القتل وقضى القاضى ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية
 لانهما يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال ألا
 ترى أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفوا لا يضمن المكره ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكره
 يضمن بالا كراهة 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 لولى القتييل لان
 شهادتهما اتلاف للنفس لان قس القاتل تصير مملوكا لولى القتييل في حق القصاص فقد اتفقا بشهادتهما على المولى
 قسنا تساوى ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لانا نسلم أن قس القاتل تصير مملوكا لولى
 القتييل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك الخجل لان في الخجل ما ينافى الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما
 اتلاف النفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يجوده فقضى القاضى
 بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لانعدام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب
 فانواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة
 وقوع الشهادة اتلافًا ولا تصير اتلافًا الا اذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافًا الا به (ومنها) مجلس
 القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضى كالا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البيينة على رجوعهما لا تقبل
 بيئته وكذا لا يمين عليهما اذا أنكر الرجوع الا اذا حكيا عند القاضى رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة
 انشاء رجوعهما عند القاضى فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان
 لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بالف درهم ومهر
 مثلها ألقان وهي تنكر فقضى القاضى بالنكاح بالف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئا لانهما اتفقا عليها. منفعة البضع
 والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعرض عند الاجارة وكذا لو ادعت امرأة على رجل
 أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضى ثم رجعا لم يضمنان للزوج شيئا لانهما بشهادتهما

اتلغا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هذا الوادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها ما قدره 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 بعوض 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 أن 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 بخالها أن كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل لا 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 شاهدان بذلك وقضى القاضي بالكساح بالف ثم رجعا أنه ينظر أن كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمنا للزوج 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 يزوج من ابنة امرأة ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج لما ملك لأن الأب لا يملك على ابنة معاوضة مال بما ليس بمال وكذلك المريض إذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضع في حكم المال في حال الدخول في ملك الزوج لا يعتبر من الثلث كالنكاح عدل أن البضع يعتبر مالا 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 يخلع من ابنته الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من ماله يضم من ولو كان مالا ملك 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 يعتبر 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 شهرا بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فاما أن كان في أول المدّة ينظر أن 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 فأنهما يضمنان الزيادة لأن التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا وإن كانت الدعوى بعد مضي مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجرة لأنهما اتلغا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح وولى 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 التقصاص 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 الصلح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لأن تلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن تخريج هذه المسائل على فصل التسبب لأن ما قبله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب قافهم ذلك ويستوى في وجوب الضمان الرجوع

