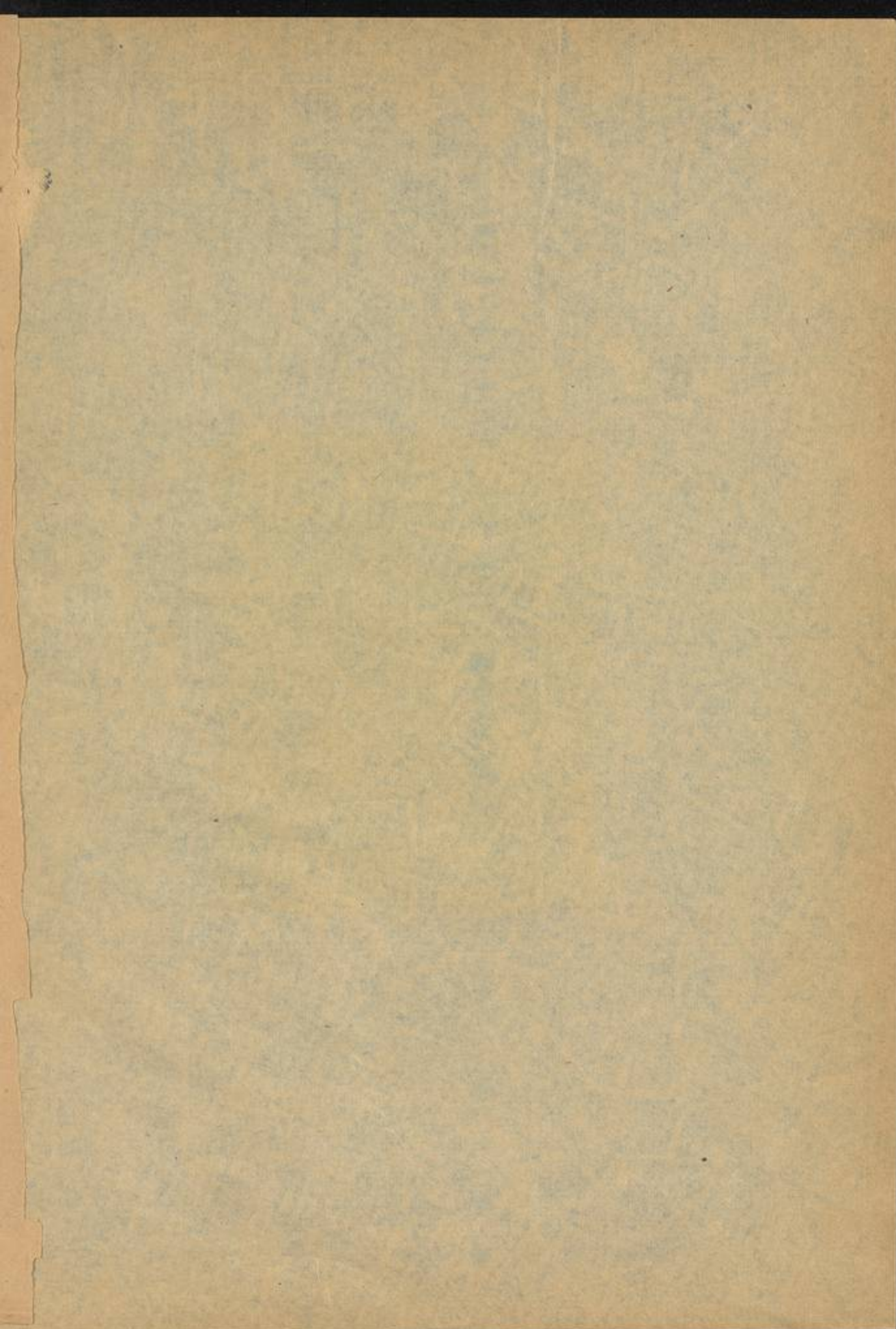


Columbia University
in the City of New York

THE LIBRARIES







الجزء السادس

من

كِتَابُ

بَدَائِعِ الصَّحَا

فِي

تَرْبِيَةِ الشُّبْرَانِ

سَائِلِيكَ

(الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب)

(بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هجرية)

﴿ الطبعة الاولى ﴾

سنة ١٣٢٨ هـ - سنة ١٩١٠ م

(على نفقة سعادة محمد أسعد باشا جاري زاده)

(وفضيلة الحاج مراد أقدي جاري زاده - ومحمد أمين الخانجي الكسبي وشركاه)

﴿ تنبيه ﴾ لا يجوز لأحد أن يطبع كتاب البدائع من هذه النسخة وكل من طبعها يكون مكفراً بآراء أصل قديم ثبت أنه طبع منه والا يكون مسؤولاً عن التعويض قانوناً

طبع بمطبعة الجاليتة - بمصر

(الكائنة بحارة الروم بعطفة التري)

(لاصحابها محمد أمين الخانجي وشركاه - واحد عارف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ كتاب الكفالة ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الكفالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الكفالة وفي بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) الركن فهو الإيجاب والقبول الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول الركن هو الإيجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الأنصار فقال هل علي صاحبكم دين فقيل نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة عليها فقال سيدنا علي أو أبو قتادة رضي الله عنهما هما علي يارسول الله فصلي عليها ولم ينقل قبول الطالب ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصل شرعا لتمليك الأبرى انه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبهه النذر والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته لورثته اضموا عني ما على من الدين لغرمائي وهم غيب فضموا ذلك فهو جائز ويلزمهم وأى فرق بين المريض والصحيح ولهما أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك لما ذكره والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسألة المريض نذكره من بعد ان شاء الله تعالى فاذا عرفت أن ركن الكفالة الإيجاب والقبول فالإيجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمير أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أولك على أولك قبلي أولك عندي (أما) لفظ الكفالة والضمان فصرحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبي عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم أي الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال قبلت به أقبل قبالة وقبلت به أي كفلت قال الله تعالى أو يأتي بالله والملائكة قبيلا أي كفيلا يكفلوني بما يقول والحميل بمعنى

المحمول فعيل بمعنى المفعول كالتفيل بمعنى المقتول وانه بنى عن تحمل الضمان وقوله على كلمة إيجاب وكذا قوله الى
 قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فالى وعلى وقوله قبل بنى عن القبالة وهي
 الكفالة على ما ذكرنا وقوله عندي وان كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة لان قوله عندي يحتمل
 اليد ويحتمل الذمة لانها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيهما جميعاً فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه أدنى وعند
 قرينة الدين يحمل على الذمة أى في ذمتي لان الدين لا يحتمل الا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول
 قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة في الاصل لا يخلو عن أربعة أقسام اما أن يكون
 مطلقاً أو مقيداً بوصف أو معلقاً بشرط أو مضافاً الى وقت فان كان مطلقاً فلا شك في جوازه اذا استجمع شرائط
 الجواز وهي ما ذكرنا شاء الله تعالى غير انه ان كان الدين على الاصيل حالاً كانت الكفالة حاله وان كان الدين
 عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الاصيل فتتقيد بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا
 يخلو اما ان كان مقيداً بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل الى وقت
 معلوم بأن كفل الى شهر أو سنة جازم ان كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى أجل مثله يتأجل اليه في حق الكفيل
 أيضاً وان سمي الكفيل أجلاً زمنياً من ذلك أو أقص جازلاً ان المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد
 منهما بتأخير حقه وان كان الدين عليه حالاً جاز التأجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلاً في حقهما جميعاً في
 ظاهر الرواية وروى ابن ساعة عن محمد أنه يكون تأجيلاً في حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب
 خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما اذا كفل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان
 التأجيل في نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة بخلاف
 ما اذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل
 ولو كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى سنة فكفل به مؤجلاً الى سنة أو مطلقاً ثم مات الاصيل قبل تمام السنة يحل
 الدين في ماله وهو على الكفيل الى أجله وكذا الوات الكفيل دون الاصيل يحل الدين في مال الكفيل وهو على
 الاصيل الى أجله لان المبطل للاجل وجد في حق أحدهما دون الآخر وان كان التأجيل الى وقت مجهول فان كان
 يشبه آجال الناس كالخصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل الى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله
 لا يجوز (وجه) قوله ان هذا عندنا الى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحمّلها
 الكفالة وهذا لان الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لا فضائها الى المنازعة بالتقديم والتأخير وجهالة التقديم
 والتأخير لا تنقض الى المنازعة في باب الكفالة لانه يسامح في أخذ العقد مالا يسامح في غيره لا مكان استيفاء الحق
 من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة الى هذه الآجال متعارفة ولو كانت
 الكفالة حاله فآخراً الى هذه الاوقات جازاً أيضاً ما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كعجي المطر وهبوب الريح
 فلاجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهالة فاحشة فلا تتحمّلها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل وبقيت
 الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب الى هذه الاوقات جاز وان كان ممن مبيع ولا يوجب
 ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداءً بمنزلة التأخير في الكفالة وذلك لا يؤثر في البيع فكذا هذا اذا كانت
 الكفالة مؤجلة فاما اذا كانت حاله فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الاصيل حالاً
 أو مؤجلاً ما ذكرنا ان المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل ولو كفل حالاً ثم أجله
 الطالب بعد ذلك يتأخر في حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الاصل بخلاف ما اذا كان التأجيل في العقد لما ذكرنا
 من الفرق ولو كان الدين على الاصل حالاً فأخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيراً في حق
 الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فاما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المسد كور شرطاً سبباً للظهور

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

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

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

لا يزيد له الا تاركاً كيداً فلم يكن متبرعاً فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعاً فيه فلم يحجز
(ومنها) الحرية وهي شرط فإذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد بحجوراً كان أو ما ذنوبه في التجارة لانها تبرع
والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولو كنهها يتعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لانعدام الاهلية بل
لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لانها غير منعدمة منه لعدم الاهلية فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ ولو اذن له المولى
بالكفالة فان كان عليه دين لم يحجز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته في الكفالة
بالدين الا ان يقديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الاجنبي لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان صاحب
الشرع وعليه الصلاة والسلام وسواء اذن له المولى أو لم يأذن لان اذن المولى لم يصح في حقه وصح في حق التمن
ولكنه يتعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لانها مملوكة كان التبرع عليه
وأما صحته بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع (وأما) الذي
يرجع الى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادر على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبي حنيفة فلا تصح
الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافي بقاء الدين
لانه مال حكى فلا يفترق بقاؤه الى القدرة ولهذا بقي اذامات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته
مفلسا واذامات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح البراء عنه والتبرع (وجه) قول أبي حنيفة
ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدن ساقط فلا تصح كما كفل على انسان
بدن ولادين عليه واذامات مليا فهو قادر بنائبه وكذا اذامات عن كفيل لانه قائم مقامه في قضاء دينه (وأما)
البراء والتبرع فهما في الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة في قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن
المؤاخذة بسبب التصغير بواسطة ارضاء الخصم مهبة هذا القدر منه فاما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعاً بقضائه حقيقة
فلا على ما عرف في الخلافات والثاني أن يكون معلوماً بان كفل ما على فلان فاما اذا قال على أحد من الناس أو بعين
أو بنفس أو بفعل فلا تجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه
غير مرفة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة بمضمون ما على الاصل
مقدور والاستيفاء من الكفيل وقد وجد أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطلب به في الجملة فاشبه الكفالة
بالدين المؤجل وأما الصبي والجنون فلان الدين في ذمتهم والولى مطالب به في الحال ويطلبان أيضاً في الجملة وهو
ما بعد البلوغ والافاقية فتجوز الكفالة عن العبد وان كان بحجور او عن الصبي والجنون الا أن الكفيل لا يملك
الرجوع عليهم بما أدى وان كانت الكفالة باذنهم لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته
فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة الى الكفالة في الغالب في مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة
فيها أجوز ما يكون (وأما) الذي يرجع الى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوماً حتى انه اذا كفل لاحد من
الناس لا تجوز لان المكفول له اذا كان مجهولاً لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثيق (ومنها) أن يكون في مجلس
العقد وانه شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس قبله
الخبر فأجاز لا تجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبي يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد في الاصل انها جائزة
على قوله الآخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط أصلاً لا شرط النفاذ ولا شرط انعقاد لان محمدار بما يطلق
الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسبها باطلا الا أن يحجز وهذا الاطلاق صحيح لان الجائز هو النافذ في اللغة يقال
جاز السهم اذا نفذ (وجه) قول أبي يوسف الآخر ما ذكرنا في صدر الكتاب ان معنى هذا العقد لغة وشرعاً وهو
الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان إيجابه كل العقد والدليل عليه مسألة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا ان
فيه معنى التملك أيضاً والتمليك لا يقوم الا بالإيجاب والقبول فكان الإيجاب وحده شرط العقد فلا يقف على غائب

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

تجزأ وذ كر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذ كر لكه كافي الطلاق والعناق واذا أضافها الى اليد أو الرجل ونحوهما من
الاجزاء المعينة لا تجوز لان هذه الاعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة مستجزة فلا يكون ذ كرها
ذ كر أجميع البدن كافي الطلاق والعناق ولو قال في الكفالة بالنفس هو على جاز لان هذا صريح في التزام تسليم
النفس وكذا اذا قال أنا ضامن لوجهه لان الوجه جزء جامع ولو قال أنا ضامن لمعرفة لا تصح لان المعرفة لا محتمل أن
تكون مضمونة على الاصيل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لان المضمون غير معلوم أصلاً ثم ما ذ كرنا من
الكفالة بالنفس والعين والقيل انها صحيحة وما ذ كرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله انها
غير صحيحة (وجه) قوله ان الكفالة أضيفت الى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك ان الكفالة التزام الدين فكان
محلها الدين فلم يوجد والتصرف المضاف الى غير محله باطل ولان القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة
والقدرة على الاعتاق لا تتحقق (ولنا) قوله عز وجل ولما جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة
بالعين عن الامم السالفة ولم يغير والحكيم اذا حكى عن منكر غيره ولان هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة
والتابعين الى زمن الشافعي رحمه الله فكان الانكار خروجا عن الاجماع فكان باطلا وما ذ كرنا ان هذه الكفالة
أضيفت الى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام
الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في
حق الاصيل كالدين بعدمقر بالرق في بدرجل فأخذ منه المولى كفيلاً بنفسه فأبق فهو باطل لانه كفل بما ليس
بمضمون وكذا لو كفل بعد ابا قلمنا وكذا لو ادعى رجل على انسان انه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم انه حر
وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لاشئ على الاصيل لما ذ كرنا ولو كان المدعى في
يدنا ك فقال أنا ضامن لك قيمة هذا ان استحقته سحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه
فالكفيل ضامن كل قيمته لان باقامة البينة تبين انه كفل بمضمون صبي في بدرجل يدعى انه ابنه وادعى رجل آخر
انه عبده فضمن له انسان فأقام المدعى البينة وقد مات الصبي فالكفيل ضامن لما ذ كرنا انه لما قامت البينة تبين انه
كفيل بمضمون وعن محمد بن ادمي على انسان انه غصبه عبد أقبل أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذي
يدعى فهو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البينة عليه لانه كفل بمضمون على الاصيل وهو احضاره مجلس القاضى فان
هلك واستحقته بيئته فهو ضامن لقيمته لانه تبين انه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه ولو ادعى انه غصبه الف
درهم واستهلكها أو عبد أو مات في يده فقال رجل خله فأنا ضامن المال أو لقيمة العبد فهو ضامن بأخذه به من ساعته
ولا يقف على اقامة البينة لان قوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الاصيل فقد كفل بمضمون على
الاصيل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الاول لان هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل باقامة البينة فتوقف
عليها والنوع الثانى أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة
بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تعيد الكفالة فاندتها وهبنا شرط ثالث لكنه يخص الدين
وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لولا به بدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك
اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيل لا بالكسب بمضمون وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في
النفس وما دونها وبحد القذف والسرقة اذا بذلها المطلوب فأعطاهها كفيلاً بخلاف بين أصحابنا وهو الصحيح
لانه كفالة بمضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وانما
الخلاف انه اذا امتنع من اعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضى عليه قال أبو حنيفة لا يجبره وقال أبو يوسف
ومحمد بن بجره (وجه) قولهما ان نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه
الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ولا يحنيفة ان الكفالة شرعت

وثيقة والحدود مبناها على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحسب في الحدود والتقصص قبل
 بزكية الشهود والحسب توثيق لأن الحسب للتمهية لا للتوثيق لأن شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن ايراث
 تهمة ف كان الحسب لاجل التهمة دون التوثيق ويجوز الجبر على اعطاء الكفيل في التعزير لانه لا يخلو لدرئه لكونه
 حق العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لانه مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل
 والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العمدمفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود
 والتقصص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا يفيد الكفالة فاندتها وهنا شرط ثالث لكفته يخص الدين وهو أن
 يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس يدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط
 الدين عن نفسه بالتعزير لا بالكسب فلو أجزت الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو (أما) ان يملك الكفيل اسقاطه
 عن نفسه كما يملك الاصيل (وأما) ان لا يملك فان ملك لا يفيد الكفالة وان لم يملك لم يكن هذا التزام ما على الاصيل
 فلا يتحقق التصرف كفالة ولا ولو أجزت هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل أزم منه على الاصيل لان المكاتب
 اذا مات عاجزاً بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزاً لم يفسد بطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل أزم منه
 على الاصيل وهذا خلاف ما توجبها الاصول ولان الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيها لا عرف فيه ولا عرف في
 الكفالة ببدل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لان غيره من
 الديون إنما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لو لازم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين
 الكتابة أصلاً لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالأصل فلا تجوز بالقرع أولى وأحرى ولا تجوز
 الكفالة ببدل السعابة عند أبي حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر
 عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس بشرط حتى لو كفل
 بأحد شيئين غير عيين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أهمها شاء لان هذه جهالة
 مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا اذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه
 جاز ويرأ بدفع واحد منهم الى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز لان
 جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز
 شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحمّل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهد فضا منه باطل
 عند أبي حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قوله ان ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند
 استحقات المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ولا يبي حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتل الدرك وتحتل الصحيفة
 وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت الكفالة بالعهد بين ان تكون بمضمون وغير
 مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو
 كونه مضموناً على الاصيل و ضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقات المبيع وإذا استحق المبيع بخاصم المشتري
 البائع أولاً فاذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولاً
 في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه قال الكفيل يكون خصماً هذا اذا كان المبيع ماسوى العبد فان كان
 عبداً فظهر انه حر بالبينة فلم يشتري أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو اتسخ البيع بينهما ماسوى الاستحقاق بالرد
 باليبس أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤاخذ به الكفيل لان ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشتري رهناً بالدرك
 لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشتري في الدار بناء ثم استحققت الدار ونقض
 عليه البناء فلم يشتري أن يرجع على بائعه بالثمن وقيمة بناءه مبيناً اذا سلم النقص الى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه الا
 بالثمن خاصة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وقيمة البناء والتالف ولو سلم النقص

الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنياً له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن ويأخذ البائع قيمة البناء في ظاهر الرواية
 وذكر الطحاوي أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً أن شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع
 الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جعل الطحاوي قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المقهور من
 الدرك ضمان المشتري في متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع
 جارية فاستولدها المشتري ثم استحقها رجل وأخدمه قيمة الجارية وقيمة الولد والعرفان المشتري يأخذ الثمن من
 أيهما شاء ولا يؤخذ الكفيل بقيمة الولد والمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة
 بالدرك والله عز وجل أعلم ولو كفل بماله على فلان فقامت اليئنة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفل
 بمضمون على الاصيل وان لم يتم اليئنة فالقول قول الكفيل مع يئنه في مقدار ما يقر به أما القول قوله في المقر به لانه
 مال لازم بالتزامه فيصدق في القدر الملتزم كما إذا أقر على نفسه بمال محمول وأما اليئنين فلانه منكر الزيادة والقول قول
 المنكر مع يئنه في الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لان اقرار الانسان حجة في حق
 نفسه لا في حق غيره لانه مقرر في حق نفسه مدع في حق غيره ولا يظهر صدق المدعي الا بحجة

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

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق. وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر حتى يثبت للشريك الساكت اختيار تضمن المعتق واستسعاء العبد فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لأنه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولاً إلى المعتق عند اختياره لأن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء يسمى وهو رقيق وإنما يعتق كله بإداء السعاية وبنيهما تناف ولا تناف ههنا لأن الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك المطالبة الآخر والثاني ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الاصيل إذا كانت الكفالة بأمره في الأنواع كلها ثم إذا كانت الكفالة بنفس فطالب الكفيل يتسلم نفسه إلى الطالب إذا طالبه وإن كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها إذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إذا كانت هالكة إذا طوّل به وإن كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما وإن كانت بدين يطالبه بالخلاص إذا طوّل فكما طوّل الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص وإن حبس فله أن يحبس المكفول عنه لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وإن كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل إذا لزم ولا حق الحبس إذا حبس وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو وإن كانت الكفالة بأمره لأن ولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض والتملك على ما ذكره وكل ذلك يقف على الاداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء له ولاية مطالبة الموكل بالتمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال نفسه لأن هناك الثمن يقابل المبيع والملك في المبيع كما وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له أن يطالب به وهنا المطالبة بسبب القرض أو التملك ولم يوجد هنا وإذا أدى كان له أن يرجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره لأن الكفالة بالامر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل بإداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه في الاداء إلى الطالب وفي حق الطالب تملك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشتري يملك الشراء بالمبيع لا غير هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول وبالله التوفيق أما الكفيل بالمال فأنما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الاداء سواء كان الاداء من الكفيل أو من الاصيل لأن حق المطالبة للتوصل إلى الاداء فاذا وجد فقد حصل المقصود فيتمى حكم العقد وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الاصيل لأن الهبة بمنزلة الاداء لما ذكرنا وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الاصيل لأن الصدقة تملك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثاني البراء وما هو في معناه فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الاصيل خرج عن الكفالة غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل وإذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لأن الدين على الاصيل لا على الكفيل إنما عليه حق المطالبة فكان ابراء الاصيل اسقاط الدين عن ذمته فاذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لأن المطالبة بالدين ولا دين محال فإبراء الكفيل فبراءة عن المطالبة لا عن الدين إذ لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لأن حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فاذا سقطت انتهى إلا أن ابراء الاصيل يرتد بارز وكذا الهبة منه أو التصديق عليه وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصديق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى وإذا ارتدت هذه التصرفات برد الاصيل عاد الدين إلى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل اختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بدموته فرد ورثته يرتد عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله إن هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ولهما أن ابراءه بدموته ابراءه لو رثته لأنهم يطالبون بدينه من ماله بدموته وإبراء الورثة يرتد بدمهم بخلاف حال الحياة لأنهم لا يطالبون بدينه بوجهه فاقصر حكم البراءة عليه فلا يرتد برد الورثة وكذا قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال لأن هذا اقرار بالتبض والاستيفاء لأنه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التي هي غاية

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

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

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

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

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

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدرهم صحاح جيداً فأعطاه مكسرة أو زبواً ونحوه به المطالبة يرجع عليه بالصحيح الجيد لأنه بالاداء ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحيح الجيد وليس هذا كالأمر بأداء الدين له إن يرجع بالمؤدى لا بالدين لأنه بالاداء ملك الدين بل أقرض المؤدى من الأمر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدرهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما إذا صالح من الألف على خمسمائة أنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف لأنه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الاصيل وهو الألف لأنه لا يمكن إيقاع الصلح عليه كما هي لأنه يؤدى إلى الرافق استتباط البعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الاصيل والكفيل جميعاً ورتاجيماً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدنانيرين لأن في الفصل الاول إيقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باستتباط بعضه فكان الصلح واقعاً عنهما جميعاً فيبرأ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لأنه ملك هذا القدر بالاداء فيرجع به عليه (وأما) في الفصل الثاني فإضافة الصلح إلى ثلاثة مقرر وتابشرط البراء المضاف إلى الكفيل براءة للكفيل عن المطالبة بدنانيرين وبراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذ الطالب منهما وبالله التوفيق

﴿كتاب الحوالة﴾

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

عليه ينقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه ينقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ولان الناس في اقتضاء الدين 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 المحيل وبعضها يرجع الى المحال وبعضها يرجع الى المحال عليه

والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المحنون والانعقاد فتعقد حوالة الصبي العاقل موقوفا فإذ على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بمحاله وفيها معنى المعاوضة بمالها خصوصا اذا كانت مقيدة فتعقد من الصبي كالبيع ونحوه فاما حرية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد ما دوننا كان في التجارة أو محجورا لانها ليست بتبرع بالترام شيء كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان مأذونا في التجارة يرجع عليه المحال عليه للمحال اذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله ويتعلق برقبته وان كان محجورا يرجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرها على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التمليك فتفسد بالاكره كسائر التمليكات (وأما) الذي يرجع الى المحال فانواع (منها) العقل لما ذكرنا ولا يقوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فيتعقد احتيا لموقوف على اجازة وليه ان كان الثاني أملا من الاول وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشريطة لانه منهي عن قران ماله الا على وجه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقر بومال اليتيم الا بالتي هي أحسن (ومنها) الرضا على لواحتال مكرها لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف شرط النفاذ حتى ان الاحتال لو كان غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا يتقد عندهما وعند أبي يوسف يتقد والصحيح قولهما لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العتق فلا يقف على غائب عن المجلس كما في البيع (وأما) الذي يرجع الى المحال عليه فانواع أيضا (منها) العقل فلا يصح من المحنون والصبي الذي لا يعقل قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضا فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا وان كان عاقلا سواء كان محجورا عليه أو مأذونا في التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعا ابتداء وانتهاه وكذلك اذا كانت بأمره لانه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبي محجورا كان أو مأذونا في التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضا لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي (ومنها) الرضا حتى لو أكرهه على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهم لما ذكرنا في جانب المحيل (وأما) الذي يرجع الى المحال به فنوعان أحدهما أن يكون دينًا فلا تصح الحوالة بالا عيان القائمة لانها نقل ما في الذمة ولم يوجد والثاني أن يكون لازما فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبذل الكتابة وما يجري مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة سواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيد بالدين الذي عليه والمقيدة أن يقيد بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتب مع غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فان المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان المحال عليه بطالب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه

الحال بدين الحوالة ويطلبه المحيل بالدين الذي له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لان الحوالة لم تنقذ الدين الذي للمحال عليه لانها وجدت مطلقة عن هذه الشرية فيتعلق دين الحوالة بدينه ودين المحيل بدينه على حاله واذا قيد بالدين الذي عليه ينقطع حق المطالبة المحيل لانه قيد الحوالة بهذا الدين فينتقذ به ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وان لم يكن رهنا على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بان كان الدين 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 لكان أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لانه قضى دينه بامرره 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 تقييد الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق بالذمة فلا يظهر ان الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بألف ودية عند رجل فهلكت 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 المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى انه لو هلك يستقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغيره لان الخراج بالضمان فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى انه لو تولى لا يستقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يختص بغرمه 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 تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال في ذلك لان حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود الى المحيل ولكن القاضي يأخذ من غرماء المحيل كفيلا لانه ثبت الرجوع اليهم لاحد رجلين (أما) المحال اذا توى ما على الآخر وأما المحال عليه اذا أدى الدين فالقاضي نصب ناظر الامور المسامين فيحتاط في ذلك بأخذ الكفيل

❖ 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 والشئ اذا انتقل الى موضع لا يبقى في المحل الاول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملائة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الاصيل جاز وتكون حوالة لانه أي بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة قال بعضهم انها تنقل المطالبة والدين جميعا وقال بعضهم انها تنقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين في ذمة المحيل (وجه) قول الاولين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فلاننا أجمعنا 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 محال 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 فيقتضى نقل ما أضيف إليه وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة لانه اذا قل أحلت بالدين أو أحلت فلا يابدينه فيوجب انتقال الدين الى المحال عليه لأنه اذا انتقل أصل الدين اليه تنتقل المطالبة لانها تابعة (وجه) قول الآخرين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعاً ويحجر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً فينبغي أن لا يحجر 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 البراءة والهبة ولا يرتد اجمعاً بالرد كما لو أبرأ الاصيل أو وهب منه وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بأمره كما في الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذ لم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كالكفالة سواء فدلّت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم ان الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصيل فكذا في الحوالة (وأما) المعقول فهو 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 بدلين في ذمته وفي ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل الى ذمة المحال عليه بدلين في ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعاً واما نقل المطالبة لا غير وذلك بوجوب حق المطالبة للمحال على المحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل اذ الازمة المحال فكلما الازمة المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال واذ احبسها له أن يحبسها اذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها وان كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل اذ الازمة ولا أن يحبسها اذ احبس لان الحوالة اذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه مترعاً وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلازمه أيضاً فلا يقيد والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج من الحوالة بانتهاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي باشيء (منها) فسسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتمة للفسخ ومتى فسسخ تعود المطالبة الى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على مليء فليتبّع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقاً عن شرط السلامة فتفيد البراءة مطلقاً (ولنا) ما روى عن سيدنا عثمان رضي الله عنه قال في المحال عليه اذ مات مقلساً 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 خلافه فكان اجماعاً ولان الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يسقط الا بالتضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقتضى الا أنه الحق الا براء بالتضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء فبقي 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 الملاءة وقد ذهبت بالفلاس ثم التوى عند أي حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت المحال عليه مقلساً والثاني أن يحدد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد هما وبثالث وهو أن يقلس المحال عليه حال حياته ويقضى القاضي بالفلاس بناء على أن القاضي يقضى بالفلاس حال

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

﴿ فصل ﴾ وأما بيان الرجوع فجملة الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فأنواع (منها) أن تكون الحوالة بامر المحيل فان كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه اذا أدى لا يرجع على المحيل لان الحوالة اذا كانت بامر المحيل صار المحال يملك الدين من المحال عليه بما أدى اليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التملك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) اداء مال الحوالة أو ما هو في معنى اداء كالهبة والصدقة اذا قبل المحال عليه وكذا اذا ورثه المحال عليه لان الارث من أسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان البراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التملك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقي اسقاطا محضاً فلم يملك المحال عليه شيئاً فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التيقا قصاصاً لانه لو يرجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضاً فلا يفيد فيقتصا الدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فتقول والله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنائره عن الدراهم أو كان الدين دنائره فنقد دراهم عن الدنانير فتصار فاجاز ويراعى فيه شرائط الصرف حتى لو اقر قايلاً قبض أو شرط فيه الاجل والخيار يبطل الصرف ويعود الدين الى حاله واذا صححت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لان الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف الأمور بقضاء الدين لما ذكرنا في كتاب الكفالة وكذا اذا باعه بالدراهم أو الدنانير عرضاً يرجع بمال الحوالة لما ذكرنا وكذا اذا أعطاه زبواً فكان الجياد وتجوز بها المحال رجوع على المحيل بالجياد قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالتقدر المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على دنائره أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضاً على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شيء وإنما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لي وقال المحال لا بل أحتلني بألف كانت لي عليك فالتقول قول المحيل مع يمينه لان المحال 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 تذكروا بها 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 وتذكروا بها الاعتماد وتوقيض 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 تفرير الوضع اللغوي وهو تفويض التصرف والحفظ الى الوكيل ولهذا قال أصحابنا ان من قال لا خير وكنت في كذا أنه يكون وكيلاً في الحفظ

لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

فصل ﴿ وأما بيان ركن التوكيل فهو الايجاب والتبويل فالاجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والتبويل من الوكيل أن يقول قبلت وما يجرى مجراه فلم يوجد الايجاب والتبويل لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا قبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لان تمام العقد بالاجاب والتبويل وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما في البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قدم زيد فأنت وكيلى في بيع هذا العبد وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك في بيع هذا العبد غدا او يصير وكيلا في الغد فمابعد ولا يكون وكيلا قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كالطلاق والعناق واذن العبد في التجارة والتملكيات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون والتتيدات كعزل الوكيل والمجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعى لا يحتمل ذلك

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

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

لعنا فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى من عدم 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 كالتقصاص وقد مر حكم التوكيل باتبائه وباستيفائه ونوع يجوز استيفاءه وأخذ مع الشبهة كالديون والاعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف انه يجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والاصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما ان سيدنا علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لخالما يحضرها الشياطين فجعل الخصومة الى عميل رضي الله عنه فلما كبر ورق حوله الى وكان على يقول ما قضى لو كيلى في 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 فحوزوا 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 المدعى والانكار حق المدعى عليه فقد صادف التوكيل من المدعى والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خصمه بنفسه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الحق هو الدعوى الصادقة والانكار الصادق ودعوى المدعى خير يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا انكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خير المدعى فلم يكن كل ذلك حتماً فكان الاصل أن لا يلزم به جواب الا أن الشرع أزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية الى الفساد وحياء الخقوق الميتة وحق الضرورة بصير مقتضيا 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 خصمه عن احياء حقه فيتضرر به فيشترط 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 لضاعت الحقوق وهلك وهذا لا يجوز وكذلك اذا كانت المرأة مخدرة مستورة لانها تستحي عن الحضور لمخاف الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرة كانت أو ثيباً فيضيع حتماً (وأما) في مسائلنا لضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الاقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز ويصير وكيلاً بالانكار سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه اذا وكل الطالب واستثنى الاقرار بجوز وان وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان استثناء الاقرار في عقد التوكيل انما جاز حاجة الموكل اليه لان الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر 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 فاما 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 والمفاوضة والعبد الماذون والمكاتب لانهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيمملكون تفويضها الى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذمي كما يجوز من المسلم لان حقوقهم مصنونة مريعة عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بقبض الدين لان الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

الى التفويض الى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا ان التوكيل قبض رأس مال السلم وبدل الصرف
انما يجوز في المجلس لان الموكل انما يملك القبض فيه لا في غيره واذ قبض الدين من الغريم يرى الغريم لان القبض
الصحيح يوجب البراءة ويجوز الوكالة بتضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتيأله القضاء بنفسه فيحتاج الى
التفويض الى غيره سواء كان الموكل حراً أو عبداً ماذوناً أو مكاتباً لانهم يملكون القضاء بانفسهم 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 والايديع والرهن والاستعارة
والاستيهاج والارتهان 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 أرسلني فلان
اليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصلح والبراءة ويجوز بالطلاق والعتاق والاجارة والاستئجار لما قلنا
ويجوز بالسلم والصرف لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما الى غيره الا ان قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد
على الصحة والبراءة لبقاء العاقدين واقتراحهما لان حقوق العمد راجعة اليهما لئلا يكرها اذا تقاضى الوكيلان في المجلس
فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العمد على الصحة بخلاف الرسولين اذا تقاضى في المجلس ثم افترقا انه
يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع الى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فاذا افترقا فقد 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
فبقاؤه واقتراحه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض
الى غيره الا ان لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر
وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام ان يقول له اشترى ما شئت أو ما رأيت أو ما شئت
أو ما دارشئت أو ما تيسرك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة القاحشة من غير بيان النوع والصفة والتمن
لانه فوض الرأي اليه فيصح مع الجهالة القاحشة كالبيضاة والمضاربة والخاص ان يقول اشترى ثوباً أو حيواناً
أو دابة أو جوهر أو عبداً أو جارية أو فرساً أو بغلاً أو حماراً أو شاةً والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمنع صحة
التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا الاستحسان والتمسك أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز الا بعد بيان النوع والصفة
ومتدار التمن لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة البسيطة فلا يصح التوكيل بهما أيضاً (وجه الاستحسان ما روى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً الى حكيم بن حزام ليشتري له به أحمية ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة
التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا تمنع بذكر الأحمية وبقدار التمن ولان الجهالة
القليلة في باب الوكالة لا تنقض الى المنازعة لان معنى التوكيل على التسحية والمساحمة فالظاهر انه لا يجوز المنازعة فيه
عند قلّة الجهالة بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المالك بالمال فالجهالة فيه وان قلت
تنقض الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق واذ ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلت الجهالة صح
التوكيل بالشراء والا فلا فينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الا بعد بيان
النوع وذلك نحو ان يقول اشترى ثوباً بالان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب الابرسم والقطن والكتان
وغيرهم فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمي التمن لان الجهالة بعد بيان التمن متفاحشة فلا
تقل الا بذكر النوع بان يقول اشترى ثوباً بغيره ويا فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال
اشترى حيواناً أو قال اشترى دابة أو أرضاً أو مملوكاً أو جوهر أو جوبو بالان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته
أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بان يقول ثوباً بغيره ويا فاذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال

اشترى دار الايصاح لان بين الدار والدار تفاوتا فاحشاً فان عين الدار يجوز وان لم يعين ولكنه بين الثمن جاز أيضاً
 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 داراً في موضع كذا أو حبة لؤلؤ أو فص يا قوت أحر
 ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما
 وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذكر أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشترى عبداً تركياً أو
 مقدار الثمن بأن قال اشترى عبداً بالف درهم لان الجهالة تقل بذكر أحدهما وبحال الموكل لان الصفة تصير معلومة
 بذكر الثمن وان لم يذكرها واذا ذكر الصفة بصير الثمن معلوماً بحال الأمر فيما يشترى به أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشتري
 عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبي يوسف فيمن قال اشترى خادماً من جنس كذا ان ذلك يقع على ما
 يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان الثمن كثيراً لا يتعامل الناس به لم يجز على الأمر وكذا البدوي اذا قال اشترى
 خادماً حبشياً فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فان لم يذكر أحدهما أصلاً فالوكالة باطلة لان
 الجهالة غشيت بترك ذكرهما جميعاً فنمت صحة الوكالة ولو قال اشترى حميراً أو بغلاً أو فرساً أو بعيراً ولم يذكر صفة ولا
 ثمن قالوا انه يجوز لان النوع صريح معلوماً بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا
 الثمن فينظر ان اشترى حميراً 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 اشترى بمثل قيمته
 نحو ان يكون الموكل مكارياً فاشترى الوكيل حميراً مصرياً يصلح للركوب لان مثله يشترى الحمار للعمل والحمل
 لا للركوب ولو قال اشترى شاة أو قرة ولم يذكر صفة ولا ثمن لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة بالصفة بحال
 الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوماً ما 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 طيلة لساناً لا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما
 والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم التوكيل فنقول والله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه وكيلاً 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) قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة
 فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذي هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك
 انكاراً وقد يكون اقراراً 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 لاني غيره وقال أبو
 يوسف يصح فيه وفي غيره (وجه) قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل الى غيره واقرار الموكل لا تقف صحته
 على مجلس القاضي فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر اليه لكن في مجلس القاضي لان التوكيل بالخصومة
 أو بجواب 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 فتستيد بمجلس القاضي الأنا إذا اقر في غير مجلس القاضي يخرج عن
 الوكالة وينزل لانه لو بقى وكيلاً لبقى وكيلاً لبقى 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

المطلوب من الوكيل بالخصومة الا هتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يتدى الى شئ يؤمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالقبض (ولنا) انه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهي الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضى الدين يملك القبض في ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا ان المتأخرين من أصحابنا قالوا انه لا يملك في عرف ديارنا لان الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضى كالكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة في أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة في اثبات الدين اذا أنكر التريم عند أبي حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أيضا فيما لك اقامة البينة وكذا لو اقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو برأه عنه قبلت بيئته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا في الوكيل بقبض العين اذا أنكر من في يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو اقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من الذي وكله بالقبض لا تسمع منه بيئته في اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا في الوكيل يطلب الشفعة وبالرد بالبيع وبالقسمه انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى الى الخصومة كالتوكيل بقبض العين ولا يبي حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحق في مبادلة المال بالمال تتعلق بالعقد كما في البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن القعل 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 التريم وتمليكها بهذا القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بامر جديد فهو الفرق بين الفصلين فاذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجه دون وجه كمن وكل انسا نا ينقل زوجته الى حيث هو فظالها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على ان زوجها طلقها ثلاثا تسمع هذه البينة في اندفاع حق الوكيل في النقل ولا تسمع في اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل يأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالبيع والقسمه فيها معنى المبادلة فكانت الخصومة فيها من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ماشئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيها يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومته وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بتقويض الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ التريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصح فقبضه وقبض الاجنبي سواء فان وصل الى يد الوكيل الاول برى التريم لانه وصل الى يدهم هونائب الموكل في القبض وان هلك في يده قبل أن يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض للتريم لان قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين 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 مغرورا من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه اذ كل غارضا من للمغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ التريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان اللطالبا أن يأخذ التريم بيده واذا أخذ منه رجع التريم على الوكيل الثاني لما قلنا ويرجع الوكيل الثاني على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل بقبض الدين للموكل على انسان معين أو في بلد

معين لا يملك أن يتعدى الى غيره لان المتصرف بحكم الامر لا يملك التعدي عن موضع الامر وليس للوكيل قبض الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينا مكانه لان هذه معاوضة مقصودة وانها لا تدخل تحت التوكيل بقبض الدين وهذا ما بينا ان قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة الا أن التوكيل بقبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المتعلقة بالتوكيل بقبض الدين وحق الضرورة بصير مقضيا بثبوتها ضمنا للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلا فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين فحاض انسان الى الغريم وقال ان الطالب امرني أن أقبضه منك فان صدقه الغريم وأراد أن يدفع اليه لا يمنع منه وان أي 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 الامر وان كذبه وانكر 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 فحاض الطالب يقال له ادفع الدين الى الطالب ولا حق لك على الوكيل لانه لما صدقه في الوكالة فقد أقرب بوكالته واقارره صحيح في حق نفسه فكأنه يقول ان الوكيل كان محتاقا قبض وان الطالب ظالم فيما يقبض مني وان ظلم على مبطل فلا أظلم على محق وان صدقه وضمنه ما دفع اليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض لان الغريم وان أقر ان القابض محق في القبض بتصديقه اياه في الوكالة فعنده ان الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه فاذا ضمنه فقد أضاف الضمان الى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق واطراف الضمان الى المقبوض المضمون صحيح كما اذا قال ما غضبك فلان فعلى وان كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع اليه له أن يضمن الوكيل لان عنده انه مبطل في القبض وانما دفعه اليه على رجاء أن يحوزه الطالب وكذا اذا لم يصدق ولم يكذب لانه لم يوجد منه الاقرار بكونه محتاقا قبض فيملك الرجوع عليه الوكيل بقبض الدين اذا قبضه فوجده معيبا فا كان للموكل رده فله رده وأخذ بدله لانه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلا ووصفا كذا الوكيل ولو وكل رجلا يقبض 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 مقر بالدين والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الايقاع مع الاحتمال بل يجبر على التسليم الى الوكيل وكذلك الوكيل يطلب 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 مقر 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 مارضى 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 علمه فان أبي أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على حجه (وجه) قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حتمه 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 شيئا وانما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل وهذا بخلاف ما اذا مات الطالب فادعى الغريم انه قد كان استوفاه حال حياته وانكر الوارث ان له أن يستحلف الوارث على علمه

بالله تعالى ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه في الاستيفاء الذي هو حقه فلم يكن استحقاقه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على عامه 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 البيينة على الايفاء سمعت بيئته عند أبي حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة بناء على ان الوكيل قبض الدين هل يكون وكيلاً بالخصوص فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على هذا الاختلاف اذا أقام الغريم البيينة انه أعطى الطالب بالدرهم الدنانير أو باعه بها عرضاً فينته مسموعة عنده وعندهما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة ويستوى فهما الجنس واختلاف الجنس فكان الخلاف في الكل ثابتاً (وأما) الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقاً واما أن يكون مقيداً فان كان مقيداً راعى فيه القيود بالاجماع حتى انه اذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون خلافه الى خير لما مر ان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيسلي من التصرف قدر ما ولاه وان كان الخلاف الى خير فاعلمنا هذا ان كان خلافاً بصورة فهو وفاق معنى لانه أمر به دلالة فكان متصرفاً بتولية الموكل فنقد بيان هذه الجملة اذا قال بع عبدي هذا بالف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا اذا باعه بغير الدرهم لا ينفذ وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لانه خلاف الى شر لان أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان في معنى الخلاف الى شر وان باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لانه خلاف الى خير فلم يكن خلافاً أصلاً وكذلك على هذا ولو كله بالبيع بالف درهم حالة فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه بألف حالة نفذ لما قلنا وان وكله بان يبيع ويشترط الخيار للآمر فباعه ولم يشترط الخيار لم يجز بل يتوقف ولو باع وشترط الخيار للآمر ليس له أن يجزى لانه لو ملك الاجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة هذا اذا كان التوكيل بالبيع مقيداً فأما اذا كان مطلقاً راعى فيه الاطلاق عند أبي حنيفة فيملك البيع بالتليل والكثير وعندهما لا يملك البيع الاجماعتين الناس في مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف الى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف اليه كالتوكيل بالشراء ولا في حنيفة أن الاصل في اللفظ المطلق أن يجزى على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه الى شراء ما هو أرح منه متعارف أيضاً فلا يجوز تقييده المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغبن فاحش ان لم يكن متعارفاً فعلاً فهو متعارف ذكره وتسمية لان كل واحد منهما يسمى بيعاً وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف ذكره وتسمية من غير اعتبار الفعل الا ترى أن من حلف لا يأكل لحمياً كل لحم الآدمي أو لحم الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفاً لكونه متعارفاً اطلاقاً وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف القياس لكونه أمراً بالتصرف في مال غيره وذكروا الثمن فيه تبع الا ترى انه يصح بدون ذكر الثمن الا انه يجوز باعتبار الحاجة ان كل أحد لا يتبها له أن يشتري بنفسه فيحتاج الى من يوكل به غيره والحاجة الى التوكيل بالشراء ثمن جرى التعارف بشراء مثله بثلثه فينصرف الامر بمطلق الشراء اليه البتة الثاني المشتري منهم بهذا الاحتمال انه يشتري لنفسه فلم يتبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة في البيع منعدمة فهو الفرق وكذلك يملك البيع بغير الائتمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعي رحمه الله وملك البيع بالتقدم والنسيئة عنده وعندهما لا يملك الا بالنقد 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 وكيلاً ببيع عبدين 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 باجازه

الموكل أو يبيع النصف الباقي ولو كان وكيلاً بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم الأمر إجماعاً إلا أنه يشتري الباقي ويجزئه
الموكل (وجه) قوطهما الجمع بين الشراء والبيع بجماع وهو العرف والعادة ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة
في الاعيان ولا يبيح حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر الأبرى أن عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز
فلان يجوز بيع البعض به أولى لأنه تقع موكله حيث أمسك البعض على ملكه وبهذا فرق الشراء لأن الوكيل
بالشراء إذا اشترى النصف بثلث الكل لا يجوز والوكيل بالبيع بثلث ابراء المشتري عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن
يأخذه عوضاً وله أن يصالح على شيء ويحتمل به على انبساط وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيئاً
من ذلك (وجه) قوطهما 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 لأن قبض الثمن حقه فكان البراء عن الثمن إبراء عن قبضه تصحيحاً
لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لأنه لو بقي لبق ديناً لا يحتمل القبض أصلاً وهذا
تماماً نظيره في أصول الشرع ولأن ديناً لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفسد فيسقط ضرورة ويضمن الثمن
للموكل لأنه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى إلى ملك غيره بالانفاق فيجب عليه الضمان وكذا إذا أخذ بالثمن
عوضاً عن المشتري لأنه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رقبته الدين ضرورة بما أخذه من
العوض ويضمن لما ذكرنا وكذا إذا صالحه على شيء لأن الصلح مبادلة وكذا إذا أحاله المشتري بالثمن على انسان
وقبل الوكيل الحوالة لأنه قبول الحوالة تصرف في حق نفسه بالبراء عنه لأن الحوالة مبرئة وذلك بوجوب سقوط الدين
عن الخيل فيه لما ذكرنا ويضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادق حق
نفسه فيصح لكنه تعدى إلى الموكل بثبوت الحيلولة بينه وبين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره
لأن مبنى الوكالة على الخصوص لأن الوكيل يتصرف بولاية مستتدة من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت
العموم إلا بلفظ يدل عليه وهو قوله اعلم فيه رأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثاني
بحضرة الأول جاز وان باع بغير حضرته لا يجوز إلا أن يجزئه الأول أو الموكل وكذا إذا باعه فضولي فبلغ الوكيل أو الموكل
فجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الأول أو لم يكن
بحضرة وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لأن عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل
بل المقصود رأيه فاذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنقدوا إذا باعه لا بحضرته أو باع فضولي فقد خلا
التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه يتقدم موقوفاً على اجازة الوكيل أو الموكل لصدر التصرف من أهله في محله وليس
للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لأن الحقوق تتعلق بالعاقبة فيؤدى إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مساماً
ومتساماً مطالباً ومطالاً وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولأنه متهم في ذلك وليس له
أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل التيممة واجمعوا
على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قوطهما أن البيع من هؤلاء ممن الاجنبي سواء لأن كل واحد
منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولا يبيح البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الاجنبي
ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لأن البيع من عبده يبيع من نفسه لأنه لا يملك له وكذا المكاتب لأنه عبده ما بقي
عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا يحققة أن اتصال منافع الاملاك بينهما تورث التهمة لهذا
لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الاجنبي ولو عم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو بيع من هؤلاء أو أجاز ما صنع
الوكيل جاز بيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده إذا لم يكن عليه دين يحال الوكيل
بالبيع مطلقاً يملك البيع الصحيح والفاسد لأن اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين اذ هو مبادلة شيء مرغوب

وعرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتعبد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا
لا يجوز تحريمها عن الكفارة وان كان نص التحريم مطلقاً عن شرط السلامة لثبوتها بدلالة كذا هذا (وجه) قول
أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تشييد المطلق الابدليل
وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر يتعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذا فات
ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقضت الذات فلا يتناولها مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات
باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما
لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله ان يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم منها فاشترى الوكيل جارية ان اشتري
بمثل القيمة أو باقل من القيمة أو بزيادة يتعابن في مثلها جاز على الموكل وان اشتري بزيادة لا يتعابن الناس في مثلها يلزم
الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الامر على الوكلاء ولا امتنع عن
قبول الوكالات والناس حاجة اليها فمست الحاجة الى تحملها ولا ضرورة في الكثير لا مكان التحرز عنه والفاصل
بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة
لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل كانه 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 الجصاص ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها لان ذلك
يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبناً فيه ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبناً فيه وقدر نصر بن يحيى القليل
بالدين وفي الحيوان بالدين يارده وفي العتار بالدين وازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء
موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امتثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو
خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك
يلزم الوكيل اجماعاً لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب
وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوماً أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي
منه أولاً والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقاً ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل أن يشتري الباقي قال
أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل
قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشترياً للموكل فكيف يتقدم منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتري لنفسه فينفذ اعتاقه ولا يبي
يوسف ان اعتاق الموكل صادف عقد أموقفاً فهاذه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة
واعتاق الوكيل لم يصادف عقد أموقفاً على اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتتمل
التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم
الموكل ولا يتفق ومنه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كرا حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكرا بخمسين وكذا لو
وكله بشراء عبد بالف درهم فاشترى أحدهما بخمسة لزم الموكل اجماعاً وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى
واحد 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 العشر ون بدرهم ولو
اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحساناً (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة
لامعنى لانه خلاف الى خير وهذا لا يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا
هذا (وجه) قوله 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 الوزنين 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 بساوية درهم لا يلزم الموكل إلا أن يشتري الثاني بقيمة 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 نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك إلا بحضور من الموكل
كما لا يملك الموكل عزله إلا بحضور منه على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شيء بغير عينه إذا
اشترى يكون مشترياً لنفسه إلا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه أنه إذا قال اشترىته لنفسى وصدقه الموكل فالمشتري
له وإذا قال الموكل اشترىته لى وصدقه الوكيل فالمشتري للموكل لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما
يملك للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل شراؤه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما
ولو اختلفا فقال الوكيل اشترىته لنفسى وقال الموكل بل اشترىته لى يحكم فيه الثمن فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه
فالمشتري له وإن أداها من دراهم موكله فالمشتري لموكله لأن الظاهر تقديراً لثمن من مال من يشتري له فكان الظاهر
شاهداً 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 محمد أن الأصل أن يكون الإنسان متصرفاً لنفسه لا لغيره فكان
الظاهر شاهداً للوكيل فكان المشتري له (وجه) قول أبي يوسف أن أمور المسامين 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 الإحالة وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مساماً ومتسماً مطالباً ومطالباً
ولأنه متمم 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 وجدته
وولده وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وعندهما يجوز إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل أو
بزيادة يتعابن في مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لا دين عليه ومكاتبه وقد مرّت المسئلة بحججها
من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ماشئت أو قال له بيع من هؤلاء أو أجاز ما صنعته الوكيل جاز لأن المانع من
الجواز التهمة وقد زالت بالامر والاجازة ولو دفع إليه دراهم ووكله أن يشتري له بها طعاماً فبوعلى الخنطة والديق لا
على الفاكهة واللحم والخبز لأن الطعام في الحقيقة وإن كان اسماً يطعم لكنه ينصرف إلى الخنطة والديق بقرينة
الشراء في العرف ولهذا سمي السوق الذي تباع فيه الخنطة والديق سوق الطعام دون غيره إلا إذا كان المدفوع إليه
قليلاً كالدرهم ونحوه أو كان هناك وليمة 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 والمطبوخ إلا إذا كان مسافراً أو نزل
خائفاً ودفع إلى إنسان درهمين ليشتري به لحمًا ولا إلى لحم الطير والوحش والسمك ولا إلى شاة حية ولا إلى مذبوحة غير
مسلوخة لأن عدم جريان العادة باشتراؤه وإن اشترى مسلوخاً جاز على الموكل لأن المسلوخ يباع في الأسواق في العادة
ولا إلى البطن والكرش والسكب والرأس والكرع لأنها ليست بلحم ولا يشتري مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فلا
ينصرف مطلقاً للتوكيل إليه بخلاف ما إذا حلف لا يأكل لحم فأكل هذه الأشياء أنه يحنث لأن مبنى الإيمان على
العرف ذكر أو تسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلاً ألا ترى أن حكم الحنث يلزم بأكل القديد ولو اشترى
الوكيل القديد لا يلزم الموكل لأن عدم العادة ببيع القديد في الأسواق في الغالب ولا إلى شحم البطن والألية لأنها ليسا
بلحم ولو وكله بشراء ألية لا يملك أن يشتري لحمًا لأنها مختلفتان اسماً ومقصوداً ولو وكله أن يشتري سمكاً بدرهم فهو

فهو على الطري الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطري الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله
 بشراء الرأس فهو على التي دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا في موضع جرت العادة
 بذلك والمذكور من اختلاف في الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور
 والسمنك والجراد لانعدام العادة ولو وكله بشراء دهن فله ان يشتري أي دهن شاء وكذا اذا وكله بشراء فاكهة له ان
 يشتري أي فاكهة تباع في السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت اليمين المنعقدة عليه
 تقع على بيض الطيور كلها ما ذكرنا ولو وكله ان يشتري لبنا فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم والبقر والابل
 وكذا اذا وكله بشراء السمن فان استوى يافو 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 أو شراء فرس أو برزون
 فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله
 يأمركم ان تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكراً وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران
 وذكر القدوري رحمه الله انها تقع على الانثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والانثى
 والدجاجة على الانثى والبعير على الذكر والناقة على الانثى والبختى ضرب خاص من الابل والنجبية 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 أو هامهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الاول أو باجازته
 أو باجازة الموكل جاز على الموكل والا فلا الا اذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ الوكيلان هل يتفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلاه أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون
 صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجيز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى الرأي والموكل اتمارضى رأيهما لا يرى
 أحدهما واجتمعا على ذلك فلم يملك أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى
 أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضر الماذكر نافي 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 والعتق على مال والخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك
 مما يحتاج الى الرأي ولم يرض برأي أحدهما باقراده وكذا ما خرج مخرج التملك بان قال رجلين جعلت أمر امرأتي
 بيدكما أو قال لهما طلقا أمرأتي ان شئنا لا يتفرد أحدهما بالتطبيق لانه جعل أمر اليد تملكها ألا ترى انه يقف على
 المجلس والتملكات هي التي تختص بالمجلس والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال طلقا أمرأتي ان شئنا
 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 الرأي والامانة وقد
 فوض الرأي اليهما جميعاً لا الى أحدهما ورضى بأما تهما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى
 يصل ما قبضه الى صاحبه فيقع في أيديهما جميعاً أو يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل
 فقد حصل المقصود بالقبض فصارت كانهما قبضاه جميعاً ابتداءً (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعتق على غير
 مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلاه لان هذه التصرفات مما
 لا يحتاج الى الرأي فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للتصرف الى كل واحد منهما باقراده (وأما) الوكيلان
 بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف باقراده عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يتفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما
 يحتاج الى الرأي ولم يرض برأي أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول أصحابنا الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضى بما يملكه الخصام واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما تقوى بضاً للخصومة الى كل واحد منهما فأبهما خصام كان تمثيلاً الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما 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 كالموكل بالدين والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (أما) التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع الى الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطلب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فحقوقه راجعة الى العاقد كاليامعات والاشربة والاجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالاجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن اليه ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأبهما 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 قد الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحساناً وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا قد المشتري الثمن ولا يطلب به الموكل واذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ان كان قد سد الثمن اليه وان كان قدده الى الموكل يرجع بالثمن عليه وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً له ان يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضى أخذ الثمن من الوكيل ان كان قدده الثمن وان كان قدده 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 أن يردّه على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له أن يردّه عليه الا برضاموكله 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 أو معبراً محضاً حتى ان وكيل الزوج في النكاح لا يطلب بالمهر وانما يطلب به الزوج الا اذا ضمن المهر فينذ يطلب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطلب بدل 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 المتبوع 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 أن يكون الانسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لهما ما كسبت وعليهما ما اكتسبت وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً لان السبب وجد منه حقيقة وشرعاً الا ان الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله له بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف الى الأمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الأمر والانابة بايجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة

بأبواب التوابع الحكم للوكيل توفيراً على الشبهين حفظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو إثبات أصل الحكم للوكيل وإثبات التوابع للموكل لأن الأصل في نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية لأنها علة نفاذه إذ لا ملك له والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية 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 التكاح وأخوانه لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل بل هو سفير ومعبر بمنزلة الرسول ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله فإنه قدمت النيابة فبقي سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه ثم يقول إنما تلزمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة (فأما) إذا لم يكن بان كان صيياً محجوراً ينفذ بيبعه وشرأؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لأن ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيتبع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور رسوا علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له فأما إذا كان جاهلاً فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه (وجه) قوله إن الرضا شرط جواز التجارة وقد اختلف الرضا لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فإذا تبين أنها ليست عليه اختل رضاه فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية إن الجهل بالبحر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي لأن الأصل فيه هو البحر والأذن بعارض الرشد فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً ولو علم بالبحر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والإيداع والزهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا إن قبض الوديعة والعارية والزهن ولا القرض ممن عليه لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة إليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخوانه لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعاً على ما قرئنا فكانت الحقوق عائدة إليه وكذا في التوكيل بالاستعارة والارتمان والاستمهاج 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 فلو يوكل غيره فيها (ومنها) إن المقبوض في يد الوكيل بمجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده دينياً بة عن الموكل بمنزلة المدعى فيضمن بما يضمن في الودائع ويرأى بما يراها 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 فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغير في إبطال حقه ونجس الدين على أحدهما لا عليهما لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما ما دون المصدق فإن صدق الوكيل في الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فإن حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وإن صدق الطالب أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه إليه فإن حلف برى وإن نكل لزمه ما دفع إليه وكذلك لو أودع مالاً رجلاً وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان فقال المدعى دفعته وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو دفع المدعى الوديعة إلى رجل وأدعى أنه قد دفعها إليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الأمر فالقول قوله مع عيبه أنه لم يأمره بذلك لأن المدعى يدعى عليه الأمر وهو ينكر والقول قول المنكر مع عيبه ولو كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على الغير فامر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه وقال فلان ما قبضت فالقول قول

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الا بينة أو بتصديق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعى
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 ولكنهم لا يصدقون 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 للقابض والقول قول المنكر مع يمينه ولو
كذبه الموكل في الدفع وطلب الوكيل يمينه فانه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم انه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان
نكل سقط الضمان عنه ولو ان الوكيل المدفوع اليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع اليه الموكل جاز لانه
لو لم يدفع اليه الدراهم أصلاً وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين في الحقيقة وكيل
بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء اذا تعدا ثمن 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 بينته
وبرى الموكل من الدين ورجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان الثابت بالبينة كالثابت حساً 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 فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر
وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل بقوله قضيت يدعى على
الطالب ببيع دينه من الغريم وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على
العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون
الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى ويغرم ألقاً أخرى للطالب لان الموكل صدقه في دعوى القضاء عنه بأمره
وهو مصدق على نفسه في تصديقه فثبت القضاء في حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر التدورى رحمه الله وذكر
في الجامع ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لان
الطالب منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده في حق الموكل لانه 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 بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصارت متعدي في الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان
عليه وليس هذا كالموكل يدفع الزكاة اذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل انه ضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم
يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة ما مور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو اسقاط القرض بتملك المال
من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقى الدفع من الوكيل تعدياً محضاً فكان مضموناً عليه فاما
قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض عنه والمقبوض
بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء والمقبوض بجهة القضاء مضمون على
القابض ويقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض
بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على المشتري بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل لان هنالك لم يوجد
التبضع بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقى تعدياً فيجب عليه ضمان التعدى والقول قول الوكيل في انه لم يعلم
بدفع الموكل لان القول قول الامين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا اذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل
بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه واذا كان عالماً بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم الوكيل ببيع العبد اذا قال بعث

وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (أما) ان كان الموكل يسلم 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 يجوز 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 نقد الثمن ثانياً الى الموكل وأخذه المبيع وان
 شاء فسخ البيع وله أن يرجع في الحالين جميعاً على الوكيل بما تقدمه كذا ولو أقر الوكيل بالبيع وزعم ان الموكل قبض
 من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك فان الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في اقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا
 ويجبر المشتري على ما ذكرنا الآن هناك لا يرجع على الوكيل بشي 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
 عيته لانه أمين ويجبر الموكل على تسليم العبد الى المشتري لانه ثبت البيع وقبض الثمن بتصدقه اياه ولا يؤمر المشتري
 بنقد الثمن ثانياً الى الموكل لانه ثبت وصول الثمن الى يد وكيله بتصدقه ووصول الثمن الى يد وكيله كوصوله الى يده هذا
 اذا لم يكن العبد مسلماً الى الوكيل فاما اذا كان مساماً 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 ويرى المشتري من الثمن ولا يمين عليه (أما) اذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشك وكذا اذا كذبه في البيع
 أو صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن لان الوكيل أقر ببراءة المشتري عن الثمن فلا يحلف ويحلف الوكيل فان حلف
 على ما يدعيه 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 بقبض 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 يحلف
 الموكل على العلم بقبض الوكيل فان نكل رجوع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن ولكنه كذبه في
 الهلاك أو الدفع اليه فان الوكيل يرجع بما ضمن عليه لان يد وكيله كيده ولو كان الوكيل لم يقر بقبض 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 القاضى رجوع عليه بالثمن ان أقر بقبض الثمن منه ولو كبل 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 يحلف 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 بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لانه لم يدفعه 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 بشي ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوي في الفصل الاول ان الوكيل يبيعه في قولهما
 وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كييع مال المدينون المقاس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لانه لما
 رد عليه فسحاً عادت الوكالة فاذا بيع العبد يستوفي المشتري الثمن منه ان أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض
 نفسه وان أقر بقبض 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 يقض الدين اذا لم يدفع الموكل اليه ما لا يقضى دينه منه فقضاء من

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لان الأمر بقضاء الدين من مال غيره استقرض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن الى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين اذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذلك الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجهه) قوله ان المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى انه لو هلك في يده فإهلاكه على الموكل حتى لا يستقط الثمن عنه وليس للامين حبس الامانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) انه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمانا للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبايع مع المشتري واذا طلب منه الموكل فبسه 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 (وجهه) قول زفر ما ذكرنا ان المبيع أمانة في يده والامين لا يملك حبس الامانة عن صاحبها فاذا حبسها فقد صار غاصبا والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغأ ما بلغ (وجهه) قول أبي يوسف ان هذه عين محبوسة بيد من يستقط بهلا كما فكانت مضمونة بالاقل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجهه) قوله ان هذه عين محبوسة بيد من هو عن 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 في ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول والله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة بأشياء (منها) عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل به لان العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه الا بعد العلم به كالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه 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 كائنا ما كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا أصغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن سحت 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 يصدقها 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 (وجهه) قوله ان الاخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الاخبار في سائر المعاملات (وجهه) 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 احدها وطها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشقيع اذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقها ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفيعته عند أبي حنيفة وعندهما بطلت شفيعته وعلى هذا الاختلاف اذا جنى العبد جناتية في بني آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه ان عبده قد جنى فلم يصدقها حتى اعتقه لا يصير المولى مختارا للقاء عند أبي حنيفة وعندهما يصير مختارا للقاء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون اذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقها 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 عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات

العبد قبل التسليم الى المشتري كان للمشتري ان يرجع بالثمن على الوكيل و يرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء
 لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثاني أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما اذا تعلق بها حق الغير فلا
 يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل
 يدين له عليه أو وضعه على يدي عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل
 الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعي عليه وكيلا بالخصومة مع المدعي بالتمس
 المدعي فعزله المدعي عليه بغير حضرة المدعي لا ينعزل لما ذكرنا واختلف المشايخ فيمن وكل رجلاً بطلاق امرأته ان
 غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبهه
 الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به وانما فعله باختياره فيملك
 عزله كما في سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعني بالفارسية وكيلى دمار كست هل يملك عزله اختلف
 المشايخ قال بعضهم ان كان ذلك في الطلاق والعراق لا يملك لانه لما وكله وكالة تامة غير جائز الرجوع عنها فقد اُلحق
 حكم هذا التوكيل بالأمر ثم لو جعل امرأته الى رجل بطلقها متى شاء أو أمر عبده الى رجل يعتقه متى شاء لا يملك
 الرجوع عنه وكذلك اقل رجل طلق امرأته ان شئت أو اعتق عبدي ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان كان في
 البيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل في الكل لان الوكالة ليست بلازمة
 بل هي اباحية وللمبيع حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانت وكيلى وكالة مستقبلية فعزله ينعزل
 ولكن بصير وكيلا ثانياً وكالة مستقبلية كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكتبتك
 وقلت لك كلما عزلتك فانت وكيلى فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلا بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق
 التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينعزل الوكيل ولا يصير وكيلا بعد ذلك بوجود الشرط وقال
 بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلية والا
 اصح لانه لما ملك العزل في المرسل ففي المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بامر الموكل وقد بطلت أهلية
 الأمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان الجنون المطبق مبطل لأهلية
 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 يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبي حنيفة
 وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً فان
 أسلم الموكل نفذت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذلك الوكالة وان كان
 الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذلك الوكالة وان كان
 لا تؤثر فيمارتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلاً فعجز الموكل وكذا
 اذا وكل المأذون انساناً فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية أمره بالتصرف في المال فيبطل الأمر فتبطل
 الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت مبطل لأهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار
 الحرب مرتداً لم يحجز له التصرف الا ان يعود مسالماً لان أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفاً فان عاد مسالماً
 زال التوقف وصار كأنه لم يرتد أصلاً وان حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسالماً 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 يحجز
 تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لا اختلاف الدارين فاذا اعد 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 ملك بيعه فيها كذا هذا (وجه)

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم بطلانه بلحاظه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد
ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود ووجهه ان بطلان الوكالة
لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلماً عاد ملكه الاول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة
الموت ولومات لا يحتمل العود فكذا اذا لحق بدار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف
الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو اعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا اذا استحق أو كان حراً الاصل
لان الوكيل عجز عن التصرف لزال ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه
بعيب فبضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالتسخير عين الملك
الاول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف
فما وكله به والوكيل بعد ما اعزل لا يعود وكذا لا يتجدد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع
في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة (ووجه) الفرق له
لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بزواج امرأة فزوجه لانه عجز عن تزويجها
منه فبطلت الوكالة وكذا اذا وكله بعق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا اذا وكله بخلع
امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة واقتضت
عدتها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث واقتضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها
تحتل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه
امرأة فزوجه وابتاعها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل
الامثال فانتهي حكم الامر كافي الا و امر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الوكيل ثم رد عليه فبضاء 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 يحز له أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجدد
التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابته أو نحو ذلك لان التصرف في
الحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف بحال فبطلت ثم هذه الاشياء التي ذكرنا ان
يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والتهى لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن
الوكالة لكن تقع المقارفة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم
به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل
بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو اعتقه أو استحق أو كان حراً الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك
العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولاً يتصرف الموكل لكنه صار
مغرواً من جهته بترك اعلامه اياه فصار كقبيلته بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في
الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخواتها 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 بامره وقبض النائب
كقبض المنوب عنه فكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله عز وجل أعلم

كتاب الصلح

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان ركن الصلح وفي

بيان شرائط الزك في 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 والله التوفيق الصلح في الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه و صلح عن انكاره و صلح عن سكوتة من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو اما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه وإما أن يكون بين المدعى والاجنبي المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلاثة مشر وع عند 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 ثابتا ولم يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلا الحق لو ثبت فانما يثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عنه التعارض فاما في السكوت فلان الساكت ينزل منكر أحكام حتى تسمع عليه البينة فكان انكاره معارض 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 مشر وعابظا هو هذا النص الا ما خصه بدليل وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم -م الضعائين أمر رضي الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقا وكان ذلك بحضور من الحساب الكرام رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعا من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها في التحقيق عند الانكار اذا اقرار مسالمة ومساعدة فكان أولى بالجواز ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي رحمه الله ما صنع الشيطان من اتباع 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 شرعا فكان هذا صلحا عن حق ثابت فكان مشر وع

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

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الزك فانواع بعضها يرجع الى المصالح وبعضها يرجع الى المصالح عليه وبعضها يرجع الى المصالح عنه (أما) الذي يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلا وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي 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 أولا 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 البينة لا حق له الا لخصومة والحلف والمال أتع 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 أولا فراقا بينه وبين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبي المأذون في التجارات كالبالغ الا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقد بان يبيع باجل فيملكه متأخر عن العقد أيضا 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 أتع 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 أن قبلها جاز لان الثمن أتع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع فخط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الخط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان

عليه ديناً فاقرب به فصالحه على أن حط عنه البعض جازلان إقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعاً على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون إذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة إلا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق إذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل كيف ما كان ويملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جازماً ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على إنسان ديناً وهو مأذون فأقر به ثم صالحه على أن حط بعضه جازلان إقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعاً على العبد ببعض الدين فيصح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى إنسان عليه ديناً فأقر به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فإن لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لأن إقرار المحجور لا ينفذ إذ لم يكن في يده مال وإذا لم ينفذ ينفذ الصلح فلا يطلب به للحال ولكن يطلب به بعد العتق لأن إقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله إلا أنه إذا لم يظهر في حق المولى للحال لما منع وهو حق المولى فإذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما إذا كان في يده مال فيجوز إقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قوله ما إن هذا إقرار المحجور بطلان الأذن بالحجر وإقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة إن إقرار المحجور إذا كان في يده مال صحيح لأن العبد المحجور من أهل الإقرار وإنما المانع من ظهوره في حق المولى فإذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهوره في حق المولى لأنه لا يمكن أن يكون صادراً في إقراره فيمنع ظهوره في حق المولى فيه ويحتمل أن يكون كاذباً فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما إذا لم يكن في يده مال لأن يد المولى ثابتة حقيقته والإقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقته مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لأنه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن عجز المكاتب فادعى رجل عليه ديناً فاصطلح على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فإن لم يكن له عليه بينة لا يجوز لانه لما عجز فقد صار محجوراً عن التصرف فلا يصح صلحه وإن كانت له عليه بينة جازلاً لانه وإن عجز فالخصم في دونه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضراباً مضرراً ظاهرة حتى إن من ادعى على صبي ديناً فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فإن كان للمدعى بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتعاقب في مثلها فالصلح جائز لأن الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لا مكان الوصول إلى كل الحق بالبينة والأب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغين اليسير وإن لم تكن له بينة لا يجوز لأن عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعاً بمال الصغير وأنه ضرر محض فلا يملك الأب ولو صالح من مال نفسه جازلاً لانه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على إنسان ديناً للصغير فصالح على أن حط بعضه وأخذ الباقي فإن كان له عليه بينة لا يجوز لأن الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وإن صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيئاً يسيراً جازلان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الأب الحط من دين وجب للصغير والبراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) إن كان ولي ذلك العتد بنفسه (وأما) إن لم يكن وليه فإن لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لأن الحط والبراء من باب التبرع والأب لا يملك التبرع لكونه مضرراً محضاً وإن كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أباً كان المصالح أو غيره وإن خرج حياً بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لانه لو صلح عليه لكان لا يخلو أما أن يصح على اعتبار الحال وأما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سبيل إلى الأول لأن الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه مولى عليه ولا سبيل إلى الثاني لأن الصلح لا يمتثل إلا إضافة إلى الوقت ويملك الأب استيفاء القصاص في النفس ومادونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والسرقة إن استيفاء القصاص تصرف

على نفس الصغير بالاحياء وتحصيل التشفي قال الله تعالى عز شأنه ولكم في القصاص حياة وكذا منفعة التشفي راجعة الى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها ولهذا ملك انكاحه دون الوصي لأنه يملك القصاص فيادون النفس لأن مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لشبهه بالاموال الأخرى ان القصاص لا يجري بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع جريان القصاص بينهم في الاتساق ويستوفى القصاص فيادون النفس في الحر كما يستوفى في سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفى القصاص في النفس فيه ويتقضى بالتكول في الاطراف كما يقضى به في الاموال عند أبي حنيفة ولا يقضى به في الاتساق وله ولاية التصرف في الحال والمال فيلى التصرف فيما دون النفس ويملك الأب الصلح عن القصاص في النفس ومادونه لأنه لما ملك الاستيفاء فلا يملك الصلح أولى لأنه أنفع من الاستيفاء وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيادون النفس لأنه يملك الاستيفاء فيادون النفس فكذا الصلح عنه لأنه أنفع وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح انه لا يملك وذكر في الجامع الصغير انه يملك وكذا روى القدوري رحمه الله فعلى رواية الجامع يحتاج الى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح (ووجهه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والتشفي ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وانه فرق واضح (وجهه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فاذا يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الأب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمدة لا يجوز لان الخطأ تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والخطأ القليل والكثير سواء بخلاف 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 مقدرا لاختلافه بتقوم المقومين فاذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالاب والجد والوصي لان الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه (ومنها) أن لا يكون مرتدا عند أبي حنيفة وعندهما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة لكن عند محمد نقاذ تصرف المرتد وعند أبي يوسف نقاذ تصرف من عليه القصاص في النفس والمسئلة تعرف في موضعها ان شاء الله تعالى وأما المرتد فصلحها جائز بلا خلاف لان حكمها حكم الحرية الا انها اذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك بطل بعضها دون بعض كصلح الحرية لثبوت أحكام أهل الحرب في حقتها 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 مما لا 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 وجهة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو من أحد وجوه (اما) أن يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقد روي وصفا واستحقاقا كالعروض من الثياب والعقار من الارضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الخنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (واما) أن يكون ديناً وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذممة 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 والاثياب الا بجمع شرائط

السلم لان هذا الصلح من الجانبين جميعا في معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن وهذه الاشياء تصلح ثمنافي
 البياعات عينا كانت أو دينا الا الحيوان لانه ثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال أصلا والياب لا تثبت دينا في الذمة
 الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمكيل والموزون يثبتان في الذمة مطلقا في المعاوضة المطلقة
 من غير أجل ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بصرف ولا في ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن
 عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وان كان دينا فان كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (اما)
 ان صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها فان صالح منها على عين جاز لان
 الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وانه جائز ولا يشترط القبض وان صالح منها على دين سواء لا يجوز لانه بائع
 ما ليس عنده لان الدرهم والدنانير أثمان أبدا 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 يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان
 صالح على مثل حقه (واما) ان صالح على أقل من حقه (واما) ان صالح على أكثر من حقه فان صالح على مثل
 حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف جياذ على ألف جياذ فلا شك في جوازه ولا يشترط القبض لان هذا استيفاء
 عين حقه أصلا ووصفا ولو صالح على أقل من حقه قدر او وصفا بان صالح من الالف الجياذ على خمسمائة نهرجة يجوز
 أيضا ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلا والبراء عن الباقي أصلا ووصفا لان أمور المسامين محمولة على
 الصلاح والسداد ما يمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدي الى الر بل لانه يصير بائعا للبا بخمسمائة وانه با فيحصل على
 استيفاء بعض الحق والبراء عن الباقي ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون
 صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه ووصفا لقدر بان صالح عن الف جياذ على الف نهرجة أو صالح على أقل
 من حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف جياذ على خمسمائة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والخط
 والبراء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدر او وصفا
 بان صالح من الف نهرجة على الف وخمسمائة جياذ أو صالح على أكثر من حقه قدر او وصفا بان صالح من الف جياذ
 على الف وخمسمائة نهرجة لا يجوز لانه بالانه يحملة على المعاوضة هنا لتعذر حملها على استيفاء البعض واسقاط الباقي
 وان صالح على أكثر من حقه ووصفا لقدر بان صالح من ألف نهرجة على ألف جياذ جاز ويشترط الحل أو
 التقابض حتى لو كان الصلح مؤجلا لم يقبض في المجلس يبطل لانه صرف (واما) اذا صالح على أكثر من حقه
 وصفا وأقل منه قدر بان صالح من الف نهرجة على خمسمائة جياذ لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف
 الآخر وكان يقول ولا يجوز ثم رجع (وجه) قوله الاول ان هذا حط بعض حقه وهو خمسمائة نهرجة فيبقى عليه
 خمسمائة نهرجة الا أنه أحسن في القضاء خمسمائة 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 مقابلة جنسها لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورد ثمنها سواء فلا يصح
 الاعتياض عنها السقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصلى سواء ولان الصلح على هذا الوجه لا يخلو اما أن
 يجعل استيفاء العين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل الى الاول لان حقه في الردى لا في الجيد فيحمل على المعاوضة
 فيصير بائعا للف نهرجة بخمسمائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير كحكم الدرهم في جميع
 ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض في المجلس لانه صرف ولو ادعى
 الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم الى شهر جاز وطريق جواز بان يجعل حطال معاوضة لانه لو جعل
 معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدرهم فيصير بائعا تسعمائة بخمسين
 فيكون ربا وأمور المسامين محمولة على الصلاح والسداد ما يمكن وأمكن أن يجعل حطال للدنانير أصلا وبعض الدرهم

وذلك تسع مائة وتأجيل البعض وذلك مائة إلى شهر وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكر فصالحه على مائة جازو طريق
 جوازه أن يجعل خطأ واستقاط للكر لا معاوضة لأن استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو كان المالك عليه لرجلين لا أحدهما
 دراهم والآخر دائره فصالحه على مائة درهم وطريقه جوازه أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وخطا واستقاطا في
 حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينهما من الدراهم والدانير فالقدر الذي أصاب الدانير يكون
 عوضا عنها فيكون صرفا في راعي فيه شرائط الصرف فيستترط القبض في المجلس والقدر الذي أصاب الدراهم لا يجوز
 أن يجعل عوضا لانه يؤدي إلى الربا فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وبراء عن الباقي والاصل أن
 الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وبراء عن الباقي ومتى وقع على
 أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لانه لا يمكن حمله على استيفاء عين
 الحق والبراء عن الباقي لان استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فما جازت به المعاوضات
 يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الاصل وعلى هذا اذا صلح من ألف حالة
 على ألف مؤجلة جاز و يعتبر خطأ للحلول وتأجيل الدين ونحوه لا بدون من حقه لا معاوضة ولو صلح من ألف حالة على
 خمسمائة قد ذكرنا انه يجوز و يعتبر استيفاء لبعض حقه وبراء عن الباقي وأما اذا صلح على خمسمائة أن يعطها اياه فهذا
 لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان وقت لاداء الخمسمائة وقتا (وأما) ان لم يؤقت فان لم يؤقت فالصلح جائز ويكون خطأ
 للخمسمائة لان هذا الشرط لا يفيد شيئا لم يكن من قبل ألا ترى انه لو لم يذكر للزمه الاعطاء فكان ذكره والسكوت عنه
 بمنزلة واحدة وكذلك الخط على هذا بان قال للغير حطت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة لمابينا وان وقت بان
 قال صلحتك على خمسمائة على أن تعطيني اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما ان اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط
 العدم واما ان نص عليه فقال فان لم تعطيني اليوم أو ان لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاللف عليك فان نص عليه
 فان أعطاه وعجلت في اليوم فالصلح ماض و برى عن خمسمائة وان لم يعطه حتى مضى اليوم فاللف عليه بلا خلاف
 وكذلك الخط على هذا (وأما) اذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم فان أعطاه في اليوم برى عن خمسمائة
 بالاجماع وأما اذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح واللف عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الصلح
 ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله ان شرط التعجيل ما أفاده شيئا لم يكن من قبل لان التعجيل كان واجبا عليه
 بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الامر على ما وصفنا فكذا هذا بخلاف ما اذا
 قال فان لم تفعل فكذا لان التنصيص على عدم الشرط نفي للمشروط عند عدمه فكان مفيدا (وجه) قوله ما أن
 شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انقاس العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لان العاقل يقصد بتصرفه
 الافادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للعالم ان التعجيل ثابت بدونه فيجعل
 ذكر شرط التعجيل ظاهرا لشرط الاقساس العقد عند عدم التعجيل فصار كأنه نص على هذا الشرط فقال فان لم تعجل
 فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الامر على ما نص عليه فكذا هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط
 لا تعليق العقد كما ادباع بألف على أن يتقد الثمن إلى ثلاثة أيام فان لم يتقدمه فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط
 على الفسخ لا على العقد فكذا هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلا وشرط على الكفيل أنه ان لم يوفه خمسمائة إلى رأس
 الشهر فعليه كل المال وهو الالف فهو جائز والالف لازمة للكفيل ان لم يوفه لانه جعل عدم ايفاء الخمسمائة إلى رأس
 الشهر شرطا للكفالة بألف فاذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الالف ثم قال حطت
 عنك خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة فان لم تفعل فاللف عليك فهذا أوثق من الباب الاول لان هذا
 هنا عاقب الخط بشرط التعجيل وهو ايفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطا لاقتساح الخط وفي
 الباب الاول جعل عدم التعجيل شرطا للعقد وهو الكفالة بالالف والفسخ للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثاني

أوثق من الاول وكذلك لو جعل المال نجو ما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ما شرط لانه جعل الاخلال بنجم شرط لخلول كل المال عليه وأنه صحيح ولو كان له عليه ألف فقال أدلى من الألف خمسمائة غدا على أنك برى عن الباقي فان أدى اليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقي اجماعا وان لم يؤد فعليه الألف عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرت المسئلة ولو قال ان أدت الى خمسمائة فانت برى عن الباقي أو قال متى أدت فادى اليه خمسمائة لا يبرى عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا كان بلفظ الصلح أو الخط أو الامر لان ذلك ليس تعليق البراءة بالشرط على ما مر ولو قال لمكاتبه ان أدت الى خمسمائة فانت حر فادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو من ان يشترط التعجيل أو لا يشترط فان صالح على أقل من حقه قدر أو وصفاً أو قدر أو وصفاً ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جازو يكون حطاً ونجوزاً بدون 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 الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب في ذمته قبل المتلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقاً للمائة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فاذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أى وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عيناً جاز ولا يشترط القبض وان كان ديناً موصوفاً يجوز أيضاً لكن القبض في المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون الذى ليس في تبعيه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح في كراخطة فنقول والله التوفيق اذا كان المدعى ديناً سوى الدراهم والدنانير فان كان مكيلاً بان 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 الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلاً وان صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدرراً 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 قدرراً لا وصفاً لا يجوز لانه ربا وان صالح على أكثر منه وصفاً لا قدرراً 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 كفى الدراهم والدنانير هذا اذا كان أكثر الدين حالاً فان كان مؤجلاً فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذى ذكرنا في الصلح من 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 للسلم وفسخاً له وذلك جائز وان لم يكن سلماً فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جازو يشترط القبض وان كان معيناً مشار اليه لانه لا يتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقاً عن دين بدين وان كان ذلك من المكيلات

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوفاً في الذمة جازاً يضاف فرق بين هذا وبين ما اذا كان عليه درهم أو دينار
فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع الأثرى انه قول بالائتمان والمبيع
ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعاً الا انه لا بد من القبض في المجلس احترازاً من الافتراق عن دين
بدين وان كان من العر وض والحيوان فان كان عيناً جاز وان كان ديناً يجوز في الثياب الموصوفة اذا أتى بشرائط السلم
لكن القبض في المجلس شرط احترازاً عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت
دينياً في الذمة بدلالة عمها هو مال وكذلك اذا كان المدعى موزوناً ودينياً 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 ودينياً 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 وصفاً 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 وصفاً أو وصفاً لا قدر يجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه
وخطأ للباقي وبراء عنه أصلاً ووصفاً والبراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من
حقه قدر الا ووصفاً بان صالح من ثوب ردى على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدرهم والدينار والمكيل والموزون
الموصوفين بان صالح من ألف نهر جرة على خمسمائة جيات 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 جائز لان الجودة
في غير الاموال الربوية عند مقابلة جنسها لها قيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا لان الاصل ان تكون الجودة
متقومة في الاموال كلها لانهما صفة مرغوبة يبذل العوض في مقابلة الا ان الشرع أسقط اعتبارها في الاموال الربوية
تعبداً بقوله جيدها ورد ثمنها سواء بقيت متقومة في غيرها على الاصل فيصح الاعتراض عنها وان صالح على أكثر من
حقه قدر او وصفاً بان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وى بين جيد يجوز لكن يشترط القبض لان
جوازه بطريق المعاوضة والجنس باقراده يحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدي الى الربا وكذلك ان صالح على
أكثر من حقه قدر الا ووصفاً بان صالح عن ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وى بين جيد جاز والقبض شرط لما
ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه ووصفاً لا قدر بان صالح من ثوب ردى على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذا يمكن
حملة على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدي الى الربا
وان صالح على خلاف جنس حقه كائناً 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 ألف شاة أو على مائة حلة
جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد انواع المقر وضة بمنزلة تعيين القاضى فيجوز ويكون
استيفاء لعين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلاً برضا القائل وكذا اذا صالح على أقل من المقر وض يكون استيفاء
لبعض عين الحق وبراء عن الباقي وان صالح على أكثر من المقر وض لا يجوز لانه باول 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 باوان صالح على خلاف
الجنس المعين فان كان من جنس المقر وض في الجملة بان عين القاضى مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز وتكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعيين القاضى فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب
 في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازاً عن الافتراق عن دين يدين وكذلك اذا كان من خلاف
 جنس المقر وض بأن صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترب التقابض
 لما قلنا ولو صالح على قيمة الابل أو أكثر مما يتعابن 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 يدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء
 عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان ديناً لكنه ليس بدين لازم الاترى ان من عليه اذا جاء قيمته بحجر
 من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقاً عن دين يدين 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 وانما أثمان فتعين هذه مبيعة وبيع المبيع الذى ليس بمعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا
 اذا صالح على المقر وض في باب الدية فما اذا صالح على ما ليس بمقروض 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 الصالح 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 امان 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 يتفق على قيام ملك الرقبة وانه قائم فاشبه باعتاق 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 ويبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شئ من الاجرة 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 المسافرة بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالاجر لان مؤنة الرد في باب الاجارة عليه ور بما يلزمه برده
 مؤنة تزيد على الاجرة فيتضرر به فلم يملك المسافرة به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم
 صاحب العبد فاشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافرة به كذا هذا ولو ادعى على رجل داراً في
 يده فانكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذى في يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعى جاز لان المدعى
 متصرف في ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة
 لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفاً في ملك نفسه في زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوماً فلا يصح

الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متقوم في حقه وكذا اذا صلح على دن من خل فاذا هو حرم لم يصح لانه تبين انه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للمصالح حتى انه اذا صلح على مال ثم استحق من يد المدعى لم يصح الصلح لانه تبين انه ليس مملوكا للمصالح فبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما لان جهالة البدل تؤدي الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيئا لا يفتقر الى القبض والتسليم كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وان كان مجهولا لان جهالة البدل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضاها الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فاذا كان مالا يستغنى عن التسليم والتسلم لا يفضى الى المنازعة فلا يمنع الجواز الا أن الصلح من القصاص في النفس وما دونه تتحمل الجهالة القليلة في البدل 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 أيام معلومة لا يجوز لان ما وقع عليه الصلح في هذه المواضع مفتقر الى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعها فلا يصح الصلح عليها والاصل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه ومالا فلا

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لحق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو ديناً أو حقا ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو سارقاً من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه الى ولى الامر لانه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا اذا صلح من حد القذف بأن قذف رجلا فصالحه على مال على أن يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالمعقب فيه حق الله تعالى والمعلوب ملحق بالعدم شرعا فكان في حكم الحقوق المتمحضة حقا لله تعالى عز وجل وانما لا تحتل الصلح كذا هذا وكذلك لو صلح شاهد اريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد في اقامة الشهادة محتسب حقا لله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويجب عليه رد ما أخذ لانه أخذه بغير حق ولو علم القاضي به أبطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد وكذا يصح عن القصاص في النفس وما دونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البدل عينا 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 ثوب هروري جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب هروري يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار ان شاء أعطى الوسط من ذلك وان شاء أعطى قيمته كما في النكاح فاما اذا صلح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لا تختلف الا ما كن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتتمنع 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 منه الا فضاها الى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المساحة كالانسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضيا الى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المما كسة والمضايقة لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عز وجل الموفق واذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البدل يسقط القصاص وتجب الدية وفي النكاح

يجب مهر المثل الآن بينهما فراق من وجه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شئ آخر ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر اذا لم تصح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لقطعة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو القفصل وفي الصلح معنى القفصل فامكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شئ آخر فاما 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 عني له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان قوله عز وجل فمن عني له أمي 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 شئ واسم الشئ يتناول القليل والكثير فدللت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمدة ان اذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمدة عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البدل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الربا فهو الفرق وأما كون المصالح عنه معلوما فليس بشرط لجواز الصلح حتى ان من ادعى على آخر حقا في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لان الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البدلين فيصح بطريق الاسقاط فلا يؤدي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم والقبض لان الساقط لا يحتمل ذلك وقد مر ان الجهالة فيها لا يحتمل التسليم والقبض لا يمنع 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 امرأه طلقها زوجها ادعت عليه صبيا في يده انه ابنه منها ووجد الرجل فصالحته عن النسب على شئ فالصلح باطل لان النسب حق الصبي لا حتمها فلا تملك الاعتراض عن حق غيرها ولو ان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملها ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شئ على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لانه لا حق للشفيع في المحل انما الثابت له حق التمليك وهو ليس لمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنه بخلاف الصلح عن القصاص لان هناك المحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في المحل فملك الاعتراض عنه بالصلح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة فيه وإيتان في رواية لا تبطل لانه مارضى بسقوط حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفي رواية يسقط لان البراءة لا تقف صحته على العوض فيصح وان لم يسلم العوض فاذا صح انه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا اذا كان لرجل ظلة على طريق أو كتيف شارعه أو مزيهه 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 المسامين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رغبة الطريق النافذ لا تكون ملكا لحد من المسامين وانما لهم حق المرور وانه ليس بحق ثابت في رغبة الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور وانه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما ناله فائدة في هذا الصلح لانه ان سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع وكذلك لو صالح 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 فاما 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

ملكاً فجاز الصلح عنه وكذا السقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيداً لحوال تحصيل رضا الباقي ولا يَحْتَمَلُ ذلك في الوجه الأول لأنهم لا يَحْصُونَ. وكذا الوصال الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز ويطيب له المال لأن رغبة الطريق مملوكه لم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضاً عن ملكه فصح فاما في طريق المسلمين فلا ملك لا حد فيها ولا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح اعتياضاً عن ملك ولا حق ثابت في المحل فبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما إذا نبي على الطريق فاما إذا شرع إلى الهواء فلا يجوز لأنه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه العيمين فصالح عن العيمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح ويرى من العيمين. وكذا إذا قال المدعى عليه صالحتك من العيمين التي وجبت لك على أو قال افتديت منك يمينك بكذا وكذا صح الصلح لأن هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لأن العيمين حق المدعى قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والسكندى ألك بينة قال لا قال أذ لك بينة جعل العيمين حق المدعى فكان هذا صلحاً عن حق ثابت شرعاً للمدعى وكذا الملك في المدعى ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه وهو بدل المال لا سقاط الخصومة والافتداء عن العيمين ولو قال المدعى عليه اشترت منك العيمين على كذا وقال المدعى بعثت منك العيمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يحجز بلفظ البيع والشراء ولو ادعى على رجل أنه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز لأن هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعى لأن الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه اعتياضاً عن مال فيصح إلا أن الولاء لا يكون له لا نكار المدعى عليه الرق فان أقام المدعى بعد ذلك بينة لا تقبل إلا في حق اثبات الولاء وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة إلى أجل كان جائزاً لأن الرق ثابت في حق المدعى فكان بدل الصلح بدلاً عن العتق في حقه فأشبه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فجدته فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز لأن النكاح حق ثابت في حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع إذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزاً وفي حقه بدل مال لا سقاط الخصومة وأنه جائز أيضاً للنص ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً فجدته الرجل فصالحها على مال بذلها لا يجوز لأنه لا يخلو أما أن يكون النكاح ثابتاً ولم يكن ثابتاً فان لم يكن ثابتاً كان دفع المال المهامن الرجل في معنى الرشوة وإن كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء فلا يجوز ولو ادعى على إنسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه ان حلف المدعى عليه فهو يرى فالصلح باطل والمدعى على دعواه حتى لو أقام بينة أخذها به إلا أن قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو يرى تعليق البراءة بالشرط وأنه باطل لأن في البراءة معنى التملك والأصل في التملك أن لا يَحْتَمَلُ التعليق بالشرط وإن لم تكن له بينة وأراد استحلافه فهو على وجهين إن كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى لأن تلك العيمين غير معتبرة لأنها غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتداً بها وإن كان عند القاضي لم يستحلفه ثانياً لأن الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الإبقاء ثانياً ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فإذا حلف فالمدعى واجب على المدعى عليه فهو باطل لأن هذا تعليق وجوب المال بالشرط وأنه باطل لكونه قاراً ولو ادعى إنساناً ودعة ثم طلبها منه فقال المودع هلكت أو قال رددتها وكذب المودع وقال اسمك كتمت افتصالحا على شيء فالصلح باطل عند أبي يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمدان هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة ويمين متوجهة فيصح كما في سائر المواضع (وجه) قول أبي يوسف إن المدعى مناقض في هذه الدعوى لأن المودع أمين المالك وقول الامين قول المؤمن فكان اخباره بالرد والهلاك اقراراً من المودع فكان مناقضاً في دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى إلا أنه يستحلف لكن لا يدفع الدعوى لأنها مندفعة لبطلانها بل للتهمة وإذا لم تصح الدعوى لا يصح

الصلح ولو ادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فتصالحا على شيء جاز لان دعوى
 الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصح الصلح ولو طالب المودع الوديعة فجددها المودع وقال لم يودعني شيئا
 ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فتصالحا جاز لان المالك يدعى عليه ضمان الغصب بالجحود 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 عيب 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 وانما من قبيل الأموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح 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 فانجلى بطل الصلح ويرد ما أخذ لان المعوض وهي صفة السلامة قد عادت
 فيعود العوض فبطل الصلح ولو ظعن المشتري عيب فصالحه البائع على أن يبرئه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو
 جائز لان البراءة عن العيب براءة عن صفة السلامة واسقاط 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 مائة بل لافضاءها الى المنازعة المانعة من التسليم والتبض والذي وقع الصلح والبراءة عنه
 لا يفتقر الى التسليم والتبض فلا تنصده الجهالة وكذلك لو لم يظعن المشتري عيب فصالحه البائع من كل عيب على شيء
 فالصلح جائز لانه وان لم يظعن بعيب فله حق الخصومة فيصالحه لا يبطال هذا الحق ولو خاصمه في ضرب من العيوب
 نحو الشجاج والقرح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له ان يخاصمه فيه 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 ارض العيب عشرة دراهم فهو مهرها وان كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لان ارض
 العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فاذا نكحت تسبها فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شيئا
 بارش عيب كان اقرارا بالعيب لان الشراء معاوضة فالأقدام عليه يكون اقرارا بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون
 اقرارا بالعيب لان الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح اسقاطا فلا يصح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ولو
 اشترى ثوبين كل واحد عشرة قبضهما ثم وجد أحدهما عيبا فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزده 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 بطله الشرط القاسدة (وجه) قولهما ان هذا تعليق
 الزيادة في الثمن بالشرط وانه باطل لان الزيادة تلحق بأصل العمد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لانه في معنى
 الثمن فكذا الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العمد وانه يحتمل الشرط جائز ولو ادعى على امرأة نكاحا فجدت
 فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لان اقرارها
 بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على انسان ألقا وأنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالالف
 فهو باطل لان المدعى لا يخلو اما ان يكون صاقي دعواه الالف واما أن يكون كاذبا فيها فان كان صادقا فيها فالالف
 واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة وانه حرام وان كان كاذبا في دعواه فقرار المدعى عليه
 بالالف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولو قال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتى ففعلت ذلك فهو جائز
 اذا كان بحضور من الشهود ويجعل كناية عن انشاء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فجدت
 فقال أزيدك مائة على أن تقرمي بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة ويحمل اقرارها على الصحة والله عز وجل

أعلم هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) إذا كان بين المدعى والاجنبي المتوسط أو المتبرع فلا يخلو أمان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فإن كان بأمره يصح لأنه وكيل عنه والصلح مما يحتتمل التوكيل به وإن كان بغير أمره فهو صلح القضولى وأنه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو صالحك 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 وإن كان لا ينسبه الى نفسه بأن يقول على هذه الالف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وإن لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها اليه والخامس ان لا يفعل شيأ من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أو على عبد وسط ولم يزد عليه فى الوجوه الاربعه يصح الصلح لقوله تعالى انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين اخويكم وهذا خاص فى صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام فى جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لا استغراق الجنس ولأنه بالصلح فى هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وإن كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصح تبرعه كما اذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء متى صح صلحة يجب عليه تسليم البدل فى الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لأن التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما ذكره فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) فى الوجه الخامس فوقوف على اجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتكليف لا يمكن جملة 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 وكيلاً 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 حراً بالغا فلا يصح صلح العبد المأدون والصبي لانهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبي على هذه القصول التى ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلاً ويجب المال على المرأة دون الوكيل وإن كان بغير اذنها فهو على القصول التى ذكرنا فى الصلح وكذلك الزيادة فى الثمن من الاجنبي 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 الاجنبي على هذه القصول ثم لا يخلو امان ان صالح على المفروض أو على غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضى أو بعده على ما تقدم والاصل فيه أنه يجوز من صلح الاجنبي ما يجوز من صلح القاتل وما لا فلا وبيان ذلك انه اذا صالح القضولى على خمسة عشر ألفاً وعلى ألفى دينار وضمن قبل تعيين القاضى الواجب على العاقلة تجاز الصلح على عشر آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان القضولى بالصلح فى مثل هذا الموضوع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر الف درهم دين قضى عنه القين بغير أمره له أن يسترد الزيادة هذا اذا صالح على المفروض فان صالح على جنس آخر جاز لان المنع من الجواز هو الرابول لا يجرى فى مختلفى الجنس وكذلك لو صالح على مائتى بغير عينها 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 اعيانها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة فى باب الدية لان مطلق الابل فى هذا الباب ينصرف الى الواجب وان كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار الى الطالب لان الرضا بالكل يكون 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 المفروض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان فى السن لا يجبر بزيادة العدد فاذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختر رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص ولو صالح على مائة على