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت القروع وثبت الاصول يجب الضمان على القروع لوجود الاتلاف
 منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجع الاصول وثبت القروع فلا ضمان على القروع لانعدام الرجوع منهم وهى
 يجب الضمان على الاصول قال ابو حنيفة و أبو يوسف رحمهما الله لا يجب وقال محمد يجب (وجه) قوله أن القروع
 لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فاذا شهدوا فقد أظهروا شهادتهم فكأنهم حضروا بانفسهم
 وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من القروع لان الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم
 يشهدوا حقيقة وانما شهد القروع وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتلاف من الاصول لعدم الشهادة
 منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا اذا رجعوا جميعا فالضمان على القروع عندهما ولا شئ على الاصول
 لوجود الشهادة من القروع حقيقة لان الاصول وعند المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن القروع وان شاء
 ضمن الاصول لوجود الشهادة من القرويين ولو لم يرجع أحد من القرويين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا
 ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع عن الشهود والمزكين
 عند أبي حنيفة حتى ان المزكين ولو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضى بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا
 عنده وعندهما رجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان
 التزكية ليست الابناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التى هى خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان
 لا يوجب الضمان كذا هذا ولا يوجب حنيفة أن التزكية فى معنى الشهادة فى وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة
 انما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وانما يصير اتلافا بالتزكية ألا ترى أنه لو لا التزكية لما وجب القضاء فكانت
 الشهادة عاملة بالتزكية فكانت التزكية فى معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان
 شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فالاصل أن مقدار الواجب منه
 على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبء فيه لبقاء من بقى من الشهود بعد
 رجوع من رجع منهم فان بقى منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف أصلا من
 أحد وان بقى منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجمين ضمان قدر التالف بالخصص فنقول 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 رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة
 فعليه نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم
 نصف المال لان النصف بقى بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف
 بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقي بقاء
 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 شئ على المرأة لان المرأة الواحدة فى 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 شئ عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما اتلانا
 ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقى ثلاثة ارباع بقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة
 الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهم اتلانا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اتلات أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه
 على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تملك بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعوا جميعا 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 انصافا ولا يبي
 حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداسا ولو رجع الرجل وحده
 ضمن نصف المال لأن النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرمن نصف المال لأن النصف
 محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لأن الحق
 بقي محفوظا برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لأنه بقي بثبات رجل وامرأة
 ثلاثة أرباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل
 والثلث على المرأة لأن تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة
 فكان بينهما اثلاثا 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
 اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم احماس عند أبي حنيفة خمسه على الرجل وثلاثة
 احماسه على النسوة لأن الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لمن
 شطر الشهادة وان كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج
 ما اذا شهد شاهدان انه طلق امرأته ثلاثا 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 وللمؤكده حكم الموجب على ما مر وشاهدي الطلاق شهدا بالنصف لأن نصف المهر يتأكد بالطلاق
 على ما ذكرنا والمؤكده كذلك الواجب في معنى الواجب فشاهد الدخول اقر بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه
 الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلاثة الأرباع على شاهدي الدخول فاما الذي
 يرجع الى نفسه فنوعان أحدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القائمة على الزنا وجملة الكلام
 فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا اما أن يكون من جميع الشهود واما أن يكون من بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعا
 يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلان كلامهم قبل القضاء انهم قد ذفوا
 لا شهادة إلا أنه لا يقام الحد عليهم للحال لا احتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء فاذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي
 قذفا فيوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلان كلامهم وان صار شهادة باتصال القضاء به فقد انقلب قذفا بالرجوع
 فصار وبالرجوع قذفة فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء والامضاء فلا خلاف في أنهم يحدون اذا كان الحد جلد او ان
 كان رجما فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم ووجه قوله أنهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن
 كلامهم وقع قذفا من حين وجوده فصار كما لو قذفوا صريحا ثم مات المقدوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف
 بين أصحابنا فيسقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفا من حين وجوده وانما يصير قذفا وقت الرجوع
 والمقدوف وقت الرجوع ميت فصار قذفا بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد واما حكم الضمان فاما قبل الامضاء
 لا ضمان أصلا لعدم الاتلاف أصلا واما بعد الامضاء فان كان الحد رجما ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم
 اثلاثا واقرار بالاتلاف وان كان الحد جلد فليس عليهم ارش الجلدات اذا لم تمت منها ولا الدية ان مات منها عند أبي
 حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اثلا فبطريق التسيب لانها تقضى الى القضاء
 والقضاء يفضى الى اقامة الجلدات وانها تقضى الى التلغ فكان التلغ بهذه الوسائط مضافا الى الشهادة فكانت
 اثلا فانسيباً ولهذا الوشهد وبالقتل أو بالمال ثم رجعوا ووجب عليهم الدية والضمان كذا هذا ولا يبي حنيفة عليه