استان الدية وضمنها فهو جائز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على استنان الدية استيفاء عين الحق وان كان القاضي عين الواجب فقتضى عليه بالdrahm فصالح المتوسط على الف دينار جاز ولا بد من القبض في المجلس كما لو فعله القاتل بنفسه لانه صرف فيراعى له شرائطه والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ (وأما) بيان حكم الصلح فنقول وبالله التوفيق ان للصلح أحكاماً بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض أما الأصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملة ان المدعى لو كان داراً او بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدينار وغيرهما فان كان الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى بينة أقامها للشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع وكذلك ان لم تكن له بينة فخلف المدعى عليه فنكل وان كان بدل الصلح داراً او الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعاً لما مر أن الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تبايعا داراً بدار فياً خذ شفع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة ويعطى المدعى عليه داراً اخرى فان كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعاً ملك المدعى لا استحالة أن يكون ملكه بدلاً عن ملكه واذا لم يصح الصلح لاجب الشفعة ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعى كون المأخوذ مبيعاً في حق من يأخذه منه لان الصلح عن انكار في جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه اذا كان عيناً 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 البينة أو يخلف المدعى عليه فنكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعاً ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت في جانب المدعى ولا يثبت في جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع في حقه لافي حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصه العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شيء وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذا لو كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغروراً ولا يرجع قيمة الولد لان ما أخذه المدعى ليس بدل المدعى في حقه الا أنه اذا استحققت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى اليه لان المؤدى بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد بدل الصلح عيباً فلم يقدر على رده للهلاك أو للزيادة أو للنقصان في بدل المدعى فان كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب في المدعى وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصه العيب وكذا اذا حلفه فنكل وان حلف فلا شيء عليه ومنها الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح وقرق الطحاوي بينهما والحق الرد في الصلح عن انكار ببذل الصلح عن القصاص وبالمره وبدل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت في تلك العقود فكذا ههنا وفي كتاب الصلح أثبت حق الرد في النوعين جميعاً من غير فصل هو الصحيح لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعى كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الاحكام تشهد بصحة هذا

على ما ذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك وإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ويجوز ذلك في الصلح عن القصاص للمصالح أن يبيعه ويرى عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق إن المانع من الجواز في سائر المواضع التحرز عن اشخاص العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هذا لأن الصلح عن القصاص بما لا يحتمل الانقضاء فلا حاجة إلى الصيانة بالمنع كالموروث وبذاتين إن الحاق العقد بالعقد الذي هو مبادلة مال بغير مال على ما ذكره الطحاوي غير شديد ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لأن الصلح لم ينفسخ فبقي وجوب التسليم وهو عاجز عن تسليم العين للمصالح فيجب تسليم القيمة (ومنها) إن الوكيل بالصلح إذا صالح ببدل 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 جارياً بحري البيع وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل وإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً إما أن ضمن بدل الصلح وإما أن لم يضمن فإن لم يضمن لا يلزمه لأنه يكون سفيراً بمنزلة الرسول فلا يرجع إليه الحق وإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد (وأما) القضوي فإن قد صلحه فالبديل عليه ولا يرجع به على المدعي عليه لأنه متبرع وإن وقف صلحه فإن رده المدعي عليه بطل ولا شيء على واحد منهما وإن أحازه جاز والبديل عليه دون القضوي

فصل ١٠ وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الصلح أشياء (منها) الإقالة فيما سوى القصاص لأن ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتماً للتسخير كالبيع ونحوه (فأما) في القصاص فالصلح فيه اسقاط محض لأنه عفو والعفو اسقاط فلا يحتمل التسخير كالطلاق ونحوه (ومنها) حاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده على الإسلام والحقوق بدار الحرب والموت فإن أسلم نفذ وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحررية لأن حكمها حكم الحررية والمسئلة تعرف في موضعها إن شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لأنه ينسخ العقد لما علم (ومنها) الاستحراق وأنه ليس ابطلاً حقيقة بل هو بيان أن الصلح لم يصبح أصلاً لأنه بطل بعد الصحة إلا أنه بطل من حيث الظاهر لتفاد الصلح ظاهراً فيجوز إلحاقه بهذا القسم لكنه ليس باطلاً حقيقة فكان إلحاقه بأقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب إلى الصناعة والفقهاء فكان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لأنه بمعنى الإجازة وأما تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعته هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو أما إن كان حيواناً كالعبد والدابة أو غير حيوان كالدار والبيت فإن كان حيواناً لا يخلو أما إن هلك بنفسه أو باستهلاكه فإن هلك بنفسه يبطل الصلح إجماعاً وإن هلك 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 بقيمته عبداً يخدمه 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 لازماً 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 تبوت الملك له فيها فيجعل كأنها ملكه في حق استيفائه حتى منها وبعد القتل إن تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفي من البديل بأن يشتري له عبداً فيخدمه إلى

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

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الصلح اذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً فهو 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 التآمل بالدية دون القصاص الا ان يصير مغروراً من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمان الغرور أيضاً وبيان هذه الجملة انهما اذا اتفقا على الصلح فيما سوى القصاص أو رد البديل بالعيب وخيار الرؤية يرجع المدعى بالمدعى ان كان عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى الدعواه لان الاقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد واذا فسخ جعل كان لم يكن فعاد الامر على ما كان من قبل وكذا اذا استحقق لان بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لقوات شرط الصحة فكانه لم يوجد أصلاً فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا أن في الصلح عن القصاص عن اقرار لا يرجع بالمدعى وان فات شرط الصحة لان صورة الصلح أو رثت شبهة في درء القصاص والقصاص لا يستوفى مع الشبهة فستقط لکن الى بدل وهو الدية فاما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيما يمكن استيفاءه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشيء آخر الا اذا صار مغروراً من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية فقبضها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فانه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولدان كان الصلح عن اقرار لانه صار مغروراً من جهته وان كان الصلح عن انكار يرجع الى الدعواه لا غير فان أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع بما ادعى و بقيمة الولدان تبين أنه كان مغروراً فيرجع عليه بضمان الغرور ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح لان العقر بدل لمنفعة المستوفى فكان عليه العقر وان كان الصلح عن القصاص في النفس أو ماله فصار على جارية فاستولدها ثم استحققت فانه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الدان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر لانه كان الصلح عن انكار يرجع الى الدعواه لا غير فان أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولدان قلنا وان حلف لا يرجع بشيء أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فرده حتى يبطل الصلح لاسبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعى ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى الدعواه لان المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو صالح على دراهم مسماة وضمنها

و دفعها اليه ثم استحققت أو وجدها ز يوقأله ان يرجع على المصالح المتوسط لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة
 المضمون ولو استحققت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع (أما) في
 موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض في حتهما جميعاً (وأما) في موضع الانكار فلان المأخوذ عوض في
 حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فأما اذا استحق
 بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لتفاوت بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها
 حقاً لم يرجع بشئ ولو ازان يكون المدعى ما وراء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع يموت أحد المتعاقدين وغير
 ذلك في أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار يرجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار يرجع الى
 الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صالح عن القصاص على دن من خمر فاذا هو خل أو على عبد فاذا هو حر فهو
 على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك نجب الدية هنا وفيما يجب القيمة لرجل مثله
 هناك يجب ذاك هنا ولا يشبه هذا ما اذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم بانه خمر أنه لا يجب شئ و هو هنا يجب شئ
 لان هناك صار مغروراً من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غر غيره في شئ ع يكون ملتزماً بما يلحقه من
 العهدة فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتقدر عند علمه
 بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مستقط للحق أصلاً فهو الفرق بين الامر بين 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 فتحو أن يشتر ياشياً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق
 عليهما فيقبلا فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) الذي ثبت بغير
 فعلهما فالميراث 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 بالتقبل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان في رأس
 مال فيقولان اشتركتنا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى أو أطلقا على أن مار زق الله عز وجل من ربح فهو بيننا
 على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكر الشراء دون البيع فان ذكر ا ما يدل على شركة
 العقود بان قال ا ما اشترى بنا فهو بيننا أو ما اشترى أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهم لما جعلوا ما اشتراه كل
 واحد بينهما علم انهما أراداه الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف
 عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شئ من ذلك ان لم يذكر
 الشراء ولا البيع ولا ما يدل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشترىت من شئ فبيني وبينك أو قال فيبيننا وقال
 الآخر نعم فان أراد بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشتري ونوعه
 وقدر الثمن كما اذا نص على الشراء والبيع وان أراد به أن يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشرى
 التجارة بل يكون المشتري بينهما بعينه كما اذا أورتا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة تجازت
 الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشتري و بيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي أن لا يفوض الموكل الرأى
 الى الوكيل بان يقول ما اشترىت لي من عبد تركى أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشترىت لي من عبد أو جارية بالف
 درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشتري في الوكالة العامة بان يقول ما اشترىت لي من شئ اليوم

أوشهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشتريت لي من شيء بالف درهم فهو جائز أو ما اشتريت لي من الزواجر فهو جائز وإنما كان كذلك لأن مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بد من النية فإن نوي به الشركة كان شركة في عموم التجارات لأن الأصل في الشركة العموم لأن المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل إلا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شيء مما ذكرنا لأن ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وإن نوي به الوكالة كان وكالة ويقف محتملها على شرائطها من الخاصة أو العامة لأن منبى الوكالة على الخصوص لأن المقصود منها تملك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا إلا أنه يكفي في الوكالة العامة بيان أحد الأشياء التي وصفنا لانه لما عممها بتقويض الرأي فيها إلى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فان أتى بشيء مما ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فيبني وينك نصفين فقال الرجل نعم فان أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذلك ان وقت مالا ولم يؤت يوما وكذا ان وقت صنفا من الثياب وسمى عددا أو لم يسم ثمنه ولا يوما وان قال ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك ولم يسم شيئا مما ذكرنا فان أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا أنه لم يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود علم أنها وكالة فلا تصح الا بضرب من التخصيص على ما بينا وذلك في الأصل في رجلين اشتركا بغير مال على أن ما اشترى اليوم فهو بينهما خصوصا صنفا من الاصناف أو عمما ولم يخصا فهو جائز وكذلك ان لم يوقت للشركة وقتا كان هذا جائزا لانها لما جعل ما يشتره كل واحد بينهما دل على انها شركة وليست بوكالة لان الوكالة لا تكون من الجانبين عادة واذا كان شركة فالشركة لا تحتاج الى التخصيص قال وان أشهد أحدهما أن ما يشتره لنفسه بغير محضر من صاحبه فكما اشترى بشيئا فهو بينهما لان الشركة لما سحت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتره فهو بالاشهاد انه يشترى لنفسه يردها خارج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالأعمال فهو أن يشترى كاعلى عمل من الخياطة أو القصار أو غيرهما فيقولوا اشترى كناعلى أن نعمل فيه على أن مارزق الله عز وجل من أجرة فهي بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجوه فهو أن يشترى كواعلى ليس لهما مال لكن لهما جاهدة عند الناس فيقولوا اشترى كناعلى أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالتقدي على أن مارزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا وسمى هذا النوع شركة الوجوه لانه لا يباع بالنسيئة الا الوجيه من الناس عادة ويحتمل انه سمي بذلك لان كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من بيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الأنواع الثلاثة العنان والمفاوضة ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة تذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى

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

فمن لنا شرب كأن نعاجه * عذارى دوار في ملاء مدبل

سمى هذا النوع مثل الشركة عنانا لانه يقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات أو في بعضها دون بعض وعند تساوى المالين أو تقاضيلهما وقيل هو مأخوذ من عنان القرس أن يكون بأحدى يديه ويده الاخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة لانه عنانا لانه لا يكون الا في بعض الاموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشاء أولان كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتعاطون هذه الشركة قال النابغة

وشاركنا قریشا في بقاها * وفي احسابها شرك العنان

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

يهدى الامور بأهل 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 نذكر وقيل هي من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام في شركة الاعمال والوجوه (فوجه) قول الشافعى رحمه الله ان الشركة تنبى عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لانها وضعت لاستئناء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم أهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستئناء ولا بد من أصل يستتمى 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 أمتى على ضلالة ولا نهما يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة شرعت لاستئناء المال فيستدعى أصلا يستتمى فتقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فامر شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلان تشرع لتحصيل الاصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير تكبير وماراه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتر فى 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 ينكر عليهم والتقرير أحد وجوه السنة ولان هذه العمود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استئناء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستئناء فكان مشروعاً ولا يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعاً (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة فان عني به لا أعرف معناها في اللغة فقد بينا معناها في اللغة انها عبارة عن المساواة وان عني به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة ولانها مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحدة منهما جائزة حال الافراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولانها طريق استئناء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الافراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول 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 المضاربه تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الافراد فكذا هذا وكان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا المقدم مقصوداً بل ضمناً للشركة وقد ثبت الشيء ضمناً وان كان لا يثبت مقصوداً ويشترط للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً كعزل الوكيل ونحو ذلك

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

منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال لان كل واحد منهما اذن لصاحبه بالشراء والبيع
 وتقبل الاعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها أهلية الوكالة لماعلم في
 كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولاً فتفسد الشركة لان الربح هو المقود عليه
 وجهالته توجب فساد العقد كما في البيع والاجارة (ومنها) أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً فان عينا
 عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لان العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة
 لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لاجد هما فلا يتحقق الشركة في الربح (وأما) الذي يخص البعض دون
 البعض فيختلف (أما) الشركة بالاموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الايمان المطلقة وهي التي لا تتعين
 بالتعيين في المفاوضات على كل حال وهي الدراهم والدنانير عتانا كانت الشركة أو مقوضة 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 تتضمنها الشركة لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فان من
 قال لغيره بيع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو
 قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشترته بيننا جاز ولان الشركة في العروض تؤدي الى جهالة الربح
 عند القسمة لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولاً
 فيؤدي الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لان رأس المال من الدراهم والدنانير عند
 القسمة عينها فلا يؤدي الى جهالة الربح ولان النبي 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 العرض يتعين بالتعيين فيبطل 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 ويحصل شركة ملك بينهما
 ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فيجوز 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 يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبر فبل 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 والا مر فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الايمان المطلقة فيجوز الشركة بها 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 الرابحة ليست أئماناً على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 لانها تتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعا باصلاح العاقدين حتى جاز بيع القلوس بالقلسين باعيانها عندهما فاما اذا لم تكن
 أئماناً مطلقة لا حتاها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كما اثر العروض وعند
 محمد الثمنية لازمة للقلوس النافقة فكانت من الايمان المطلقة ولهذا أبي جواز بيع الواحد منها باثنين فتصلح رأس
 مال الشركة كما اثر الايمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبي يوسف انه تجوز الشركة بالقلوس ولا تجوز
 المضاربة ووجهه ان المنع من جواز المضاربة بجهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس
 المال عند القسمة فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد

في الشركة لانهما عند الكساد يأخذان رأس المال عدد القيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعدديات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لانها انما تعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط إلا يرى انه لو قال آخر قبل الخلط بع حنطتك على أن يكون منها بيننا لم يجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قولهم جميعا لان الخلطة اذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون نمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تطهر فيما اذا كان المكيل نصفين وشرط الربح أن لا يخلطاه واشترى به فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالكين نصفين وعلى قول محمد على ما شرطه قول أبي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون تارة نمنا وتارة مبيعا لانها تعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس (ووجهه) التخرج لمحمد ان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدراهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والمصلحة في جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعدديات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلط حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقد اعلمها عقد الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضر الاديان ولا مالا غائبا فان كان لا تجوز عنانا كانت أو مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع الى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتره بها وبع فاربحت يكون بيننا فأقام المأمور البيعة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضر من الجانبين عند العقد كما كان حاضر عند الشراء وهل يشترط خلط المالكين وهو خلط الدراهم بالدنانير والدنانير بالدراهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر بشرط وبه أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الاصل يبني ما اذا كان المالكين من جنسين بان كان لهما دراهم والاخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصالح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والاخر سوداء وعلية ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروي عن زفر ان الخلط شرط في المفاوضة لافي العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجهه) قوله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالكين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهالك يكون من المالكين وما هلك قبل الخلط من أحد المالكين 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 المالكين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبئ عن الاختلاط فسلم لكن على اختلاف رأسي المال أو على اختلاف الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لا اختلاف الربح لا اختلاف رأس المال واختلاط الربح بوجوده وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالكين قبل الخلط فاما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالكين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما يذكر في كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حريين عاقلين لان من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذكر فلا بد من أهلية الكفالة وشرائط
 أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة في رأس المال قدر اموالهم شرط صحة المفاوضة بلا خلاف
 حتى لو كان المالان متفاضلين قدر الم تمكن مفاوضة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها
 ما أمكن وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما محاسنا والآخر مكسرة أو كان أحدهما ألقابيا والآخر
 ألقابيا وسواء 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 احدي الاثنين اذا كانت
 أفضل من الاخرى جاز وكانت مفاوضة لان الجودة في أموال الر بالقيمة لها شرعا عند مقابلتها بحسبها فسطع اعتبار
 الجودة فصارتا على صفة واحدة وهل تشتط الحانسة في رأس المال بان يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل
 واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشتط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية
 المشهورة بعد ان استوى في القيمة ولا خلاف في انها اذا لم يستوى في القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبي حنيفة
 عليه الرحمة انه لا تكون مفاوضة وان استوى في القيمة (وجه) هذه الرواية ان عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة
 بينهما في القيمة لان القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو
 الرواية المشهورة لانها من جنس الاثمان فكانت الحانسة ثابتة في الثمنية (ومنها) أن لا يكون لاحد المتفاوضين
 ما تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فان كان لم تكن مفاوضة لان ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا في الاموال التي
 لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لان ما لا تعتقد عليه الشركة
 كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الازواج والاولاد (ومنها) المساواة في الربح في المفاوضة
 فان شرط التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم في المفاوضة وهو ان يكون في جميع
 التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى
 هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة انه لا تجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذي لان الذي يختص بتجارة
 لا تجوز ذلك للمسلم وهي التجارة في الخمر والحزير فلم يستوى في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف
 يجوز لاستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما في التجارة (وأما) مفاوضة المسلم
 والمتردد كالكركخي انها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المتردد متوقفة عنده
 لو قوف أملا كما فلا يساوي المسلم في التصرف فلا تجوز كالتجوز بين المسلم والذي ذكر محمد في الاصل وقال
 قياس قول أبي يوسف انه يجوز يعني قياس قوله في الذي ولا يبي يوسف انه يفرق بينهما من حيث ان ملك المتردد
 ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى ان قاضيا لو قضى بطلاق تصرفه و زوال ملكه ينفذ قضاؤه واذا كان ناقص
 الملك والتصرف نزل بمنزلة المكاتب بخلاف الذي ولو فاض مسلم مرتدة ذكر الكركخي انها لا تجوز وقال القدوري
 رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لان الكافر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما)
 أبو يوسف فالكافر عنده غير مانع وانما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المرأة وأما مفاوضة المتردين
 أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله في عقود المتردين انها موقوفة فان أسما جاز عندهما
 وان قسلا على ردتها أو ماتا أو لحق بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لان عقودهما نافذة
 (وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن لا تجوز أما عند أبي يوسف فلان نقصان الملك يمنع
 المفاوضة كالمكاتب ومالكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلان المتردد عنده بمنزلة المريض
 مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الاطلاق
 وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما

على الشركة لانه اذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملا كعند أبي حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة ان المرتد منهما اذا أقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فاقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما انما بطلت بالقتل أو بالخلاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان يشارك الذمي لانه يباشر عقود التجوز في الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كره توكيل المسلم الذمي ولو شاركه شركة عنان جاز كالأول وكله (ومنها) لفظ المقايضة في شركة المقايضة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا تصح شركة المقايضة الا بلفظ المقايضة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان المقايضة شرائط لا يجمعها الا لفظ المقايضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعوام قلما يقفون على ذلك وهذه العقود في الاعم الاغلب تجري بينهم فان كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة في العقود لمعانيها لا عين الالفاظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمقايضة كانت الشركة عنانا لان المقايضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المقايضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد شرط في عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العقد ما يقف تحته عليه ولا يقف صححة العنان على هذه الشرائط فنقد انما لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المقايضة 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 عام وهو أن يشتر كافي عموم التجارات وخاصة وهو أن يشتر كافي شيء خاص كالبر والخز والرقيق والشياب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرائط في المقايضة لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظه المقايضة لان اعتبارها في المقايضة لدلالته على شرائط مختصة بالمقايضة ولم يشترط في العنان فلا حاجة الى لفظه المقايضة ولا الى لفظه العنان أيضا لان كل أحد يقدر على لفظ يؤدي معناه بخلاف المقايضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا بالقلنا والاصل ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان أما بثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح نعمة رأس المال فيكون للمالك وهذا يستحق رب المال الربح في المضاربه واما بالعمل فان المضاربه يستحق الربح بعمله فكذا الشريك واما بالضمان فان المال اذا صار مضمونا على المضاربه يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمثابة الضمان خراج بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراجه له والدليل عليه ان صناعتا قبل عملا بأجر ثم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا الضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فان لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف في ملكك على ان لي بعض ربحه لم يحجز 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 لجزءها لك من المال فيتقدر بقدر المال وان كان المالان متساويا بين فشرط الاحد منهما فضلا على ربح ينظر ان شرط العمل عليهما جميعا تجاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لاحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعي رحمه الله ولا خلاف في شركة الملك ان الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشرى كان في ملك ماشية لاحدهما فضلا من أولادها وألبانها لم يحجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمال لانه نعمة الملك فيكون على قدر المال كالأول والالبان (وأما) عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما يكون على

الشرط لان استحقاق الربح في الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب
 المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضعية على قدر المالكين لما قلنا وان شرطا
 العمل على أحدهما فان شرطه على الذي شرطه فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله
 بماله والفضل بعمله وان شرطه على أقلهما بربح الجوز لان الذي شرطه الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا
 ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالكان متفاضلين 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 المالكين عنده وان شرط العمل
 على أحدهما فان شرطه على الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطه على
 صاحب الاكثر بربح لان زيادة الربح في حق صاحب الاقل لا يبقا بلهما مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس
 المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعي رحمه الله شرط (وجه) قوله ان جهالة قدر
 رأس المال تؤدي الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا (ولنا)
 ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضائها الى المنازعة وجهالة رأس المال وقت العقد لا تفضي الى المنازعة لانه يعلم
 مقدارها بظاهر او غالباً لان الدرهم والدنانير تو زان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي الى جهالة مقدار الربح وقت
 القسمة (وأما) الشركة بالاعمال فاما المفاوضة منها (فن) شرائطها أهلية الكفالة (ومنها) التساوي في الاجر (ومنها)
 مراعاة لفظ المفاوضة لما ذكرنا في الشركة بالاموال اما العنان منها فلا يشترط لها شيء من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل
 فقط كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الوكالة
 لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا تخرج الشركة بالاعمال في المباحات من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما يكون
 في الجبال من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشترى كاعلى أن يصيد أو يحطبا أو يجتثا أو
 يستقيا الماء ويبيعه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه ألا
 ترى انه لو وكل رجلا ليعمل له شيئا من ذلك لا تصح الوكالة كذا الشركة فان تشاركا فأخذ كل واحد منهما شيئا من
 ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا لان سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما انفرد
 بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعا 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 ينقسم
 الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن ينقسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما
 بقيمة الذي له لان الكيل والموزن من الاشياء المتماثلة فتصحب قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير
 الكيل والموزن من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن
 والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه الى النصف من ذلك مع 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 أعانه الاخر 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 بالغاما بلغ (أما) وجوب أجر المثل للمعين فلانه استوفى منفعته بعقد فاسد وانه بوجوب
 أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ماسمي وقاسه على سائر الاجارات القاسدة لانه لا يزداد على المسمى
 هناك كذا هذا هنا والجامع بينهما انه رضي بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل بع هذا
 الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا وافرقت محمد بين هذا وبين سائر

الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به استقاطا لما زاد عليه والمسمى هناليس
 بمعلوم بل هو معدوم لانه ما سمي الا نصف الحطب او ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مستقيمة
 الزيادة على المسمى من اجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة اذ ارجح المضارب فيها ان له اجر مثله
 لا يتجاوز به المسمى من الربح في قول ابي يوسف وان لم يكن له ربح فلا شيء له وعند محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ ربح أو لم
 يربح ويستأني المستئلة في كتاب المضاربة ولو ان رجلا اجلس في دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس
 ان لا يجوز هذه الشركة لانها شركة العروض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الخانوت والخانوت من العروض
 وشركة العروض غير جائزة وفي الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من
 صاحب الخانوت عمل وشركة الاعمال جائزة باختلاف بين أصحابها لان ميناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه
 جائزة بان يوكل خياط أو قصار أو كيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل
 وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسله جميعا كان ما اصاب بينهما لا يستوأمهما في سبب الاستحقاق ولو كان
 الكلب لاحدهما وكان في يده فارسله جميعا فما اصاب 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 فأصاب صيد أو واحد كان بينهما نصيبين لانهما تساوى في سبب الاستحقاق وان اصاب كلب كل واحد منهما
 صيد أعلى حدة كان له خاصة لانه ملوكه بفعله فاخص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشترك رجلا ولا حدهما بفعل
 وللاخر يعبر على أن يؤجر اذلك فارق الله تعالى من شيء فهو بينهما فاجرهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل
 معلوم ان هذه الشركة فاسدة وتقسّم 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 يبتئالا 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 تبديل 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 تبديل
 معلوم فحملا حمولة على ذلك فالاجر بينهما نصيبين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة
 عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما على قدر الضمان وقد تساوى باقي الضمان فيتساوى باقي الاجرة ولا عبرة بزيادة
 حمل البعير على البغل كالا عبرة بكثرة عمل أحد الشرى يكن في شركة الصنائع لان البدل يقابل الضمان والبغل والبعير
 هنا آلة ايقاع 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 الآجر أعانه على الحمولة والنقلان كان للذي أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند ابي
 يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر به في قول ابي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ على ما ذكرنا في
 شركة الاحتطاب قصاران لاحدهما أداة القصارة وللاخر بيت اشتركا على أن يعمل بأداة هذا في بيت هذا على ان
 النكسب بينهما نصبان كان ذلك جائزا وكذلك الصاغة والخياطون والصبغون لان الاجر هنا تبديل عن العمل لا عن
 الآلة وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان يده لهما 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
 وللاخر كاف وجوانقان على ان يؤجر الدابة على ان أجرهما بينهما نصيبين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة
 لصاحبها وللاخر معه أجر مثله في قولهم جميعا اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة
 واما الاجر فلانه تبديل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الآخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثله

ولو دفع دابة الى رجل ليؤجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاجر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعتها بعقد فاسد ولو كان دفع اليه الدابة ليبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز ان اتفقت اعمالها أو اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصار بن والخياط بن بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعلمين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعلمين 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 المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن مشترك على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشتري بينهما نصفين وان يكون الربح بينهما نصفين (ومنها) أن يتلفظا بلفظ المفاوضة كما فصلنا فيما 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 اشترىا أو أحدهما بينهما نصفين 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 من المشتري لان الربح في هذه الشركة انما يستحق بالضمان فيقدر قدر الضمان فاذا شرط لأحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا تجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لا خردفع اليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين الألف انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين

فصل ﴿ وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فكيفهما في النوعين جميعا وأحد 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 عبد باعاهما بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه اياه أو استهلك الرجل عليهما شيئا قيمته ألف درهم أو ورثا دين الرجل واحد عليه فقبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فلا خرد أن يشاركه في أخذ منه نصف ما قبضه والا صل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض أحدهما شيئا منه فلا خرد أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل لأحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولي هذا الجانب لا يجوز لا تعدا التمييز فاذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي 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 عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تملك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فجعل المقبوض من النصيبين جميعا لئلا يؤدي الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقبض أن يمنع عنه بأن يقول أنا أعطيتك مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان

المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ ما إذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد ألا ترى ان
من عليه الرديء اذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً لعين الحق وان كان أردأ فقبض
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 نجاء
الشريك فأخذ نصفها كان للقبض ما بقى له على الغريم وذلك مائتان وخمسون وتكون الشركة باقية في الدين كما
كانت لانه لمأخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقى الباقي من دينه على حاله فان
أخرجه القابض عن يده بان وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فليس بريكه أن يضمه نصف
ما قبض لانه أتلف 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 أتلف حصته لا غير فلا يضمن
فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شيء اقتسامه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون
المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لم أبرأ الغريم من مائة درهم بقي له من الدين أربع مائة ولشريكه
خمسمائة فيضربان في قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك اذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسم الا ان القسمة
تقع على قدر حقتهم فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينقض ابرأه
بعد القسمة شيئاً مما اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض
أحدهما شيئاً ولكن اشترى نصيبه ثوباً من الغريم فالشريك أن يضمه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب
لانه انما اشترى الثوب ثمن في ذمة الغريم لا بماله في ذمة الغريم لانه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة
الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصاً بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا
جميعاً على الشركة في الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك ورضى شريكه به صار كأنه
باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بمحضته شيئاً ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان
القباض 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 أعطيتك نصف حقتك من الدين لانه لاحق لك فيما زاد
على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبضه ويرجع بدينه على الغريم لان من حجتة أن يقول ديني
قد ثبت عليك بعقد المدايعة فتسليمك الى غيري لا يستقط 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 وجهها واحداً
وهو أنه اذا أراد ان يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه
مثلها لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم به الشريك المقبوض للقباض ليسلم له ما في ذمة الغريم
فاذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض كما كان الا أنه ليس له في هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه أسقط حقه عن
عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان آخر بتوابعه فثبت ذلك في ذمة
القباض 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) قولهما ان نصيبه مملوك فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطاً بالابراء
فالتأخير أولى لانه دونه ولا في حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة والدليل على
أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجهه لا يكون للاخر فيه

حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لا يحتمل معنى القسمة وهو التمييز إذ هو اسم للفعل أو مال حكى في الذمة
 بخلاف البراءة فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير
 ليس تصرف في الدين بل في المطالبة بالاستقاط فالجواب ان التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغيير
 الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لوقبض أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه وبعد التأخير
 لا يبقى له حق المشاركة مادام الاجل قائما ثم فرغ على قومه ما 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 حيا فثبت له الشركة فان لم يقبض
 الاخر شيئا حتى حل دين الذي أخر عاد الامر الى ما كان فما قبض 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 يكتن 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 ذمته ما 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 يكتن أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد
 فلا يضمن لشر يكتن كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشر يكتن الغريم بنصيبه فان شر يكتن يرجع عليه في قوله
 جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فاشبهه البيوع وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن
 يضمه وروى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين اذا اشيج المطلوب موثقة عمد أفصاحه على حصته لا يلزمه
 شيء لشر يكتن لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جنابة عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح
 المشاركة فيه فلا يلزمه شيء واما اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب ما لا فصارت قيمته قصاصا بدينه أو اقترض
 منه شيئا بقدر نصيبه من الدين فلشر يكتن أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه
 والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين
 بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما لا أحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين
 لشر يكتن لانه ما استوفى الدين بل قضى دينه كان عليه اذا اصل في الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقضيا
 بالثاني لانه كان واجبا للقضاء قبل الثاني واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر
 المستوفى وذ كر ابن سباع في نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه
 القصاص فصاحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا و يرى من حصص القاتل من الدين وكان لشر يكتن القاتل
 أن يشاركه فيما خدمه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة أو استأجر الغريم خمسمائة
 مرسلة فرق بين هذا وبين ما اذا صلح على نفس الدين أو تزوج به (ووجهه) الفرق ان العقد هنا وهو الصلح والنكاح
 وقع على مافي الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس
 الدين 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 وذ كر على بن الجعد عن أبي يوسف انه لو مات المطلوب
 وأحد الشر يكتن وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشترى كبايا لخصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى
 من بعد وصية يوصي بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث
 والاجنبي سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهنا خصته فهلك الرهن عنده فلشر يكتن أن يضمه لان قبض الرهن
 قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشر يكتن من

المطلوب عبد اذ فات عنده فليسريكة أن يضمته لانه صار ضمنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بأفة سهاوية في ضمان العاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشئ لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شئاً بخلاف نفس العبد لانه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بأفة سهاوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من الغريم عبداً فاسداً وقبضه فمات في يده أو باعه أو اعتقه انه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بأفة سهاوية فرده لم يضمن لشريكه شئاً ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما شركة العتود 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 شريكي العنان والمفاوضة ان يعمل في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلا حد شريكي العنان أن يبيع مال الشركة لانها باعتقد الشركة اذن كل واحد اصحابه يبيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقداهما على العقد اذ نامن كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لان الاذن بالبيع يقتضي الشركة وجد مطلقاً ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لقلنا بالامالا يتعابن الناس في مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقاً انه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على الخلاف الذى ذكرنا في الدين المشترك اذا أخر أحدهما نصيبه هذا اذا 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 والبراء عنه عندهما وعند لا يملك (ووجه) البناء ظاهر لان العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه وهى من مسائل كتاب الوكالة الا أن هناك اذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهنالا يضمن الشريك العاقد لان الشريك العاقد يملك أن يقابل البيع ثم يبيعه بنسيئة واذا لم يقابل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يقابل ويبيع بالنسيئة فاذا أخر يضمن وله يشترى بالنقد والنسيئة لقلنا في البيع وهذا اذا كان في يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيئاً بنسيئة وكان عنده شئ من المكييل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيئاً بنسيئة فاما اذا لم يكن في يده دراهم ولدانا نير فاشترى بدراهم أو دنانير شيئاً كان المشتري له خاصة دون شريكه لانا لوجعلنا 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 مراضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير بنسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالامان 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 الحانسة في رأس مال الشركة حقيقة حتى أن انعقاد الشركة في الدراهم مع الدنانير لا يختلف الجنس حقيقة فيصير كانه اشترى بجنس ما في يده بصورة الدراهم وعند عروض ونحن نعتبر الحانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانس في الثمنية فصار كانه اشترى بجنس ما في يده بصورة ومعنى وله أن يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع من عادتهم ولان له أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فلا يبضع أولى لان استعمال البضعة في البضاعة بغير عوض وله أن يودع لان

الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضا لانه لا بد للتاجر منه لانه يحتاج الى ذلك عند اعتراض احوال
 تقع عادة لان له ان يستحفظ الموعد بأجر فغير 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 وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى
 الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شيء للاجنبي فيه لانه لم يوكله فبقى ما اشتراه على
 حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شركي العنان رجلا شركة مفاوضة بغير محض من شريكه لم تكن
 مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال
 وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان 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 كترج أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيئا بعمله الا اذا
 كان في المضاربة بقرح فاما 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 الفرع 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 تمثل 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 فا كان للمضارب أن يعمل
 فالشريك أولى وله أن يأخذ ما لمضاربة 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 شريكا 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 فبا تقدم وله أن يوكل وكيله
 ويدفع اليه مالا ويأمره أن ينفق على شيء من تجارتهما والمال من الشركة لهما فلان 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 يملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله
 وان كان وكيله في تقاضي ما دينه فليس للاخر اخله 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

أيضا ومن ضرورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجد بد آمنه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجري مجرى الاعيان فكان الاستعجار بمنزلة الشراء وهو ملك الشراء فيملك الاستعجار والاجر يكون على المستعجر بطالب به دون شريكه لانه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد ورجع على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله في العقد وله أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرهن بما باعه لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاءه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد في كتاب الرهن اذا رهن أحدهما متاعاً من الشركة بدين عليها لم يجز وكان ضامناً للرهن ولو ارتهن بدين لهما اذ اناه وقبض لم يجز على شريكه وذلك محمول على ما اذا رهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقد هما لان الرهن ايفاء وكل واحد منهما يملك أن يوفي دين الآخر من ماله الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن القاسد يكون مضموناً كالصحيح فكان مستوفياً حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفياً لجميع الدين فيصير مستوفياً حصته بصورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع بحصته على المطلوب ورجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك في يده قرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ورجع الغريم على القابض بما قبضه لانه انما سلم اليه لئلا يملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشريكين 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 فالقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك أيضا هكذا يستوفى هو ويشاركه الآخر ان يستوفى الدين طعن عيسى بن أبان في هذه المسألة وقال يجب أن لا يضم الشريك نصيب شريكه لان محمداً قال لو قال رجل لرجل اعطني رهناً بدين فلان الذي عليك فان أجازته جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن في يده لم يضم وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل لانه لما أخذ رهناً لغيره وشروط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلاً وهلاك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفاء وهم هنا انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الخوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس في المسئلة والافلاس وكون بعضهم أملاً من بعض وفي العادة يختار الاملاً فالاملاً فكانت الخوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن في التوثق للاستيفاء ولان الاحتيال تملك ما في الذمة بمثله 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 يتمتع من دفعه اليه كالمشترى من الوكيل بالبيع له أن يتمتع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المديون لم يلزم الحقوق للمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل برى من حصته ولم يبرأ من حصة الدين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو اجنبي عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع الى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان انه لا فائدة في نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لاحتجنا الى اعادته لان المديون يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة في الحال وهذا على القياس والاستحسان في الوكيل بالبيع اذا دفع المشتري الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس

لاحدهما ان يخاصم في اذانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس على الذي لم يل من ذلك شيء فلا يسمع
 عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والاجنب 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 وللعاقدين يوكل ولا يقبض
 الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم ولا حددهما ان يقابل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه
 يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحدهما واشترى فظهر عيب لا يرد الاخر بالعيب ولا يرد عليه لان
 الرد بالعيب من حقوق العقد وانما ترجع الى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقد فان أقر
 أحدهما بعيبه في متاع جاز اقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخي وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف رحمهم
 الله وفرق بين هذا وبين الوكيل اذا أقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة
 لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولا حد الشرى يكتفى 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 عليهما 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 لاجل العيب فهو جائز لان العيب يوجب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح
 والخطأ نفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز في حصته ولم يجز في حصة صاحبه لان
 الخط من غير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره وكذلك لو وهب لان الهبة تبرع
 ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشتراه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه
 بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مرابحة وهل لاحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخي
 أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبي يوسف ومحمدان له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافر وا
 وروى 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 بماله حمل
 ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبي يوسف ان السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه (وجه) الرواية التي فرق
 فيها بين القريب والبعيد انه اذا كان قرياً 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 وانما صدرت مطلقة
 عن المكان والمطلق يجري على اطلاقه الالليل ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع لانه مؤتمن في مال
 الشركة كالودع في مال الوديعه مع ما ان الشريك يملك أمر أزيد الالملك المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر
 فلا يملكه الشريك أولى وقول أبي يوسف ان المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم اذا كان الطريق مخوفاً (فاما) اذا
 كان أمناً فلا خطر فيه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الارض من فضل الله ورفع الجناح عنه
 بقوله تعالى عز شأنه فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح
 أن تبتغوا فضلاً من ربكم مطلقاً من غير فصل وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما لا حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة في عادة
 التجار لان كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال هذا المقل كل واحد منهما لصاحبه اعلم في ذلك رأيك فاما اذا قل ذلك
 فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخطب مال الشركة بماله خاصة والرهن والارتها مطلقاً
 لانه فوض الرأي اليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقاً اذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل
 له اعلم رأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد فله أن ينفق من جملة المال على نفسه في

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

فلا نهدين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البيعة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعتقد ان الدين لزمه كما لزم شريكه لانه كفيل عن شريكه والبيعة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه فيسند 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 والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤخذ به شريكه لانه ليس بضمان التجارة ولا في معنى ضمان التجارة أيضا لانعدام معنى معاوضة المال بالمال رأسا وروى عن أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك 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 عوضا عنه بخلاف ضمان الجنائية على بنى آدم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلا ولو كفل أحدهما عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أي حنيفة وعندهما الا يلزم وان كفل بنفسه لا يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعا (وجه) قولهما ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالمهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعتق المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كان في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولا في حنيفة رضي الله عنه ان الكفالة تقع تبرعا بتدائها 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 عملا بالابتداء ويلزم شريكه عملا بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعا حتى لو باع أحدهما شيئا من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع منهما المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبائع ولو اشترى أحدهما شيئا يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله أن يقبض المبيع كما للمشتري ولو وجد المشتري منهما عيبا بالمبيع فلصاحبه أن يرد به بالعيب كما للمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق للمشتري ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيبا فله أن يردها على أيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يخلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما فهذا قراره على نفسه وشريكه ولو باع سلعة من شركتهما ثم وجد المشتري بها عيبا فله أن يخلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم يمين واحدة على العلم في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يخلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعا في خراج التجارة وضمانها سواء ففعل أحدهما فيها كفعلها أو قول أحدهما كقولها وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة كشخص واحد ولا حد لها أن يكاتب 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 الايتمالكه فالمفاوض فيه أجوز أمر او معناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا يملك له فيه رأسا فلا يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيئا من عبيد التجارة على مال لانه في معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القول ويبقى البدل في ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع ولهذا لا يملك الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضررا محضا فلا يملك في ملك غيره ويجوز له أن يزوجه لانه لا يزوج الامه نفع محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفعها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه الى مال الشركة سواء

كان من باب التجارة أو لا بخلاف الشركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد
 وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبي يوسف ينفذ كتصرف
 المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربه بماذا كرتاقى الشركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل
 في مال الشركة بحال 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 المضاربة لانها دونها فتبعضها ولان الاب يملك
 ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز له ذلك
 لانه يوجب للشريك الثالث حقا في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلا شركة عنان فأما اذا
 فوض 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 والشئ لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرهن على شريكه لان الرهن هو ايقاف والارتهان استيفاء
 وكل واحد منهما يملك الايقاف والاستيفاء فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضى مادانه أو ادائه
 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 البيئته 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
 مشتركا 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 أمهما 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 ثمن 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 الانفراد بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة
 فأخرج عن 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 لأحدهما أن يطأها فان
 اشتري أحدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة أن الشريك يرجع عليه بشئ أو لا
 يرجع وذكر في الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشئ من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف
 الثمن (وجه) قوله ما ان الحاجة الى الوطء متحقة فتباحق بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت
 له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد تقدم ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف
 ولا يبي حنيفة ان الاصل في كل ما يحتمل الشركة اذا اشتراه أحد الشركين أن يقع المشتري مشتركا بينهما من غير اذن
 جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو مالا بدله منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة في الوطء فوقع المشتري
 على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة الى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشتري
 على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للتملك كأنه قال اشتري جارية بيننا وقد ملكتك نصيب منها فكانت
 الهبة متعلقة بالشراء فاذا اشتري وقبض صحت الهبة كما لو قال ان قبضت مالي على فلان فقد وهبته لك قبضه بملكه

كذا هذا وإذا كان كذلك فقد تعد عن الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشئ فإن اشترى
 جارية للوط عا بذن شريكه فاستولد هاتم استحققت فعلى الواطى العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما) وجوب
 العقر فلا شك فيه لأن وطء ملك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين اما الحد واما العقر وقد تعذر إيجاب
 الحد لكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الأخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء
 والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالتن لان الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف
 المهر في النكاح الصحيح والفاسد لانه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة
 ولو أقال أحدهما في بيع ماباعه الآخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على
 الشركة فيملك الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة للمفاوض أولى واذا مات أحد المتفاوضين أو تفرق
 يكن للذي لم يمل المدابنة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانهما وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل
 بطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فيبطل الشركة فلا يجوز لآخرهما أن يقبض نصيب الآخر
 اذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما)
 الذي ولي المدابنة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المدابنة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة
 بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل ولو أجر أحدهما نفسه في الخياطة أو عمل من الاعمال فلا جر بينهما نصفان وان
 أجر نفسه للخدمة فلا جره خاصة لان في الفصل الاول أجر نفسه في عمل يملك التقبل 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 ديناً كان عليه قبل المفاوضة فهو جاز لانه اذا قضى فقد صار
 المقضى ديناً على القاضى أولاً فيصير قصاصاً بماله على القاضى فكان هذا تملكاً بعوض فتناوله عقد الشركة فلملكه فجاز
 القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا 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 ديناً لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها
 لما مران 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 الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمسة الف ولا يضمن ما بقي لان
 الزيادة امانة في يد المرتهن فكان مودعاً في قدر الامانة من الرهن ولم يودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصى أيتام
 رهن أمة لهم بأربعة الف عليه وقيمته الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بأربعة الف وذلك يكون ديناً للورثة على الوصى
 وهو أمين في الفضل وكذلك الاب رهن أمة ابن له صغير بدين عليه لان الاب والوصى يملكان الايداع وان زيادة
 على قدر الدين من الرهن امانة فكانت وديعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين
 مالا فأعطاه رجلاً ثم أخذه سفتجة كان ذلك جائزاً عليهما ولا يضمن توى المال أو لم يتوى وفي قياس قول أبي يوسف
 ان الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصه شريكه من ذلك وهذا فرع واختلافهم 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 ابلاً الى مكة ليحج ويحمل عليهما متاع يئسه فلامؤجر أن
 يطالب أيهما شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه
 لحمل عليهما متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له
 خاصة كما لو اشترى طعاماً لنفسه ان المشتري يقع له ويطلب الشريك بالتمن كذا هذا ولو أجر أحدهما عبداً له ورثه لم
 يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لانهما بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له باليراث والله

عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالأعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الاجرة لأنه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الاجرة وإلى أيهما دفع صاحب العمل يرى لأنه 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 اجمعا يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لأن هذه شركة عنان لا شركة مفوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان 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 المفوضة في حق وجوب الضمان وإن لم تكن مفوضة حقيقة حتى قالوا في الدين إذا أقر أحدهما بتم صابون أو اشنان أو غيرهما أنه لا يصدق على صاحبه إذا كان المبيع مستهلكا بالاقرار أو بالبينة كذا إذا أقر أحدهما باجر أجير أو حانوت بعد مضي هذه الاجارة وإن كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض لزمهما جميعا باقراره وإن جحد شريكه كما في شركة العنان فدل أنه ليس لها حكم المفوضة 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 متفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شركران فكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما يصدق عليه 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 (وجهه) ما ذكرنا أن الشئ في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريك العنان إذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على صاحبه وإنما استحسانا والحقها بالمفوضة في حق وجوب العمل والمطالبة بالاجرة في حق وجوب ضمان العمل فيق الامر فيما وراء ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لابي يوسف انه لما ظهر حكم المفوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الاجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضا فينفذ اقراره بمحل العمل على صاحبه وإن عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فالاجر بينهما على ما شرطت لأن الاجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالتقصير والخياط إذا استعان برجل على التقصير والخياطة انه يستحق الاجر وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وههنا 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 شرطت أحدهما ثلثي الكسب وهو الاجر وللاخر 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 تتقوم الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير إلى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الحصص وقال هذا لا يصح بدليل انه لو شرط فضل الاجر لهما عملا بان شرطت لهما الاجرة له جاز فدل

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا يفضل العمل ولو شرط التفاضل في الاجرة فجعلها أثلاثاً ولم ينسبها
 العمل الى نصفين فهو جائز لا نهما لما شرط التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك
 اشتراطاً للتفاضل في العمل تصحيحاً للتصريح فيما عند امكن التصحيح ولو شرط الكسب أثلاثاً وشرط العمل
 نصفين لم يجز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والريخ لا يستحق الا باحده هذه الاشياء (وأما)
 الوضعية فلا تكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرط أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر
 والوضعية بينهما نصفان كانت الوضعية باطلة والقبالة بينهما على ما شرط على كل واحد منهما لان الريخ اذا انقسم على
 قدر الضمان كانت الوضعية على قدر الضمان أيضاً لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضعية في موضع يجوز
 اشتراط زيادة الريخ فيه لا أحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضعية فيها الا بقدر المال في موضع لا يجوز
 اشتراط زيادة الريخ فيه لا أحدهما فلا يجوز أن تكون الوضعية فيه الا على قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة منهما
 فإلزام أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالب به من صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حاتوت ويجوز
 اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين والمقر له أن يطالب 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 وجد صاحبه يصدق
 على صاحبه وينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما
 وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة في الاموال (وأما) الشركة القاسدة
 وهي التي فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تعيد شيئاً مما ذكره لان لأحد الشريكين أن يعمل بالشركة الصحيحة
 والريخ فيها على قدر الماين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فألحق بالعدم فبقى
 الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لأحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا
 غير سديد الا أنه استحق الريخ بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم

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

﴿ فصل ﴾ وأبى ما يبطل به عقد الشركة فإبطل به نوعان (أحدهما) يعم الشركات كلها (والثاني) يخص البعض دون البعض أما الذي يعم الكل فأنواع (منها) القسح من أحد الشرىكين لأنه عقد جائز غير لازم فكان محتملا للفسخ فإذا فسخته أحدهما عند وجود شرط القسح بنفسه (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به أو لم يعلم لأنه عزل حكى فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع الخاق بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقا لأن به يخرج الوكيل عن الوكيلة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لأن الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فأنواع (منها) هلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء في الشركة بالأموال سواء كان المالان من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لأن الدراهم والدنانير تعيينات في الشركات فإذا هلكت فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل إبرام العقد وحصول العقود به فيبطل العقد بخلاف ما إذا اشترى شيئا بدراهم معينة ثم هلكت الدراهم قبل القبض إن العقد لا يبطل لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات وتعيينان في الشركات ثم اعلم تعيين الدراهم والدنانير في المعاوضات وتعيين في الشركات لانها جعلتا مثنى شرعا فلو تعيينا في المعاوضات لا تقبلتا مثنى إذا المثنى اسم لعين يقابلها عوض فلو تعيينت الدراهم والدنانير في المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مثنى فلا يكون مثنى وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس في تعيينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لانها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان في هذين العقدين وإن لم يكن التعيين فيهما تغيير الحكم الشرع وهو جعلهما مثنى للملا عوض لخال يقابلها لأن كل واحد من العقدين وضع وسيلة إلى الشركة والوسيلة إلى الشيء حكمة حكم ذلك الشيء فجعل حكمهما في حق المنع من تعيين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما في الشراء بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة إلى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعيين رأس المال للمامر ولا يمكن جعل القبض معينا لرأس المال لأنه لا وجه إلى إيجاب القبض فيهما ليتعين رأس المال لأن العمل فيهما مشروط من الشرىكين وكون العمل مشروطا من رب المال يوجب أن يكون رأس المال في يده لئلا يمكنه العمل وكون عمل الآخر مشروطا يوجب التسليم إليه لئلا يمكن من العمل فلا يجب التسليم للعارض ولا بد من سبب يوجب تعيين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض إلا العقد فإذا لم يمكن إيجاب القبض جعل العقد موجبا لتعيينهما وإن كان وسيلة إلى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدرا كبحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فأما) في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك في المضاربة لا يوجب فسادها فممكن جعل القبض سببا لتعيين فلا حاجة إلى جعل العقد سببا فلم يوجب العقد تعيين الخاق له بالشراء ثم إذا هلك أحد المالين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لأن الهالك مال ملكه أحدهما يتيقن وأنه أمانة في يد صاحبه فهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما إذا كان رأس المالين من جنس واحد وخطأ ثم هلك أنه هلك مشتركا لاننا نتيقن أن الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأسى المال في شركة المقايضة بالمال بعد وجودها في ابتداء العقد لأن وجود المساواة بين المالين 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 إذا تقاضا والمال مستوى ثم ورت أحدهما ما لا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وهما ذلك في يده أنه يبطل المقايضة لبطان المساواة التي هي معنى العقد وان ورت عرضا لا تبطل وكذا لو ورت ديونا لا تبطل ما لم يقبض الديون لانها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو زاد أحد المالين على الآخر قبل الشراء بأن كان

أحد همدراهم والآخر دنانير فان زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا لان عقد الشركة يقف تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا طرأ عليه يبطله قال محمد وكذلك لو اشترى بأحد المالين ثم ازداد الآخر لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد فان زاد المال المشتري في قيمته كانت المفاوضة مجالها لان تلك الزيادة تحدث على ملكها لانها مح في المال المشتري فلا يفضل أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه تنتقض المفاوضة لان الالف التي لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الا خرف صار ماله أكثر فينبغي أن تبطل المفاوضة الا انهم استحسنا وقالوا لا تبطل 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 استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكننا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخرون يضر بون في الارض يتغنون من فضل الله والمضارب يضرب في الارض يتغنى من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا 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 أو لا يزل به واديا ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن قبله 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 وسيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعا وروى ان عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الاشعري أمير بها فقال لهما لو كان عندي فضل لأكرمتكما ولكن عندي 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 المسامين فاجعلار بحمهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا لضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضار بين في المال لهما التصف والتصف 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 الاقصار من غير انكار من أحد واجماع أهل كل عصر حجة فتترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضا وهو ان 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 فلا يجاب والقبول وذلك باللفظ تدل عليهما فلا يجاب هو لفظ المضاربه والمقارضة والمعاملة وما يؤدى معاني هذه اللفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربه على ان مارزق الله عز وجل

أو أطمع الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا اذا
 قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة
 فصرح ما خوذ من الضرب في الارض وهو السير فيها سمي هذا العقد مضاربه لان المضارب يسير في الارض
 ويسعى فيها لا بتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صرح في عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضارب بمقارضة كما
 يسمون الاجارة بعباء ولان المقارضة مأخوذة من القرص وهو التقطع سميت المضارب بمقارضة لما ان 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 الا لصور الالفاظ حتى يتعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف ويتعقد
 النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكري في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها ما عاقما كان من فضل
 فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضارب به استحسانا والقياس ان لا يكون مضارب به (وجه) القياس انه ذكر
 الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضارب به الا بالشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل
 الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الالبتياح ذكر البيع وهذا معنى المضارب به ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم
 يزد عليه كان مضارب به استحسانا والقياس ان لا يكون لانه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضارب به (وجه)
 الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملا يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء
 والبيع فضمن ذكره ذكر الشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به هر ويا بالنصف أو رقيقا بالنصف ولم يزد على
 هذا شيئا فاشترى كما امره فهذا فاسد ولم يشترى أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب
 المال لانه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحمل على المضارب به فحمل على الاستحسان على
 الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما امره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله
 وليس له أن يبيع ما اشترى من غير اذن الامر لانه امره بالشراء لا بالبيع فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير
 اذنه فان باع منه شيئا لا ينفذ بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفا مال الغير
 بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والتمن لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا أجاز 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 فلا عرف ان مالا يكون محلا لانشاء العقد عليه لا يكون محلا لاجازة العقد فيه وان علم انه هلك
 فلا اجازة باطله لما ذكرناه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم ليشتري بها ويبيع فارجح فهو
 بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة
 وكذلك لو شرط عليه ان الوضعية على عليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضعية على رب المال لان شرط
 الوضعية على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن علي بن الجعد عن أبي يوسف لو ان
 رجلا دفع الى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرصا ولا شركة وقال ما ربحت فهو بيننا فهذه
 مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكر الشراء والبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال
 خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضارب به جائزة قياسا واستحسانا وللمضارب
 ما شرط وما بقى فرب المال والاصل في جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه ناعا مالا بالشرط فلا
 يفترق استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما
 يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يقوم الا بالعقد اذا عرف هذا فتقول في هذه المسئلة اذا سمي للمضارب جزأ معلوما من
 الربح فقد وجد في حقه ما يفترق الى استحقاقه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب المال بماله ولو قال خذ هذا المال

مضاربة على ان لي نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي رحمه الله ولكنها جائزة استحسانا ويكون للمضارب النصف (وجه) القياس ان رب المال 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 تقتضي 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 فلامه الثلث لما كان ميراث الميت لا بويه 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 ثمنه فاداسلم المشروط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال لكونه من ثمنه ولو قال رب المال على ان مارزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضي المساواة اذ الميبين فيها متدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه وبنبئهم ان الماء قسمة بينهم وقد فهم منها التساوي في الشرب قال الله سبحانه وتعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزء من الربح في عقد المضاربة للاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الآخر فاما اذا شرط لهما وغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث اجنبيا او كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهم اثلاثا وان لم يشرط عليه العمل لم يجز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال وصار 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 كالاجنبي 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 لولم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهو على هذا التفصيل ايضا انه ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالاجنبي عند أبي حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشرط عمله فاشترطه فهو لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل لان المولى يملك كسب عبده كان عليه دين أولا فان لم يكن على العبد دين ففي عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه اذا لم يكن عليه دين فالمالك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروطا للمولى وصار كما نه 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 لقضاء دين المضارب والثلث لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال وكذا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث لقضاء دين رب المال ان الثلثين لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لقضاء دين كل واحد منهما مشروط له

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

كان المضارب هو الحربي فرجع الى داره الحربي فان كان بغير 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 فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه
لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا
اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لانه لم يذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصارت تصرفه لنفسه
فملك الامر به وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفعت اليه حربي ما لم مضاربة بمائة درهم انه على قياس قول
أبي حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا أو ربح أو وضع فالوضعية على رب المال والربح على ما اشترط
ويستوفى المضارب مائة درهم والباقي لرب المال وان لم يكن في المال ربح الا المائة 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 اختلافهم في جواز الربح في دار الحرب لما علم
(وأما) الذي يرجع الى رأس المال فأشياء منها أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدينار 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 أن ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى
لو هلك قبل التسليم لاشي على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون 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 القسمة لان
قيمة العروض تعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تقضي الى المنازعة والمنازعة تقضي الى الفساد
وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضاً فقال له يعاها وعامل ثمنها مضاربة فباعها بدرهم أو دينار وتصرف فيها جاز
لان لم يضيف المضاربة الى العروض وانما أضافها الى الثمن واتممت تصح به المضاربة فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع
عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالاثمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لانها صارت
مضافة الى مال التصح المضاربة به وهو الخنطة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك
البيع بغير الاثمان ولا تفسد المضاربة لانها لم تصر مضافة الى مال يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهب
والفضة فقد جعلها في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعلها في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدينار والامر فيه
موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدينار فيتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به
فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزبوف والنهرجة فتجوز المضاربة بهاذكره محمد رحمه الله لانها
تتبع بالعدد كالحياد (وأما) المستوفة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وذكر
ابن سماعه عن أبي يوسف في الدراهم التجارية لا تجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو
أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لانهم يتبايعون بالخنطة كما يتبايعون غيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا
الكلام فيها في كتاب الشركة فالخاصل أن في جواز المضاربة بها روايتين عن أبي حنيفة ذكر محمد في المضاربة
الكبيرة في الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدينار عند أبي حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز
والصحيح من مذهب أبي يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت اثماناً
كالدراهم والدينار 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 ويكون الربح معلوماً بشرط صحة المضاربة (ومنها)

أن يكون رأس المال عينا لا دينا فان كان دينا فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما اذا كان لرب المال على رجل
 دين فقال له اعمل بيدي الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب
 وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه
 وضيعته بناء على أن من وكل رجلا يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما
 في ذمته عنده واذا لم يصح الامر بالشراء بما في الذمة لم يصح اضافة المضاربة الى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل
 ولكن لا تصح المضاربة لان الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض لانه يصير في التقدير
 كانه وكله بشراء العروض ثم دفعه اليه مضاربة فتصير مضاربة بالعروض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالي على
 فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز لان المضاربة هنا اضيفت الى المقبوض فكان رأس المال عينا لا دينا ولو
 اضاف المضاربة الى عين هي امانة في يد المضارب من الدراهم والدينان يربان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما في يدك
 مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان اضافها الى مضمونة في يده كالدرهم والدينانير المعصومة فقال للعاصب
 اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربة
 تقتضي كون المال امانة في يد المضارب والمغصوب مغصوب في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولا ي
 يوسف أن ما في يده مضمون الى ان يأخذ في العمل فاذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير امانة في يده فيتحقق معنى
 المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاعا بان دفع المالا الى رجل بعينه مضاربة وبعضه غير مضاربة
 مشاعا في المال فالمضاربة جائزة لان الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في المشاع
 وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب اذا ربح بصير شريكا في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فاذا
 لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا دفع الى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة
 ان ذلك جائز أما جواز المضاربة فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وان كان القرض تبرعا والشباع منع حجة التبرع
 كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لانه وان كان في الحال تبرعا لانه لا يقبله عوض للحال فهو تملك المال بعوض
 في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد المثل لارد العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوخ بخلاف الهبة فانها
 تبرع محض فعمل الشيوخ فيها واذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لانه ربح ملكه وهو
 القرض ووضيعة عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرط لان ربح مستفاد مال المضاربة ووضيعة
 على رب المال ولا يجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لانه مال مشترك بينهما فلا يتفرد أحد الشرى بربحهما
 قالوا ولو كان قال له خذ هذه الالف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح
 لي فهذا امر وانه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جرتعا
 فان عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضعية (أما) الربح فلان المضارب ملك نصف المال
 بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال (وأما) الوضعية فلانها
 جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضعية على قدره ولو قال خذ هذه الالف على أن نصفها مضاربة بالنصف
 ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير متسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال
 فربح كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرط والوضعية عليهما أما نصف الربح
 للمضارب حصة الهبة فلانه ثبت الملك له فيه اذ قبض بعقد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الآخر فانما يكون ربحه
 بينهما على الشرط لانه استفيد بمال المضاربة مضاربة بحجته (وأما) كون الوضعية عليهما فلانها جزء هالك من
 المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لانه
 مقبوض بعقد فاسد فكان مضمونا عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة

فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ما سمي من المضاربة والبضاعة والوضعية على رب المال ونصف الربح
 لرب المال ونصفه على ما 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 لان الربح حصل من
 مال المضاربة والمضاربة قد سحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع اليه على أن نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها
 مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال في يد المضارب على ما سمي لان كل واحد منهما أعني الوديعة والمضاربة بأمانة فلا
 يتنافيان فكان نصف المال في يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة إلا أن التصرف لا يجوز الا بعد القسمة لان كل جزء
 من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف في الوديعة لا يجوز فان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد
 النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضعية عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على
 ما شرط لان قسمة المضارب المال لم تصح لان المالك لم يأذن له فيها فاذا افرز بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال
 المضاربة فما كان في حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان في حصة المضاربة فهو على الشرط ومن
 هذا الجنس ما اذا دفع الى رجل متاعا فباع نصفه من المدفوع اليه بخمسة ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن
 كله مضاربة على أن مارزق 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 للأمر ويكون الدين على المأمور حالة واذا كان كذلك فهنا أمران يعمل بالدين ونصف ثمن المباع فربح
 في حصة الدين فهو للمدفع اليه لانه تصرف في ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع
 والوضعية عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) في قياس قول أبي يوسف ومحمد فقد 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 الأمر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه اذا اشتري صار عرضا
 والمضاربة بالعرض 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 بحاها
 فان في قول أبي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما شرط ونصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب
 الدافع كانه قال له اعمل في نصيبك على ان الربح لك واعمل في نصيبك على ان لك ثلث الربح من نصيبك (وأما) على
 قياس قولهما فقد دفع اليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فالربح في النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال
 لانه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرط فصار لرب المال ثلثا الربح
 وللمضارب الثلث وان كان شرط لرب المال ثلثي 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 التولية كالوديعة
 ولا يصح مع بقائه الدافع على المال لعدم التسليم مع بقائه حتى لو شرط بقاء المالك على المال فسدت المضاربة لما
 قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصح مع بقاء يدرب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعقدت على رأس مال
 من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل الا بعد دخوله من يدرب المال فكان هذا شرطاً
 موافقاً لمقتضى العقد بخلاف الشركة لانها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يدرب المال عن العمل يناقض

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

وشاركنا قرشاً في بقاها * وفي أحسابها 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 فان شرط عدداً مقدران بان

شرطان يكون لاحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز والمضاربة فاسدة لان المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط بوجوب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لاحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطا أن يكون لاحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو قالا الامائة درهم فانه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط بقطع الشركة في الربح لانه اذا شرط لاحدهما للنصف 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 العقد أن تكون الوضعية عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد اذا دخل في هذا العقد أنه ينظر ان كان يؤدي الى جهالة الربح بوجوب فساد العقد لان الربح هو العقود عليه وجهالة العقود عليه بوجوب فساد العقد وان كان لا يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة بشرط الوضعية عليهما بشرط فاسد لان الوضعية جزء هالك من المال فلا يكون الا على رب المال لانه يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع الى العقود عليه كالهبة والرهن ولائها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة وذ كرمحمد في المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة تحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذ كرمحمد 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 عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرط فاسد افيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسئلتين لان معنى الاجازة في المزارعة أظهر منه في المضاربة بدليل أنها لا تصح الا بدمعة معاومة والمضاربة لا تقتصر صحتها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع القامضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دار ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرط فاسد لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن أجره الدار والارض فصارت حصص العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد 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 جائزا 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 دون مكان ولم يعتقد 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 وذ كرمحمد في ربه 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 عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطا فاسدا (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصح قرضا لانه أتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو باضاع عندنا لوجود معنى الاضاع

﴿ 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 كل واحد منهما أن يعمل وما ليس له أن يعمل وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

للمال بالمال (أما) الذي يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب
 به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة لأنه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فإذا اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل
 بالشراء والبيع لأنه تصرف في مال الغير بامر وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته
 أو بما يتعابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى
 شراء فاسداً يملك إذا قبض لا يكون مخالفاً ويكون الشراء على المضاربة وكذا إذا باع شيئاً من مال المضارب ببيعاً فاسداً
 لا يصير مخالفاً ولا يضمن لأن المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقاً يملك الصحيح والقاسد فلا يصير مخالفاً
 فإذا ظهر في المال ربح صار شريكاً به بقدر حصته من الربح لأنه ملك جزءاً من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال
 لأنه نساء ماله فإذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال فإذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة
 الغاصب ويصير المال مضموناً عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضموناً عليه له لأن الربح بالضمان لكنه
 لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم في الغاصب
 والمودع إذا تصرف في المغصوب والوديعة وربحاً ولو أربد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب فالحيلة
 في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه إليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه
 الى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه وإذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على
 الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الأدرهما واحداً ويسامه إليه ويشهد على
 ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع
 ما استقرض على أن يعمل 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 به بالعقد وما ليس له أن يعمل به بخمالة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة المطلقة 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 العمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له العمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم
 منه ماله أن يعمل إذا قيل له العمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمل رأساً وان نص عليه (وأما)
 القسم الذي للمضارب أن يعمل من غير التنصيص عليه ولا قول العمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيود
 وهي ما إذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة
 على كذا فله أن يشتري به ويبيع لأنه امره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد
 المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري
 أو باقل من ذلك مما يتعابن الناس في مثله لأنه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتعابن 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 قد اؤنسبته وبعين فاحش في قول أبي حنيفة
 رحمه الله للمضارب أولى لأن المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتعابن الناس في مثله
 وهي من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشتري ما بدله من سائر أنواع التجارات في سائر الامكنة مع سائر الناس لا إطلاق
 العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان البضاعة من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والبضاعة
 طريق الى ذلك ولأنه يملك الاستعجار فلا بضاعة أولى لان الاستعجار استعمال في المال بعوض والبضاعة
 استعمال فيه بعرض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

يستأجر من يعمل في المال لأنه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضاً لأن الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال بنفسه فيحتاج الى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجمع المال فيه لأنه لا يتقدر على حفظ المال الابنه وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل لأن الحمل من مكان الى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لأن التوكيل من عادة التجار ولأنه طريق الوصول الى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولأن المضاربة أعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشيء ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة الاذا قيل له اعمل برأيك لأن المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولى والشيء لا يستتبع مثله وكل الم المضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل ما لا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لأنه لا يملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرهن بدين له منها على رجل لأن الرهن بالدين والارتهان من باب الايضاء والاستيقاء وهو يملك ذلك فيمساك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بعد نهى رب المال عن العمل ولا بعد موته لأن المضاربة تبطل بالتهنى والموت الا في تصرف ينضربه رأس المال والرهن ليس تصرفاً ينضربه رأس المال فلا يملك المضارب ولو باع شيئاً وأخر الثمن جاز لأن التأخير للثمن عادة التجار وأما على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لأن تصرفه أعم من تصرف الوكيل لأن الوكيل بالبيع اذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لأن 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 فانهما جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضاً وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو يستقبل فيها ثم يبيعها نساء فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحتال بالثمن على رجل موسراً كان احتمال عليه أو معسر الا ان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الى الدين قد يكون أسرم من ذمة الحمال عليه منه من ذمة المحمّل بخلاف الوصي اذا احتال بمال اليتيم ان ذلك ان كان أصليح جاز والا فلا لان تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على النظر وتصرف المضارب مبني على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضاً يبيضاء ويشتري ببعض المال طعاماً فيزرع فيها وكذلك له أن يقلبها لغيره فيها نخلاً أو شجراً أو رطباً فذلك كله جائز والربح على ما شرط لان الاستئجار من التجارة لأنه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملك المضارب والمضارب أن لا يسافر بالمال لان المقصود من هذا العقد استئناء المال وهذا المقصود بالسفر أو فرولان العقد صدر مطلقاً 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 يضرّون في الارض يبتغون من فضل الله ولأنه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من فضل الله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف وفي 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 وهمان أهلها فان أباحنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع في مصر آخر غير الكوفة فلم يضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة (واما وجه رواية أبي يوسف عنه فهو ان المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا بالذن رب المال نصاً أو دلالة فاذا دفع المال اليه في بلد هما فلم يأذن له بالسفر نصاً ولا دلالة يمكن له أن يسافر واذا دفع اليه في غير بلد هما فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بلده فكان دفع المال في غير بلد هما رضاً بالرجوع الى الوطن فكان اذا نادى له وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية لان الاذن بالتجارة

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة
أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم اذا حقهم دين سواء كان المولى 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 لانعدام القعل والتدبير في جنابته الى رب المال
لان رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون اذا جنى انه يخاطب بالمأذون بالدفع أو
القداء مع غيبة المولى لان العبد المأذون في التصرف كالحر لا 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 الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى في مخاطب بالدفع كالحر (فأما)
المضارب فانه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهد عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق
بين المستأمن فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب القداء فله ذلك لانه بالقداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة
في الجملة لتوهم الرجوع ولو دفع رب المال أو فدى خرج العبد من المضاربة (أما) اذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع زال
ملكه لا الى بدل فصار كانه هلك واذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار القداء دليل
رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الرجوع لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألقين فحى جناية خطأ
لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء اذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لا يحاب الجناية على المضارب ولا على
الغلام سبيل الأأن لهم أن يستوثقوا من الغلام بكفيل الى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو القداء اذا كان
المضارب غائبا وليس لاحدهما أن يهدى حتى يحضرا جميعا فان فدى كان متطوعا بالقداء فاذا حضر ادفع أو فديا فان
دفع فليس له ما شئ وان فديا كان القداء عليهما أربعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال
أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله ان تصيب المضارب لم يتعين في
الرجوع لعدم تعيين رأس المال لان التعيين بالقسمة ولم يوجد فبقى المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم
الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه اذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا لو أعتقه
تذا اعتاقه في نصيبه واذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله ان حقه لم يتعين
في الرجوع لعدم تعيين رأس المال فمنوع بل تعيين ضرورة لزوم القداء في نصيبه ولا يلزم الابتعين حقه ولا يتعين حقه الا
بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال الا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فان اختار أحدهما الدفع والآخر القداء
فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير ان في العبد المشترك اذا حضر أحد الشرى يكن
وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو القداء وههنا لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان
تصرف أحدهما يتضمن قسمه لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو القداء والقسمة لا تصح الا بحضورهما
والدفع أو القداء من أحد الشرى يكن لا يتضمن قسمة ولا حكم في حق الشرى الآخر فلا يقف على حضوره وهذا
بخلاف العبد المرهون اذا كانت قيمته أكثر من الدين فحى جناية خطأ انه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان
اختار أحدهما الدفع والآخر القداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الأمرين لان الملك هناك واحد
فاختلفا في اختيارهما بوجوب تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وهنا
مالك العبدان فلواختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وقد قالوا اذا غاب
أحدهما وادعت الجناية على العبد لم تسمع البيعة حتى يحضرا لان كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير في الجناية
اليهما فلا يجوز سماع البيعة على أحدهما مع غيبة الآخر وانما أخذ بالعبد كقيل لانه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولي الخيانة لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوفى حقه بكفيل وحقوق العدة 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 وردد العيب ورد عليه ونحاصم ونحاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا مبيعاً قد علم رب المال بعيبه ولم
 يعلم به المضارب فللمضارب أن يردده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يردده لان حقوق العدة
 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 أبطح 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 أمره بشراء عبدا غير معين لانه لا يعلم انه يشتري العبد المبيع لاحتمال حتى يكون علمه دلالة الرضا به وههل له
 أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها أجنبي الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار لنفسه والمضارب شقيعها بدار
 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 يعمله سواء قال لهما عملا
 برأبكا أو لم يقل لانه رضى برأبهما ولم يرض برأبى أحدهما فصارا كوكيلين واذا أذن له الشريك في شيء من ذلك جاز
 في قولهم جميعا لانه لم أذن له فقد اجتمع رأبهما فصارا كأنهما عقدا جميعا (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن
 يعمله الا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يحجز على رب
 المال ويكون ديناً على المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة في رأس المال من غير مضارب المال بل فيه
 اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشتري رأس المال في باب المضاربة مضمون على رب
 المال بدليل أن المضارب لو اشترى رأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فان المضارب يرجع الى رب المال
 بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لأزمنناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز ثم الاستدانة هي أن يشتري
 المضارب شيئاً ثمن دين ليس في يده من جنسه حتى انه لو لم يكن في يده شيء من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن
 كان اشترى رأس المال سلعة ثم اشترى شيئاً بالدراهم أو الدنانير لم يحجز على المضاربة وكان المشتري له عليه ثمنه من ماله
 لانه اشترى ثمن ليس في يده من جنسه فكان مستديناً على المضاربة فلم يحجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء
 وجد نفاذاً عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وسواء كان اشترى ثمن 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 ويؤدى ثمنه منها لم يحجز 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 ينفع بذلك لانه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد
 له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشتري باكثر من رأس المال
 الذي في يده لان الزيادة تكون ديناً وليس في يده من مال المضاربة بما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بالف دينار ومال
 المضاربة الف كانت حصاة الف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصاة ما زاد على الف للمضاربة خاصة له ربح
 ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لانه يملك الشراء بالف 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 المسكيل 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 مكيل أو موزون فاشترى ثوباً أو عبداً بمكيل أو

موزون موصوف في الذمة كان المشتري للمضارب لأن في يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان في يده دراهم
 فاشترى سلعة بدراهم نسبتة لم يكن استدانة لأن في يده من جنسه ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانيرا أو كان في يده
 دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس أن
 الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعر وض
 (وجه) الاستحسان أن الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أثمان الأشياء بهما تقدر النفقات وأروش
 الجنایات وقيمة المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما إلى الآخر فكانا بمنزلة شيء واحد فكان مشتريا بآثن في يده
 من جنسه وكذلك لو اشترى بآثن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه في الصفة بان اشترى بدراهم بيض ورأس
 المال دراهم سود أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة أو اشترى بدراهم سود ورأس المال دراهم بيض أو اشترى
 بدراهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شي من ذلك على المضاربة ويكون
 استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمدان اشترى بمصافته اتقص من صفة رأس المال
 جاز وهذا يشير إلى أنه لو اشترى بمصافته أزيد من صفة رأس المال أنه لا يجوز على المضاربة (ووجه) أنه إذا اشترى
 بمصافته اتقص من صفة رأس المال كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز وإذا اشترى بما
 صفتة أكمل لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف
 رحمهما الله لأنه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لأن تفاوت الصفة دون تفاوت
 الجنس ولو كان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانيرا أو بفلس قيمة ذلك الف لا يملك أن يشتري
 بعد ذلك على الف المضاربة شيئا بالف أخرى أو غير ذلك لأن مال المضاربة كان مستحقا بالآثن الأول فلو اشترى
 بعد ذلك لصار مستدينا على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولا عبد الخمسة لا يملك بعد ذلك
 أن يشتري الا بقدر الخمسة لأن الخمسة أخرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال لأن
 ذلك صار مستحقا من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى بأكثر مما بقي صار مستدينا
 على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من
 الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلس فليس
 له أن يشتري متاعا بآثن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبدا بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر
 حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جديدة وفي يده جاز وان كان في يده أجود مما اشترى به أو أدون لم يكن
 للمضاربة وكان للمضارب لأنه اذا لم يكن في يده مثل آثن صار مستدينا على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف
 الصفة هنا كاختلاف الصفة في الدراهم لأن اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف
 الصفة أولى لأنه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم في جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من
 المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لأن قوله اعمل برأيك
 فهو يرضى اليه فيها هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا بذن رب المال بها
 نصا ثم كالأجور للمضارب الاستدانة على مال المضاربة فلا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو
 اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو ثقلها كان متطوعا في ذلك كله لأنه
 اذا لم يبق في يده شيء من رأس المال صار بالاستئجار مستدينا على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقد لنفسه متطوعا في
 مال الغير كما لو حمل متاعا غيره أو قصر ثيابا غيره بغير أمره وقال محمد وكذلك اذا صبغها سودا من ماله فنقصها ذلك لأن
 الاستدانة لا يجوز ولا يصير شركا بالسواد لأنه لم يوجب في العين زيادة بل أوجب نقصانها فيها ولا يضمن بفعله
 سواء قال له اعمل برأيك أو لم يقل لأنه ما ذون فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب به سودا

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 أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فاصاب المتاع فهو مال المضاربه وما زاد الصبغ فلم يضرب 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 كأجنبي خلط المال ولو صبغ الثياب أجنبي كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضار بايتمها 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 ما ذكره فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فاصاب ذلك كان في المضاربه وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا اذن للمضارب ان يستدين على مال المضاربه جاز له الاستدانة وما يستدنيه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشتري بينهما نصفين لانه لا يمكن ان يجعل المشتري بالدين مضاربه لان المضاربه لا تجوز الا في مال عين فتجعل شركة وجوه ويكون المشتري بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما في المضاربه نصفين أو أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربه وقد بينا في كتاب الشركة انه لا يجوز التفاصل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاصل في الضمان فان شرط التفاصل في الضمان كان الربح كذلك وان اطلقا كان المشتري نصفين لا يجوز فيه التفاصل في الربح واذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربه فلا يملك المضارب ان يرهن به مال المضاربه الا باذن رب المال فان اذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد اراه نصف الرهن ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له ان يقرض مال المضاربه لان القرض تبرع في الحال اذا 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 استدانته وهو لا يملك الاستدانة وكذلك يعطى سفيجة لان اعطاء السفيجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتخصيص عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة انه قال ليس له ان يقرض ولا ان يأخذ سفيجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفيج وأقرض ان أحببت فاما اذا قال له اعمل في ذلك برأيك قائما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربه واخلط المال وهذا قول أبي يوسف وقولنا ما ذكرنا ان قوله اعمل في ذلك برأيك تفويض الرأى اليه في المضاربه والتبرع ليس من عمل المضاربه وكذلك الاستدانة بل هي عند الاذن شركة وجوه وهي عقد آخر وراء المضاربه وهو انما فوض اليه الرأى في المفاوضة خاصة لا في عقد آخر لا تعلق له بها فلا يدخل في ذلك وليس ان يشتري بما لا يتعابن الناس في مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشتري بصير محالفا لان المضاربه توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو ان يكون بمثل القيمة أو بما يتعابن الناس في مثله ولان الشراء بما لا يتعابن في مثله محاباة ومحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربه وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدني في ذمة المفلس فكان في معنى التبرع ولا نه ليس بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال وليس له ان يكتب لان الكتابة ليست بتجارة لان مبادلة المال بالمال لهذا لا يملكه المأذون له في التجارة وليس له ان يعتق عبداً من المضاربه اذا لم يكن في نفس العبد فضل عن رأس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيد ولا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فالاعتاق بغير مال أولى ولا يملك للمضارب في العبد مما لا ينفذ اعتاقه وسواء كان في يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن لان العبد اذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول برأس المال بدليل انه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال وان كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز اعتاقه في قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال فقد تعين للمضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه في قدر نصيبه كعبد بين شر يكتن اعنته أحدهما وكذلك ان كاتب
 عبداً من المضاربة أو اعنته على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يجز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شر يكتن 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 الشريكين اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان للشريك
 تنقض بيعه وان باع ملك نفسه لما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يتسم الدار يحتاج الى قسمين
 قسمة البيت مع المشتري وقسمة بقية الدار مع الشريك الاول ويتضرر فكان له تنقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا
 هذا بخلاف ما اذا بر المضارب نصيبه أو اعتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع اذا أمكن
 وهناك لا يمكن لان التدبير والاعتناق تصرفان لا يمتنعان للفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ
 عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا أن رب المال أن يأخذ مما أداه المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب
 عبداً مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف
 فاعتق أحدهما لانه لا يجوز اعتاقه عند انحائها الثلاثة وعند زفر يجوز اعتاقه في نصيبه منهما لان رأس المال ليس الا
 الألف فزاد على ذلك يكون ربها ويكون المضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه في نصيبه (ولنا) انه لا يتعين للمضارب
 ملك في أحد العبدان لان كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والاخر بحافليس أحدهما بأن يجعل رأس
 المال والاخر ربها أو لى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين في
 الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لا يتعين الا بتعيين ملك المضارب في الربح وكذلك لو كان في يد المضارب
 عشرون عبداً قيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه في واحد منهم لانه لا يتعين
 للمضارب في واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون هو رأس المال فاذا لم يملك شيئاً منهم لا ينفذ اعتاقه
 من مشايخنا من قال هذا على أصل أبي حنيفة ان العبيد والجواري لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم
 على حدة لان العبيد والجواري بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك في الاجناس المختلفة
 من العروض ونحوها فأما على أصل أبي يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ
 اعتاقه في قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا بالاتفاق لان عندهما انما يقسم القاضي قسمة واحدة اذا
 رأى القاضي ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبدين ببيان 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 فيا 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 لا اشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا في
 هذه المسئلة ان رب المال لو اعتق العبيد فذا اعتاقه في جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملك فقد على
 رب المال فاذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصص المضارب فيهم سواء كان موسراً أو معسراً (أما) الضمان
 فلان المضارب وان لم يملك شيئاً من العبيد فقد كان له حق ان يملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما استوى
 فيه اليسار والاعسار لانه أعتق الكل مباشرة وهذا اعتاقه في الكل فصار متلقا المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه
 يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى الى نصيب الشريك على أصل أبي يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار
 والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبداً من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه ان لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تخرير وانها مبنية على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة
 رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله
 بان ورت نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى النسب ولما ملك له في الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فاذا
 ازدادت قيمته فقد ملك جزءاً منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملك انه تنفذت دعوته بخلاف
 ما اذا اعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير لا يتوقف كمن اعتق ملك غيره ثم ملكه
 ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عتق على أحد
 الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيئاً ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولداً يساوي
 ألفاً فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لانه ليس لاحدهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخي
 وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على انها علفت قبل أن يشتريها فاما اذا كان العلق بعد الشراء فحكم المسئلة
 يتغير لان المضارب يغرّم العقر ما إذا استوفى فاهرب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال
 وصار تسعماً فثبت للمضارب ملك فلهما جميعاً فنفذت دعوته وبثت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب
 من قيمة الام سبعاً حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرّم خمسين درهماً وهو تمام ما بقي من الام فظهر ان
 الولد يربح بينهما فيعتق نصف الولد من المضارب به ويسمى في النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب
 هو الصحيح وذكر محمد في الاصل مسئلة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوي
 ألفاً فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويغرّم العقر ان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين
 يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الربح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لانه
 عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسمى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد
 للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الربح في الجارية حتى يصل الى رب المال
 شيء 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 ولد له لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وان لم يكن
 له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم
 ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله ولو زادت قيمتها
 جميعاً فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لانه ملك بعض كل واحد
 منهما لانه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ألفي درهم
 وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الربح ألفاً ومائة وللمضارب أن يستوفى من ربح الولد
 مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقي من الولد مقدار تسعاً مائة ربح بينهما لان لكل واحد منهما
 أربع مائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ
 والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقي الولد يربح بينهما يسعى في
 نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدوري رحمه الله هذا الذي ذكره عيسى
 هو جواب محمد في المسئلة التي قدمناها اذ لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد في المسئلة ان زيادة تجب أن
 يقول اذ لم تزد قيمتها ينبغي أن يغرّم المضارب القواما ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقي تسعاً مائة بينهما فمن
 أصحابنا من قال القياس ما أجاب به في المسئلة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرّم بعد ما غرم تمام
 رأس ماله الا نصف ما بقي من الام لان نصف ما بقي من الام يربح بينهما فلا يجوز أن يغرّم الكل والذي أجاب به في
 مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والعتق والرق اذا اجتمعاً غلبت الحرية

الرق ومن أحبا من قال إنما افتقرت المسئلةان لوصفهما لان 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 إنما قصد تكثير العتق وفي المسئلة الاخرى اذا لم يزد القيمة
لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا في
المضارب اذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت
الجارية أم ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوته صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى
وقت العلو ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا تجب عليه القيمة ولا العتق لانه وطى ملك نفسه
وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله
يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة في موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد انه ليس له أن يزوج أمة
من المضاربة لانه لا يملك أن يشتري شيئا من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعتد على جارية المضاربة لنفسه فان
تزوج باذن رب المال فهو جائز اذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلانه اذا لم يكن في المال
ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن
المضاربة بفلان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع
وإبرازها للمشتري وكان اتفاقهما على التزوج اخراجا لها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما
أخرجها من المضاربة صار كانه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان المضارب
لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزوج 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 يحجز على رب المال وان
كان قال له رب المال حين دفع اليه العمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع شمس المضارب
لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كالمؤجر 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 بعمل برأيك لماذا ذكرنا ذلك فيعيد
تفويض الرأى اليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز
أن يستحق بدلهارب المال ولو أخذ أرضا مزارة على أن يزرعها فخرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاما
ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له العمل برأيك وان لم يكن قال له العمل برأيك لم يحجز لانه يوجب حقا
لرب الارض في مال رب المال فيصير كانه شاركه بمال المضاربة وانه لا يملك الاشارك باطلاق العقد ما لم يقل بالعمل
برأيك فاذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقر اذا كان من قبل رب الارض والعمل
على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع
نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعتة وانما البقر آلة العمل
والآلة تتبع ما يقع عليها العقد ولو دفع المضارب أيضا بذر مزارعة جازت سواء قال بالعمل برأيك أو لم يقل لانه
لم يوجب شركة في مال رب المال انما أجر أرضه والاجارة داخلة تحت عقد المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما)
القسم الذي للمضارب أن يعمله اذا قيل له العمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال
المضاربة بمضاربة الى غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة بشركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بماله نفسه اذا قال
له رب المال العمل برأيك وليس له أن يعمل شيئا من ذلك اذا لم يقل له ذلك أما المضاربة بفلان المضاربة مثل المضاربة

والشيء 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 لأنها أعم من المضار به والشيء لا يستتبع مثله فافوقه أولى (وأما) الخلط
فإنه لا يوجب في مال رب المال حتماً لغيره فلا يجوز إلا بإذنه وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب مال المضار به مضار به
إلى غيره فنقول لا يخلو من وجوه أمان كانت المضاربتان صحيحتين وأمان كانتا فاسدتين وأمان كانت احدهما
صحيحة والاخرى فاسدة فإن كانتا صحيحتين فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني
حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل بهلك أمانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضموناً بنفس
الدفع عمل الثاني أو لم يعمل وإذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً (وجه) قول زفر إن رب المال
إذا لم يقل للمضارب اعمل رأيك لم يملك دفع المال مضار به إلى غيره فإذا دفع صار بالدفع مخالفاً فصار مضموناً كالمودع إذا
أودع (ولنا) إن مجرد الدفع ابداع منه وهو يملك ابداع مال المضار به فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبي
حنيفة رحمه الله أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويربح فإذا عمل به وربح كان ضامناً 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 فإذا
عمل ضمن ربح الثاني أو لم يربح وهكذا روى ابن سبابة والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله
وذكر القاضي في شرحه مختصراً الطحاوي أن هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجه) قولهما أنه لما عمل فقد تصرف
في المال بغير إذن المالك فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يربح ولا يبيح حنيفة لا سبيل إلى التضمن بالدفع لأنه ابداع
وإبضاع ولا بالعمل لأنه ما لم يربح فهو في حكم المبيع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لأنه مجرد
قول وبمجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال بالثبات المضارب الأول
فصار الأول مخالفاً فيضمن كما لو خلط مال المضار به بغيره أو شارك به وإذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس
العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني أما على أصل أبي يوسف
ومحمد في المودع إذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لأن الأول تعدى بالدفع والثاني
تعدى بالتبضع فصار عندهما كالمودع إذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسألة الودعة فيحتاج إلى الفرق لأن
الضمان عنده على المودع الأول لا على الثاني وفي مسألة المضار به أثبت له خيار تضمين الثاني لأن المضارب الثاني
يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملاً لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة
الأول لحفظ الودعة فلم يضمن فإن ضمن المضارب الأول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضار به بين الأول
والثاني والربح على ما شرط لأنه لما تقرر الضمان على الأول فقد ملك المضمون وصار كأنه دفع مال نفسه مضار به إلى
الثاني فكان الربح على ما شرط لأن الشرط قد صح وان ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الأول وصار حاصل الضمان
على الأول لأن الأول غره بالعقد فصار مفروراً من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كودع الغاصب وهو ضمان
كفالة في الحقيقة لأن الأول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما إذا غصبت رجل
شيئاً فرهنته فبذلك في يد المرتهن فاختار المالك تضمين المرتهن أنه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن
(ووجه) الفرق أن قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين أن قبضه لم يصح فتبين أن الرهن لم يصح
إذ لا صحة له بدون القبض فإما في المضار به فيضمن الثاني بطل القبض بعد وجوده لأن المضار به عقد جائز
فكان لبقائه حكم الابتداء كأنه ابتدأ العقد بعد أداء الضمان فكان التضمن بطل القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل
المضار به إلا ترى أن المضارب لو باع المال من رب المال لا يبطل المضار به وإن بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن
على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سبابة عن محمد أنه يطيب الربح للأسفل ولا يطيب للأعلى على
قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لأن استحقاق الأسفل بعمله ولا خطر في عمله فيطيب له الربح فإما الأعلى

فانما يستحق الربح برأس المال والملك في رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجبر في مال المضاربة والثاني أجبر الا في فصار كمن استأجر رجلا يعمل في ماله فاستأجر الاجير رجلا وان كانت احدهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثاني في المال لان المضارب الثاني أجبر الاول والاجير لا يستحق شيئا من الربح فلم يثبت له شركة في رأس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثاني لانه لا ضمان على الاجير وله أجر مثل عمله على المضارب الاول والمضارب الاول ما شرط له من الربح لو وقوع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثاني صحيحة فكذلك لان الاول أجبر في مال المضاربة فلا حق له في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذا الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح 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 بمضاربة صحيحة وقد سمي له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل لرب المال اعمل برأيك فاما اذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة بمضاربة الى غيره لانه فوض الرأي اليه وقد رأى أن يدفعه بمضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فتقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضيفه الى المضارب بان قال على ان مارزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان او قال ما أطعم الله عز وجل من ربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه الى المضارب بان قال على ان مارزق الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان ماربحت من شيء أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يضيفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثلث فربح الثلث فجميع 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 فبقي نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثاني فبقي 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 خاطبه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل أجبره وقع له فكأنه عمل بنفسه كذا هذا لو 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 خاطبه بدرهم ولو دفعه اليه مضاربة بالثلث فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الاول بمثل سدس الربح الذي شرطه لانه 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 والعرو في العقود من أسباب وجوب الضمان وهو في الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملزما مسلاما هذا القدر للثاني ولم يسلم له في غيرم للثاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفا لان شرطه لم ينفذ في حق رب المال فالتحق بالعدم في حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطبه 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 مارزق 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 مضارباً بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثاني والنصف بينهما
 نصفين واذا دفعه مضارباً بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثاني والثلث بينهما لكل واحد منهما
 السدس وفي الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الرب وذلك
 ينصرف الى كل الرب وكذلك ان يخلط مال المضارب بماله نفسه لانه فوض الرأى اليه وقد رأى الخلط واذا ربح
 قسم الرب على المالكين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضارب يكون بينهما على الشرط وكذلك ان يشارك غيره
 شركة عنان لما قلنا ويقسم الرب بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الرب بينهما يكون مال المضارب به مع
 حصة المضارب من الرب فيستوفى منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذي
 ليس للمضارب أن يعمله أصلاً ورأساً فشرء ما لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (أما) الاول فتحو
 شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمدبر لان المضارب يتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به
 الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فلا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لا يقدر على بيعه
 لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيئاً من ذلك كان مشترياً لنفسه لا للمضارب به فان دفع فيه
 شيئاً من مال المضارب به يضمن وان اشترى ثوباً أو عبداً أو عرضاً من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء
 على المضارب به لان المبيع هنا يملك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراءً فاسداً والاذن بالشراء المستفاد بعقد
 المضارب به يتناول الصحيح والفاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دماً فما اشترى به لا يكون على المضارب به لان الميتة
 والدم لا يملك بالقبض أصلاً (وأما) الثاني فنحو أن يشتري داراً محرمة من رب المال فلا يكون المشتري للمضارب به
 بل يكون مشترياً لنفسه لانه لو وقع شرأؤه للمضارب به لعتق 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
 المضارب به لانه لا يملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضارب به لانه اذا
 كان في المضارب به ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقي لانه معتق
 البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضارب به لما قلنا (وأما) المضارب به المقيده فحكمها حكم المضارب به المطلقة في جميع
 ما وصفنا لا تفارقها الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيد ان كان مفيداً ثبت لان الاصل في الشرط اعتبارها ما أمكن
 واذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فيتمتع
 بالذكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الاصل المعهود في المطلق اذا قيد ببعض المذكور ان يبقى مطلقاً فيما وراءه كالعام
 اذا خص منه بعضه انه يبقى عاماً فيما وراءه وان لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً لان ما لا فائدة فيه يلبغو ويلحق
 بالعدم اذا عرفنا هذا فنقول اذا دفع رجل الى رجل مالاً مضارباً به على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير
 الكوفة لان قوله على ان من ألقا الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء 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 يعطىها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلا يملك الامر بذلك أولى وان
 أخرجها من الكوفة فان اشترى بها وباع 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
 يشتربها شيئاً حتى ردها الى الكوفة يرى من الضمان ورجع المال مضارباً به على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر
 الخلاف فيبصر عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يرد حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لانه لم
 يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فالشراء به فله وما رد رجوع على المضارب به لانه تقرر
 الخلاف في القدر المشتري و زال عن القدر المردود ولو دفع اليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في الكوفة في غير

سوقها فهو جائز على المضار به استحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به في سوق الكوفة أولا تعمل به الا في سوق الكوفة فعلم في غير سوق الكوفة بضمن لان قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة محجر له فلا يجوز ان تصرفه بعد الحجر وفي الفصل الاول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد فلغا ولو قال له خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم يحجز 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 فاعمل به في الكوفة لما قلنا ولان القاء من حر وف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يحجز 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 مضار به واعمل به في الكوفة فله ان يعمل بالكوفة وحيث ما بدد لان قوله خذ هذا المال مضار به 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 اعتق عبدا من عبيدي ثم قال له اعتق عبدي سالما ان له ان يعتق أي عبدا شاء ولا يتقيد بالتوكيل باعتناق سالم كذا هذا اذا المضار به توكيل بالبيع ولو قال خذ هذا المال مضار به الى سنة جازت المضار به عندنا وقال الشافعي رحمه الله المضار به فاسدة (وجه) قوله انه اذا وقت للمضار به وقتا فيحتمل انه لا يجوز كونها في الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضار به توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم يحجز عند أصحابنا بوقت المضار به بوقياس قولهم في الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا ولو 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 يبعه غدا وكذا اذا قيل له على ان يبيعه اليوم دون غدا ولو قال خذ هذا المال مضار به بالنصف على ان تشتري به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال تشتري به الطعام او قال خذ هذا المال مضار به بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له ان يشتري سوى الطعام بالاجماع لما ذكرنا على ان الشرط والاصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والقاع 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 لتفسير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضي التقييد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون اقرب الى المتصور من بعض وكذا الناس مختلفون في ذلك فقد مهتدى الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيدا فيتمتيد به ولا يملك ان يشتري غير الطعام والطعام هو الخنطة ودقيقها اذ لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض والامر يختلف باختلاف عادة البلد ان قاسم الطعام في عرفهم لا ينطلق الا على الخنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا آخر بان قال له خذ هذا المال مضار به بالنصف على ان تشتري به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له ان يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وان يبضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمل به المضار به المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيها وراه وقال ابن سباعة سمعت محمد اقال في رجل دفع الى رجل مالا مضار به 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 كما لو خير 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 أو اشترى في السفر و باع في المصر فقد روى عن محمد انه قال المضار به 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 فاذا اشترى في المصر تعين أحد
 العاملين فلا يتغير بالسفر وان عمل ببعض المال في السفر وبالبيع في الحضر فربح كل واحد من المالكين على ما شرط
 ولو قال له على أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشتري ويبيع من غيره وقال
 الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة لأن في تعيين الشخص تضيق طريق الوصول إلى المقصود من التصرف وهو
 الربح وتغيير مقتضى العقد لأن مقتضى العقد التصرف مع من شاء (ولنا) أن هذا شرط مفيد لا يختلف الناس في الثقة
 والأمانة لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل في البيع وقد يكون أوثق على المال فكان التقييد
 مفيداً كالتمييز بنوع ونوع وقوله التعيين يغير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيداً من
 الابتداء وأنه قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع فاشترى وباع من رجال
 بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لأن هذا الشرط لا يفيد الاثر كالفقر كأنه قال على أن تشتري من الكوفة وكذلك
 إذا دفع إليه مالاً مضارباً في الصرف على أن يشتري من الصيرفة ويبيع كان له أن يشتري من غير الصيرفة ما بداه
 من الصرف لأن التقييد بالصيرفة لا يفيد الاخصيص البتة والنوع فإذا حصل ذلك من صيرفي أو غيره فهو سواء ولو
 دفع إليه مالاً مضارباً به ثم قال له بعد ذلك اشتر به البزوبع فله أن يشتري البزوبع وغيره لأنه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء
 البزوبع فكان له أن يشتري ما شاء وهذا كقولنا خذ هذا المال مضارباً وعمل به بالكوفة إلا أن هناك التقييد مقارن
 وهما مترابطان وقد ذكرناه وذكر القدر في رحمه الله أن هذا المحمول على أنه باه بعد الشراء والحكم في التقييد
 الطاريء على مطلق العقد أنه ان كان ذلك قبل الشراء يعمل وان كان بعد ما اشترى به لا يعمل إلى أن يبيعه بمال عين
 فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري إلا ما قال ولو دفع إليه مالاً مضارباً به على أن يبيع ويشتري بالنقد
 فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالنقد لأن هذا التقييد مفيد فيتميمه بالذكور ولو قال له ببيع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع
 بالنقد جاز لأن النقد اشترى من النسيئة فلم يكن التقييد مفيداً فلا يثبت التقييد وصار كقولنا للوكيل ببيع بعشرة فباع
 بأكثر منها جاز كذا هذا (واما) الذي يرجع إلى عمل رب المال ماله أن يعمله وما ليس له أن يعمله فقد قال أصحابنا
 إذا باع رب المال مالاً مضارباً به بمثل قيمته أو أكثر جاز ببيعها 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 الاعانة
 للمضارب وليس من الاعانة إدخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو أكثر وعلى هذا لو كان المضارب
 اثنين فباع أحدهما بأذن رب المال لم يجز أن يبيعه إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن يجزئه المضارب الآخر لأن أحد
 المضاربين لا يتصرف بنفس العقد بل بأذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه عين فلا يملك
 الأمر به وإذا اشترى المضارب بمال المضارب به متاعاً وفيه فضل أو لا فضل فيه فأرد رب المال ببيع ذلك فأبى المضارب
 وأراد أمساكاً حتى يجدر بحاقان المضارب يجبر على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال لأن منع المالك عن تنفيذ
 إرادته في ملكه لحق يحتتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل إليه ولكن يقال له ان أردت الامساك فرد عليه ماله
 وان كان فيه ربح يقال له ادفع اليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع إليك ولو أخذ رجل مالاً ليعمل لأجل
 ابنه مضارباً به فان 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 فان كان الابن يقدّر على العمل فالمضاربة للابن والربح
 له ان عمل فان عمل الابن فهو متطوع وان 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
 اما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه لأن للمضارب فيه ملكاً ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وان لم يكن فمهر ربح
 فللمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك منعها من التصرف ولو مات كان للمضارب أن يبيعها