الرحمة أن الأثر حصل مضافاً إلى الضرب دون الشهادة في لوجبين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لأن الضرب الجارح غير مستحق في الحد فلا يكون الجرح مضافاً إلى شهادتهم والثاني أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسيب إليه وإضافة الأثر إلى المباشرة أولى من إضافته إلى التسيب لأنه لا ضمان على بيت المال لأن هذا ليس خطأ من القاضي ليكون عطاؤه 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 الزاجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة قذفاً لكامل نصاب الشهادة وهو عدد الأربعة وإنما ينقلب قذفاً بالرجوع ولم يوجد إلا من أحدهم فينقلب كلامه قذفاً خاصة بخلاف ما إذا شهد ثلاثة بأزنانهم يحدون لأن هناك نصاب الشهادة لم يكن فوق كلامهم من الابتداء قذفاً (ولنا) أن كلامهم لا يصير شهادة إلا بقرينة القضاء ألا ترى أنها لا تصير حجة إلا به فقبله يكون قذفاً لا شهادة فكان ينبغي أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمي منهم إلا أنه لا يقام لا بحال أن يصير شهادة بقرينة القضاء ولئلا يؤدي إلى سد باب الشهادة فإذا رجع أحد عمزال هذا المعنى فبقي كلامهم قذفاً فيحدون وصار كالوكان الشهود من الابتداء ثلاثة فانهم يحدون لوقوع كلامهم قذفاً كذا هذا وإن كان بعد القضاء قبل الأمضاء فانهم يحدون جميعاً عندهما وعند محمد الزاجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لأن اتصال القضاء به فلا ينقلب قذفاً إلا بالرجوع ولم يرجع إلا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفاً فلم يصح رجوعه في حق الباقيين فبقي كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الأمضاء في باب الحد ودون القضاء بدليل أن عمى الشهود أو ردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعده يمنع من الأمضاء فكان رجوعه قبل الأمضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعاً بخلاف بين أصحابنا الثلاثة كذا إذا رجع بعد القضاء قبل الأمضاء وإن كان بعد الأمضاء فإن كان الحد جدياً يحد الزاجع خاصة بالاجماع لأن رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق الباقيين فانقلبت شهادته خاصة قذفاً فيحد خاصة وإن كان الحد رجماً ومات المتذوف يحد الزاجع عند أصحابنا خلافاً لزفر وقد مرت المسئلة هذا حكيم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان إذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الأمضاء ما قلنا وأما بعد الأمضاء فإن كان الحد جدياً فلا شيء على الزاجع من أورش السياط ولما من الدية أن مات عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجب وإن كان رجماً غرم الزاجع ربع الدية لأن الثلاثة يحفظون ثلاثة أرباع الدية فكان التالف بشهادة 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 أن مات المرجوم لأن الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه وإن لم يمت فليس عليهما أورش للضرب عند أبي حنيفة وعندهما يجب وقد قدمت المسئلة والثاني وجوب التعزير في عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنا بأن تعدد شهادة الزور وظهر عند القاضي بقراره لأن قول الزور جنائية 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 فاما إذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال انى شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم فإنه يعزر بالضرب بالاجماع احتجاً بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولأن قول الزور من أكبر الكبائر وليس إليه فيما سوى القذف إلا نأخذ مقدر فيحتاج إلى أبلغ الزواجر ولا يبي حنيفة رحمه الله ما روى أن شريحاً كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضايه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر ولأن الكلام فيمن أقرانه

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

صفحة	محتوى	صفحة	محتوى
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 الخال عليه من الحوالة
١١٨	فصل وأما شرائط	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 شرائط	٢٠	فصل وأما شرائط فأنواع
١٤٥	فصل وأما حكم الرهن	٢٤	فصل وأما بيان حكم التوكيل
١٥٤	فصل وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون	٣٢	فصل الوكيلان هل يتفرد أحدهما بالتصرف فيما 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 شرائط التي ترجع الى المصالح عليه فأنواع
١٧٦	فصل وأما شرائط الخ	٤٨	فصل وأما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع
١٧٧	فصل وأما الذي يرجع الى الزرع	٥٣	فصل وأما بيان حكم الصلح الخ
١٧٧	فصل وأما الذي يرجع الى المزرع	٥٤	فصل وأما بيان ما يبطل به الصلح
١٧٨	فصل وأما الذي يرجع الى المزرع فيه	٥٥	فصل وأما بيان حكم الصلح
٢٧٩	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 شرائط المنفعة للمزارعة الخ	٧٧	فصل وأما صفة عقد الشركة
١٨١	فصل وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة		

صحيفة	صحيفة
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 ينسخ 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 ينسخ 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 التيمين	١٩٧ ﴿ كتاب اللقيط ﴾
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 الابلق ﴾
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 جوازه الخ
٢٨٢ فصل وأما بيان حكم الشهادة	٢٠٧ ﴿ كتاب الوديعة ﴾
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