فصارت كالجارية المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وان لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجهه) قول زفر ان هذا يبيع ماله بماله وشراء ماله بماله اذ المالان جميعا لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) ان لرب المال في مال المضاربة ملك رقبية لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الاجنبي وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبية فكان في حق ملك الرقبية 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 بدارا اخرى بجنها فله ان يأخذ بالشفعة لان المشتري وان كان له في الحقيقة لكنته في الحكم كأنه ليس له بدليل انه لا يملك ان تراعه 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 لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصصه رب المال فكذلك هو وكيل ببيعها واما حصص المضارب فلان الوأجبنافهم الشفعة لتفرقت الصفقة 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 بدارا اخرى من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفاء بمن الدار لم تجب الشفعة لانه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن في يده وفاء فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لانه أخذها لرب المال وان كان فيه ربح فله مضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيبا في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو ان اجنبا اشترى دارا الى جانب دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفاء بمن فله ان يأخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضارب به وملك التصرف في المضاربة للمضارب فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفاء فان كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم أحدهما فللاخر أن 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 أبو يوسف اذا استأجر الرجل أجيرا كل شهر بعشرة دراهم ليشتري له ويبيع ثم دفع المستأجر الى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شيء للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شيء للاجير في الوقت الذي يكون مشغولا بعمل المضاربة (وجهه) قول محمد انه لما دفع اليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة وتفضيها فادام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولان الاجارة شركة لهذا لا تقبل التوقيت ولو شاركه بعد ما استأجره جازت الشركة فكذلك المضاربة ولا يبي يوسف انه لما استأجره فقدم له عمله فاذا دفع اليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحا يعمل قدمه لرب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والاجر ولا يجوز أن ينقض الاجارة بالمضاربة لان الاجارة أقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشئ لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قدمه العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فيسقط عنه الاجارة بحصته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبدا قيمته ألف فقتل عمدا فرب المال القصاص لان العبد ملكه على الخصوص لاحق للمضارب فيه وان كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وان اجتمعا لان ملك كل واحد منهما لم يتعين امارب لمال فلان رأس المال ليس هو العبد وانما هو الدراهم ولو اراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن واذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال واذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجز القصاص لواحد منهما وان اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

من القاتل في ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط في القتل العمد لما منع مع وجود السبب فتجب الدية في ماله
ويكون المأخوذ على المضاربه يشتري به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضاربه فيكون على المضاربه كالتنن وذکر
محمد في النوادر اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدین عمد الم يكن لرب
المال عليه قصاص لان ملك رب الممل لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله ويكون في المضاربه
لما قلنا والاصل ان في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربه وفي كل موضع وجب بالقتل
مال فالمال على المضاربه لان القصاص اذا استوفى فقد هلك مال المضاربه وهلاك مال المضاربه بوجوب بطلان
المضاربه والقيمة بدل مال المضاربه فكانت على المضاربه كالتنن وقال محمد واذا اشترى المضارب ببعض مال
المضاربه عبد ايساوى القاتله رجل عمد فلا قصاص فيه لارب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمع امارب المال
فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لرأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا الوعد المريض عن
القصاص كان من جميع المال واذا لم يصر به مستوفيا رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال واذا استوفى تبين أن
العبد كان رب محققين أنه انقرب باستيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا
يجوز لهما الاجماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا في القتل العمد
اذا ادعى على عبد المضاربه انه هل يشترط حضور الولى لسماح البينة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال
أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد في باب القصاص متبى على أصل الحرية بدليل أنه لو أقر به يجوز
اقراره وان كذبه الولى فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحجر (ولهما) ان هذه البينة تتعلق بالاستحقاق
رقبة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة على جنابة الخطأ وقد قالوا جميعا لو
أقر العبد بقتل عمد فكذب المولى والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده
وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شرين وقد أقر به العبد فعند أحدهما فلا شيء للآخر لان
موجب الجنابة اقلب مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال فصار كأنه أقر بجنابة 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 الشرين يكن اذا أقر في العبد بجنابة وكذبه الاخر (وأما) وجوب
القصاص على عبد المضاربه وان لم يجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا
كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولى القاتل وانه متعين وتجوز المراجعة بين رب المال والمضارب وهو ان يشتري
رب المال من مضارب به فيبيعه مراجعة أو يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مراجعة لكن يبيعه على أقل الثمنين الا
اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من
رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشترى مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب
المال من رب المال اذا مالان ماله والقياس يأتي ذلك الا اننا استحسننا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك
التصرف فجعل ذلك يباع في حتمه مالا في حق غيرهما بل جعل في حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان المراجعة يبيع بحجر به البائع
من غير بينة واستخلاف فتجب صيانته عن الجنابة وعن شبه الجنابة ما أمكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما
لجواز ان رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضى به المضارب لان الجود بمال الغير أمر سهل فكان تهمة
الجنابة ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فلا يبيع مراجعة الا على أقل الثمنين بيان ذلك في مسائل اذا دفع الى
رجل الف درهم مضارب به فاشترى رب المال عبد المحسنة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مراجعة على
محسنة لانها أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشترى
المضارب عبدا بألف من المضارب به فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مراجعة بألف ومائة ان كانت

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

وذكر محمد في كتاب المضار بة لو اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بألفين الف رأس المال والف ريح
 فان المضارب يبيعه مراححة على الف وخمسة مائة يستقط من ذلك ربح رب المال وبييع على رأس المال وريح المضارب
 لما يتناول لو كان رب المال اشترى العبد بخمسة مائة والبعد يساوي الفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه
 مراححة على الف لان رأس المال خمسة مائة ونصيب المضارب من المال خمسة مائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت
 حكمه على ما يتناهي تقدم الا أن بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين
 فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشترى رب المال بألف وقيمته الف فباعه من المضارب بألفين الف مضارب بة والف
 ربح فان المضارب يبيعه مراححة على الالف لانه لما اشترى ما قيمته الف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار
 كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشترى بخمسة مائة والمسألة بجهاها فان المضارب يبيعه مراححة
 على خمسة مائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار اشراء مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول
 ولو كان رب المال اشترى بالفين وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من
 ذلك لان قيمته الف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولا نرب المال لمابعه بالفين ما يساوي القاوهماتهمان
 في حق الغير في العقد فصار كانه أخذ القاألا على طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد
 يساوي القاو وخمسة مائة والمسألة بجهاها وقد اشترى بالف وأراد المضارب ان يبيعه مراححة بة مراححة 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 بالفين
 ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من الاجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه
 مراححة لم يجز له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان يبين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه
 مراححة على الفين وهذه فرعة مسئلة أخرى مذكورة في البيوع وعومى ما اذا اشترى شيئاً فربح فيه ثم ملكه بشراء
 آخر فاراد أن يبيعه مراححة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود وفي مسئلةنا قدر ربح فيه رب المال
 الف درهم لان المضارب لما اشترى بالف وباعه من رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسة مائة فلما
 باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه القا وخمسة مائة لانه قام عليه بالف وخمسة مائة مقسداً رأس المال ونصيب
 المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فقد ربح الفين فاذا اشترى المضارب بالفين وجب ان يطرح الالفين من رأس المال
 فلا يبقى شيء ولهذا لم يجز البيع مراححة الابدان بين وأما على قولهما فاما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد
 الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مراححة على جميع الالفين ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال
 بالف وخمسة مائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وستة مائة ثم ان المضارب اشترى من الاجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه
 مراححة بة مراححة على الف وأر بعائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قدر ربح فيه ستة مائة الا ترى ان المضارب لما
 اشترى بالف وباعه من رب المال بالف وخمسة مائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى
 بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بالف وستة مائة فقد ربح ثلثاً وخمسين وقد كان ربح
 مائتين وخمسين ربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى الف وار بعائة ولو اشترى المضارب
 عبداً بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسة مائة ثم ان المضارب اشترى من الاجنبي
 مراححة بالفين ثم ان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثاً فان الاجنبي يحط من المضارب أر بعائة لان رب المال
 لما حط من الاجنبي ثلثاً استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقسداً لم يكن فيطرح من رأس المال وتطرح
 حصته من الربح وقد كان الاجنبي ربح مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلث ثلثها فيصير الحط عن المضارب أر بعائة
 فان أراد المضارب أن يبيعه هذا العبد مراححة بة مراححة على الف ومائتين لان رب المال ربح أر بعائة الا ترى أنه لو باعه من

الاجنبي فرج خمسمائة ثم حط عنه ثلثه وهذا الحط من رأس المال والرجح جميعاً مائتين من رأس المال ومائة من الرجح فلما سقطت من الرجح مائة بقي الرجح أربع مائة فلما اشتراه المضارب بالقبضين ثم حط عنه أربع مائة صار شرأؤه 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 بالتصف ودفع الى رجل آخر الف درهم مضارباً بالتصف فاشترى أحد المضارب بين عبداً بمائة من المضارب بقبضه من المضارب الآخر بالف فاراد الثاني أن يبيعه مراجعة باعه على خمسمائة وهو أقل الثمنين لأن مال المضارب بين رجل واحد فصار يبيع أحداهما من الآخر في حق الجانب 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 اشترى نصفه لنفسه وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مراجعة على الف لانه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصارا كالأجنبيين فاما النصف الذي اشترى الثاني بالف المضارب بقبضه كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بالف مضارباً بقبضه من الثاني بألفين للمضاربة الف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مراجعة بالف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الرجح وأقل الثمنين الف وحصص المضارب بمائة فيبيعه مراجعة على أقل الثمنين وحصصه بحالها باعه الثاني على الف لأن أقل الثمنين خمسمائة وحصص المضارب بمائة فيبيعه مراجعة على أقل الثمنين وحصصه من الرجح والرجح 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 والذي يستحقه بعمله في مال المضارب بشئان أحدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيها نفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيها تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الرجح في باب المضارب به يحتمل الوجود والعدم والعاقلة لا يسافر بمال غيره لقاعدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم يجعل نفقته من مال المضارب به لا تمتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدامها على هذا العقد والحال ما وصفنا اذ نام رب المال للمضارب بالاتفاق من مال المضارب به فكان مأذوناً في الاتفاق دلالة فصار كما لو أذن له به نصاً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا يبدل واجبه له لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبيع لا يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببذل لا يزم 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 فادام يعمل به في ذلك المصر فان نفقته في مال نفسه لا في مال المضارب به وان أنفق شيئاً منه ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضر 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 المضارب به لوجود الخرج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذي قصدته فان كان ذلك مصر نفسه أو كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقبلاً بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره ولانه فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه وان نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً لم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه داراً اقامة لانه اذا لم يتخذ داراً اقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذ وطناً كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصل فنقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضارب به بعد المسافة بالمال الا بالإقامة في مصره أو في مصر يتخذ داراً اقامة لنا قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر

الذي أخذ المال فيه مضارباً فأنفقته من مال المضارب حتى يدخله فإذا دخله فان كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والأفلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له في المال مادام بالكوفة لما قلنا فإذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لأن خر وجهه لأجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لأن البصرة وطن أصلي له فكان اقامته فيها لأجل الوطن لا لأجل المال فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لأن خر وجهه من البصرة لأجل المال وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن اقامته وأنه يبطل بالسفر فإذا عاد إليها وليس له وطن فكان اقامته فيها لأجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضارب بحراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته لأن نفقتهم كنفقة نفسه لأنه لا يتبنيها له السفر إلا بهم إلا أن يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضارب بقرى وبقعة خاصة لأن اعادة عبده من مال المال كإعادة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضارب كإعادة عبيده فأما عبده المضارب فهو كالمضارب والمضارب إذا عمل بنفسه في المال انفق عليه منه كإعادة عبده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضارب بقرى وله أن ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق من مال المضارب بقرى على نفسه ويكون ديناً في المضارب حتى كان له أن يرجع فيها لأن الاتفاق من المال وتديره إليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضارب كالموصى إذا اتفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما اتفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذله ان يرجع بما اتفق في مال المضارب لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال شيء كذا ذكر محمد في المضارب بقرى لأن نفقة المضارب من مال المضارب بقرى فاذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الزهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجنابة يسقط بهلاك العبد الجاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضارب بقرى فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراس ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجها وغسل ثيابه ودهن السراج والخطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة لأن المضارب لا يبدله منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحمامة والقصد والتنور والادمان وما يرجع الى التداوى وصلاح البدن في ماله خاصة لا في مال المضارب بقرى وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضارب بقرى عندده وذكري الحمامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضارب بقرى والصحيح أنه يكون في ماله خاصة لأن 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 يجزى مجزى الطعام والادام وقال بشرى نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لأنه من المأكول المعتاد (وأما) قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاو ذلك ضمن الفضل لأن الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو تمتاع عن المضارب بقرى لأن سفره في الحالين لأجل المال وكذا لو سافر فلم ينفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافراً في مال المضارب بقرى لأن عمل التجارة على هذا وهو ان ينفق الشراء في وقت دون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضارب بقرى وحده أو بماله ومال المضارب بقرى ومال المضارب بقرى أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضارب بقرى أو بمالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالخصص لأن السفر لأجل المالين فتكون النفقة فيهما وان كان أخذ المالين مضارباً بقرى والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضارب بقرى لأن سفره لأجله لا لأجل البضاعة لأنه معتبر بالعمل بها إلا أن يتبرع بعمل البضاعة فينتفق من مال نفسه لأنه بدل العمل في المضارب بقرى وليس على رب البضاعة شيء إلا أن يكون أذن له في النفقة منها لأنه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضارب بقرى بماله وقد أذن له في ذلك فالنفقة

بالخصص لان سفره لاجل المالين (وأما ما احتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أولاً لان كان في المال ربح فان لم يكن فهي من رأس المال لان النفقة جزءها لك من المال والاصل ان هلاكه ينصرف الى الربح ولا نالوجعلناهما من رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لانه لا يزداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال فاذا رجع المضارب الى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انتطح السفر لم يبق الاذن فيجب رده ما بقي الى المضاربة وروى المعلى عن أبي يوسف اذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبداً بألفين فأفق عليه فهو متطوع في النفقة لانه لم يبق في يده شيء من رأس المال فالنفقة تكون استئدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبي اذا أفق على عبد غيره الا أن يكون القاضى أمره بذلك فان رفعه الى القاضى فأمره القاضى بالنفقة عليه فما أفق 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 بالاستئدانة 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 (وجهه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها في رأس ماله في رواية عنه وفي رواية أخرى عنه يقال لرب المال اتفق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه دليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الاتفاق على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بالنفقة نصيبه فقد عين الربح ورأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد الا بق من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمتها ألفان وليس في يده من المضاربة غير العبد ان جعل عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد الجعل على رب المال يحسب في رأس ماله اذ هو زيادة في رأس المال فاذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على ما شرط 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 والافق وضعية من رأس المال وانما لم يلحق الجعل برأس المال في باب المراجعة لان الذي يلحق رأس المال في المراجعة ما جرت عادة التجار بالحاقه به وما جرت عادتهم بالحاق الجعل لانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لاجل المال ويجوز ان يحتسب بالشيء فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال في المضاربة كنفقة المضارب على نفسه والثاني ما يستحقه المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان في المضاربة ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفاً فاقسم الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التي في يد المضارب بعد قسمة 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 ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمهم فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ولان الربح يزيد والزيادة على الشيء لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقي في يد المضارب حكم المضاربة بحالها فلو صح حاق قسمة الربح لثبتت قسمة القرض 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 اقتسمه الربح ثم رد الالف التي قبضها بعينها الى يد المضارب على أن
 يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستتيلة فان هلكت 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 ألفين واقتسم الربح فأخذ رب المال ألفاً والمضارب ألفاً هلك ما في يد
 المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الالف الذي قبض
 لانه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله واذا صار ذلك رأس
 المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد
 هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار
 ذلك مضموناً عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شيء لان ما هلك بعد القبض هلك في ضمان القابض
 بقاؤه 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 فالتول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال
 يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم لرأس المال بما يرد المضارب فان بقي شيء بعد ذلك مما
 قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعي انها رأس المال ورب المال ينكر ذلك
 والمضارب وان كان أميناً لكن القول قول الأمين في اسقاط الضمان عن نفسه لافي التسليم الى غيره ولان المضارب
 يدعي خلوص ما بقي من المال والربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان أقام البينة
 فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب في ايفاءه من ايفاء رأس المال اذ
 الربح لا يكون الا بعد الايفاء اذ هو شرط صحة قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع قبض رأس
 المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهد للمضارب وذكرا بن سماعه في نوادره عن أبي يوسف في رجل دفع الى
 رجل ألف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته والمضارب يعمل بالنفقة
 ويترجح فيما يشتري ويبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا
 يكون ما أخذ رب المال من النفقة قصصاً من رأس المال ولكنهما يحتسبان برأس المال ألقامن جميع المال وما بقي من
 ذلك فهو بينهما نصفان لانا جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله
 يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا الباطل فيجعل رأس المال فيما بقي لئلا يبطل هذا اذا كان في المضاربة بقر
 فان لم يكن فيها بقر فلا شيء للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا بالشرط 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 أجر مثل عمله سواء كان في المضاربة بقر بقر أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة في معنى الاجارة الفاسدة والاجير
 لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح
 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 ميمته 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 المشترك اذا هلك المال في يده

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

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فان اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بان ادعى أحدهما المضارب في عموم التجارات أو في عموم الامكنة أو مع عموم من الاشخاص وادعى الاخر نوعاً ونوعاً ومكاناً ودون مكان وشخصاً ودون شخص لان قوله من يدعى العموم موافق للمقصود بالعقد اذا المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر وكذلك لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعى الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع عينه لان الاطلاق أقرب الى المقصود بالعقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد ان القول قول رب المال في الفصلين جميعاً وقيل انه قول زفر (ووجهه) ان الاذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينه مدعى العموم في دعوى العموم والخصوص لانها تثبت زيادة وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينه مدعى التقييد لانها تثبت زيادة فيه وبينه الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال اليك مضارباً بقرية البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعاً لانه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لا ستواتهما في ذلك فترجح بالاذن وانه يستفاد من رب المال فان أقام البينة فالبينة بينه المضارب لان بينته مثبتة وبينه رب المال نافية لانه لا يحتاج الى الاثبات والمضارب يحتاج الى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البيتين اذا تعارضتا في صفة الاذن وقد وقتنا ان الوقت الاخير أولى لان الشرط الثاني ينقض الاول فكان الرجوع اليه أولى وان 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 فمرانها مال المضاربة فالقول قول المضارب في ان رأس المال ألف والقول قول رب المال انه شرطت لك 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 مضارباً وادعى المضارب استحقاها فيها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال المضارب بعض هذه الاثمين خلطته بها أو بضاعة في يدي لانهما ما اتفقا على ان الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شيء فالقول قوله (وجهه) قوله الاخر 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 وانما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لان شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول في مقدار المشرط قوله ألا ترى انه لو أنكر الشرط رأساً فقال لم أشرط لك ربحاً وانما دفعت اليك 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 الالفين جميعاً وان كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الاخير

واقصبا ما بقي من المال أثلاثا وعلى قوله الأول يأخذ رب المال ألفي درهم ويأخذ ثلثي الألف الأخرى لما بينا وان كان في يد المضارب قدر ما ذكرناه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر فالتقول قول المضارب عندهم جميعاً لأنه لا سبيل إلى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب فان جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف ودبعة لا خير أو مضارب به لا خير أو بضاعة لا خير أو شركة لا خير أو على ألف دين فالتقول في الودبعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الاقاول كلها لان من في يده شيء فالظاهر انه له الا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الألف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما يمينه على ما يدعي من فضل فاليمينه يمينه كل واحد منهما ثبتت زيادة في يمينه ثبوت زيادة في رأس المال و يمينه 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 لانهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العقد فلا يقبل قوله وان قامت لهما يمينه فاليمينه يمينه 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 يدعي تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح وفي هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعي حصة العقد ورب المال يدعي فساده فينبغي أن يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوى رب المال وان تعلق به فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره لانه مفيد في الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم أو لم تشترط لي شيأ ولى أجر المثل فالتقول قول رب المال لان المضارب يدعي أجر او اجبا في ذمته رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فان أقام رب المال اليمينه على شرط النصف وأقام المضارب اليمينه على انه لم يشترط له شيأ فاليمينه يمينه رب المال لانها مثبتة للشرط و يمينه المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب اليمينه انه شرط له مائة درهم فيمينه أولى لان البينتين استويا في اثبات الشرط و يمينه المضارب أوجب حكاما ائدا وهو إيجاب الاجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخي رحمه الله انهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضارب به الا في هذا الفصل خاصة وهو انه اذا أقام رب الارض والبذر اليمينه على انه شرط للعامل نصف الخراج وقال العامل شرطت لي مائة قميص فاليمينه يمينه الدافع وفي المضارب به اليمينه يمينه المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل ان من لا بذره من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه فرجحنا يمينه من يدعي الصحة والمضارب به ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالصحيح فرجحنا بإيجاب الضمان وهو الاجر ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضارب به بالنصف أو مائة درهم فالتقول قول رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله انه لم يشترط ولان المضارب يدعي 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 يدعي عليه التمليك وهو منكر فان أقام اليمينه فاليمينه يمينه المضارب لانها ثبتت التمليك ولانه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت اليك مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالتقول قول المضارب لانهما اتفقا على أن الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فان قامت لهما يمينه فاليمينه يمينه رب المال لانها ثبتت أصل الضمان ولو وجد المضارب المضارب به أصلا ورب المال يدعي دفع المال اليه مضاربة فالتقول قول المضارب لان رب المال يدعي عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو وجد ثم أقر فقد قال ابن ساعية في نوادره سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع الي شيأ 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

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان وجوده فسخا له أو رفعه وإذا ارتفع العقد صار المال مضمونا عليه كالوديعة فإن اشترى بها مع الجحود كان مشترى بنفسه لأنه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لأن من حكم المضاربة أن يكون المال أمانة في يده فإذا صار مضمينا لم يبق أمانة فإن أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لأن العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود إلا بسبب جديد فإن اشترى بها بعد الإقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لأنه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة يبرأ من الضمان لأن الأمر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لأن الضمان لا ينافي الأمر بالشراء بدليل أن من غضب من آخر شيئا فأمر المعضوب منه الغاصب ببيع المعضوب أو بالشراء به صح الأمر وإن كان المعضوب مضمونا على الغاصب وإذا بقي الأمر بعد الجحود فإذا اشترى بموجب الأمر وقع الشراء للأمر ولو يقع الشراء له إلا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب إذا باع المعضوب بأمر المالك وسلم أنه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمعضوب منه إذا أمر الغاصب أن يجعل المعضوب في موضع كذا أو يسلمه إلى فلان أنه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبدا فجحدته الألف ثم أقر بها ثم اشترى جاز الشراء ويكون للأمر وبري الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبدا ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضاربة ولو دفع إليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا بعينه ثم جحد الألف ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالألف فإن العبد للأمر لأن الوكيل بشراء العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للأمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضاربة لأنه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحصل على الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد إذا جحدته إياه فأدعاه لنفسه ثم أقر له به أن البيع جائز وهو برى من ضمانه وكذلك لو دفع إليه عبدا فأمره أن يهبه لفلان فجحدته وأدعاه لنفسه ثم أقر له به فباعه أن البيع جائز وهو برى من ضمانه وكذلك لو دفع إليه عبدا فأمره أن يهبه لفلان فجحدته وأدعاه لنفسه ثم أقر له به فباعه لفلان كذا كذا قال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد إذا أقر المضارب أنه عمل بالمال وإن في يده عشرة آلاف وعلى فيها دين ألف أو الفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمي صاحبه أو لم يسمه وإن سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الحسن بخالف ما قال محمد (ووجهه) أنه إذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح فإذا قال على دين ألف فقد رجح عما أقر به لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين والإقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما إذا قال ذلك متصلا لأن الإقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجهه) قول محمد أن أقر بالدين في حال يملك الإقرار به فينفذ إقراره كما إذا قال هذا ربح وعلى دين وقوله إن قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعا عما أقر به من الربح ممنوع فإنه يجوز أن يبرأ من الربح الذي أقر به من الربح بقوله ربح وعلى دين وهو يملك الإقرار بالدين فإذا أقر به صح ولو جاء المضارب بألفين فقال الف رأس المال وألف ربح ثم قال ما أربح إلا خمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب فإن المضارب يضمن الخمسمائة التي جحدتها ولا ضمان عليه في باقي المال لأن الربح أمانة في يده فإذا جحدته فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن إذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت إليك رأس مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجح فقال لم أدفعه إليك ولكن هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لأنه صار

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

فصل وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ والنهي عن التصرف لكن عند وجود
 شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ والنهي فإن كان متاعاً لم يصح
 وله أن يبيعه بالدرهم والدنانير حتى ينقض كما ذكرنا فيما تقدم وإن كان عيناً صح لكن له صرف الدرهم الى الدنانير والدنانير
 الى الدرهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعاً لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما إلا أن المضاربة تشمل
 على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لأنه عزل حكماً فلا
 يتفق على العلم كما في الوكالة إلا أن رأس المال إذا صار متاعاً فلو وكيل أن يبيع حتى يصير ناضلاً ما بينا وتبطل بمجرد
 أحدهما إذا كان مطبقاً لأنه يبطل أهلية الأمر للأمر وأهلية التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة
 وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في
 قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن رجع الى الاسلام بعد ذلك فقد كله والتحققت رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة
 وصار كأنه لم يرتد أصلاً وكذلك إن 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 فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار
 الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد
 موقوف إن مات أو قتل أو لحق فيكم بالخوق يزول ملكه من وقت الردة الى ورثته ويصير كأنه مات في ذلك
 الوقت فيبطل تصرف المضارب بأمره لبطان أهلية الأمر ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة فإن كان رأس المال
 يومئذ قائماً في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى وربحه يكون له لأنه زال ملك رب المال عن المال
 فينعزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفاً في ملك الورثة بغير أمرهم وإن كان صار رأس المال متاعاً فبيع المضارب
 فيه وشراؤه جائز حتى ينقض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فذلك
 رده فإن حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن
 لا يجوز له التصرف لأن الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كأن عين المال
 قائم في يده إلا أنهم استحسنوا فقالوا إن باعه بجنس رأس المال جاز لأن على المضارب أن يرد مثل رأس المال فكان
 له أن يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تنقح في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب
 بعد ردته في المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فإن مات رب المال أو قتل كان موته كموت المسلم في بطلان
 عقد المضاربة وكذلك إن لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه لأن ذلك بمنزلة الموت بدليل أن ماله يصير ميراثاً لورثته
 فيبطل أمره في المال فإن لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً لأن وقوف تصرف
 رب المال بنفسه لو قوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقية
 المضاربة إلا أنه لا عهدة على المضارب وإنما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لأن العهدة تلزم
 بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً فأما على قولهما فالعهدة عليه لأن
 تصرفه كتصرف المسلم وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كموته قبل الردة وكذا
 إذا لحق بدار الحرب وقضى بلحقه لأن رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فإن لحق المضارب

بدار الحرب بعد دونه 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 قبيل الردة ولحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها لما ذكرنا أن ذلك
 بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة في بد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً في قول أصحابنا لأنه تعين لعقد
 المضاربة بالتبضع فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلك المضارب أو أتلفه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه
 لما قلنا 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 مثله فيكون على المضاربة
 وروى ابن رستم عن محمد أنه لو أقرضها المضارب رجلاً فإن رجع إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لأنه وإن
 تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به وإن أخذ مثله لم يرجع في المضاربة لأن الضمان قد استقر
 بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان ولهذا يخالف 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
 الفأ فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على
 رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض بملكها على رب المال وكذلك
 سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبدأ حتى يسلم إلى البائع ويكون مادفعه أو لأرب 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 بمثله 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 الاستفادة ملك المبيع
 لا الربح فإذا اشترى فقد حصل المقصود فانتبه عقد الوكالة بانتهائه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فإذا هلك في
 يده قبل أن ينقده البائع ووجب للوكيل على الموكل مثل ما ووجب 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 يصير كله رأس المال لأنه غرم لرب
 المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصبر ما غرم رب
 المال من رأس المال ويهلك بجائنا يتضرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز ولو قبض
 المضارب الألف الأولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن
 ينقدها البائع 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 بأرباعها 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 رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضا منه عليه وإنما خرج ربع
 الجارية من المضاربة لأن القاضي لما الزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين إلا بالقيمة فخرج الربح من
 المضاربة وبقي الباقي 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 وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربع خمسمائة

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تساوي ألفين والشراء بألف وهي مال المضاربه فضاعت 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 بالثمن فظهر ربح المضارب وهلك ربح الجارية فيغرم حصه ذلك الربح من الثمن وروى عن محمد في المضارب اذا اشترى جارية بألف درهم الف وقيمتها ألف فضاعت الاثمان قبل ان يتقدها البائع أنه على ان على المضارب الربح وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال محمد ولو اشترى جارية تساوي ألفين بامه تساوي ألفاً وقبض التي اشترها ولم يدفع امته حتى ماتت جميعاً في يده فانه يغرم قيمة التي اشترى وهي ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التي اشترها ولا فضل في ذلك عن رأس المال وهذا انما يجوز وهو ان يشتري المضارب جارية بقيمتها ألف بالثمن اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير والافشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعاً وذلك ان سماعه عن محمد في موضع آخر في نوادره في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربه بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف فاشترى بثلاثة آلاف ثلثة اعبد قيمة كل واحد ألف ولم يتقدها 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 بجمع 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 يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم يتقدها حتى هلك كان المعتمرا 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 يكون الشرط فيما صار مضموناً على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليقه بعدم تقاض العتق فلا يطرد لانه لو اشترى بالالفين جارية تساوي ألفاً يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نفوذ العتق في الجارية المشتراة بالثمن 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 بقتل المضارب بقتل رب المال اشترته على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشترته بعد ما ضاع وانأرى 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 اختلفوا قال رب المال ضاع قبل ان تشتري الجارية وانما اشترتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشتريتها وأنا أريد ان آخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البيئته انه اشترى والمال عنده انما ضاع بعد الشراء لان رب المال يبنى الضمان عن نفسه والمضارب يدعى عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعى وقوع العتق له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو ان لا يشهد لرب المال فان أقام البيئته فالبيئته بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا انفسخت المضاربة ومال المضارب بدينه على الناس وامتنع عن التقاضي والقبض فان كان في المال ربح أجبر على التقاضي والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجير والاجير مجبور على العمل فيما التزم وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام العمل كالا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يؤمر المضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يتمكن قبضه لان حقوق العتق راجعة الى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للامر بالحوالة من 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 أميناً فلا يملك ان يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العاقد
 أميناً ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود ديناً فيما خلف المضارب وكذا المودع
 والمستعير والمستبضع وكل من كان المال في يده امانة اذ امانات 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 يده 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

— ٤٥٤ —

كتاب الهبة

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم
 الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس ركن استحساناً والقياس ان يكون
 ركناً وهو قول زفر وفي قول قال القبض ايضاً ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء
 لقلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحساناً وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض وأجمعوا على انه
 اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لقلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لا آخر وهبت هذا
 الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعند القائل قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعث
 هذا الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجهه) القياس ان الهبة تصرف شرعي والتصرف
 الشرعي وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب
 هبة شرعاً لهذا يمكن الايجاب بدون القبول تبعاً كذا هذا (وجهه) الاستحسان ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب
 المالك من غير شريطة القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فاذا أوجب فقد أتى بالهبة
 فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روى عن النبي عليه الصلاة
 والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعب بن
 جثامة أهدى الى النبي عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفي رواية يودان فرده النبي عليه الصلاة
 والسلام وقال لولا ان احرام 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 تحلثك
 جداد عشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق
 رضي الله عنه اسم التحلي بدون القبض والتحلي من الفاظ الهبة فثبت ان الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب الملك
 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 يتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو
 اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف
 هو منع النفس عن مباشرة الخلوفاً عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول
 والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون متدور الواهب والملك محكوم شرعي ثبت جبراً من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا
 يتصور منع النفس عنه ايضاً بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا ان الايجاب هناك لا يصير
 تبعاً بدون القبول فشرط القبول ليقبض تبعاً فلا يجاب هو ان يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو
 جعلته لك أو هولك أو أعطيتة أو نخلته أو هديته اليك أو اطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به
 الهبة (أما) قوله وهبت لك فصرح في الباب وقوله ملكتك يجري مجرى الصريح ايضاً لان تملك العين للحال من

غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشيء لك وقوله هوك لان اللام المضاف الى من هو اهل للملك
 للتمليك فكان تملك العين في الحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لان العطية المضافة الى العين
 في عرف الناس هو تملكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك
 الله كذا وهبك بمعنى والتحلة هي العطية يقال فلان نحل ولده نحلي أى أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أعطمتك
 هذا الطعام في معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روى أن سيدنا عمر بن
 الخطاب رضى الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآه يتابع 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 كما فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه
 كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذه 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 تفسير
 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 فالتقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفي الاستحسان يترك الى وقت الحصاد باجر المثل
 وسند كروجهما في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوا بأو ناقة حلوا بأو بقرة حلوا وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه
 الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجازله الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان 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 الجدى يعرض أن يصير فخلاً والعناق حلوا باوان عني بالمنحة الهبة في هذه المواضع على فهو ما عني لانه نوى
 ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كاللأ كول والمشروب والدرهم
 والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة لان المنحة المضافة الى ما لا يمكن
 الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهي تملكها وتملك العين للحال من غير
 عوض هو 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 أعمرتك هذه الدار أو صرح فقال
 جعلت هذه الدار لك عمرى أو قال جعلتها لك عمرى أو قال هي لك عمرى أو حياتك فاذا ماتت أنت فهي رد على أو قال
 جعلتها لك عمرى أو حياتى فاذا ماتت أنا فهي 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 أعمر شيئاً فانه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل أعمر عمرى
 له ولعقبه فانه للذى يعطاها لا يرجع الى الذى أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث وعن جابر قال قال رسول
 الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى حياته فهي له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدلّت هذه النصوص على جواز الهبة
 وبطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تملك العين للحال مطلقاً ثم قوله عمرى توقيت التملك وانه
 تغيير لقتضى العقد وكذا تملك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصاً كالبيع فكان التوقيت تصرفاً مخالفاً لقتضى العقد
 والشرع فبطل وبقى العقد صحيحاً وان كانت القرينة شرطاً نظر الى الشرط المقرن فان كان مما يمنع وقوع التصرف
 تملكها للحال يمنع هبة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

جعلت هذه الدارك رقبى أو قال هذه الدارك رقبى ودفعها اليه فى عارية بقية يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا
 قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 أجاز العمرى والرقبى ولأن قوله دارى لك تملك العين لا تملك المنفعة وما قال رقبى فقد علقه بالشرط وأنه لا يحتمل
 التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحا ولهذا قال دارى لك عمرى أنه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر كذا هذا
 واحتج بما روى الشعبي عن شرح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الرقبى ومثلها لا يكذب
 ولأن قوله دارى لك رقبى تعليقا تملك بالخطر لأن معنى الرقبى أنه يقول ان مت أنا قبلك فى لك وان مت أنت قبلى
 فى لى سمي الرقبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته
 وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليقا تملك بأمره لا خطر الوجود والعدم والتملك مما لا يحتمل التعليق بالخطر
 فلم تصح هبة وصحت عارية بقية دفع اليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمرى لأن هناك
 وقع التصرف تملك كالحال فهو بقوله عمرى وقت التملك أنه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقي العقد على الصحة ولا حجة
 له فى الحديث لأن الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهى الانتظار ويحتمل أن تكون من الارقاب وهى هبة الرقبة
 فان أر يدبها الاول كان حجة له وان أر يدبها الثانى لا يكون حجة لأن ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحتمل على
 الثانى توفيقا بين الحديثين صيانة للكلام من يستحيل عليه التناقض عنه وبهذا بين أن لا اختلاف بينهما فى الحقيقة
 ان كان الرقبى والارقاب مستعملان فى اللغة فى هبة الرقبة وينبغى أن ينبغى أن ينعى به هبة الرقبة يجوز بالاختلاف
 وان عنى به مراقبة الموت لا يجوز بالاختلاف ولو قال رجلين دارى لا طول كما حياة فهو باطل لأنه لا يدري أيهما
 أطول حياة فكان هذا تعليقا تملك بالخطر فبطل ولو قال دارى لك حبيس فهذا عارية عند أبى حنيفة ومحمد وعند
 أبى يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقبى (وجه) قوله أن قوله دارى لك تملك وقوله حبيس نفي الملك فلم
 يصح النفي وبقي التملك على حاله (وجه) قوله أن قوله حبيس خرج تفسير القوله لك فصار كأنه ابتداء بالحبيس
 فقال دارى حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال دارى رقبى لك كان عارية بما عازا ذكره
 القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ولو وهب جارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان
 أو على أن يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لأن هذه الشروط مما لم يمنع وقوع التصرف تملك كالحال
 وهى شروط تخالف مقتضى العقد فبطل وبقي العقد على الصحة بخلاف شروط الرقبى على ما بينا وبخلاف البيع
 فإنه تبطله هذه الشروط لأن القياس أن لا يكون قران الشرط القاسد لعقد ما مفسر إلا لأن ذكره فى العقد لم يصح فيلحق
 بالعدم ويبقى العقد صحيحا إلا أن الفساد فى البيع للنهي الوارد فيه ولا نهى فى الهبة فيبقى الحكم فيه على الاصل ولأن
 دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكونه هبة ثامر يثا وهذا يجرى مجرى
 الترغيب فى أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا ندب الى التهادى والهدية هبة وروى عن
 الصدوق رضى الله عنه انه قال لسيدتنا عائشة رضى الله عنها انى كنت تملكك كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضى الله عنه
 انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة رى انه أراد بها الثواب فهو على
 هبته يرجع فيها ان لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المتضمنة لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم
 يقرن وعلى هذا يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما فى بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما فى بطنه أن الهبة جائزة فى
 الام والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام فى العقود التى فيها استثناء الحمل انها أقسام ثلاثة
 قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء جميعا وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء (أما)
 الاول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لأن الاستثناء لما فى البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل
 بالشرط الفاسد (وأما) القسم الثانى فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأن هذه العقود

لا 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 قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية بان أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أبقى ما في بطنها ميراثا لورثته والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلثها لورثته انه تصح الوصية ويبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل الأمرى انه لو أوصى بخدمة وغلثها 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 لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افتراقا لانه لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منفعة بان قال داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو 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 كظاهره وان كان تملك العين لكنه يحتمل تملك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما جعل تفسير للمحمول وبيانا انه أراد به تملك المنفعة وتملك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسير للهبة لان قوله هبة يحتمل 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 للمحمول 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 وهبتها لك لتؤجرها ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة ايضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الواهب وبعضها يرجع الى الموهوب وبعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو ان لا يكون معلقا بماله 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 للخال وانها لا يحتمل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع الى الواهب فهو ان يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها ممن لا يملك التبرع فلا يجوز هبة الصبي والمجنون لانهم لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضالا يقابله نفع دنيوى فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بخلاف لان المتبرع بمال الصغير قرر بان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابله نفع دنيوى وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقر بوا مال اليتيم الابلى هي أحسن ولانه اذا لم يقابله عوض دنيوى كان التبرع ضررا محضا وترك الرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والاصل عندهما ان كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده ان كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد ان الهبة تملك فاذا شرط فيها العوض كانت تملكها بعوض وهذا

تفسير البيع واتما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التملك (ولهما) أن الهبة بشرط
العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا في الانتهاء بدليل انها تنفيذ 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 وهؤلاء لا يملكون التسرع فلم
تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع الى الموهوب فأشياء منها أن
يكون موجودا وقت الهبة فلا يجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بان وهب ما يثمر نخله العام وما تدر أغنامه السنة ونحو
ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تملك للحال وتملك المعدوم محال والوصية تملك مضافا الى ما بعد الموت
والإضافة 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 بالإضافة الى ما بعد زمان الحدوث لان التملك بالهبة مما لا يتحمل الإضافة
الى الوقت فبطل ولهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح
استحسانا لانه يمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدورا ل القبض بطريقه على ما سئد كره ان
شاء الله تعالى وكذلك لو وهب بدائي بن أودهناني سمس أودقيما في حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند
حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم يتعد ولا سبيل الى الإضافة الى وقت الحدوث فبطل أصلا
بخلاف ما اذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لان الموهوب موجود مملوك للحال الأ أنه ينفذ للحال
لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع زال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما
لو وهب شقيا مشاعا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون الما متقوما فلا يجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحرم والميتة
والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأولاد
والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرار من وجه ولهذا لم يحز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لم يحز
بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا في نفسه فلا يجوز هبة المباحات لان الهبة تملك وتملك ما ليس بمملوك محال (ومنها)
أن يكون مملوكا لالواهب فلا يجوز 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 الإضافية والعلاقة التي تدور عليها الإضافة هي
الملك فيجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب في صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا
أودينا 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 الأ أنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا
ولا يكفي فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما ذكره في موضعه (ومنها) أن يكون محبوزا فلا يجوز
هبة المشاع فيما يقسم ويجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والذن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط
ومحوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو جب
سبحانه وتعالى نصف المقروض 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 وما روى أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام الى سنام بعير وأخذ منه

وبرة ثم قال أما نبي لا يحل لي من غنيمتكم ولو بمثل هذه البرة إلا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط
 والخيط فان الغلول عار وشنار على صاحبه الى يوم القيامة فجاء اعرابي بكبة من شعر فقال أخذتها لاصلح بها
 برعدة بعيري يا رسول الله فقال أما نصيبني فهو لك وسأسانك الباقي وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروى أن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبي أيوب الانصاري رضى الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجده بين
 أسعد بن زرارته وبين رجلين من قومه فاستباح أسعد نصيبهما ليهب 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 لأن
 أدنى حال فعل النبي عليه الصلاة والسلام الجواز ولأن الشيعاء لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لأن حكم الهبة الملك
 والشيعاء لا يمنع الملك ألا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيعاء لا يمنع
 القبض لأنه لا يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخليه الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وان كان القبض فيها
 شرطاً لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا أبابكر رضى الله عنه قال
 في مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس الى غني أنت وأعزهم على فقر أنت واني كنت نحتك
 جداد عشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا جذيتيه 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 نحلاً لا يحوزها ولا يقسمها ويقول ان مات فهو له وان مات رجعت الى وامي الله لا ينحل
 أحدكم ولده نحلاً لا يحوزها ولا يقسمها فيموت الا جعلتها ميراثاً لورثته والمراد من الحيازة القبض هنا لانه ذكرها
 بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي الى التكرار اخرج الهبة من أن تكون موجهة للملك بدون القبض والقسمة وروى
 عن سيدنا علي رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يحوز ما لم يقاسم وكل ذلك بمحض من أصحاب
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعاً ولأن القبض شرط جواز هذا العقد والشيعاء
 يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور
 فان سكنى نصف الدار شائعاً وليس نصف الثوب شائعاً محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لان
 العقد يتم تناول الكل وهكذا تقول في المشاع الذي لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد ما قلنا الا ان هناك ضرورة
 لانه يحتاج الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشيعاء مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة
 المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخليه مقام القبض الممكن من التصرف
 ولا ضرورة هنا لان المحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو تقول الصحابة رضى الله
 عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة
 دون المعنى على ما بيننا الا انه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة هنا
 فإزماً اعتبار الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع ولأن الهبة عقد تبرع فلو سحقت في مشاع محتمل القسمة لصار عقد
 ضمان لان الموهوب له يملك مطالبته الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي الى تغيير المشروع ولهذا توقف
 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 المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع
 لان الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة له فيها لان المراد من الموقوف
 الدين لا العين ألا ترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط الاعيان لا يعقل وكذا الغالب في المهر أن يكون

دينا وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لانه استقاط الدين عنه وانه جائز في المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل ان
التي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فهو واسلموا الكل جملة وفي
الحديث ما يدل عليه فانه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأسلمك الباقي وما كان هو عليه الصلاة والسلام
ليخلف في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على ان ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان
كبة واحدة لو قسمت على الجمل الغفير لا يصيب كلا منهم الا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم (وأما)
حديث أسعد بن زرارة فكفاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشرى بكاوه وبها نصيبهم مامنهم وسلموا الكل جملة وهذا
جائز عندنا ويحتمل ان الانصاء كانت متمسومة مقرزة ومحوزان يقال في مثل هذا بينهم اذا كانت الجملة متصلة
بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها تضاف اليهم وان كانت أنصباؤهم متمسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع
الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه الى الموهوب له جائز لان هبة المشاع عندنا
منعقد موقوف نقاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذا الشروع لا يمنع ركن العقد ولا حكمة وهو الملك
ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق
رضي الله عنه لا يدل عليه فانه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها اني كنت نخلتك جداد عشرين وسقاً من مالي وكان
ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النخل من الفاظ الهبة ولو لم ينقسم لعله الصديق رضي الله عنه لانه ما كان ليعقد عندنا
باطلا فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمة على القسمة والقبض وهو عين مذهبنا
والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف دار 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 لم يجز الهبة لان كل
واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوى فيه الجواب في هبة المشاع بين أن
يكون من أجنبي أو من شريك كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة
من غير فصل ولان المانع هو الشيعاء عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا
خلافاً للشافعي رحمه الله (وجه) قوله ان الشيعاء لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع
جوازه كالمفروض (ولنا) ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع أو لا يتكامل فيه لما بينا
في الهبة ولان التصديق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشروع 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 رجلاً من واحد شيئاً ينقسم وقبضه أنه يجوز فابو حنيفة يعتبر الشروع عند
القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعاً لم يجز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشيعاء وقت القبض
وهما يجوزاه لانه لم يوجد الشيعاء في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما)
أبو حنيفة رحمه الله فلم يعدم الشروع في وقت القبض (وأما) هما فلا نعداهما 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 دتليك 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 (وجه) قوله ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما
قلنا لان قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منها لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك
يوزع وتقرىق واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لعة الاضرورة الصحة وفي العدول عن
ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشروع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تملك الكل منهما وموجب التملك

منها ثبوت الملك لهما في الكل وانما ثبتت الملك لكل واحد منهما في النصف عند التقسام ضرورة المزاحمة واستواءهما 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 المزاحمة مع المساواة في الاستحقاق ثبتت عند تقسام الميراث في النصف وكذا الشفيعان ثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاحمة 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 لتضايق 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 جاز لانه يكون رهن المشاع لهذا الوقضى الرهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا تملك مضاف الى الشائع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تملك مضاف الى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منك اماناً 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 فعين الثاني وهو ان 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 تملك مضافاً الى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوخ يؤثرون في القبض الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قوله 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 المحال أيضاً فكان موجب العقد التملك منهما على التناصف لان هذا تملك الدار منهما فكان عملاً بموجب الصيغة من غير احالة فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بان يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدي عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا ممالا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين شيئاً ما يقسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوخ عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيئاً ما يقسم فان كان ممالا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكاهذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسير الحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسير لنفس العقد لان العقد وقع تملك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسير الحكم فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يحز لان الشيوخ دخل على نفس العقد فنع الجواز ولو قال وهبت لكاهذه الدار ثلثها لهذا وثلثها لهذا لم يحز عند أبي يوسف وغاز عند محمد (وجهه) قول محمد ان العقد متى جاز لاثنين يستوى فيه التساوى والتفاضل بعقد البيع (وجهه) قول أبي يوسف ان الجواز عند التساوى 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 يؤثرون في الهبة ولا يؤثرون في البيع ولو رهن من رجلين لا حد هما لثلاثة وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا أو نصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا أبهم بان قال وهبت منك اماناً يجوز ولو وهب من فقيرين شيئاً ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصديق عليهما لان

الهبة من الفقير صدقة لانه يتغنى بها وجه الله تعالى وسند كرحمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون
 الثمر والتمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس
 بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبه المشاع ولو فضل وسلم جاز كما في هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين
 فان كانا غنيين لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان التصديق على الغني ميتة في الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز
 وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز في الهبة من رجلين وعن ابي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في كتاب
 الهبة لا تجوز وفي الجامع الصغير تجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياح كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على
 ما ذكرنا فيما تقدم وههنا يتحقق الشيوخ في القبض (وجه) رواية الجامع وهي الصحيحة ان معنى الشيوخ في القبض
 لا يتحقق في الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله
 تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة
 تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوخ كما لو تصدق على فقير
 واحد ثم وكل بتبضعها وكيلين بخلاف التصديق على غنيين لان الصدقة على الغني يتغنى بها وجه الغني فكانت هدية لا
 صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يتغنى بها وجه الله تعالى والدار الاخرة والهدية يتغنى بها وجه الرسول
 وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوخ 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 وملك الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا اعتد به بتملك العين فيفيد الملك
 قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ما روينا ان سيدنا ابا بكر وسيدنا عمر رضي الله
 عنهما اعتبرا القسمة والقبض لجواز التحلي بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعاً وروى عن
 سيدنا ابي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا
 مقبوضة محبوزة ولم رد عن غيرهم خلافة ولا ناهى عن تبرع فلو حجت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبه الواهب
 بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروط بخلاف الوصية لانه ليس في ايجاب الملك فيما قبل القبض تغييرها
 عن موضعها الا لمطالبه قبل المتبرع وهو الموصى لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض
 عند عامة العلماء وقال ابن ابي ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة اذا علمت وان لم تقبض ولا
 تجوز الهبة ولا التحلي الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما قالوا اذا علمت
 الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خير ما عن الله سبحانه
 وتعالى يا ابن آدم قول مالي مالي وليس لك من مالك الا ما أكلت فافئيت او لبست فلبيت او تصدقت فاقبئت اعتبر
 الله سبحانه وتعالى الامضاء في الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا ابي بكر وسيدنا عمر
 وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم انهم قالوا اتم الصدقة الا بالقبض ولان التصديق عقد تبرع فلا يفيد
 الحكم بنفسه كالهبة وما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه
 الصغير وبه نقول لاحاجة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض
 (والثاني) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط
 لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد

فلأن يكون في الهبة أولى لأن البيع يصح بدون القبض والهبة لا صحه لها بدون القبض فلما كان الأذن بالقبض شرطا لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطا فيما يتوقف صحته على القبض أولى ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن وإن لم يكن ركنا على الحقيقة فيشبهه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضا والأذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فنحو أن يقول أقبض أو أذنت لك بالقبض أو رضيت وما يجزى هذا المجزى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحسانا والقياس أن لا يجوز قبضة بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قولي فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وإن كان باذن الواهب كالقبول في باب البيع (وجه) الاستحسان ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل اليه ست بدنان فجعلن يزدقن إليه فقام عليه الصلاة والسلام فنحرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فتدأذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولأن الأذن بقبض الواهب صريح بمنزلة إذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الدلالة فهي أن قبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهيه الواهب فيجوز قبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان في الزيادات ولو قبض المشتري المبيع ببيع جائزا بحضرة البائع قبل تقدّم الثمن لم يجز قبضه قياسا واستحسانا حتى كان له أن يسترد في البيع الفاسد اختلاف روايتي السرخي والطحاوي رحمهما الله ذكرناهما في البيوع (وجه) القياس أن القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير إذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان أن الأذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الأقدام على إيجاب الهبة إذن بالقبض لأنه دليل قصد التمليك ولا نبوت للملك إلا بالقبض فكان الأقدام على الإيجاب إذنا بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا بخلاف ما بعد الافتراق لأن الأقدام دلالة الأذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولأن للقبض في باب الهبة شبهة بالركن فيشبهه القبول في باب البيع وإيجاب البيع يكون إذنا بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذا إيجاب الهبة يكون إذنا بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيئا متصلا بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالتمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الأرض أو حلية السيّف دون السيّف أو القميص من الصبيرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه إلا بالفصل والقبض ففصل وقبض فإن قبض بغير إذن الواهب لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للأذن الثابت دلالة الإيجاب ولم يوجد ههنا لأن الإيجاب لم يقع صحيحا حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الأذن بالقبض وإن قبض باذنه يجوز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العتد إذا وقع فاسدا من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزا وعندنا يحتمل الجواز باسقاط المفسد متصورا على الحال أو من حين وجود العتد بطريق البيان على اختلاف الطرفين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع وكذلك إذا وهب ديناله على إنسان لا آخره أن قبض الموهوب له باذن الواهب صريح يجوز قبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وأن قبضه بحضرة الواهب ولم ينه عن ذلك لا يجوز قياسا واستحسانا فرق بين العين والدين (ووجه) الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالأذن لكون الإيجاب فيها دلالة الأذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وإيجاب الهبة في الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الأذن بقبضه لأن دلالة بواسطه دلالة قصد التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالأذن بالقبض لأنه إذا أذن له بالقبض صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير قبض العين قابضا للواهب أولا ويصير المتبوض ملكا له أولا ثم يصير قابضا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي

ذكرنا واهبها ملك 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 لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع
 الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فإنه لا يجوز
 لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قيل الحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له
 أولا ويخلي بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار اليه فتجوز الهبة فيها لأنها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة
 اشكال وهو أن يودع المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتصح صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم
 سلم فارغاً جزو ينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لأن المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب
 ما فيها من المتاع دون الدار وخلي بينه وبين المتاع جازت الهبة لأن المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة
 بالمتاع لهذا افتراق فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فهو هبة
 صفة واحدة وخلي بينه وبينها جازت الهبة فيهما جميعا لأن التسليم قد صح فيهما جميعا فان فرق بينهما في الهبة بأن
 وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعا
 وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظري في ذلك وروى في هبة الترتيب ان قدم هبة الدار فالهبة في
 الدار لم تجز لانها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم
 هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا أما في المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلانها وقت التسليم
 كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الاصل أيضا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى
 ما في بطنها أو حيوانا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز لانه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لانه
 لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو اعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام
 يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة رويتان (وجهه) رواية عدم
 الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب (وجهه) رواية الجواز وهي رواية
 الكرخي ان حرية الحنين تجعله مستثنى من العقد لان حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهر او هذا معنى الاستثناء
 ولو استثناه لفظا جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين
 الاعتاق والتدبير (وجهه) الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز
 كهبه دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حارس 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 شجرة اعلمها ثم دون
 الثمر أو وهب الزرع دون الأرض أو الثمر دون الشجر وخلي بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لان الموهوب متصل
 بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فصح صحة القبض ولو جذا الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغاً جزو لان المانع من النفاذ
 وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فهو هبة فيهما جميعا وسلم متفرقا جاز ولو فرق بينهما في الهبة فهو هبة
 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 وأنه لا يختلف والمانع هناك الشغل وأنه 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 صوفاً على ظهر غنم انه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

القبض ولو جزه وسلمه جازل وال المانع والله عز وجل أعلم وعلى هذا إذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فأجاز ما 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 وإن سلطه على قبضه عند الولاية أو عند استخراج ذلك لأن الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوماً لهذا المحجز ببعضها فلا يجوز هبتها وهذا 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 وإن كان عاقلاً (وجه) القياس أن القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع (وجه) الاستحسان أن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما ملك وليه ومن هو في عياله وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها ما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه إذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبددين أو لا فالقبض إلى العبد والمالك للمولى في المقبوض لأن القبض من حقوق العتد والعتد وقع للعبد فكان القبض إليه ولأن الأصل في بني آدم الحرية والرق لعارض فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم والأصح جاز لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد ففيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد القن للمولى وكذلك المكاتب إذا وهب له هبة فالقبض إليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن فإذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لأن الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الأصل والقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الأصل فلهذا فهو ان قبض بنفسه لنفسه وشرط جوازه العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض أما الأول الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبي وشرط جوازه الولاية بالحر والعملة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم المولى 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 حضرهم لأن هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لأن التأخير إلى قدوم الغائب تقويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية إلى من يتلوه وإن كان دونه كفي ولاية الانكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عياله القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحم محرم منه كالأخ والعلم والام ونحوهم أو أجنبياً لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فإن لم يكن أحدهم هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً والقياس أن لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبياً كان أو ذارحم محرم منه قياساً واستحساناً وإنما كان كذلك لأن الذي في عياله عليه ضرب ولاية ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي (وأما) من ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلاً فلا يجوز قبضه له كالأجنبي والقبض للصبيبة إذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضاً استحساناً لأنها في عياله لكن هذا إذا لم يكن أحدهم هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره (وأما) الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذ المائتان غيران ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسدده فتثبت المناوبة مقتضى المماثلة وإذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحسانا والقياس أن لا يصير قابضاً لم يجد القبض وهو ان يحل بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد (وجهه) القياس ان يد المودع ان كانت بده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كانه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجهه) الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير مضمون إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فبماثل القبضان فيتناولان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لان قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناولوا ولو كان الموهوب في يده معصوباً أو مقبوضاً ببيع فاسد أو مقبوضاً على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض وزيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهوناً في يده ذكر في الجامع انه يصير قابضاً وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضاً فيما تاملان فتاب أحدهما عن الآخر ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة والأقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة وإذا ساحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدينه على الراهن وذلك كالحكم في الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل البراءة بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناولان بخلاف المعصوب والمقبوض على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض غير ضمان فبماثل القبضان فيتناولان ولو كان مبيعاً 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 أصلاً وأساسا والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ولو نحل ابنه الصغير شيئاً جاز ويصير قابضاً مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع بهلك من مال الابن لصيرورته قابضاً 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 الانثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في الموارث للذكور كمثل 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 بشيراً بن النعمان أتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلته ابني هذا غلاماً كان لي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام فارجمه وهذا إشارة الى العدل بين الاولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولان في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولو نحل بعضاً وحرّم بعضاً جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه لاحق لاحد فيه الا انه لا يكون عدلاً سواء كان المحرّم قهراً أو جاهلاً فاسقاً على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأخرين والمتقدمين دون التسوية 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 وتمتع الرجوع باسباب عارضه وقال الشافعي رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم في الاصل ولا يثبت الرجوع الا في هبة الولد خاصة وهي هبة الولد لولده فنقول يقع

الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ثبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل 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 الزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً (ولنا) الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى واذا حيمت بتحبة فحيوا بأحسن منها أو ردوها والتحية وان كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية 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 وذال يتصور في الاعراض والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل اليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فانه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا مثل مذهبننا ولم يرد عن غيرهم خلافاً فيكون إجماعاً ولان العوض المالى قد يكون مقصوداً من هبة الاجانب فان الانسان قد يهب من الاجنبي احساناً اليه وانعاماً عليه وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعاً قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروف فكافؤه فان لم تجد واما تكافؤه فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافأتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا والتهادى تفاعل من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط الزوم كما في البيع اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء وذلك لا يجوز عندنا الا فيما يهب الوالد لولده فانه يحل له اخذ منه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للاتفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لامن حيث الحكم لان نفي الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيسل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلف ان تزوج عليهن بعدما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم ان 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 رجوعاً لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعاً حقيقة على ما نذكره في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصح بدون القضاء والرضا لان الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لانها ليست

ما لم يشب منها أي ما لم يعوض 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 يدل عن هبتك أو مكان هبتك أو تحلتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كفاؤك أو
 جازيتك أو أتيتك وما يجرى هذا الجرى لأن العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة حتى
 لو وهب لانسان 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 ولكل واحد منهما حق الرجوع لأنه لم يجعل الباقي
 مقابلاً بالاول لانعدام ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في
 العقد مملوكاً 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 لاسمكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل
 تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وإن كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً غير أن يمنع الرجوع فإن بعض الموهوب يكون
 عوضاً عن الباقي لانه بالتغيير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضاً هذا إذا وهب شيئاً واحداً أو شيئاً في عقد واحد فاما
 إذا وهب شيئاً 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 انه يجوز وكان مكاناً عوضاً لأن حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض (وجه)
 قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وهذا انه يجوز أن يكون مقصود الواهب
 من هبته الثانية عود الهبة الأولى لأن الانسان قد يهب شيئاً ثم يبدوله الرجوع فصار الموهوب باحد 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 الانسان لا يهب شيئاً ليسلمه بعضه عوضاً عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعاً نعم لكن
 الرجوع في الهبة ليس واجباً فلا يتمتع وقوعه عن جهة أخرى كإلوه باعه منه ولو وهب له شيئاً وتصديق عليه بشئ
 فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الاصليين (أما) على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
 فلا يشكل لانهما لو ملكا بعقدين متفقين فجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدين أولى
 (وأما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فلا ان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقع موقع العوض والثالث
 سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع في الهبة لان بالاستحقاق تبين ان
 التعويض لم يصح فكانه لم يعوض أصلاً فله أن يرجع ان كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك ولم يزد دخيراً ولم يحدث فيه
 ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمته كإلوه هلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد
 خيراً لم يضم من كما قبل التعويض وإن استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي عوض عن كل الموهوب وإن شاء
 رد ما بقي من العوض ويرجع في كل الموهوب ان كان قائماً في يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا
 الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض (وجه) قوله ان معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً
 فكان الثاني عوض عن الاول فالاول يصير عوضاً عن الثاني ثم لو استحق بعض الهبة 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 للواهب أن يردده ويرجع في الهبة لان الموهوب له غيره حيث
عوضه لا سقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه
لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليستحق حق الرجوع في الهبة
فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو
استحق نصف الموهوب فلموهوب له أن يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما
جعل عوضاً عن حق الرجوع في جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص
في السعر أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا روى عن محمد في الاملاء
وانما منع الزيادة عن الرجوع في العوض لانه تبين له انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ
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 قابض العوض
بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة
العوض كذا ذكر في الاصل من غير خلاف وهو احدى 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 مجانواً وانما وقع مبطلاً حق الرجوع في الاول فان لم يسلم المقصود منه بقي القبض
مضموناً فكما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع بقيمته اذا هلك (وجه) الرواية الأخرى ان العوض المتأخر عن العقد
في حكم الهبة المتبدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا اذا كان
الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه (فاما) اذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما
بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هي المستحقة فاذا بطل العوض رجع في الهبة واذا
بطلت الهبة رجع في العوض لان بالاستحقة تبين ان الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل
الثاني بيان ماهيته فالعوض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح مما تصح به الهبة وبطل بما
تبطل به الهبة لا يخالفها الا في اسقاط الرجوع على معنى انه ثبت حق الرجوع في الاولى ولا يثبت في الثانية (فاما)
فيما رآه ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتلك العين للحال 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 عيباً
فاحتسب لم يكن له أن يردده ويرجع في العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيباً لم يكن له أن يرد العوض ويرجع
في الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن مشروطاً في العقد لم يكن عوضاً على الحقيقة بل
كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا في اسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل
واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (أما) 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 ينسب منها وسواء عوضه الموهوب له أو اجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره
لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب
فانما لم يرجع في هبته لان الاجنبي انما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه

لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كالتبرع بمخالعة امرأة من زوجها (واما) المعوض فانه لا يرجع على الواهب لأن 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 فلا 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 يعني أو أهدز كافي ففعل لا يرجع بذلك على الأمر الا ان يقول له على اني ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا أمره بغيره قضاء الدين ففوضه انه يرجع على الأمر وان لم يقل على اني ضامن نصا لأن 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 الا 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 اختلف في ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ان عقده عقده هبة وجوازه جواز بيع وربما عبروا عنه هبة ابتداء ببيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضا وكذا اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع رد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية و يرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير متقول وقال زفر رحمه الله عقده عقده ببيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء 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 تملك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التملك (ولنا) انه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع يعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا شبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملا شبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ماهو 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 احتيج بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وهذا نص في الباب (ولنا) ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يهب منها أي لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل بسبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة فدخل تحت النص وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث محمول على النهي عن شراء الموهوب لكن ساءه رجوعا مجاز التصوره بصوره الرجوع كما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك وسيدنا عمر رضي الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة لكن ساءه عودا لتصوره بصوره العود وهو منهي ندب لان الموهوب له يستحق فيسأحه في ثمنه فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكره وهذا

المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده لان 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 اذا وهب لذي محرم لا رحمه لانعدام معنى الصلة أصلاً
ولو وهب لعبد ذي رحم ومولاه أجنبياً (فاما) ان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً (واما)
ان كان المولى والعبد جميعاً ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذارحم محرم من الواهب والمولى أجنبياً فله أن
يرجع بلا خلاف بين أئمتنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى
العلة فانعدم معنى العوض أصلاً وان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً اختلفوا فيه قال أبو حنيفة
رضي الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قولهما أن بطلان حق الرجوع بحصول
الصلة لانها في معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لوقوع الحكم للتقريب والحكم وقع للمولى فصار
كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن الملك
لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وانما ثبت ضرورة تعدد الاثبات
للعبد فأقيم مقامه واذا 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 لان الايجاب أضيف الى العبد والمالك 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
الكرخي عن محمدان قياس قول أبي حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر في اسقاط الرجوع لان الملك لم يقع
له وقرابة المولى أيضاً لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل في الهبة والامتناع معارض المسقط
ولم يوجد فلا يستتظ وذكر الفقيه أبو جعفر الهندي وانى انه ليس له أن يرجع في هذه المسئلة في قولهم لان الهبة اما أن
يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحمة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر
هنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعاً واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم
وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شياً وهو ذورحم محرم من الواهب أو مولاه ذورحم محرم من الواهب انه ان
أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها ان كان 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 فقياس 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 أوجبت ملكاً موقوفاً 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 وراثته الثاني الزوجية فلا يرجع
كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها
التوارث في جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها
الثالث التوارث فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة
ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعده 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
التصدق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع الا انهم استحسنوا وقالوا ليس له
ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في

يده في الصدقة عليه ثواب وإذا كان الثواب مظلوماً من ذلك في الجملة فإذا أتى بلفظة الصدقة دل أنه أراد به الثواب
 وأنه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوع فنقول لا يمنع الرجوع في الهبة فلو أهب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً
 وإن كان محتملاً للتسمة بان وهب داراً فباع الموهوب له نصفها مشاعاً كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذلك لو بيع
 نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلة أنها لا تجوز في المشاع
 الذي يحتمل التسمة لأن القبض شرط جواز العتد والشياع ينحل في القبض الممكن من التصرف والرجوع ففسخ
 والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعاً من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً
 فنقول والله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي
 فمسائل أصحابنا تدل على أنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل التسمة
 ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع وكذلك اتفق تحتها على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لوقف تحتها على القبض
 وكذلك 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 أن
 ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيهما فاشبه الرد بالغيب فيعتبر عتداً جديداً في حق ثالث كالرد بالغيب بعد القبض
 والدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكره محمد في كتاب الهبة أن الموهوب له إذا رد الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث
 وهذا حكم الهبة المبتدأة. (ولنا) أن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي
 والدليل على أنه مستوفى حق نفسه بالفسخ أن الهبة عتد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً فلا
 يقف على القضاء بخلاف الرد بالغيب بعد القبض بغير قضاء القاضي أنه يعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث لأنه لاحق
 للمشترى في الفسخ وإنما حقه في صفة السلامة فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم
 موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي (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 (ومنها) من قال هذا لا يدل
 على اختلاف الروايتين لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لسكون المريض متهماً في الرد في حق ورثته فكان فسخاً فيما بين
 الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكان مختلفان كالأقالمة فانها
 فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما وإذا انفسخ العتد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب
 ويملكه الواهب وإن لم يقبضه لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع
 والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لأن قبض الهبة قبض غير مضمون
 فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدى
 كسائر الأمانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به ولو كان الموهوب له وهب الموهوب للواهب
 وقبله الواهب الاول لا يملكه حتى يقبضه وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وليس للموهوب
 له أن يرجع فيه وكذلك الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لفظ الفسخ وملك
 الواهب لا يزول إلا بالقبض بخلاف ما إذا تراضيا على الرجوع إن الواهب يملكه بدون القبض لأن اتفاقهما على
 الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعتد ثم إذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لأن
 الرجوع مستحق فتتبع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها

فصل وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ إما بالقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو التراضي
 على ما بينا وإذا انفسخ العتد يعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة إلى 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 رهوناً 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 علي من الدين أو يقول هذا الشيء رهن بدينك وما يجزى هذا المجزى ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت وما يجزى مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئاً بدينهم ودفع إلى البائع ثوباً وقال له امسك هذا الثوب حتى أعطيتك الثمن فالثوب رهن لأنه أنى 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 مضافاً إلى وقت لأن في الرهن والارتهان معنى الإيفاء والاستيفاء فيشبهه البيع وأنه لا يحتمل التعليق بشرط ولا إضافة إلى وقت كذا هذا (وأما) الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن فمعتلماً 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 أنواع التجارة فيملكه من ملك 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 يهودى طعاماً ورهنه به درعه وكان ذلك رهناً في الحضر ولأن ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين بوجوده في الحالين وهو الرهن عن نوء الحق بالحدود والانكار وتذكرة عند السهو والنسيان والتخصيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج الكلام من مخرج العادة كقوله تعالى فكانت يومئذ علمتهم فيهم خيراً (وأما) الذي يرجع إلى المرهون فأشياء (منها) أن يكون محلاً قابلاً للبيع وهو أن يكون موجوداً وقت العقد مطلقاً متقوماً مملوئاً كاملاً ما تم تدوير 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 تداغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لا نعدام ما ليهما ولا رهن صيد الحرم والحرام لأنه ميتة ولا رهن الحر لأنه ليس بمال أصلاً ولا رهن أم الولد والمذبر المطلق والمكاتب لأنهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالاً مطلقاً ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلماً لأنعدام ما ليهما من الخمر والخنزير 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 يصبحت الخمر بمنزلة المعصوب في يد المسلم وخمر الذمي مضمون على المسلم بالغصب وإذا كان الراهن مسلماً والمرتهن ذمياً لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهاهما منهن لأن ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخمر والشاة عند تناول رهن المباحات من الصيد والخطب والحشيش ونحوها لأنها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكة للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية كالأب والوصي رهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لأن الرهن لا يخلو (أما) أن يجزى مجزى الأبداع (وأما) أن يجزى مجزى المبادلة والأب بلى كل واحد منهما في مال الصغير فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فإن هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الأب هلك بالأقل من قيمته ومما رهن به لأن الرهن وقع صحيحاً وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الأب 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 يملك الولد تقضيه ولكن
 يؤمر الاب بقضاء الدين وورد الرهن على ولده لزوال ولاية به البلوغ 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 ملكه الا بقضاء الدين كله فكان
 مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الاب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار
 من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم ان المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن انه يرجع بجميع ما قضى على المستعير
 لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصى في جميع ما ذكرنا حكم الاب وانما يفتقران في فصل آخر وهو انه يجوز للاب
 أن يرهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذ اهلك يهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين واذ أدرك الولد ليس له أن
 يسترده اذا كان الاب يشهد على الارتهان وان كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الا بتصديق الولد
 ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لاجل الولد واذ اهلك بعد ذلك فهلك بالاقبل من
 قيمته ومن الدين اذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدق الولد بعد
 الادراك والوصى لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشك لأنه لا يرى بيع مال
 اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشراء لكن اذا كان خيرا
 لليتيم ولا خيره في الرهن لأنه يهلك أبدا بالاقبل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجوز رهن
 مال الغير باذنه كما لو استعار من انسان شيئا ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ابقاء الدين وقضاؤه والانسان
 بسبيل من أن يقضى دين نفسه بمال غيره باذنه ثم اذا أذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان
 مقيدا فان كان مطلقا فالمستعير ان يرهنه بالقليل والكثير وبأى جنس شاء وفي أى مكان كان ومن أى انسان
 أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وان كان مقيدا بان سمي قدرا أو جنسا أو مكانا أو انسانا يتقيد به حتى لو
 أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجوز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم
 يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالاكثر ولا بالاقبل أيضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا 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 لان
 قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أسير من بعض فكان التقيد بالجنس مفيدا وكذلك اذا أذن له أن يرهنه بالكوفة
 لم يجوز له أن يرهنه بالبصرة لان التقيد بمكان دون مكان مفيد فالتقيد بالمكان المذكور وكذلك اذا أذن له أن يرهنه من
 انسان بعينه لم يجوز له أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيدا فان خالف في شيء مما
 ذكرناه فوضا من لقيته اذا هلك لأنه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن
 لان الرهن لم يصب بحق المرهون في يده بمنزلة المعصوب فكان له أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون
 لا قبل الرهن ولا بعد الا فتكالك فان فعل ضمن لأنه لم يأذن له الا 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 الى الوفاق فيبرأ عن الضمان
 كالمودع اذا عاد الى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها خالف ثم عاد الى الوفاق انه
 لا يبرأ عن الضمان لان المستعير للانتفاع ليست يده يد المالك بل يده نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم تكن بالعود الى
 الوفاق راد للمالك الى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (فأما) المستعير للرهن في يده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد الى الوفاق
 فقد رد المال الى يد المالك فيبرأ عن الضمان واذ 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 اذا هلك في يده بعد
 ما افتكته من يد المرتهن لأنه بالافتكالك من يد المرتهن عادارية فكان الهلاك في قبض العارية ولو وكل الراهن يعنى
 المستعير قبض الرهن من المرتهن أحد قبضه فهلك في يد القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده

والمالك رضى بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضياً بيده وان هلك في يد المرتهن وقدرهن على الوجه الذي 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 ويتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده ودیعة لانسان فقضى دين نفسه بمال الودیعة باذن صاحبها فاقضى يكون مضموناً عليه ومالم يقبض يكون امانة في يده فان عجز الراهن عن الافتكاك 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 بألفين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بألفين وعلى ما ذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين 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 يفكك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطراً في قضاء الكل فكان ما ذونافيه من قبل الراهن دلالة كانه وكله بقضاء دينه فقضاء المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمنع من قبض الدين من المعير ويحبر على القبض ويسلم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخلص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون المرتهن ولاية الا امتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقدهلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما فتكته فالتقول 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 والا صل فيه ان كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وما هيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركناً كالتبطل حتى ان من حلف لا يرهن فلا ناشياً فرهته ولم يقبضه بحث عندنا وعندنا لا يحنث 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 القبض مقر وناذ كر 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 لصيانته بخبره تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقدا 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 تعاقدا على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل رضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر ووضعاه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء وكذا اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعاه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الاجنبي سواء ولو رهن رهناً وسلط عدلاً على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة

التوكيل لا تقف صحته على القبض فصح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل
والوكالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا في الامسك وعدلا في البيع جاز لان كل واحد منهما امر متصود فيصح
اقراره 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 وذال يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم نقول الاذن نوعان نص وما يجري
مجري النص دلالة فالاول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو قبض وما يجري هذا المجري فيجوز قبضه
سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة ان لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن
يقبض المرتهن 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 كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل
أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان انه وجد الاذن ههنا دلالة
الاقدم على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة التصدي الى ايجاب حكمه ولا يثبت لحكمه الا بالقبض ولا صحة للقبض بدون
الاذن فكان الاقدم على ايجاب 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 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 والشيوخ لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن في النصف
الشائع بتخيلية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه
وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أو لا يحتملها لان الشيوخ يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعا بخلاف الهبة فان
الشيوخ فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا في كتاب الهبة وانه
يخص المتسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ما ذكرنا ان شاء الله تعالى وسواء كان مقارنا للعقد أو طرأ عليه
في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشيوخ الطارئة على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته اذا
رهن شيئا وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء حتمما أو متفرقا ببيع نصفه شائعا أو استحق بعض الرهن
شائعا (وجه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا فرق
الشرع بين الطارئة والمقارن في كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والابق الطارئة ونحو ذلك فكون الحيابة شرطا
في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوخ مانعا
عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطارئة فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا
عبد ادين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كل رهنا بكل الدين حتى ان المرتهن أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين واذا
قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد باعليه من الدين لا نصفه
وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن
فانه يجوز رهن مال الغير باذنه لما بينا واقدمهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد

رهنا بكل الدين ولا استحالة في ذلك لان الرهن حبس وليس يتمتع 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 كلهم رهون بكل الدين
 فابقى شئ من الدين بقى استحقات الحبس وكذلك اذا رهن رجل رجلا من رهنين لهما عليه وهما شرى كان فيه أولا شركة
 بينهما جاز واذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيئا من الرهن لانه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما
 وكل العبد يصلح رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غير لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على
 أصل أي حنيفة عليه الرحمة انها غير جائزة لان الهبة عمليك وعمليك شئ واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال
 محال والعاقلة لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة في كون الشئ الواحد محبوسا بكل واحد من
 الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير انه وان كان محبوسا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونا لا بمحضته حتى
 لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما بقدره لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا
 الدين من مائة الرهن وانه لا يبقى لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل
 واحد منهما بقدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بان اشترى رجلان من رجل شيئا فأدى أحدهما حصته من الثمن لم
 يكن له أن يقبض شيئا من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفى ما على الآخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن
 فابقى جزء من الثمن بقى استحقات حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز
 لان عدم الشيوخ وعلى هذا الاصل يخرج زيادة الدين على الرهن انها لا يجوز عند أي حنيفة ومحمد رحمهما الله وحيلة
 الكلام في الزيادات انها أنواع أربعة زيادة الرهن وهي مائة كالولد والبن والتمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن
 أو في حكم المتولد منه بان كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو في حكم الجزء كالارث والعقرو زيادة الرهن على أصل الرهن
 كما اذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبد أو غير ذلك رهنا بذلك الدين وزيادة الرهن على تمام الرهن كما اذا رهن بالدين
 جارية فولدت ولد أو ماتت الجارية ثم زاد رهنا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما اذا رهن عبدا بألف ثم ان الراهن
 استقرض من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بالاول والزيادة جميعا (اما) زيادة الرهن فرهونة عندنا على
 معنى انه يثبت حكم الاصل فيها وهو استحقات الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعي رحمه الله ليست برهونة
 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 والمثلن وقد مرّت المسئلة في كتاب البيوع (واما) زيادة الرهن
 على تمام الرهن بعد هلاك الاصل فهي موقوفان 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 (واما) زيادة الدين على الرهن فهي على
 الاختلاف الذي ذكرناه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف جائزة (وجه) قوله ان الدين في باب الرهن
 كالثمن في باب البيع بدليل انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة في الثمن
 والمثلن جميعا فكذلك هنا يجوز الزيادة في الرهن والدين جميعا والجامع بين البابين ان الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد
 كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عينا ابتداء وذا جائز كذا هذا (وجه) قوله ان
 هذه الزيادة لو سحقت لا وجبت الشيوخ في الرهن وانه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك انها لو سحقت لصار بعض العبد
 بمقتلها فلا يخلو (اما) أن يصير ذلك البعض بمقتلها الزيادة مع بقائه مشغولا بالاول (واما) أن يرفع عن الاول ويصير
 مشغولا بالزيادة لا سبيل الى الاول لان المشغول بشئ 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 بمحضه بخلاف
 زيادة الرهن على أصل الرهن لان الزيادة هناك لا تؤدي الى شيوخ الرهن بل الى شيوخ الدين لان قبل الزيادة
 كان العبد بمقتل كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقتل بعض الدين والعبد والزيادة بمقتل البعض الآخر فيجمع

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 الزياتين ولو رهن مشاعا قسم وسلم جاز لان
 العقد في الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فاذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون
 المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الرهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها
 من المتاع أو رهن جوادون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمه مع ما فيه لم يجوز لان معنى القبض هو التخلية 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 فينقد كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيها دون الدار وخلى بينه وبين الدار جاز
 بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض
 المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز
 الرهن فيهما جميعا لأنه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم
 الآخر فان جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا
 بالدار (وأما) في الدار فلان المانع وهو الشغل قد زال وان فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يجوز
 الرهن في الدار وجاز في المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فان هناك راعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم يجوز الهبة
 في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (أما) في المتاع فلانه 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 الرهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا والرهن والمرتهن في جوف الدار فقال الرهن
 سامتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم وهو التخلية لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد
 من تسليم جديد بعد الخروج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها ثم يسلمها الى
 المرتهن 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 ورهن المتاع الذي في الدار بدون الدار ولو رهن سر جاعلي دابة
 أو لحام في رأسها أو رسنا 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 والرسن ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنا بدون الدابة كما لا يصح رهن
 الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس تبع للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سر جاعلي دخل ذلك في
 الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها أو هيممة 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 كالبيع 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 متميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده
 غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبهه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون البناء
 أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر انه لا يجوز
 سواء سلم المرهون بتخلية الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جاز الثمر
 وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم
 متفرقا جاز وان فرق الصفقة 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 أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع في الفصلين مختلف

فالمانع من حجة القبض في هذا الفصل هو الاتصال وأنه لا يختلف والمانع من حجة القبض في الفصل الأول هو الشغل وأنه يختلف مثال هذا اذ ارهن نصف داره مشاعاً 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 صوفاً على ظهر غنم بدون الغنم انه لا يجوز لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع حجة القبض ولو جزه وسامه جازلان المانع قد زال وعلى هذا أيضاً اذ ارهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغه جازلاً قلنا بخلاف ما اذ ارهن ما في بطن جارية أو ما في بطن غنم أو ما في ضرعها أو رهن سمنافى لبن أو دهنافى سمس أو زيتافى زيتون أو دقيفاً في حنطة انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك قبض لان العقد هناك لم ينقد أصلاً لعدم الحمل لكونه مضافاً الى المعدوم ولهذا لم ينقد البيع المضاف اليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منقذ موقوف فإذ على حجة التسليم بالفصل والتميز فإذا وجد فقد زال المانع ولو رهن الشجر بمراضعه من الارض جازلان قبضه ممكن ولو رهن شجر أوفيه 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 حجة له بدون القبض ولا حجة 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 أو هذه الارض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيئاً دخل فيه كل ما كان متصلاً به من البناء والغرس لان ذلك يدخل في البيع مع ان القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل في الرهن أولى الا انه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل في البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع انه لا يدخل في رهن الدار ويدخل الثمر في رهن الشجر لان الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد حجة الرهن ينظر الى الباقي ان كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء لا يفسد الرهن فيه وان كان مما لا يجوز رهنه ابتداء ففسد الرهن في الكل لانه لما استحق بعضه تبين ان العقد لم يصح في القدر المستحق وانه لم يقع الاعلى الباقي فكان رهن هذا القدر ابتداء فينظر فيه ان كان محلاً لابتداء الرهن يبقى الرهن فيه ولا يفسد في الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداء الا انه اذا بقي الرهن فيه يبقى بحصته حتى لو هلك الباقي يهلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين واذا رهن الباقي ابتداء وفيه وفاء بالدين يهلك بجميع الدين وان شئت ان تحمل الحيازة شرطاً مفرداً وخرجت المشاع على هذا الاصل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان نحر بحه عليه مستقيماً فافهم ومنها أهلية القبض وهي العقل لانه ثبت به أهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلان ثبت به أهلية الشرط أولى وأما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وانه يحصل بتخليه 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 حجة الرهن قال الله تبارك وتعالى فمرهان مقبوضة ومطلق القبض ينصرف الى القبض الحقيقي ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلي قبض حكماً لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض في العرف والشرع أما العرف فان القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار يقال هذه الارض أو هذه القرية أو هذه الولاية في يد فلان فلا يفهم منه الا التخلي وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فان التخلي في باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشرعية فيكتفى به وأما بيان أنواع القبض فتقول والله 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 العادل يقوم مقام قبض

المرتهن حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن لان نفس القبض مما يحتمل النيباء ولان قبض الرهن قبض
استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيباء 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 تباينا
أحدهما عن الآخر واذا اختلفا نأب الأعلی عن الأدنى وقد ينافقه 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 ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وبنيت عليه
المشاع (ولنا) في اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فرها ن مقبوضة أخبر الله سبحانه وتعالى ان المرهون
مقبوض فيقتضى كونه مقبوضا مادام مرهونا لان اخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف والشيوع يمنع دوام القبض
فيمنع صحة الرهن والثاني ان الله تبارك وتعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا في متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في
اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى حبيسة بكسبها فيقتضى ان يكون محبوسا مادام مرهونا
والشيوع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو في الا يحتملها لان الشيوع يمنع اقامة
القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيوع مقارنا أو طارئا في ظاهر الرواية لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان
الرهن من أجنبي أو من شريكه لانه لو جاز لا مسكه الشريك يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فتختلف جهة القبض
والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ويصير كانه رهنه يوما ويوما لا يجوز وعلى هذا أيضا
يجوز 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 يعمه 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 عنده لا كه أو بمعنى
استيفاء الواجب ولست انعني بالمضمون سوى ان يكون واجب التسليم على الراهن والمضمون نوعان دين وعين أما
الدين فيجوز الرهن به باى سبب وجب من الاتلاف والغصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف
أسباب وجوبها فكان الرهن به رهنا بمضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله
كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه
قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق
الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يكون القول
بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه
الديون كاللا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرهن ان شاء
الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعي المجانسة قلنا المجانسة تامة من وجه لان الاستيفاء
يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالىة جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من
حيث الصورة ويكتفى بمطلق المالىة للحاجة والضرورة كما في اتلاف ما لا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب
الرهن لحاجة الناس الى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فمكن القول بالاستيفاء واذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك
الرهن في المجلس ثم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان لم يملك حتى افتراق بطلا
لقوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس وأما العين فنقول لا خلاف في انه لا يجوز الرهن بالعين التي هي
أمانة في يد الراهن كالوديعة 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 وقيمتها لم يكن له مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح عن دم العمدة في يد العاقلة ولا خلاف في أنه يجوز الرهن به وللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يسترد العين فإن هلك المرهون في يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للرهن سلم العين إلى المرتهن وخدمته الأقل من قيمة الرهن ومن الدين لأن المرهون عندنا مضمون بذلك فاذا وصل إليه العين يجب عليه رد قدر المضمون إلى الراهن فإن هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بهارهننا بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالأقل من قيمته وقيمة العين لأن قيمة العين بدلها وبدل الشيء قائم مقامه كأنه هو وأما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالمبيع في يد البائع ليس هو مضموناً بنفسه إلا ترى أنه لو هلك في يده لا يضمن شيئاً بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يستقط الثمن المشتري إذا هلك فهل يجوز الرهن به ذلك في كتاب الصرف أنه يجوز وله أن يحبس حتى يقبض المبيع وإن هلك في يده قبل القبض يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع مهلاً كما وله أن يقبض المبيع إذا أوفى ثمنه وعليه أيضاً ضمان الأقل يهلك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لأن هلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري أن يرد الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الردها يضمنه وهو الأقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لأنه وإن هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بعوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح الرهن وبه أخذ الكرخي وجهه رواية الحسن أن قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يصح معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لأن المشتري لا يصير مستوفياً شيئاً يهلك الرهن إنما يسقط عنه الثمن لا غير (وجه) ظاهر الآية أن الاستيفاء هنا يحصل من حيث المعنى لأن المبيع قبل القبض ان لم يكن مضموناً بالقيمة فهو مضمون بالثمن ألا ترى أنه لو هلك يستقط 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 أو اشترى شيئاً بدراهم بعينها فاعطى بهارهننا لم يحز عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر يجوز بناء على أن الدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات وإن عينت فكان الواجب على الراهن مثلها لا عينها فلم يكن المعين مضموناً فلم يحز الرهن به وعند بيتين بالتعيين بمنزلة العوض فكان المعين مضموناً فخاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ألا ترى أنه لو هلك لا يجب على الراهن شيء ولا يسقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لأن الشفعة ليست بمضمونة على المشتري بدليل أنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يحز ولا يجوز الرهن بالعبدا الحاني والعبدا المديون لأنه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فلم يكن مضموناً أصلاً فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة النأحة والمغنية بان استأجر مغنية أو نأحة وأعطاهما بالاجرة رهناً لأن الاجرة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يحز ولو دفع إلى رجل رهناً ليقرضه فهلك الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضموناً بالأقل من قيمته ومما سمي من القرض وإن حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه في حكم المضمون لأنه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقته في الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (وأما) صفة المضمون فنوعان (أحدهما) متفق عليه (والثاني) مختلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضموناً في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضموناً في الثاني كالرهن بالدرك بان باع شيئاً وقبض الثمن وسلم المبيع إلى 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 فإن الكفالة بما يصير مضموناً

الثاني جائزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه الحال ولا شئ للحال يستوفى
واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الابقاء والاستيفاء أشبه
البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالبيع ولان القياس بأبي جوازهما جميعاً لان كل واحد منهما يستدعي
مضمونا الا أن الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما اذا
دفع الى انسان رهنا ليقرضه ان الرهن يكون مضمونا وان كان ذلك رهنا بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم
المضمون وان لم يكن مضمونا حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شئ بمنزلة المقبوض على
حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لا خر ضمنت لك مالك على فلان اذا حل بجوز أخذ الكفيل
والرهن به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجوز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان في
المسئلة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف الى مضمون في الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول
الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل في تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هناك
للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بتقدم فلان
فكان عدم ما قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وسخت الكفالة لانها لا تستدعي
مضمونا في الحال بل في الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضمونا ظاهراً أو باطناً أو كونه مضمونا من
حيث الظاهر يكفي لجواز الرهن ذكر محمد في الجامع ما يدل على ان كونه مضمونا في الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضمونا
حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل القأ وهي قرض عليه فجدد المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسمائة
وأعطاه بهارها يساوي خمسمائة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وان 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 الأثرى أنهم اختلفوا
الى القاضي قبل أن يتصادقا ان القاضي يجبر المدعى عليه على ابقاء الخمسمائة فكان هذا رهنا بما هو مضمون ظاهر افيصح
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 عتبه 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 هلك مضمونا لان الالف كانت مضمونة
على الراهن ظاهر أفتقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة
بعشرة دراهم أو اشترى دنانير خل وأعطاه بالثمان رهنا فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة واخذ من الرهن مضمون
لما قلنا وكذا لو قتل عبدا انسان خطأ وأعطاه بقيمته رهنا ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضمونا بالقل 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 الوديعة أو المضاربة
وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا على مال واخذ رب المال بالمال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم
تصادقا على ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء
على اختلافهما في صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهنا بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبي يوسف
لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فان لم
يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها 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 بنفسه فإنه لا يجوز لأن المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن
 ﴿فصل﴾ وأما حكم الرهن فتقول وبالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد (أما) الأول فله أحكام بعضها يتعلق
 بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه (أما) الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الأول ملك حبس
 المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفكك أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام إلى وقت الفكك وكون
 المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل الزوم إلى وقت الفكك والعبارة متفقة المعاني في متعارف الفقهاء (والثاني)
 اختصاص المرتهن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذا الحكم أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم
 المرهون عند الافتكك وقال الشافعي رحمه الله الحكم الأصلي للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون
 وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء (فأما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى أن المرهون أن كان شياً يمكن
 الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده إليه وإن كان
 شيئاً لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احتج بما روى عن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنته له
 غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام أن الرهن لا يغلق أي لا يحبس وعندكم بحبس فكان حجة عليكم وكذا
 أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن إلى الراهن بلام التملك وسماه صاحباً له على إطلاق فيقتضى أن يكون هو
 المالك للرهن مطلقاً ربة وانتفاعاً وحبساً ولأن الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد
 معنى الوثيقة لأنه يكون في يده دائماً وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توثيقاً للدين لا توثيقاً له ولأن فيما قلتم تعطيل العين
 المنتفع بها في نفسها من الانتفاع لأن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلاً والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان
 تعطيلاً والتعطيل تسييب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا)
 قوله تعالى وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضاً أخبر الله تعالى بكون الرهن مقبوضاً وأخباره سبحانه
 وتعالى لا يحتمل الخلل فاقضى أن يكون المرهون مقبوضاً مادام مرهوناً ولأن الرهن في اللغة عبارة عن الحبس قال الله
 عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أي حبس فيقتضى أن يكون المرهون محبوساً مادام مرهوناً ولو لم يثبت ملك
 الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهوناً ولأن الله تعالى لما سمى العين التي ورد العقد عليها رهناً
 وأنه ينبي عن الحبس لغة كان مادله عليه اللفظ لغة حكماً لشرعاً لأن الأسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ
 الطلاق والعراق والحوالة والكفالة ونحوها ولأن الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق
 للدين كالكفالة وإنما يحصل التوثيق إذا كان يملك حبسه على الدوام لأنه يمنع عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء
 الدين في أسرع الأوقات وكذا يقع الأمن عن نوء حتمه بالبحود والانكار على ما عرف ولا حجة له في الحديث
 لأن معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أي لا يملك بالدين كذا قاله أهل اللغة غلق الرهن أي ملك بالدين
 وهذا كان حكماً جاهلياً فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذي رهنته تفسير
 لقوله لا يغلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أي زوائده وعليه غرمه أي نفقته وكنفته وقوله إن ما شرع
 له الرهن لا يحصل بما قلتم لأنه يتولى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطرفين لا يتولى بل يصير مستوفياً والاستيفاء
 ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فالهالك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون وإذا هلك فالهالك ليس
 يضاف إلى حكم الرهن لأن حكمه ملك الحبس لأنفس الحبس وقوله فيه تسييب ممنوع فإن بعقد الرهن مع التسليم يصير
 الراهن موفياً دينه في حق الحبس والمرتهن يصير مستوفياً في حق الحبس والايفاء والاستيفاء من منافع الرهن وإذا
 عرف حكم الرهن في حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الأول وهو ملك الحبس فالمسائل
 المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفية أمال الذي يتعلق بنفس الحكم فتقول وبالله التوفيق

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداً ما وركو بوليساً وسكنى وغير ذلك لأن حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير إذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان أجاز جاز لان عدم النفاذ لمكان حقه فاذا رضى بطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهناً سواء شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهناً أولاً في جواب ظاهر الرهن وروى عن أبي يوسف أنه لا يكون رهناً إلا بالشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالمبيع لأنه 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 بالمبيع لانه زال الى خلف والزائل الى خلف قائم معنى في مقام 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 إذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على اجازة المرتهن ان رده بطل وله أن يعيده رهناً وان أجاز جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤجره من أجنبي بغير إذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجازة ولان الاجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان أجاز جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجازة اذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهوناً (فاما) الثمن في باب البيع فيبدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدلها مرهوناً وكذلك لو أجره من المرتهن تحت 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 انقضاءها بملك 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 أجنبي بغير إذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعاره ورسم فللمرتهن أن يبطل الاعارة ويعيده رهناً وان أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا اذا أعاره باذن المرتهن بخلاف ما اذا أجره فجاز المرتهن أو أجره باذنه أنه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم لا ترى ان أحد العاقدين لا يتفرّد بالتسخير من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد في أي وقت شاء فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حتى لو كان الرهن عبد 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 لاملك الانتفاع فان انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لانه صار غاصباً وليس له أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن لان الثابت له ليس الاملاك الحبس فاملك العين فللراهن والبيع تملك العين فلا يملك المرتهن من غير إذن الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان اجازته 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 ابتداءً 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 لان كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فان ضمن المرتهن جاز البيع والتمن
 للمرتهن وكان الضمان رهنا لانه ملكه بالضمان فتبين انه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له 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 فاما اذا باعه ثم سلمه فانه لا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لانه سبب وجوب الضمان وملك
 المضمون ملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما اذا باع مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه انه 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 ورجع المشتري على البائع بالثمن لان البيع لم يصح وليس
 له ان يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير اذن الراهن لان الهبة والتصدق تملك العين والثابت
 للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فان فعل وقفت 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 فالرهن بالخيار ان شاء ضمن
 المرتهن وان شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لاذكرنا واهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه اما المرتهن
 فلا شك فيه لانه ملك المرهون بالضمان فتبين انه 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 وقفت على اجازة الراهن فان اجاز جاز وبطل الرهن لاذكرنا فيما تقدم وكانت الاجرة 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 فالرهن 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 الاجرة له لانها بدل منفعة مملوكة له الا انها لا تطيب له وان ضمن المستأجر
 فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة
 ولا اجرة عليه لان الاجرة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عا درهنا كما كان لانه لما استرده فقد عاد
 الى الوفاق بعد ما خالف فاشبه المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق والاجر للمرتهن لكن لا يطيب له
 كالتغاصب اذا أجر المغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير اذنه لاذكرنا في الاجارة فان أعاره
 وسلمه الى المستعير فالرهن أن يبطل الاعارة فان هلك في يد المستعير فالرهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء
 ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فلانه
 ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه (وأما) المستعير فلان الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الاجارة (وأما) كون
 الضمان رهنا فلانه بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لانه عاد الى الوفاق
 فالتحق 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 فالرهن الاول أن يبطل الرهن الثاني ويبيده الى يد المرتهن الاول لان الرهن الثاني لم يصح فلو هلك في يد المرتهن
 الثاني قبل الاعادة الى الاول فالرهن 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 يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الاول بما ضمن 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 فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول فاذا أجاز الثاني بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعارة 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 ويذ الاجنبي 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 وخدامه وأجيره الذي يتصرف في ماله لان يدهؤ لاء كسده الا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده والاصل في هذا أن للمرتهن ان يفعل في الرهن ما يبعد حفظه وليس له أن يفعل ما يبعد استعماله وانتفاءه وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله في خصره فهلك ضمن كل قيمته لان التختم بالخصم مما يتجمل به عادة فكان استعماله وهو مأذون في الحفظ لافي الاستعمال ويستوى فيه العيني واليسرى لان الناس يختلفون في التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم في العيني ومنهم من يتجمل به في اليسرى فكان كل ذلك استعمالا ولوجعله في بقية الاصابع فهلك هلاك الرهن لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا لاستعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه الى العرف والعادة فان كان اللبس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولو رهنه سيقين فتقدهما يضمن ولو كانت السيوف ثلاثة فتقدهما يضمن لان التقدي سيقين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال (فأما) بالثلاثة فليس معتادا فكان حفظا لاستعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا يضمن وان جعله على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثاني حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضى لان يبيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضى له لان له ولاية في مال غيره في الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر الحاكم كان ثمنه رهنا في يده لانه بدل المرهون فيكون رهنا وله أن يطالب الراهن بإفء الدين مع قيام عقد الرهن اذ لم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإفء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحتة فقال الراهن به واستوف حقه فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حقه 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 بحقتك الى وقت كذا والاقبولك بدينك أو ببيع حقتك لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضى أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أي حنيفة عليه الرحمة وعندهما له أن يبيعه عليه وهي مسألة الحجر على الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام في العدل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان مال للعدل أن يفعله في الرهن وما ليس له أن يفعله فيه والثاني في بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح والثالث في بيان ما ينزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينزل (أما) الاول فنقول والله التوفيق للعدل أن يمسك الرهن بيده ويبد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه الى المرتهن بغير اذن الراهن ولا الى الراهن بغير اذن المرتهن قبل سقوط الدين لان كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه في يد العدل ولو دفعه الى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده الى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع

بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالأجارة والاعارة والرهن وغير ذلك لان الثابت له بالوضع في يده هو حق الامساك
 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 رهونة تبعاً للاصل وكذا له أن يبيع ما هو قائم
 مقام الرهن نحو ان كان الرهن عبداً اقتله عبد أو فقاً عينه لانه اذا قام مقامه جعل كان الاول قائماً 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 والنسيئة عند أبي حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الاجل لان الامر بالبيع مطلق واذا باع
 كان الثمن رهناً عنه الى أن يحل الاجل لان ثمن المرهون مرهون فاذا حل الاجل أو في دين المرتهن ان كان من
 جنسه وان سلط على البيع عند المحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند
 المحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهي
 مسألة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع باى ثمن كان عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا
 يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير الا أنهم ما جوزا ما 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 منه لان التقييد المتراخي ابطال من حيث الظاهر كالتخصيص
 المتراخي عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخا لا يباو اذا كان ابطالا لا يملكه الراهن كالا يملك
 ابطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعدل 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 وبهاك 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 فتعتبر قيمة الرهن ثم ان باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وان باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين
 وقضى الدين منه لانه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن
 ثم استحق في بد المشتري فله المشتري أن يرجع بالثمن على العدل لان العاقد هو وحقه في 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 رجع بما ضمن
 على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن
 قبض الثمن من المرتهن لم يصح فله أن يسترد منه 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 وانما ترجع الى العاقد والعاقد هو العدل
 فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي أعطاه والعدل بالخيار ان كان رده عليه بقضاء القاضى ان شاء رجع على المرتهن ان كان
 سلم الثمن اليه وان شاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلانه اذا رده عليه بعيب بقضاء القاضى فقد انسخ البيع فكان
 له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المرود 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 فيما وكل به على موكله في الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله عليه الا أن 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 فبقى حق الرجوع بالعهد على الموكل
على حكم الاصل وللعقد أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لانها موهنة تبعاً للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو
حق الحبس تبعاً لانه أن يبيعها كماله أن يبيع الاصل وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن بأن قتل الرهن أو فقأ عينه
فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثاني قائم مقام الاول لحماؤد ما فصار كان الاول قائم وللعدل أن يتمتع من البيع واذا امتنع
لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان في الرهن لم يكن له أن يتمتع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان
التسليط اذا لم يكن مشروطا في الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلا محضاً بالبيع فأشبهه 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
عدلا في الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا في رهن عبده المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على
يد مولاة لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلا في رهن مولاة حتى لو رهن انسان شيئا على
أن يضع في يده عبده المأذون يصح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيفا في استيفاء الدين
والمولى لا يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل
لنفسه من وجه لافيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من مولاة
لذلك افترقا وعن أبي يوسف ان المولى يصلح عدلا في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا في رهن مولاة لان
المكاتب حر يد فكان كل واحد منهما اجنبيا عما في يده الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلا في رهن الكفيل
وكذا الكفيل لا يصلح عدلا في رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيفا في استيفاء الدين من
صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبثغر يغمته عن الدين (وأما) الكفيل فبتخليص نفسه عن
الكفالة بالدين وأحد شرى بكى المفاوضة لا يصلح عدلا 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 بكى العنان في التجارة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جائز في
الشرى يمكن جميعا لان كل واحد منهما اجنبي عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج
الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال حتى لو رهن
المضارب شيئا من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على
يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد الرب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن
من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلا في رهنه بدين ما اشترى للصغير بأن اشترى الاب للصغير شيئا
ورهن بدين ما اشترى له على أن يضعه على يده نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما شرط على أن يضعه في يده نفسه
فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا في الرهن فان
كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط في عقد الرهن على أن يكون الرهن في يده فسد العقد لان قبض
المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه في يده شرطا فاسدا
فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

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 كما لا 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 فالمرتهن أن يعزله وينعزل بموت الرهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكيل
مبتدأ فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة
وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن التسليط الطارىء 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 نقديا لا يجوز الابدليل 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 ماتت بطلت
الوكالة لكن لا يبطل العقد ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع في يد الاول في الابتداء
بتراضيهما فكذا في يد الثاني في الانتهاء فان اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلا ووضع الرهن على يده قطعا 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 فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه وشرايه وكسوته على الرهن وكفنه
عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعي عليه وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله
وجداه 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 والخراج على الرهن لانه مؤنة المالك (وأما) العشر في الخارج
ياخذها الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شائعا انه يبطل الرهن في الباقي (ووجه)
الفرق ان الفساد في الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن في القدر المستحق
لم يصح والباقي شائع والشيوع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه 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 نساء فأراد الرهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه في نساء الرهن ليس له ذلك لان زوائد
المرهون مرهونة عندنا تبعاً للاصل فلا يملك الاتفاق منها كما يملك الاتفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى
لو شرط الرهن للمرتهن أجر اعلى حفظه فحفظه لا يستحق شيئا من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق
الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجرا اعلى حفظه فحفظه له الاجر لان حفظ
الوديعه ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لانها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة
المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبي يوسف ان كراء المأوى على الرهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الأبق 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 مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فانقسم 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 فانه لانه لكون المرهون مضمونا

والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والقضاء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الآبق ينقسم على المضمون والامانة وكذلك مداواة الجروح والقرح والامراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير 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 بحفظ أموال الناس وصيانتها 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 رحمه الله أن الراهن ان كان غائباً فأتفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه وان كان حاضر أم يرجع عليه وقال أبو يوسف ومحمد يرجع في الحالين جميعاً بناء على أن القاضي لا يلي على الحاضر عنده وعندهما يلي عليه وهي مسألة الخرج على الخمر وستأتي في كتاب الخمر وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انهما رهونة 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 والتمر واللبن والصوف أو في حكم المتولد من الاصل كالارث والعتر ولا خلاف في أن الزيادة الاولى انها ليست برهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمه الله انها رهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست برهونة 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 الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جنابة الام هو وجوب الدفع الى المجني عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست برهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت مرهونة لكانت مضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم أصلي للرهن أيضاً وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعاً للام الا انها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل فكانت مرهونة تبعاً لأصلها كولد المبيع انه مبيع على أصل أصحابنا رضي الله عنهم لكن تبعاً لأصلها فلا يكون له حصصه من الثمن الا اذا صار مقصوداً بالقبض فكذا المرهون تبعاً لا يكون له حصصه من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالفكك واذا كانت الزيادة مرهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وينقسم الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقائها الى وقت الفكك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكك 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 وأيهما ملك يملك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزيادة يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الاول ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لانه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لأن ذلك دين لا رهن به والثاني ان المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقى قسلاً الباقي أو أكثر لان الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فابقى شيء من الدين بقى محبوساً به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوساً بجميع الثمن فابقى شيء من الثمن بقى محبوساً به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة 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 الأصل 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 الأصل قول أبي يوسف وما ذكر في الزيادات قول محمد وذكر الجصاص أن في المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيادات أنه لاسمى لكل واحد منهما ديناً متفرقاً وأوجب ذلك تفريق الصفة فصار كأنه رهن كل واحدة منهما بعقد على حدة (وجه) رواية الأصل أن الصفة واحدة حقيقة لأنها أضيفت إلى الكل إضافة واحدة إلا أنه تفرقت التسمية وتفرق التسمية لا يوجب تفريق الصفة كما في البيع إذا اشتملت الصفة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها إلى أن يستوفي جميع الثمن وإن سمي لكل واحد منهما ثمناً على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثاني وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فتقول والله التوفيق إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن ثم إن كان الدين حالاً والثمن من جنسه فقد استوفاه إن كان في الثمن وفاء بالدين وإن كان فيه فضل رده على الراهن وإن كان نقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وإن كان الدين مؤجلاً حبس الثمن إلى وقت حلول الأجل لأنه بدل المرهون فيكون مرهوناً إذا حل الأجل فإن كان الثمن من جنس الدين صار مستوفياً دينه وإن كان من خلاف جنسه يحبس إلى أن يستوفي دينه كله وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء ما ذكرنا فإن فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالخصص لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وإن نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالخصص لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه أسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لأن 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 لأن الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه بطل الوثيقة ولأنه لو سلم الرهن أولاً في الجائز ان يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن إلا أن المرتهن إذا طلب الدين يؤمر بحضور الرهن أولاً ويقال له أحضر الرهن إذا كان قادراً على الاحضار من غير ضرر زائد ثم يحاطب الراهن بقضاء الدين لأنه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز أن الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفياً دينه من الرهن فيؤدى إلى الاستيفاء مرتين وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولاً إذا كان ديناً ثم يؤمر بالبائع بتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع إلا أن البائع إذا طلبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع لجواز أن المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائماً في يد المرتهن أو كان في يده ببدله بعد أن كان البدل من خلاف جنس الدين نحو ما إذا 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 أن لا يدفع حتى يحضره المرتهن لأن البدل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائماً كان له أن يمنع ما لم يحضره المرتهن فكذلك إذا قام البدل مقامه ولو كان الرهن على يدي عدل وجعل للعدل أن يضعه عند من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه بحجر الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن بحضور الرهن لأن قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق إلا أنه رخص له التأخير إلى غاية احضار الدين عند القدرة على الاحضار وهنا لا قدرة للمرتهن على احضاره لأن للعدل أن 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 واذا سقط التكليف
 بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك اذا وضعا الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا
 يدعى أين هو لا يكلف المرتهن باحضار الرهن ويحجر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن فى يد المرتهن
 فاللتيقا فى بد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مما له حمل ومؤنة يحجر الراهن على قضاء الدين ولا
 يحجر 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 وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال
 المرتهن لم يهلك فالتقول قول المرتهن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل فى الثابت بقاؤه فالمرتهن يستصحب حالة
 القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهده ولان الراهن بدعى
 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 يصنع 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 أو فى الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان
 الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يحجر على قضاء الدين وفى الاستحسان لا يحجر مالم 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 غير مصره الذى وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشتري حتى يحضر المبيع لا يحجر 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 معاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين
 فى هذا الحكم

فصل ١٠ وأما الذى يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو امانا يهلك بنفسه واما أن 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 وكيفيةه 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 رهنته
 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 حقه لا على الراهن وهذا
 خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين يهلك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع
 تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة
 والسلام انه قال الرهن بما فيه وفى رواية الرهان بما فيها وهذا نص فى الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا
 رهن بدين عند رجل فرس باحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتهن بحقه فاخصم الى رسول الله صلى الله عليه
 وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقتك ولان المرتهن جعل مستوفيا للدين عنده هلاك الرهن فلا يملك
 الاستيفاء تانيا كما اذا استوفى بالفكالك وتقرى معنى الاستيفاء فى الرهن ذكرناه فى مسائل الخلاف وأما الحديث

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

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

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام وبلا قاله لم يسقط الضمان أصلا لأن بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما إذا أبرأه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بعير شئ لأن الضمان هناك سقط أصلا ورأساً فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبداً أو ثياباً ثم تقاضاهم تقاسخا كان للمشتري أن يجبس المبيع حتى يستوفي الثمن لأن المشتري بعد التقاسخ 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 يجبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم ومنها أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فإن لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وإن بقي عقد الرهن لأن المرهون إنما صار مضمونا بالقبض فإذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شئ من الدين لأن قبض الغاصب يبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده إلى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وإن هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لأن المرهون قبل أن يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لأن عدم ما ينتقسه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد تنقسه لوجود قبض العارية وقبض العارية ينافي قبض الرهن لأنه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فإذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم إذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض العارية فعد قبض الرهن وكذلك إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو ملك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لأن قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينفي قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالمرهون وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو أعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه إلى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كروايد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولد أقالو لدرهن لأن الأصل مرورون لقيام عقد الرهن حتى لو ملكت الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لأن الضمان وإن فوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر وإذا بقي العقد في الأم صار الولد مرهوناً تبعاً للام فكان له أن يجبس به بجميع المال وكذا لو ولدت هذه الابنة ولداً فانهما رهن بجميع المال وإن مات لم يستطشئ من الدين لأن الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الأم لو كانت قائمة فهلك الولد لا يستطشئ من الدين فكذا إذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحداً منهما حتى يؤدي المال كله لانهما دخلا جميعاً في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولو مات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يردده إلى المرتهن المرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وإن بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وإن لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به فمات الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفاً فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته إلى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهم لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعي عوده إلى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا إذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فأما إذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تحرق وقال المرتهن لبسته فتحرق فالقول قول الراهن لانهم اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن يدعوا اللبس يدعي الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وإن أقام الراهن البيينة أنه تحرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البيينة أنه تحرق بعد خروجه من الضمان فالبيينة بيينة الراهن لأن بيئته مثبتة لانها تثبت الاستيفاء وبيئته تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصوداً فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد والتمر واللبن والصوف والعقر ونحوها مضموناً إلا الأرض خاصة حتى

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 مقصودا بل تبع الاصل كولد المبيع على أصل أحبابنا انه مبيع تبع لا مقصودا والمرهون تبع
 لا حصه له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكك كما أن المبيع تبع لا حصه له من الثمن الا اذا صار مقصودا 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 مقصودا لتبع لان الزيادة اذا سحت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والمز يد عليه على ما ذكر
 في موضعه ان شاء الله تعالى ولو هلك الاصل بقيت الزيادة يقسم الدين على الاصل والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر
 قيمة الاصل وقت القبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الايجاب والقبول
 لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكك لان الاصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر
 قيمة يوم القبض والزيادة انما يصير لها حصه من الضمان بالفكك فتعتبر قيمتها حينئذ الا ان هذه القسمة للحال
 ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة الى الزيادة والتقصان من حيث السعر والبدن
 والقسمة الحقيقية وقت الفكك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الاصل بازاء زيادة والتقصان في السعر أو في البدن لان
 الاصل دخل في الضمان بالقبض والتبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما يأخذ قسطا من الضمان بالفكك فتعتبر
 قيمته يوم الفكك وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها الف بالف فولدت ولدا يساوي القا فان الدين يقسم على
 قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقي الولد رهنا
 بالنصف الباقي فتكف الراهن به ان بقي الى وقت الافتكك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شيء وجعل كأن لم يكن
 وعادت حصته من الدين الى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار
 يساوي القين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة اثلاثا للدين في الولد والثالث في الام وتبين ان الام هلكت
 بثلاث الدين وبقي الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت قسمة الاثلاث وصارت
 القسمة اربعا لثلاثة ارباع الدين في الولد وربع في الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين وبقي الولد رهنا بثلاثة
 ارباعه ولو تغيرت قيمته الى التقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة اثلاثا للدين
 في الام والثالث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلثي الدين وبقي الولد رهنا بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان
 الولد واحدا أو أكثر ولدا واما أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم
 العقد وقيمة الاولاد يوم الفكك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا وولدت
 بنتها ولدا فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد
 الاصل ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان ولو
 ولدت الجارية ولدا ثم قصت قيمة الام في السعر أو في البدن فصار تساوي خمسمائة ازيدت قيمتها فصار
 تساوي القين والولد على حاله يساوي القا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانتقصت
 قيمة الولد يعيب دخله أو لسعر فصار يساوي خمسمائة تصار الدين فيهما اثلاثا للثلاث في الام والثالث في الولد ولو
 زادت قيمة الولد فصار يساوي القين فثلثا للدين في الولد والثالث في الام حتى لو هلكت الام يبقى الولد رهنا بالثلثين
 لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والتبض لم يتغير فلا تتغير القسمة والولد انما يصير له حصه من الضمان
 بالفكك فتعتبر قيمته يوم الفكك ولو اعورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعورهار به
 وذلك ما تثنان وخمسون وبقي الولد رهنا بثلاثة ارباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت
 ام اعورت ظاهر لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة فاذا اعورت والعين من

الأدمي نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقى الولد رهنا بقية الدين
 وهو ثلاثة الأرباع (فأما) إذا اعورت ثم ولدت فقيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الاعورار كان كان
 كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقى النصف فاذا ولدت ولدا فينبغي أن يقسم النصف الباقي من الدين
 على الجارية العوراء وعلى ولدها أنسلا ثلاثة اثنان على الولد والثالث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين
 بالاعورار لم يكن حتما بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع
 الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد وقد اعورت الام قبل
 الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته
 الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقى النصف الاخر ولو لم
 يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شيء من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا اعور أو لى لكن تلك القسمة التي كانت
 من حيث الظاهر تتغير لانها تختمل التغيير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والتقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا يخرج
 الزيادة في الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبد لأن هذه زيادة مقصودة لورود
 فعل الرهن عليها مقصود أفكانت مرهونة أصلا لا تبعاً فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزد على الزيادة
 وجملة الكلام في كيفية الاقسام ان الرهن لا يخلو (اما) ان زاد في الرهن وليس في الرهن نداء (واما) ان كان فيه نداء
 فان لم يكن فيه نداء يقسم الدين على المزد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية والفاو قيمة العبد الف
 والدين الف كان الدين فيها نصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين
 فيها أثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك مهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما مضمون مقصودا
 لا تبعاً الا أنه تعتبر قيمة المزد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها
 بعد ذلك لان الزيادة والتقصان كل واحد منهما انما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض بالتغير
 بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي مماؤه ان القسمة بتغير قيمتها لانها مرهونة تبعاً لأصلا
 والمرهون تبعاً لا يأخذ حصته من الضمان الا بالفكالك فتعتبر قيمتها يوم الفكالك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو
 نقص الرهن الاصل في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده 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 بألف فاعورت حتى ذهب نصف الدين
 وبقى النصف ثم زاد الرهن عبد ا قيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية بعوراء وعلى قيمة العبد الزيادة
 أثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون
 وثلثان في الجارية بفرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي مماؤه بان اعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف
 أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحه وعلى قيمة الولد يوم الفكالك نصفين فيكون في كل واحد منهما
 خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقى 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 أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على
 الرهن ثبت بطريق الاصل لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر في
 القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما
 بخلاف زيادة الرهن لانها ليست بمرهونة مقصودا الا نعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعاً للاصل لكونها متولدة
 منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان
 ثابتا 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 خمسة وعلى قيمة العبد
الزيادة وتبقى ألف اثلاثا ثلثاها في العبد وثلثها في الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلثي الخمسة وذلك ثلثا وثلاثة وثلاثة
وثلاثون وثلث ولو هلك الجارية هلك بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لأن الزيادة زيادة 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 خمسة ثم اعورت الجارية
قبل أن يزيد الرهن ثم زاد عبد اقيمته الف 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 خمسة ففرغ نصف الجارية
شأن من الدين وبقي النصف الباقي في نصفها شأنا وذلك خمسة 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 بألف
فولدت ولدا يساوي ألفا ثم زاده عبد اقيمته ألف فالرهن لا يخلو اما ان زاد والام 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 المزيد
عليه انه الام أو الولد فان جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لأن 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 الفكك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على
قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكك لما بيننا فيما تقدم وقيمة الزيادة وهي وقت قبضها لانها ما 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 تتحقق الزيادة عليه لأن الزيادة لا بد لها من مزيد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيادة على
الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره ولأنه لو أطلق الزيادة لوقعت
على الام فعند التقييد والتنصيب أولى واذا وقعت زيادة على الام جعل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم
الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما أصاب الام يقسم عليها
وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكك ولو مات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا
فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير ويقسم الدين أولا على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الام يقسم
عليها وعلى ولدها فتعتبر زيادة الولد في حق الام ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لأن
الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلك الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقي
الولد وان الزيادة بما فيها بخلاف ما اذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لان بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهى
ويتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لأنه 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 بينهما وبين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد ويوم الفكك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

جنسه بأن رهنه وزنا بجنسه أو مكيبلا بجنسه وهلك في المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة يهلك
مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن يمثل وزن الدين وقيمته أقل منه فهلك يذهب كل
الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما ذكره من أصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن
دون القيمة في الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن في اليتضرر به المرتهن فاما في يتضرر به فيضمنان القيمة من
خلاف الجنس (وأما) في الانكسار فابو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء في الوزن والقيمة
ولا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بأن لا يؤدي ذلك الى الضرر بالرهن ولا
بالمرتهن ولا يؤدي الى الربا فان أدى الى شيء مما ذكرنا فانه لا يجعل بالدين أيضا وإذا كانت قيمة الرهن أكثر فابو
يوسف يجعل التقصان الحاصل بالانكسار شائعا في قدر الامانة والمضمون فما كان في الامانة يذهب بغير شيء 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 الزبوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزبوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا
عند محمد إلا أن محمد أترك أصله في الرهن وعند أبي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض وبأخذ مثل حقه من أصله
أنه لا يجوز استيفاء الزبوف عن الجياد فهذه أصول هذه المسائل (وأما) تحريمها على هذه الأصول فنقول وبالله
التوفيق إذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك أو انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يحل أو ما أن يكون
مثل وزن الدين بأن كان عشرة أو ما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية أو ما 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 وقيمته وفاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه بأفهلك بالدين
على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر وانتقص لا يجبر الرهن على الافتكالك بلا خلاف لانه لو افتكك أما أن يفتكك
بجميع الدين وأما أن يسقط شيء من الدين بمقالة التقصان لا سبيل الى الاول لان فيه ضرر بالرهن لقوات حقه عن
الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل الى الثاني لانه يؤدي الى الربا لان الدين والرهن يستويان في الوزن
والجودة لقيمة لها شرعا عند مقابلة بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون ايفاء عشرة بثمانية فتكون ربا في تخير
شاء افتكك بجميع الدين ورضى بالتقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهنا مكانه وبصير القلب
ملك للمرتهن بالضمان وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان شاء افتكك بجميع الدين وان شاء جعله بالدين
وبصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمد ان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدي
كقبض الغصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفي
الجعل بالدين تقر بالاستيفاء (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاسلام
وأبطله بقوله لا يعلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون
حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والحبس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصلح حكما في الجملة ألا
ترى ان محمد يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما ذكرنا 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 وفاء الدين وعندهما لا
يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (أما) ان يهلك بوزنه (وأما)
أن يهلك بقيمته لا سبيل الى الاول لان فيه ضرر بالرهن ولا وجه الى الثاني لانه يؤدي الى الربا فيخير المرتهن بين
أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه ولا في حنيفة رحمه الله ان
قبض الرهن قبل استيفاء الجيد والردى في الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزبوف 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 فلاهما لا يريان الجعل بالدين أصلاً ومحمد رحمه الله ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لانه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدي الى الضرر بالمرتهن حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية عشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدي الى الرافقت الضرورة الى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك بالدين عند أبي حنيفة اعتباراً للوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا أفضل فكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن (أما) على قول أبي يوسف 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 النقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان النقصان 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 النقصان الحاصل بالانكسار شائعاً في قدر الامانة والمضمون والقدر الذي في الامانة يذهب بغير شيء والقدر الذي في المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكاً له وعند محمد ينظر الى النقصان ان كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتهن وبخيار الرهن على الفكاك وان زاد على ذلك يخير بين الفكاك وبين الجعل بالدين كما لو كانت قيمته وزنه سواء لان من أصله أنه يصرف النقصان الحاصل بالانكسار الى الجودة الزائدة الا اذا كثرت النقصان حتى عادت قيمته الى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان شاء وان شاء افتكك وقيل ان على قوله له أن يضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما في الجعل بالدين من استقاط حقه عن الجودة هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فما 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 ثمانية في قول أبي حنيفة اعتباراً للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه ما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلاهما لا يحيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلاً ورأساً ومحمد ان كان يحجزه لكن بشرطه انعدام الضرر في الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتهن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك بهلك بدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضمن القيمة وان انكسر ان شاء افتكك بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع كما ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك بهلك ثمانية 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 النقصان الحاصل بالامانة ان قل النقصان بأن كان درهم أو درهمين وبخيار الرهن على الافتكك وان كان أكثر من ذلك يخير الرهن بين الافتكك وبين الجعل بالدين هذا اذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فما اذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك ستمتظ الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بلا خلاف وان انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه

وأكثر من الدين بان كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تهلك أمانة عند أبي حنيفة ولا رواية
 عنهما في هذا الفصل وان انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لانه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين
 وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التملك بالدين لما فيه من الضرر وان كانت قيمته مثل
 مثل وزن الدين عشرة فهلك بهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لانه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة
 أسداسه و يرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يعرف جميع القيمة ولا يمكن الجعل
 بالدين عند محمد لانه يؤدي الى الربا وان كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول
 أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يعرف القيمة في الحالين وان كانت قيمته خمسة عشر فهلك بهلك
 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 التدر بالضمان وصار شر يكافئ هذا شيوع طاري فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع
 القلب فيكون الباقي مع التدر الذي غرم رهنا لان الشيوع يمنع صحة الرهن مقارنا كان أوطارنا وعلى رواية أبي يوسف
 لا حاجة الى القطع لان الشيوع الطاري لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما) الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون
 حتى لا يثبت للمرتهن حق الحبس والرهن 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 وحكي 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 كالدبر وأم الولد وهذا يدل على ان الفساد كان لمعنى في نفس المرهون
 لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وان كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا (ووجهه) ان المرهون مضمون بالقبض
 ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون المتبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقا متقوما كالمقبوض بالبيع الفاسد فان
 وجد الشرط يكون مضمونا والا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون (وأما) حكم استهلاكه فقول 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 ماله مثل كما اذا لم يكن مرهونا والمرتهن هو المخصم في
 تضمينه وكان الضمان رهنا لانه يبدل المرهون ثم ان كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وان كان
 الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتهن لانه لو تلف مالا مملوكا متقوما بغير اذن مالكه فيضمن مثله
 أو قيمته كما لو تلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وان استهلكه الراهن فان كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في
 المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان كان لم يحل أخذ المرتهن منه الضمان فأمسكه الى أن يحل الدين واذا كان في الرهن
 نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن أو الراهن أو أجنبي بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة خلقت أو 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 لهن لكن المرتهن فيه حق قوي فيلحق بالملك
 في حق وجوب الضمان واذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتهن لانه يبدل المرهون
 فيقوم مقامه فان هلك الضمان لا يسقط شيء من الدين لانه يبدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكم الاصل
 والاصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البديل وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لانها مرهونة مقصودة
 فكانت مضمونة بالهلاك ويفتق الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة تصير مقصودة بالهلاك فيصير
 لها حصص من الدين هذا اذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما اذا 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
 أذنه بالأكل والشرب ولا يسقط شيء من دين المرتهن حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لأن اتلاف
 المرتهن باذن الراهن مضاف إلى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شيء من الدين وكان عليه
 ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تملك بمحضتها 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 إلى الراهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصص من الدين فينظر إلى قيمة الزيادة فان كان فيها
 خمسة كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثها فاذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاؤه وكذلك
 لو استهلكه أجنبي باذن الراهن والمرتهن فالجواب فيه وفي المرتهن اذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو
 استهلكه الراهن باذن المرتهن لاشي عليه لأن الضمان لوجب لوجب لحق المرتهن لالحق نفسه لأنه ملكه وقد أبطل
 المرتهن حق نفسه بالأذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بأقسهما وبقيت الشاة رهناً بجميع
 الدين وان كان المرهون من بني آدم فحني عليه فجملة الكلام في جنائيات الرهن انها ثلاثة أقسام جنائية 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 ابدون النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمداً أو خطأ أو في معنى الخطأ والجاني لا يخلو اما ان
 كان حراً أو عبداً فان كانت في النفس عمداً أو الجاني حراً فالرهن أن يقتص اذا اجتمع على الاقتصاص في قول أبي
 حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمع عليه وعن أبي يوسف وايتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله
 الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا 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
 للراهن وملك اليد والحبس للمرتهن فكان العبد مضافاً إلى الراهن من وجهه وإلى المرتهن من وجهه فصار الولي
 مشتبهاً بجهولاً 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 اجتمع 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 للراهن من كل
 وجه وانما للمرتهن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان الولي معلوماً وكان ينبغي أن لا تنقرف ولاية
 الاستيفاء على رضا المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه به فاذا رضى فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لان الملك فيه
 للمولى من وجهه وللمكاتب من وجهه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقاً فاشبه الولي فامتنع
 الاستيفاء واذا اقتص القاتل سقط الدين لأن العبد انما كان رهناً من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالتقليل لا الى بدل
 اذا اقتصاص لا يصلح بدلا عن المالية فسقط القصاص كولو هلك بنفسه هذا اذا اجتمع على القصاص (فاما) اذا
 اختلفا لا يقتص القاتل لأنه لا سبيل الى اثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لأن في استيفائه
 ابطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المتقول في ماله في ثلاث سنين وكانت
 القيمة رهناً ولو اختلفا بطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا يقتصاص لأن حق المرتهن وان بطل بالفكالك
 لكن بعد ما حكم القاضي ببطلان القصاص فلا يحتمل العود وان كانت الجنابة خطأ أو شبه عمداً فعلى عاقبة 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 رحمهم الله حتى لا تزداد دية الحر ولو كان مضموناً 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 بقي 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 حسبها في يده الى
وقت الفسك وان كان الدين حالاً فالحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلاً فليس 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 ألفاً فانتقصت قيمته
فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت
هذه الدرهم رهناً تمثلها من الدين ويسقط الباقي من الدين لانه يصير مستوفياً كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من
خمسمائة بخمسمائة كما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يؤدي الى الربا لانه
لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا يرى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتبة
ينغم قيمته والحكم فيه وفي الاجنبى سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما اذا كان الرهن من غير بني آدم سواء
وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجاني حراً (اما) اذا كان عبداً أو أمةً يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالقاء بقيمة
المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين ويجبر الراهن
على الافتكالك بخلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفاً والدين ألف وقيمة
المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضاً ويجبر الراهن على الافتكالك بجميع الدين كما كان يجبر على افتكالك العبد
المقتول لو كان حياً بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول
فالراهن بالخيار ان شاء افتكك بجميع الدين وان شاء تركه للمرتبة يدينه فمحمد مر على أصله في الجعل بالدين عند
تعذر الجبر على الافتكالك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولا في حنيفة وأبي يوسف انه لما دفع الثاني بالاول قام
مقام الاول لمحاو ما والاول كان رهناً بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكالك بجميع الدين فكذلك الثاني
وكذلك لو كان العبد المرتبة نقص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم فقتله عبد يساوي مائة درهم فدفع به فهو على
الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار القداء فانه يهديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهناً عند
المرتبة ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حسبها رهناً حتى
يستوفى جميع دينه ويجبر الراهن على الافتكالك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يجبر الراهن بين الافتكالك
بجميع الدين وبين الترك للمرتبة بالدين وقد مررت المسئلة هذا اذا كانت الجنابة في النفس فاما اذا كانت فيما دون
النفس فان كان الجاني حراً يجب ارشاه في ماله لا على عاقلته سواء كانت الجنابة خطأ أو عمداً (اما) الوجوب في ماله
فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطأ والعمد فلان القصاص لا يجزى بين الحر والعبد فيما
دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ في وجوب الارش فكان الارش رهناً مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان
كان الجاني عبداً يخاطب مولاه بالدفع أو القداء بارش الجنابة فان اختار القداء بالارش كان الارش مع المحني عليه رهناً
وان اختار الدفع يكون الجاني مع المحني عليه رهناً والخصومة في ذلك كله الى المرتبة لان حق الحبس له والجاني فوت
الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل القاتل فيقيم مقامه رهناً هذا الذي ذكرنا حكم جنابة غير الرهن على
الرهن (وأما) حكم جنابة الرهن على غير الرهن فجنابته لا تخلو اماناً كانت على بني آدم واما ان كانت على غير بني آدم
من سائر الاموال فان كانت على بني آدم فلا تخلو اماناً كانت عمداً واما ان كانت خطأ وفي معناه فان كانت عمداً
يقتص منه كما اذا لم تكن رهناً لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذا لم يكن رهناً واذا لم يكن
الملك مانعاً حتى المرتبة أولى لانه دون الملك سواء قتل أجنبياً أو الراهن أو المرتبة لان القصاص ضمان الدم ولا حق
للمولى في دمه بل هو اجنبي عنه وكذا المرتبة من طريق الاولى اذا ثبت له الحق والحق دون الملك فصارت جنابته

على الرهن والمرتهن في حق التصاص وجنابته على الاجنبي سواء واذا قتل قضا صاس سقط الدين لان هلا كه حصل
في ضمان المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جنابته عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملاحظة بالخطأ فان
كانت شبه عمد أو كانت عمدا لكن القاتل ليس من أهل وجوب التصاص عليه بان كان صبيا أو مجنوناً أو كانت
جنابته في اذون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنابات من العيب والاماء توجب الدفع أو القداء ثم ينظر ان كان
العبد كله مضموناً بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان تكون قيمة العبد القاء والدين ألقا أو كان الدين ألقا وقيمة
العبد خمسمائة بخاطب المرتهن أو لا بالقداء لانه بالقداء يستبقى حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجنابة من غير أن يسقط
حق المرتهن ولو بدى بالراهن وخوطب بالدفع أو القداء على ما هو حكم الشرع فربما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن
ويستقط دينه فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالقداء أولى واذا فاده بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجنابة
وصار كأنه لم يحن أصلاً فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الرهن لانه فدى ملك الغير بغير اذنه فكان
متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فاده اجنبي ولانه بالقداء أصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملاً
لنفسه بالقداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تملك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أبقى الرهن أن يفدى
بخاطب الرهن بالدفع أو القداء لان الاصل في الخطاب هو الرهن لان الملك له وانما يبدأ بالمرتهن بخطاب القداء صيانة
لحقه فاذا أبقى 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 قاضياً بما فدى المرتهن لان القداء على المرتهن لحصول الجنابة
في ضمانه الا انه لم أبق القداء والرهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالقداء فكان مضطراً في القداء
فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الرهن مثله فيصير قضا صابه واذا صار قاضياً دين
المرتهن مما فدى ينظر الى ما فدى والى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان القداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو
أكثر سقط الدين كله وان كان القداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر القداء
وحبس العبد رهنا بالباقي وان كان القداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة
العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذلك عند القداء وان كان العبد بعضه
مضموناً والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد القين والدين ألقا فالقداء عليهما جميعاً لان نصته مضمون ونصفه أمانة
فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الأمانة على الرهن فيخاطبان جميعاً بالدفع أو بالقداء والمعنى
من خطاب الدفع في جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعلل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خوطب بذلك (اما) ان
اجتمعا على الدفع (واما) ان اجتمعا على القداء (واما) ان اختلفا فاختار أحدهما الدفع والآخر القداء والحال لا يخلو اما
ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائباً فان كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعاً فقد سقط دين المرتهن لان
الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على القداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فدى 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 مؤدياً عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فإراد أحدهما القداء والآخر الدفع فأيهما اختار القداء فاختياره أولى
(اما) المرتهن فلانه بالقداء يستبقى حق نفسه ولا يسقط حق الرهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار
المرتهن أولى وأما الرهن فلانه يستبقى ملك الرقبة بالقداء والمرتهن باختيار الدفع يريد استقاط دينه وبطل ملك
الراهن فلم يكن له في اختيار الدفع شع بل كان سقماً محضاً وتعباً بارداً فلا يلتفت اليه فكان للراهن ان يفدى ثم أهمما
اختار القداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر ان كان الذي اختار الدفع هو المرتهن فدى
بجميع الارش بقى العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجنابة بالقداء فصار كأنه لم يحن ويرجع المرتهن على الرهن

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر السكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع
 وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى
 أنه التزم القداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لانه لو لم يلتزم لخطوب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع
 (وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج الى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا بصلاح قدر الامانة فكان
 مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار القداء هو الراهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا
 بنصف القداءين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف القداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط
 من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن وبحبسه 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 لانه لا ملك له في العبد أصلا
 والدفع تملك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية القداء بجميع الارش
 فان كان الحاضر هو المرتهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف القداء عند أبي حنيفة وله أن يرجع على الراهن
 بدينه وبنصف القداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبسه رهنا بنصف القداء بعد قضاء الدين وعند
 أبي يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا في نصف القداء فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كالفداء بحضرة الراهن
 فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعله متبرعا في الحالين جميعا وأبو حنيفة رضى الله عنه فرق بين حال الحضرة
 والغيبة فعلة متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف
 القداء بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف القداءين المرتهن كالفداء الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن
 فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كالفداء أجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة ولا في حنيفة
 رضى الله عنه أنه في حال الحضرة التزم القداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا وبالخطاب لا يمكن حالة
 الغيبة وهو محتاج الى إصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا بصلاح 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 بفداء الرهن مع أنه ليس ملكه لحصول
 الجنابة من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لانه 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 كالفداء وأما عدم سقوط شيء من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف
 الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا فدى فله ذلك لان الولد موهون
 وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصلى 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 فقد رلان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جنابة العبد المغضوب
 على المغضوب 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 فدى ان رضى به المرتهن ويبتل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجنابة لما في
 الدفع أو القداء من سقوط حتى فله ذلك وبطلت الجنابة والعبد رهن على حاله هكذا أطلق السكرخي وذكر
 القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وفصل فقال ان كان العبد ملكه مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان
 بعضه مضمونا وبعضه أمانة فجنابته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل
 المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار القداء فنصف القداء على الراهن ونصفه على المرتهن فما

كان حصص المرتين يبطل وما كان حصص الراهن يندى والعبدرهن على حاله واختلافهم في جنابة الرهن على
 المرتين نظير اختلافهم في جنابته عند العصب على الغاصب أنها بدر عند أبي 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 وهنا 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
 فجنابته هدر بالاجماع لأنه لا فائدة في اعتبار هذه الجنابة إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتين لملكه 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
 فعن 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 القدر فلزم اعتبارها وجه الرواية الأخرى أن ذلك القدر 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 استهلك مالا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جنابة غير الرهن سواء وهو تعلق الدين
 برقبته يباع فيه الا إذا قضى الراهن أو المرتين دينه فاذا قضاه أحدهما فالحكم فيه والحكم بما ذكر من القداء من جنابته
 على نبي آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتين الدين بقى دينه وبقى العبد رهننا على حاله لأنه بالقداء استغرق رقبته العبد عن
 الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهننا بدينه كما كان لو فداه عن الجنابة وان أبي المرتين أن يقتضى وقضاه الراهن يبطل
 دين المرتين لما ذكرنا في القداء من الجنابة فان امتنع عن قضاء دينه يباع العبد بالدين ويقتضى دين الغريم من ثمنه لأن
 دين العبد مقدم على حق المرتين ألا ترى انه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتين أولى لأنه دون ثمنه ثم إذا بيع العبد
 وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو اما ان يكون في نفسه وبقاءه بدين الغريم واما ان لم يكن فيه وبقاءه فان كان فيه
 وبقاءه بدينه 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 وجوب ضمان المرتين فصار كأنه هلك
 وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لأنه بدل ملكه لاحق لاحد فيه فيكون له خاصة وان كان أقل منه سقط من دين
 المرتين بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهننا عند المرتين بما بقى لأنه لا دين فيه فيبقى رهننا 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 القاضل 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 وبقاءه بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقى من دينه يتأخر
 إلى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لأنه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد انما وجد منه وحكمه تعلق الدين
 برقبته واستيفاء الدين منها فاذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقى إلى ما بعد العتق واذا أعتق 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 كفي 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 بقي الولد هنا كما كان وان يبيع بالدين لا يسقط شيء من دين المرتهن لانه
ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذي ذكرنا حكم جنابة غير الرهن على الرهن وحكم جنابة الرهن على غير الرهن فاما
حكم جنابة الرهن على الرهن فنقول وبالله التوفيق جنابة الرهن على الرهن نوعان جنابة على الرهن نفسه وجنابة على
جنسه اما جنابته على نفسه فهي والهلاك باقسهماوية سواء تم ينظر ان كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر
التقصان وان كان بعضه مضمونا وبعضه امانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لان الامانة واما
جنابة الرهن على نفسه فعلى ضرر بين أيضا جنابة بني آدم على جنسه وجنابة الهيممة على جنسها وعلى غير جنسها أما
جنابة بني آدم على جنسه بان كان الرهن عبدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يتحلوا ما ان كانوا هنا في صفقة
واحدة واما ان كانوا هنا في صفقتين فان كانوا هنا في صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنابته لا يتحلون من أربعة
أقسام جنابة المشغول على المشغول وجنابة المشغول على الفارغ وجنابة الفارغ على الفارغ وجنابة الفارغ على المشغول
والكل هدر الا واحدة وهي جنابة الفارغ على المشغول فانها معتبرة ويتحول ما في المشغول من الدين الى الفارغ
ويكون رهنا مكانه أما جنابة المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعني الراهن واما
ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لاسبيل اليه في التصول 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 شيء على
الانسان لنفسه ممنوع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل الى اعتبار جنابة المشغول على المشغول لحق
المرتهن لان الاعتبار لحقه يتحول ما في الجاني عليه من الدين الى الجاني مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه
لا يشتغل بغيره وكذلك جنابة المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جنابة الفارغ على الفارغ فلانه لا دين للفارغ ليتحول
الى الجاني فلا يفيد اعتبارها في حقه وأما جنابة الفارغ على المشغول فممكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين الى
الفارغ وبيان هذه الجملة في مسائل اذا كان الدين ألفين والرهن عبدين يساوي كل واحد منهما ألفاقتل أحدهما
صاحبه او جنى عليه جنابة فيادون النفس مما قبل ارشها أو أكثر فجنابته هدر ويسقط الدين الذي كان في الجاني عليه
بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجاني لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجنابة المشغول على المشغول هدر
فجعل كان الجاني عليه هلك باقسهماوية ولو كان الدين ألفاقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنا
بسبعمائة 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 الفارغ من الجاني عليه
وجنابة قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه
شيء من الدين ولا يتحول الى الجاني وجنابة قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجاني
وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فيبقى رهنا بسبعمائة وخمسين ولو فدا أحدهما عين صاحبه تحول
نصف ما كان من الدين في العين الى الباقي فيصير الباقي رهنا بسبعمائة وخمسة وعشرين وبقى المقوع عينه رهنا
بمائتين وخمسين لان العبد الفاني جنى على نصف العبد الآخر لان العين من الأدمى نصفه الا أن ذلك النصف
نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والفاقي جنى على النصف المشغول والفاقي جميعا والفاقي نصفه
مشغول ونصفه فارغ الا أن جنابة المشغول على قدر المشغول والفاقي وجنابة الفارغ على قدر الفارغ والمشغول
فقد رج جنابة الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين الى الفاقى وذلك مائة وخمسة

وعشرون وقد كان في القاقى خمسمائة فيصير القاقى رهنا بستائة وخمسة وعشرين وبقى المققوع عينه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا في صفتين فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين القاقى وقد ركل واحدمنهما القاقىقتل أحدهما الاخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف الفصل الاول لان الصنفقة اذا تفرقت صارت بمنزلة مالو رهن كل واحدمنهما رجلا على حدة فحى أحدهما على الاخر وهناك يثبت حكم الجناية كذاهنا بخلاف ما اذا اتحدت الصنفقة واذا اعتبرت الجناية هنا بخير الرهن والمرتهن فان شا اجعل القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان في القاتل من الدين وان شا آفديا القاتل قيمة المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين القسين وقيمة كل واحدمنهما القاقىقتل أحدهما الاخر فان دفعاه في الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذي كان في القاتل وان قالنا نفدى بالقضاء نكته على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحدمنهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحدمنهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الرهن القاقى وأخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله ولو قفا أحدهما عين الاخر قيل لهما دفعاه أو افدياه فان دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان القضاء عليهما نصفين وكان القضاء رهنا مع المققوع عينه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد اجنبي فان قال المرتهن أنا لأفدى ولكنى أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان القاقى رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المققوع من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتهن لا لحق الراهن فاذا رضى المرتهن بهدر الجناية صار هدره وان قال الراهن أنا أفدى وقال المرتهن لأفدى كان للراهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فحكمها التحخير وان أبى الراهن القضاء وقال المرتهن أنا أفدى والراهن حاضر أو غائب فهو على ما بيننا في العبد الواحد (وأما) جنابة البيمة على جنسها فهي هدر لماروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبار أى هدر والعجماء البيمة والجناية اذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك بأفء ساوية سواء وكذلك جنابتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث وأما جنابة بنى آدم عليها فحكمها حكمها وحكم جنابتها على سائر الاموال سواء وقد بينا ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فنقول والله التوفيق يخرج المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشىء لا يبق مع ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى كان للمرتهن حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينقض في الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبد ايساوى القاقى بآلف فقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بجارية وقال للمرتهن خذها مكان الاولى ورد العبد الى لاشك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد في الاول وانشاء العقد في الثانى وهما على ذلك الا أنه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك في يده قبل الرد مهلك بالدين لما ذكرنا أن القبض في هذا الباب يجرى مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض وكذلك يدخل الثانى في الضمان الا برد الاول حتى لو هلك الثانى في يده قبل رد الاول مهلك امانة لان الراهن لم يرض برهنيتها على الجميع وانما رضى رهن أحدهما حيث رهن الثانى وطلب رد الاول والاوّل كان مضمونا بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا ببعض القبض فيه لا يدخل الثانى في الضمان ولو هلك جميعا في يد المرتهن فسقط الدين بهلاك العبد وهلك الجارية بغير شىء لانها امانة هلكت في يده فهلك الامانات ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لانه خرج عن كونه مرهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنا بالدين الذى كان العبد مرهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة

الجارية ألف فهلكت تمهلك بالالف لأنه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداءً إلا أن شرط كونه مضموناً
رد الأول لأنه لم يرض برهنه ما جميعاً إلا أن يكون الثاني بدل الأول بل هو مقصود بنفسه في كونه رهناً فكان المضمون
قدر قيمته لا قدر قيمة الأول ولو كان العبد يساوي ألفاً والجارية تساوي خمسمائة فرد العبد على الرهن وقبض
الجارية ففي رهن بالالف ولكنها ان هلكت تمهلك بخمسمائة لما ذكرنا أن الثاني أصل بنفسه لكونه رهناً بعقد
على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك في يد المرتهن بعد ما استوفى دينه فعليه رد
ما استوفى ويخرج بالأبراء عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافاً لغيره والمسئلة مرت في
مواضع أخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالأعارة ويخرج بالأجارة بأن أجره الرهن من أجنبي بأذن المرتهن أو
المرتهن بأذن الراهن أو استأجره المرتهن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة
والصدقة إذا فعل أحدهما بأذن صاحبه ويخرج بالبيع بأن باعه الراهن أو المرتهن بأذن الراهن أو باعه العدل لأن
ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لأنه زال إلى خلف وهو الثمن بقي العقد عليه وكذا في كل
موضع خرج واختلف بدلاً ويخرج بالاعتاق إذا كان المعتق موسراً بالاتفاق وإن كان معسراً كذلك عندنا
وعند الشافعي رحمه الله لا يخرج بناءً على أن الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ (وجه) قوله إن هذا اعتاق تضمن
إبطال حق المرتهن ولا شك أنه تضمن إبطال حقه لأن حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من
الإبطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما إذا كان الراهن موسراً لأن هناك لم يوجد الإبطال لأنه يمكنه
الوصول إلى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) أن اعتاقه صادف موقوفاً هو مملوك كدقيقة فينفذ كاعتاقه الأبق
والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لأن المرهون مملوك للراهن عيناً ورقبة إن لم يكن مملوكاً كيداً وحسباً وملك الرقبة
يكفي لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق العبد المستأجر والأبق وقوله يبطل حق المرتهن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك
الراهن وذلك لا يمنع النفاذ كما في موضع الإجماع مع ما إن التام للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق الحبس
ولا شك أن اعتبار الحقيقة أولى لأنها أقوى بخلاف البيع لأن فادته يعتد بقيام ملك الرقبة واليد جميعاً لأن القدرة
على تسليم المبيع شرط فادته ولم يوجد في المرهون لأنه في يد المرتهن فإذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون رهناً
لأنه صار حرراً من كل وجه والحر من وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه أولى ولهذا لم يصلح رهناً
في حالة الابتداء فكذا في حالة البقاء ثم ينظر إن كان الراهن موسراً والدين حال بحجر الراهن على قضائه لأنه لا معنى
لإيجاب الضمان وكذلك إن كان الدين مؤجلاً وقد حل الاجل وإن كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه
المرتهن رضاً مكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلأنه أبطل على المرتهن حقه حقاً قوياً هو في
معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفياً دينه من ماله من وجه فجاز أن يكون مضموناً بالاتلاف وأما
كونه رهناً فلأنه بدل العبد في الحقيقة بدل ماله من ماله في يوم مقامه وإذا حل الاجل ينظر إن كانت القيمة من جنس
الدين يستوفى منها دينه فإن كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وإن كانت قيمته أقل من الدين
يرجع بفضل الدين على الراهن وإن كانت قيمته من خلاف جنس الدين حسبها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما)
عدم وجوب السعاية على العبد فلأنه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لأن الاتلاف وجد من الراهن
لأن العبد ومؤاخذه الإنسان بالضمان من غير مباشرة بسبب منه خلاف الأصل وكذلك لو كان الراهن موسراً
وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لأن العبرة لوقت الاعتاق لأنه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وإن كان معسراً
فلمرتهن أن يرجع بدينه على الراهن إن شاء وإن شاء استسعى العبد في الأقل من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد أيضاً
أقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق ويسعى في الأقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين القين وقيمة العبد وقت
الرهن ألفاً فازدادت قيمته في يد المرتهن حتى صارت تساوي ألفين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد في ألف قدر

قيمته وقت الرهن ولو انتصت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سعى في خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما)
 اختيار الرجوع على الرهن فلانه أبطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا
 العبد مملوك 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 لافي
 حال اليسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض اذا أعتقه المشتري وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد
 بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج عن ملك البائع من
 كل وجه فلم يوجد احتباس مالية بمملوكه للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محمية الحبس
 بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقي حقه في مطالبته المشتري بالثمن فحسب أمامه بما في خلافه (وأما) السعاية في
 الأقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكه للمرتهن من وجه محتسبة عند
 العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم اذا سعى العبد برجع عما 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 نقص العبد في السعر قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا
 وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص في السعر حتى عادت قيمة الى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى في قدر
 قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا قدر
 خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقى ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبدا يساوي مائة درهم فدفعت 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 لحما ودام 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 بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فاعتقها المولى وهو
 معسر سعى في ألف لان الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبدا قيمته ألفا فدفعت ما أعتقه المولى سعى في ألف
 درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحما ودام وهي كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى
 لعبد رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فاقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة
 رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية
 على العبد وقوله في الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال
 لتبويب الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف ما بعد
 الاعتاق لانه هناك أقر بما يملك للحال انشاءه لوال ملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا ادبره فيجوز
 تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد
 الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على
 ما بيننا فماتقدم وبالتدبير يخرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا في
 حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف في أن الراهن اذا كان معسرا يسعى (وأما) اذا كان موسرا ذكر الكرخي

رحمه الله انه يسعى و ذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى انه لا يسعى 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 الكرخى ان الدين على المولى وكسب 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 الاعسار (وجه) ما ذكره القاضى ان السعاية وان كانت ملك المولى لكن
 لا يصنع للعبد في الكتابة بسبب وجودها اذ لا يصنع له في التدبير بل هو فعل المولى ومهما أمكن إيجاب الضمان على من
 وجد منه مباشرة بسبب وجوده كان أولى من إيجابه على من لا يصنع فيه أصلاً ورأساً فاذا كان المولى معسراً كان
 الامكان ثابتاً فلا معنى لإيجاب السعاية على العبد ثم اذا سعى في حالة الاعسار يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ لان
 السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه سواء كان
 الدين حالاً أو مؤجلاً لما قلنا وقيل ان كان الدين حالاً فكذلك فاما اذا كان مؤجلاً فلا يسعى الا في قدر قيمته ويكون
 رهناً مكانه وهكذا ذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى (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 أن الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فتجب اعادته اليه
 بعوض يقوم مقامه جبراً للقائت فيتقدر الجائر بقدر القائت فيستسعيه بقدر قيمته ويكون رهناً مكانه ولا يرجع المدبر
 بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين (أحدهما) ان المدبر يسعى في جميع
 الدين بالغاً ما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى في الاقل من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما يسعى على
 المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذ القائت
 بالتدبير ليس الامتفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع
 بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعاية ملكه على
 الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتهن من وجه الاحتبس عنده وهو مال فتقدر
 السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسراً لانه قضى ديناً واجباً عليه من مال نفسه مضطراً
 فيملك الرجوع في الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله اعلم وعلى ما ذكره الكرخى رحمه الله وقع الفرق بينهما في موضع
 ثالث أيضاً وهو ان المدبر يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا اعتق او
 دبر فاما اذا استولد بان كان الرهن جارية فقبلت عند المرتهن فدعاها الراهن فدعاه لا يخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل
 واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل سحت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له
 وخرجت عن الرهن (أما) سحة الدعوة فلان الجارية ملكة من كل وجه والملك من وجهه يكفي لصحة الدعوة فالملك من
 كل وجه أولى وثبوت النسب حكم الدعوة وصيرورة الجارية ام ولد له حكم ثبوت النسب وخرج الجارية عن
 الرهن حكم الاستيلاء وهو صيرورتها ام ولد له لان ام الوالد لا تصلح للرهن الا ترى انها لا تصلح رهناً ابتداءً فكذا
 في حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حر اقبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية
 فحكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية وضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد سحت
 دعوته وثبت النسب وصار حر او صارت الجارية ام ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الاول الا ان هنا
 صار الولد حر ا بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصصة 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 المديون في جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الولد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك إلا أن هناك نظر 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 الراهن معسرا أو يرجع بما سعى عليه

﴿فصل﴾ (وأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق إذا كان الدين ألف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به فقال الراهن انه رهن بخمسة مائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لأن المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن لأنها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذي لك على وهو ألف والراهن يساوى الف وقال المرتهن ان رهنته بخمسة مائة والراهن قائم فقدر وى عن أبي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويتحالفان ويتحالفان ويتحالفان ويتحالفان فان هلك العتد وهو المرهون به فاشبهه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويتحالفان ويتحالفان فان هلك الراهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لأن الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لأن الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلغا في قيمة الهالك ان القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتي هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه بخلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لأنهما اختلفا في قدر المعقود عليه وانه بوجب التحالف كما في باب البيع ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الاصل لأنها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لأنهما اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة أيضا لأنها تثبت استيفاء الدين وبينة المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لأن الراهن يدعى دخوله في الضمان وهو ينكر ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبدا فاعور فاختلغا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفا فذهب بالاعور النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وانما زاد بعد ذلك فأما ذهب من حرق الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لأنه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهدا له وان أقام البينة فالبينة بينة أيضا لأنها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلغا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع إلى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لأن المرهون خرج عن كونه مضمونا بنفسه بخروج وجهه عن كونه رهنا بالمبيع وتحول الضمان إلى الثمن فالراهن يدعى تحوّل زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت زيادة ضمان وبينة 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 والراهن 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 انه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصارك أنه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان إلى ان تجبى بينته أو يصدق له ما ذكرنا أنه كان مضمونا فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل اذا قال بعته بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الا تسعمائة

فصل ﴿ وأما ركن المزارعة فهو الأيجاب والتقبول وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل دفعتك إليك هذه الأرض مزارعة بكذا ويقول العامل قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجدتم العقد بينهما

فصل ﴿ وأما الشرائط فهي في الأصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يميز المزارعة وشرائط مفسدة له (أما) المصححة فأشياء بعضها يرجع إلى المزارع وبعضها يرجع إلى الماعقد عليه المزارعة وبعضها يرجع إلى الآلة للمزارعة وبعضها إلى الخارج وبعضها يرجع إلى المزرع وفيه وبعضها يرجع إلى مدة المزارعة (أما) الذي يرجع إلى المزارع فنوعان الأول أن يكون عقلاً فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعا واحداً لأن العقل شرط أهلية التصرفات (وأما) البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعا واحداً لأن المزارعة استتجار ببعض الخارج والصبي المأذون يملك الاجارة لأنها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرية ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعا واحداً كما نفي 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 وعندهما 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 بملحقه بدار الحرب فهذا على وجهين إما أن دفع الأرض والبذر جميعاً مزارعة أو دفع الأرض دون البذر فإن دفعهما جميعاً مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لأن مزارعته كانت موقوفة فاذا مات أو لحق بدار الحرب تبين أنه لم يصح أصلاً فصارت الأرض مزارعة من المأذون دفعا واحداً ومن غصب من آخر حيا وبذر به أرضه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لأنه مغضوب استهلكه وله مثله فيأزمه مثله ثم ينظر إن كانت الأرض تنقصها المزارعة فعليه ضمان النقصان لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما وراء قدر البذر ونقصان الأرض لأنه حصل بسبب خبيث فكان سبيله التصديق وإن كانت لم تنقصها المزارعة فلا ضمان عليه لعدم 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 تصح المزارعة صار كأنه غصب أرضاً وبذر بها بذره فأخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا إلا أنه يأخذ من ذلك قدر بذره وبقوته وضمن النقصان إن كانت المزارعة تنقصها ويتصدق بالفضل لما ذكرنا وإن كانت لم تنقصها فقياس 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 ذكرنا أنه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضاً فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها المزارعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان إن انعدم صحة تصرف المرتد بعد الموت والمحاق ليس لمكان انعدام أهليته لأن الردة لاتنافى انعدام الأهلية بل تتعلق بحق ورثته بما له لوجود أمارة الاستغناء بالردة لأن الظاهر أنه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغنى عن ماله فيثبت التعلق نظرهم ونظرهم هنأ 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 هنأ في التصحيح دون الإبطال كذا هذا وإذا أسلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضاءها فنقصت المزارعة 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 من أجرة إلى مسلم فاما إذا دفع مسلم أرضه من أجرة إلى مرتد فهذا على وجهين أيضا اما ان دفع الأرض والبذر جميعا أو دفع الأرض دون البذر فان دفعهما جميعا من أجرة فعمل المرتد فأخرجت الأرض زرعاً كثيراً ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لان انعدام صحة المرتد لا عين ردت له بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد ههنا ليس تصرفاً في ماله بل على نفسه بابقاء المانع ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الأرض دون البذر فعلم المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرعاً في قياس قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة ان الخارج كله لو ورثة المرتد ولا يجب تقصان الأرض لان عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ من أجرته فكان الخارج حاداً على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو ان هذا الخارج من اكساب ردت له وكسب الردة في 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 تقصان الأرض لان ضمان التقصان يعتمد على مال الغير بغير اذنه ولم يوجد اذا المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما اذا كان مسلماً لما ذكرنا وان أسلم فالخارج 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 فالخارج على الشرط بلا خلاف لانه لما كان مسلماً وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها فاعاواحد أبا لاجماع لان تصرفاتها نافذة بمفرده تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها فاعاواحد أبا بمفرده مزارعة المسلمة

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

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

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

فلان الخارج يكون مشتركاً بينهما على الشرط المذكور واذ ثبت ان معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشترط
 قدر معلوم من الخارج بنى لزوم معنى الشركة لاحتمال ان الارض لا يخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا اذا شرط في
 المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا اذا ذكر جزأئها وشرط معه زيادة أفضرت معلومة انه
 الا يصح ما 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 وذلك لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة لان قدر رأس المال يرفع ويقسم
 الباقي على الشرط لان المضاربة تقتضى الشركة في الربح لا في غيره ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح
 (فأما) المزارعة فتقتضى 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 العقد لان ما على الماذيات والسواقي معلوم
 فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقدر روي انهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لاحد ما على الماذيات والسواقي
 فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية أبطله

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المزرع وفيه وهو الارض فأشياء (منها) أن تكون صاحبة للزراعة حتى لو
 كانت سبخة أو تولايجوز العقد لان المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج والارض السبخة والترعة لا تجوز
 اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) اذا كانت صاحبة للزراعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لارض من
 انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها
 (ومنها) أن تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح المزارعة لانها تؤدي الى المنازعة ولودفع الارض مزارعة على
 أن يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعير فكذا يفسد العقد لان المزرع فيه مجهول لان كلمة من للتبويض
 فيقع على بعض الارض وانه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعير لان التنصيص على
 التبويض تنصيص على التجهيل ولو قال على ان مازرعت فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعير فكذا اجاز لانه
 جعل الارض كلها مزرعة الحنطة أو زرع الشعير فان عدم 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 وجه 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 فأي ذلك اختاره يتعين ذلك العقد 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 مسالمة الى العامل مخلاة
 وهو أن يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح
 المزارعة لانعدام التخلية فكذا اذا اشترط فيه عملها فيمنع التخلية جميعاً ما قلنا ولهذا الوشرط رب المال في عقد
 المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لانه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا
 وعلى هذا اذا دفع ارضاً وبذراؤا بقرا على أن يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض الثلث
 ولعبده الثلث فهو جائز على ما اشترط لان صاحب الارض صار مستأجر العامل 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 التخلية 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 يذكر 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 المعتقد 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 العامل واما من قبل العامل يصير مستأجرا للارض واما اجتماع الاستئجار فسدت المزارعة فاما منفعة البقر فان حصلت تابعة تحت المزارعة وان جعلت مقصودة فسدت

فصل * وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فتقول والله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الارض والبذر والبقر والا لهما من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لان صاحب الارض يصير مستأجر العامل لا غير ليعمل له في أرضه ببعض الخراج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض من جانب والباقي كله من جانب وهذا أيضا جائز لان العامل يصير مستأجر الارض لا غير ببعض الخراج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض والبذر من جانب والبقر والا لهما والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لان هذا استئجار العامل لا غير مقصودا فاما البذر فغير مستأجر مقصودا ولا يقابل به شيء من الاجرة بل هي نوابع للمعتقد عليه وهو منفعة العامل لانه آلة للعمل فلا يقابل به شيء من العمل كمن استأجر خياطا خياطة بيرة نفسه جاز ولا يقابلها شيء من الاجرة ولانه لما كان تابعا للمعتقد عليه فكان جازيا يجري الصفة للعمل كان العقد عدل على عمل جيد والا وضاف لا قسط لهما من العوض فمكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الارض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الارض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يجوز (وجه) قوله انه لو كان الارض والبذر من جانب جعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا اذا كان الارض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض (وجه) ظاهر الرواية ان العامل هنا يصير مستأجر الارض والبقر جميعا مقصودا ببعض الخراج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لا اختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فبقيت أصلا بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخراج أصلا 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 وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الارض ومنفعة العامل والثاني أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفا للقياس لان الاجرة معدومة وهي مع انعقادها مجهولة فينتصر 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 الارض والعامل جميعا ببعض الخراج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا لما قلنا وروى عن أبي يوسف في هذين الفصلين أيضا انه يجوز لان استئجار كل واحد منهما جائز عند الافراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الافراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الارض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز وخراج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الارض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضا لما روي عن هذا الخبر بالفساد فانه روي 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 يجوز لأن كل واحد منهما يصير مستأجرا صاحبه في قدر بذره فيجتمع استئجار الأرض والعمل من جانب واحد وأنه منفسد (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والبذر والبقير من جانب دفع صاحب الأرض أرضه إليه على أن يزرعها ببذره وبقيره مع هذا الرجل الآخر على أن ما خرج من شئ فثلثه لصاحب الأرض وثلثاه لصاحب البذر والبقير وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح في حق صاحب الأرض والعامل الأول فاسد في حق العامل الثاني ويكون ثلث الخارج لصاحب الأرض وثلثاه للعامل الأول وللعامل الثاني أجر مثل عمله وكان ينبغي أن تنفسد المزارعة في حق الكل لأن صاحب البذر وهو العامل الأول جمع بين استئجار الأرض والعامل وقد ذكرنا أن الجمع بينهما منفسد 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 وجهان أحدهما جهة الصحة وجهة الفساد خصوصا في حق شخصين فيكون صحيحا في حق أحدهما فاسدا في حق الآخر ولو كان البذر في هذه المسئلة من صاحب الأرض صححت المزارعة في حق الكل والخارج 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 الخارج على الشرط

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر في العقد تابعا فان جعل مقصودا في العقد تنفسد 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 المسدة لأنها استئجار ببعض الخارج ولا تصح الإجارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة أن لا تصح إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار العامل ببعض الخارج فكانت إجارة بمنزلة المزارعة لأنها 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 الشرائط المنفسدة للمزارعة فأشنع وقد دخل بعضها في بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخارج لا حدهما لأنه شرط يقطع الشركة التي هي من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض لأن ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لأن فيه جعل منفعة البقر معقودا 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 التسمية لأنه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع إلى البيدر والدياس والتذرية لأن الزرع لا يحتاج إليه إلا بتعلق به صلاحه والأصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تناهيه وإدراكه وجفافه مما يرجع إلى إصلاحه من السقي والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الأنهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع إعلان ما هو المقصود من الزرع وهو التمام لا يحصل بدونه عادة فكان من أنواع 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 وتنقيته يكون بينهما على شرط الخارج لأنه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا ودفع أرضا مزارعة وفيها زرع قد استحصلا يجوز لا قضاء وقت عمل المزارعة إذا عمل

فيه بعد الادراك مما لا يفيد وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاجاز المقسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبي يوسف انه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به أيضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلامة من مشايخ خراسان والجدان في باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) في ظاهر الرواية فلا يشك وأما على رواية أبي يوسف فلا نعدم التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجتمع على أن يقصلاه كان القصل على كل واحد منهما في قدر شرط الحب لانه بمنزلة شرط الحصاد (ومنها) شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله وجملة ان هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان شرط أن يكون التبن بينهما واما ان سكتا عنه واما ان شرط أن يكون لاحدهما دون 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 يفسد عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما وذكروا 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 أعنى الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب وذا مفسد بالاجماع فكذا هذا وان شرط أن يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطه لصاحب البذر جازو يكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نعمة ملكه فالشرط لا يزيده الا تأكيذا وان شرطه لمن لا بذره ففسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نعمة ملكه ونعمة ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذره من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وذا مفسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب الارض على المزارع عملا يبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الخائط والسرقند واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو في الاصل من وجهين (أما) ان شرطه في العقد واما ان سكتا عنه هل يفسد فان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أولا ففسد كره في حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطه في العقد فلا يخلو ايضا من وجهين اما ان شرطه مطلقا عن صفة التثنية واما ان شرطه متيदा بها فان شرطه مطلقا عن الصفة قال بعضهم انه يفسد العقد لان أثره يبقى الى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل السقي على وجهه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطه مع التثنية ففسدت المزارعة لان التثنية اما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة لزرعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكره وبقوه هذا شرط فاسد لا شك فيما 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 وبنائها فله النصف فهو جار على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغي أن يفسد هذا الشرط واذ 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 بفرق لم يتضح وفرع في الاصل فقال ولو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جاز والشرط بينهما في كل الارض نافذ على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية في كل الارض عند اختياره ذلك يصح في البعض بالطريق الاولى

فصل ﴿ وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجيزها فنقول والله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام

(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لاصلاحه فعلى المزارع ان العقد تناوله وقد ينهه (ومنها)
ان كل ما كان من باب الثقة على الزرع من السرقة وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليه ما على قدر حقهما وكذلك الحصاد
والحمل الى البدر والدياس وتدريبه لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) ان
يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسامون عند
شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيئا فلا شيء لو احدث منها لا اجر العمل ولا اجر الارض سواء كان البذر
من قبل العامل او من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها اجر المثل وان لم تخرج الارض شيئا
والفرق ان 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 فان عدم الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق (ومنها)
ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لانه في جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة
وقال لا اريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذرا او لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة
لازم ليس لواحد منهما ان يتمتع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضى في العقد الا بتلاف
ملكه وهو البذر لان البذر مهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزما في حقه اذا الانسان لا يجبر على اتلاف ملكه
ولا كذلك من ليس بالبذر من قبله والمعاملات لانه ليس في لزوم المعنى ايام اتلاف ملككم فكان الشروع في حقتهم
ملزما ولا يفسخ الا من عذر كما في سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض او لم يكرهه لان ما ذكرنا من
المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما ذكره في حكم المزارعة المنفسخة ان شاء الله تعالى
ومنها ولا يجر 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 او يخرج ولكن
شيئا قليلا لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطاق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا
امتنع المزارع عن السقي وقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفى بماء
السماء ويخرج زرعا معتادا بدونه لا يجبر على السقي وان كان مع السقي أجود فان كان مما لا يكتفى به يجبر على السقي لما
قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والخط جاز في الحالين جميعا كما في الزيادة في الثمن في باب البيع اذا عرف
هذا فنقول الزيادة والخط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما ان يكون من صاحب الارض ولا يخلو
اما ان يكون البذر من قبل المزارع واما ان يكون من صاحب الارض بعدما استحصد الزرع او قبل ان 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 لنا قلنا هذا اذا
زاد أحدهما بعدما استحصد الزرع فان زاد قبل ان يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل
الزيادة أيضا بخلاف الفصل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المزارعة الفاسدة فأشياء 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 ثوب الارض أجر مثل أرضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجر للارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الارض ويطيب ذلك لانه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبيث فكان سبيله التصديق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجارة في الاجارة الفاسدة لا تنجب الاجتمعية الاستعمال ولا تنجب بالتخلية لانعدام التخلية 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 شيء لو احدث منها وقد مر الفرق فيما تقدم (ومنها) ان أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدر بالمسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تملك المنفعة بعوض (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل في الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تملك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين وذلك في وجوب أجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا ان فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البديل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فاذا لم يصح العقد لقوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البديل الاصل للمنافع وهو أجر المثل ولهذا اذ لم يسم البديل 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 فلما لانه هو المثل بالتقدير الممكن لكن مقدر بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البديل 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 ماضى بالزيادة على المسمى والا أجر ماضى بالتقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالتقدير الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البديل مسمى في العقد لان البديل اذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق

فصل في 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 وفسخ العقد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا ادرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضى في العقد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضى الارض بدينه أو لا ثم يفسخ المزارعة ولا يفسخ 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 الجانين فكان أولى و يطلق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المثل وانه غير مماثل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا أدرك الزرع برد الى الحبس ثانيا لبيع أرضه و يؤدي 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 يعني من جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره وما تعين منعه من العمل على ما عرف في كتاب الاجارة

﴿فصل﴾ وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأشياء (منها) القسوخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح أن يكون بلفظ القسوخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما ما قابل للصريح القسوخ والاقالة وأما الدلالة فنوعان الأول امتناع صاحب البذر عن المضي في العقد بان قال لا أريد مزارعة الارض ينفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم في حقه فكان سبيل من الامتناع عن المضي فيه من غير عذر و يكون ذلك فسخا منه دلالة والثاني حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الارض والبذر مزارعة و بيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة ينفسخ 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 ينفسخ 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 انفسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لقوات المعقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا ينفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله أن ينفسخ ما لا ينفسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهي باطل وكذلك نهى الاب الصبي المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهي عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يشمل 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 فكم تصرفه بغيره الا لضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حدا الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول والله التوفيق لا يخلو من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انفسخت قبل الزراعة فلا شيء للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنات بأي طريق انفسخ سواء انفسخ بصريح القسوخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان القسوخ يظهر أثره في المستقبل بانتهاء حكمه لافي الماضي فلا يتبين أن العقد يمكن صحيا والواجب في العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد فلا شيء وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى عليه أن رضی العامل فيما اذا امتنع عن المضي في العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التعزير وانه حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد فالخارج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب في صريح القسوخ 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 انفساخ العقد يظهر أثره في المستقبل لافي الماضي فيبقى 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 الارض لصاحب الارض لان العقد قد انسخ وفي القلع ضرر بالمزارع وفي الترك بغير أجر ضرر بصاحب الارض فكان الترك بأجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما اذا مات صاحب الارض والزرع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لان هناك انسخ العقد حقيقة لوجود سبب الفسخ وهو الموت الا انا بقيناه تقديرا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انسخ لثبت لصاحب الارض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في بقاء العقد تقديرا فاذا بقي العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان اتفق أحدهما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضي فهو متطوع ولو أراد صاحب الارض أن يأخذ الزرع بقل لا يمكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقل فصاحب الارض بين خيارين 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 لان فيه رعاية الجانبين (وأما) في موت أحد المتعاقدين أما اذا مات رب الارض بعد ما دفع الارض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقل الترك الارض في يدى المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان في الترك الى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفي القلع اضرارا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرا في هذه السنة في هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأي ذلك صاحب الارض فلا امر الى ورثة المزارع لان في القلع ضررا بالورثة ولا ضرر بصاحب الارض في الترك الى وقت الادراك واذا ترك لأجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرا فكأنه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لان العقد ينسخ حقيقة الا انا بقيناه باختيارهم نظر لهم فان امتنعوا عن العمل بقي الزرع مشتركا فاما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الارض قدر حصصهم من الزرع البقل أو ينق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصصهم لان فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم

﴿ كتاب المعاملة ﴾

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض 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 نخيلهم معاملة ولا بنى حنيفة رحمه الله أن هذا استئجار ببعض الخراج وانه منهي عنه على ما ذكرنا في كتاب المزارعة وقدمنا الجواب عن الاستدلال بحديث خبير فلا نعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا في كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين في قول أبي حنيفة على غير شرط 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 نعمة ملكه وللاخر 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 الزدة أو لحق فالخراج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر في المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتدا فاما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتدا أحدهما فالخراج على الشرط لما مر في كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتد دفعا واحداً

بالإجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمرة بالعمل فإن كان المدفوع نخلا فيه طلع أو سر 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 لاحدهما فسدت لماعلم (ومنها) أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لماعلم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة في كتاب المزارعة (ومنها) التسليم إلى العامل وهو التخليه حتى لو شرط العمل عليهما فسدت لعدم التخليه فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تخرج في أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطه أن ترك البیان يؤدي إلى الجهالة كما في المزارعة إلا أنه ترك القياس لتعامل 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 يفتي محمد بن سامة على ما مر في المزارعة ولو دفع أرض الزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة ثابتة ولم يسم المدة فإن كان شيئا ليس لا ابتداء نباته ولا لا انتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وإن كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذة الأولى كما في الشجرة المثمرة

فصل وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها في الشرائط المصححة للتعامل ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للفساد (منها) شرط كون الخارج كله لاحدهما (ومنها) شرط أن يكون لاحدهما قفران مساة (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطف على العامل بلا خلاف لأنه ليس من المعاملة في شيء ولا انعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والمالك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعة بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقية ونصب العرايش وغرس الأشجار وتقليب 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 أن النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما إلى صاحبه معاملة ممددة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثه للشريك العامل وثلثه للشريك السالك 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 يجوز المزارعة لأن هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل في شيء الاجير فيه شريك المستأجر لا انعدام الشركة في البذر وهنا تحقق لبثوت 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 السالك الشريك العامل أن يشتري ما يلقح به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف ثمنه لأنه اشتري مالا متقوما على الشركة بامر فيه رجع عليه وسواء كان العامل في عتد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله إلى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل لاحدهما فضلا لأن كل واحد منهما أجير صاحب الأرض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيتقدر بقدر الشرط ولو شرط لاحد العاملين مائة درهم على رب الأرض والآخر ثلث الخراج ورب الأرض الثلثان جاز لأن الواجب لكل واحد منهما أجر مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

شرط لصاحب النخل الثلث ولا حد العاملين الثلثين وللاخر أجر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة ان من دفع الارض مزارعة على ان يرب الارض الثلث والمزارع الثلثان على ان يعمل فلان معه بثلاث الخراج ان المزارعة جائزة بين رب الارض والمزارع فاسدة في حق الثالث لان المعاملة استتجار 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 صرح فيما بين صاحب الارض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففساد 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 النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من توابع العقود عليه فينبأ له العقد وكما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والارض من السريقين وتقليم الارض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعلمها على قدر حقيقتها لان العقد يتناولها لا متصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاز والقطف 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 ولو احدث منها بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق في كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الا من عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقدم الفرق (ومنها) ولا يوجب العامل على العمل الا من عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والافلا والحط جائز في الموضعين أصله بالزيادة في الثمن والمثلن فاذا دفع تخلا بالنصف معاملة فخرج الثمران لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لان الانشاء للعقد في هذه الحالة جائزة فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسرجازت الزيادة من العامل لرب الارض شيئا ولا يجوز الزيادة من رب الارض للعامل شيئا لان هذه الزيادة في الاجرة لان العامل أجير والحصل لا يحتمل الزيادة الا ترى انه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الحط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع الى غيره معاملة الا اذا قال له رب الارض اعمل فيه برأيك لان الدفع الى غيره اثبات الشركة في مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل فيه برأيك فقد اذن له فصح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفعت العامل الى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الا من 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 رؤس النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تفويت يد المالك 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 فيق متلقا 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 نشاء 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 بشئ لانه عمل بأمر الاول فلورجع عليه لرجوع هو عليه أيضا فلا فيدوان 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 فدفعت الى رجل آخر بثلاث

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

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

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

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

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

— ٢٤٦ — ١٠٤٤ —

﴿ كتاب الشرب ﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الشرب لغة وشرعاً وفي بيان أنواع المياه وفي بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالشرب في اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى عز شأنه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالايام لان الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة وبها استدلل بمحمد رحمة الله في كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالايام وفي عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقي وأما بيان أنواع المياه فتقول المياه أربعة أنواع الاول الماء الذي يكون في الاواني والظروف والثاني الماء الذي يكون في الآبار والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار التي تكون لاقوام مخصوصين والرابع ماء الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة أما الاول فهو مملوك لصاحبه لا حق لاحد فيه لان الماء وان كان مباحاً في الاصل لكن المباح بملك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكاً لغيره كما اذا استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقائر ونبيعون المياه المحروزة في الظروف به جرت العادة في الامصار وفي سائر الاعصار من غير تكبير فلم يجل لاحد أن يأخذ منه في شرب من غير اذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فثمنه فان لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلاً لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلاكه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فلم يمنع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما اذا أصابته بمخضبة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فثمنه وهو لا يجذب غيره وأما الثاني الماء الذي يكون في الآبار 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 مباحاً لتول 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 لاحد 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 روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
 عن منع نبيع البئر وهو فضل مائها الذي يخرج منها فلهم ان يستقوا منها لشفاهم ودوابهم فاما لزوعهم 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 اضار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضر عن
 نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا واخفوا الهلاك يقال له اما ان تأذن بالدخول واما ان تعطى بنفسك فان لم يعطهم
 ومنعهم من الدخول لهم ان يقاتلوه بالسلاح لياخذوا قدر ما يدفع به الهلاك عنهم والا صل فيه ماروى أن قوما وردوا
 ماء فساءلوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع
 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 ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك
 وأما الثالث الماء الذي يكون في الانهار التي تكون لاقوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع الى نفس الماء
 وبعضها يرجع الى الشرب وبعضها يرجع الى النهر أما الذي يرجع الى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا
 أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالا حراز بالا واني فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال استقني
 يومان نهرك على ان أسقيك يومان من نهركذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعاً وأجارة الشرب بالشرب
 وكل ذلك لا يجوز ولا يجوز اجارته لان الاجارة تملك المنفعة لا تملك العين بمنافعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضاً
 أو بئرًا استقني منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه السمك لان هذا استئجار
 السمك وكذا لو استأجر أجمه 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 زرعاً وأشجاره فيبطل حقه أصلاً ولو أذن بالسقي
 والنهر خاص له جازلانه أطل حق نفسه وأما الذي يرجع الى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفرداً بان باع شرب يوم
 أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقي والحقوق لا تحتل الافراد بالبيع والشراء ولو اشترى به داراً وعبداً
 وقبضهما الزمه رد الدار والعبداً 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 بعتم بحقوقها أو بمراقبها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر
 شيئاً من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا يجوز اجارته مفرداً لان الحقوق
 لا 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 كالشئ في باب البيع وانه لا يصلح ثمن في البياعات فلا يصلح أجره في الاجارات ولو انتفع
 بالدار والعبد لزمه أجر مثله لانه استوفى منفعة العقود عليه عقد فاسد فيلزمه أجره المثل كما في سائر الاجارات
 الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض كما في البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضاً ولم يذكر
 الشرب والمسيل أصلاً فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما في البيع وفي الاستحسان كانه لا ويدخل تحت

اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لان الاجارة تملك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا يذكر 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 صلح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس ومادونه لان الصلح في معنى البيع الا أنه يستقط القصاص ويكون الصلح كأنه على العقول ما 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 العوض 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 شئ 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 ثبت في حق المال كما ثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه ممددة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تملكها تملك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وانما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتل 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 ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا في قدر الشرب ولا يبنه 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 وإنما 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 ربوقة يمكن له ذلك ولكن يشرب بحصته لان في سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا يجوز الا اذا تراخيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحي أو دالية أو سانية نظره فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلان رغبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك الارضا الشركاء وأما الذي يرجع الى النهر فلا يصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين سواء أضر بهم التصرف أولا لان رغبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك لا تنف على الاضرار بالملك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهر أصغر من النهر المشترك فيسوق الماء الى أرض أحيائها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحدا أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم في النهر باجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحي فان كان موضع البناء مملوكا والماء يدري الرحي على سببه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركا أو تقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول حقتهم اليهم بالتعريج كما اذا حفر نهر في أرضه وأراد أن يعرج الماء اليه ثم يعيده الى النهر وكذلك لو أراد
 أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لاحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم
 لان القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شرين لم يكن له خمس كوى من النهر
 الا عظم ولا حد الشرين كى في أعلى النهر وللاخر أرض في أسفله فأراد صاحب الاعلى أن يسد شيئا من تلك
 الكوى لما يدخل من الضر في أرضه ليس له ذلك الا برضا شرينك لانه يتضرر به شرينك فلا يجوز له دفع الضر
 عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتهايا حتى يسد في حصته ماشاء لم يكن له ذلك الا برضا الشرينك لما قلنا وان
 تراضيا على ذلك زمانا ثم بدأ صاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان المرادة على ما لا يحتمل التملك تكون
 مهايأة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجنى اليها كوة وحفر نهر آمنه الى أرضه
 برضا منيها ومضى على ذلك زمان ثم بدأ الاحدهما أن ينقض فله ذلك لان العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات
 لورثتها أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الا عظم ولكل رجل نهر من هذا النهر
 فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فتقال لصاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم
 لان دفعة الماء وكثرت في أول النهر ولا يأتينا الا وهو قليل فأرادوا المهايأة أياما 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 بملك 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 ضررا عما يجيرون على أن يحصنوه بالحصص وان
 لم يكن فيه ضرر عام لا يجيرون عليه لان الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التحصيص من باب دفع
 الضرر عن الجماعة فجاز واذا لم يكن الضرر عام يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتحصيص جبر عليه لزيادة الانتفاع
 بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لأرض رجل فاختلف صاحب الارض والنهر في مسنة فالمسنة
 لصاحب الارض عند أبي حنيفة رحمه الله أن يغرس فيها ويلقى طينه ويحجاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر
 والمسنة لصاحب النهر حر بما للنهر وله أن يغرس فيها ويلقى طينه ويحجاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر
 والارض حائل من حائط ونحوه كانت المسنة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على
 ان النهر هل له حر بم أم لا بأن حفر رجل نهر في أرض موات باذن الامام عند أبي حنيفة لا حر بم له وعندهما له حر بم
 (ووجه) البناء عليه انه لم يكن للنهر حر بم عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهد صاحب الارض فكان القول
 قوله ولما كان له حر بم عندهما كان الظاهر شاهد صاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححو البناء وقالوا
 لا خلاف ان للنهر حر بم في أرض الموات لان للبيئر والعين حر بم فيها بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام
 انه جعل لهما حر بم الحائض لهما الى الحفر لتعذر الانتفاع بها بدون الحفر لان حاجة النهر الى الحر بم كحاجة البيئر والعين
 بل أشد فكان جعل الشرع للبيئر والعين حر بم مما جعل للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير
 صحيح فكان هذا خلافا مبتدأ (وجه) قوله انهما لم يكن للنهر حر بم بالاتفاق كان الظاهر شاهد لصاحب النهر
 فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البيئر والعين عند الاختلاف كذا هذا
 ولا في حنيفة ان المسنة اذا كانت مستوية بالارض فالظاهر انها ملك صاحب الارض اذ لو كانت حر بم للنهر
 لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهد لصاحب الارض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب
 النهر بها وفي الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير كحائط لا نسان عليه جذوع
 اغيرة فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشقة في الكرى

شئ 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 ابو حنيفة عليهم ان يكر وامن أعلاه واذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان
الكرى على من بقى وقال ابو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعاً من أوله الى آخره بحصص الشرب والاراضي حتى
ان النهر لو كان بين عشرة أنفس اراضيهم 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
فالكرى 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 شئ على أهل الشفة لان الملك لا يحاب النهر ولا هل الشفة حق الشرب وسقي
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 المساميين فلعل أحد أن يتفجع بهذه الانهار بالشفة والسقي وشق النهر منها الى
أرضه بأن احيا أرضاً مئيتة باذن الامام له أن يشق اليها نهر من هذه الانهار وليس للامام ولا لاحد منعه اذ لم يضر
بالنهر وكذا له أن ينصب عليه رحى ودالية وسانية اذ لم يضر بالنهر لان هذه الانهار لم تدخل تحت يد أحد فلا تثبت
الاختصاص بها لاحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد يسيل من الانتفاع لكن بشرطة عدم
الضرر بالنهر كالاتفاق العامة وان أضر بالنهر فلكل واحد من المساميين منعه ما يبيانه حق لعامة المساميين
واباحة التصرف في حتمهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الاعظم وسئل ابو 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 ابو يوسف ان كان يدخل على أهل مرو ضرر في ما تم لهم 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 فتقال 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 (وجه) 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 جزر ماء هذه الانهار عن
أرض فليس لمن يليها أن يضمها الى أرض نفسه لانه يحتل أن يعود ماؤها الى مكانه ولا يجذب اليه سيلاً فيحمل على
جانب آخر فيضرح حتى لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستتر أحد بحمل الماء عليه فله
ذلك ويملكه اذا احياها باذن الامام أو بغير اذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الانهار الى الكرى فعلى
السلطان كراه من بيت المال لان منفعتها لعامة المساميين 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 الاراضي ﴾

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

مرافق البلدة محتطابهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقتها وهو المسمى بلوات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الأراضي المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها لأن عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الأرض الخراب الذي اقتطع ماؤها ومضى على ذلك سنون لأن الملك فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها واجارتها وتصير ميراثا اذا مات صاحبها الا انها اذا كانت خرابا فلا خراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستئجار فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فحكمها حكم اللقطة يعرف في كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلا الذي بنيت في أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحب الأرض 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 واحرزه لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز في الاواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر مضي عديم الحر كعوا فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاضطلاع بها لان النبي عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فاما الحجر فليس بنا وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو اراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلا فاذا كان يحده في موضع آخر له أن يمنع من الدخول وان كان لا يحده فيقال لصاحب الأرض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه اليه كالماء الذي في الآبار والعيون والحياض التي في الأراضي المملوكة على ما ذكرنا في كتاب الشرب ولودخل انسان أرضه بغير إذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت يده اليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تختمل الاجارة على ما ذكرنا في كتاب الشرب والجواب في الكلا في البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب في الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلا على هذا وكذلك 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 واثبات اليد عليه ولهذا لو باعه جاز وان كان لا يمكن أخذه الا بصيد يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير اذا باضت أو فرخت في أرض انسان انه يكون مباحا ويكون للا لصاحب الأرض سواء كان صاحب الأرض اتخذ له وكرا أم لا وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له ملكا له 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 الأرض وان اتخذ له وكرا وكذلك صيد النجا الى أرض رجل أو دره فهو للاخذ قلنا 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 لالا خلاص له فهو لناصر الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كمن أرسل بازي انسان بغير اذنه فاخذ صيدا أو أغرى كلبا انسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمغرى لاصحابه ولو نصب فسقاطا فخاء صيد فتعقل به فهو للاخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشيء اكتساب له (فاما) نصب الفسقاط فموضوع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء

والاخذ حقيقة ولو حفر حفرة فوقع فيها صيد فان كان حفرها لاجتماع الماء فيها فهو لاخذ لانه بمنزلة الاصطياد وان كان حفرها للاصطياد بها فهو بمنزلة الشبكة (واما) الاحام المملوكة في حكم القصب والخطب فليس لاحد أن يحتطب من أجمة رجل الاباذن لان الخطب والقصب مملوكان لصاحب الاجمة يبتان على ملكه وان لم يوجد منه الانبات أصلا بخلاف الكلافي المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هي القصب والخطب فكان ذلك مقصودا من ملك الاجمة فيملك بملكها (فاما) الكلا فغير مقصود من المروج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقار رعى أجمة مملوكة لانسان فليس لذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الاجمة القصب والخطب وهما مملوكان لصاحب الاجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف الكلافي المروج لانه ثبت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ولا يجوز دفع الكلا معاملة والاصل المحفوظ فيه أن القصب والخطب يملكان بملك الارض والكلا لا (واما) ما لا يثبت عادة الا بصنع العبد كالتمة والقصيل 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 أشياء مخصوصة فيقتصر عليها (واما) أرض الموات فالكلام فيها في مواضع في تفسير الارض الموات وفي بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفي بيان حكمه اذا ملك (اما) الاول فالارض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكا لاحد ولا حقاله خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطبا بالاهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها لان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كقضاء دارهم وفي الاقطاع ابطال حتمهم وكذلك أرض الملح والتار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لانها حق لعامة المسلمين وفي الاقطاع ابطال حتمهم وهذا لا يجوز وهل يشترط أن يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوي رحمه الله فانه قال وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله ان أرض الموات بقعة لو وقف على أذناها من العامر رجل فنأدى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر وفي ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان بحرا من البلدة جزر ماؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد تكون أرض موات في ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبي يوسف وقول الطحاوي لا تكون والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فاذا لم يكن ملكا لاحد ولا حقا خاصا لم يكن منتفعا به كان بعيدا عن البلدة أو قريبا منها (واما) بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات فالامام يملك اقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك الى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للامام ككسرى الانهار العظام واصلاح قناطرها ونحوه ولو أقطع الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض له الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين فقد عاد مواتا كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس تحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان الثلاث سنين مدة لا بلاء 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 أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحيي من غير شريطة اذن الامام ولانه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو وحشا كلاً وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

حق روى منونا ومضافا فالمنون هو أن تبت عروق أشجار انسان في أرض غيره بغير اذنه فلصاحب الارض
 قلعها حشيشاً ولا يي 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 غنيسة فلا بد للاختصاص به من اذن الامام
 كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب من أهل الحرب بالحناف 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 الصيد والحطب والحشيش لانها لم تكن
 في يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها (وأما) الحديث فيحتمل أنه يصير به شرعا
 ويحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه
 الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به في إيجاب السلب للقاتل على ما ذكر في كتاب
 السير أو يحتمل ذلك على حال الاذن توفيقاً بين الدلائل وملك الذمي بالاحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث ولو
 حجر الارض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء لانه عبارة عن وضوح أحجار أو حط حو لها
 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 مني 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 الامام غيره الا اذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها (وأما) بيان
 حكم أرض الموات اذا ملكت فيختص بها حكمان أحدهما حكم الحریم والثاني الوظيفة من العشر والخراج أما
 الاول فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل الحریم والثاني في قدره (أما) أصله فلا خلاف في أن من
 حفر بئر في أرض الموات يكون لها حریم حتى لو أراد أحد أن يحفر في حریمه له أن يمنعه لان النبي عليه الصلاة
 والسلام جعل للبئر حریماً وكذلك العين لها حریم بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حریماً
 (وأما) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه (وأما) تقديره فحریم العين خمسمائة ذراع بالاجماع وبه نطقت السنة وهو قوله
 عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحریم بئر العطن أربعون 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 ان الملك في الموات ثبت 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 فبقي الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة
 والسلام ذلك في بئر خاص وللامام ولاية ذلك (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) النهر اذا حفر في أرض الموات فمنهم من ذكر الخلاف
 فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حریماً بلا خلاف لما قلنا (وأما) الثاني حكم الوظيفة فان احياءها
 مسلم قال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرة وان كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وقال
 محمد ان احياءها بماء العشر فهي عشرة وان احياءها بماء الخراج فهي خراجية وان احياءها ذمي فهي خراجية كيف
 ما كان بالاجماع وهي من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿ كتاب المفقود ﴾

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

﴿ فصل ﴾ وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم 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 الاحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا يبين امرأته كأنه حي حقيقة وتجرى عليه أحكام الاموات 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 ومملكه في أحكام أمواله ونسأله أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لا بقاءه وأما مملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة الى الانبثاق واستصحاب الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم يحتمل أنه حي ويحتمل أنه ميت وهذا يمنع التوارث والبيئونة لأنه ان كان حيا يرث أقارب به ولا يرثونه ولا يبين امرأته وان كان ميتا لا يرث أقارب به ويرثونه والارث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البيئونة على الاصل المهودي في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فإذ مات واحد من أقارب به يوقف نصيبه الى ان يظهر حاله أنه حي أم ميت لا احتمال للحياة والموت للحال حتى ان من هلك وترك ابنا مفقودا وابتنين وابن وطليقت ابنتان الميراث فان القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني الى أن يظهر حاله لأنه ان كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن وان كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين فيدفع ذلك اليهما ويوقف النصف الاخر الى ان يظهر حاله فان لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان اليهما والباقي لابن الابن وكذا الوأوصى له بشئ يوقف وكذا اذا فقد المرتد ولا يدري انه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بماله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ لانه مال لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظرا له كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها انه يبيع من ماله ما يتسارع اليه الفساد ويحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يد مودعه ومضار به ليحفظه لان يدهم ايدى بابه عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة الى حفظ القاضي ومنها انه ينفق على زوجته من ماله ان كان عالما بالزوجية لان الاتفاق عليها احياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها انه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والانات وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والفقيرات من الاناث سواء كن زمنى أو لا وعلى والديه المحتاجين ان كان عالما بالنسب لان نفقة أولاده انما تجب بحكم الجزئية والبعضية احياء لهم واحياء نفسه واجب فكذا احياء جزئه وكله فكان الاتفاق عليهم من ماله احياء لهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وان لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضروا رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فاقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب أثق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها اذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا امرأة أبى سفيان خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا أقران هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الاخذ وكذا في الاولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فاذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الاخذ وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز ان يحضر المفقود فيقيم البيئنة على انه كان طلق امرأته أو

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

﴿فصل﴾ وأما حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره وبنين امرأته ويصير ماله ميراثاً لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة في ظاهر الرواية تقديراً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد في الاصل انه فقد رجل بصفين أو بالجل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة عليه الرحمة قسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا علي رضي الله عنه في سنة أربعين ووفاته أبي حنيفة رضي الله عنه في سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة 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 فعيل 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 فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى جل شأنه اني أراي أعصر 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 والرق وحاله في النسب أما حاله في الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما 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 بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر
 الباعث على الحراب فيجب الحمل بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض فرب عليه أحكام الاحرار من أهلية
 الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار الا انه
 لا يحد قاذف أمه لان احصان المقدوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احصانها لان انعقاد القذف عليه
 لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره انه عبده لا يسمع منه الا بيينة لان حرته ثابتة من حيث الظاهر فلا
 يقدر على ابطال هذا الظاهر الا بدليل ولو بلغ فأقر انه عبده فلان نظري في ذلك ان كان لم يجز عليه شيء من أحكام الاحرار
 بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لانه لم تعرف حرته الا بظاهر الحال فاذا أقر بالرق
 فالظاهر انه لا يقر على نفسه بالرق كاذب فصح اقراره الا انه لا يعتبر في ابطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة
 والاعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تنسخ وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في
 أحد قوله ينسخ (وجه) قوله انه لما أقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا قامت البيينة
 على رقه ولنا ان هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لان حرته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق في حق ذلك الغير
 لما عرف أن الاقرار تصرف على نفس المقر فاذا تضمن ابطال حقة حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك
 الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بجرية عبد انسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالنسبة على البائع لما قلنا
 كذا هذا والاستدلال بالبيينة غير سديد لان الشاهد غير متهم في شهادته على غيره فاما المقر في اقراره على غيره فمتهم فهو
 الفرق وان كان قد أجرى عليه شيء من ذلك لا يصح اقراره لانه اذا أجرى عليه شيء من أحكام الاحرار فقد ظهرت
 حرته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطالها بالاقرار بالرق وأما حاله في الاسلام والكفر فان وجده
 مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم يكون مسلما حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر
 المسلمين وان وجده ذمى في بيعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا تحكما للظاهر كما اذا وجده مسلم في بيعة
 أو كنيسة أو في قرية من قري أهل الذمة يكون ذميا ولو وجده ذمى في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم
 يكون مسلما كذا ذكر في كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن ساعدة عن محمد انه اعتبر حال الواحد
 من كونه مسلما أو ذميا وفي كتاب الدعوى اعتبر الاسلام الى أيهما نسب الى الواحد أو الى المكان والصحيح رواية
 هذا الكتاب لان الموجود في مكان هو في أيدي أهل الاسلام وتصرفهم في أيديهم والليقظ الذي هو في يد المسلم
 وتصرفه يكون مسلما ظاهرا والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم والليقظ 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 تبعاً للدار فلم تتحقق رده فلا يقتل
 وأما حاله في النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى انسان نسبة الملتقط أو عتقه تصح دعوته ويثبت النسب منه
 لما علم في كتاب الدعوى وأما الاحكام المتعلقة به فانواع منها أن التقاطه أمر مندوب اليه لما روى أن رجلا
 أتى سيدنا عليا رضي الله عنه بليقظ فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب الي من
 كذا وكذا عدد 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 مضیعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى
 ومن أحياءها فكأنما أحيانا الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بما سلكه من غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لانه
 هو الذي أحياه بالتقاطه ومن أحياء أرضا ميتة فهي له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت
 يد الملتقط اليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان ثقتهم 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

كشيابه التي عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون النفقة من ماله لان الاتفاق من بيت المال
 للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان يتفق عليه من مال نفسه لا لعدم 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
 ولاه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يوالي من شاء اذا بلغ الاذاعقل عنه بيت المال فليس له ان يوالي أحد الا ان
 العقد يلزم بالعقل على ما نذكر في كتاب الدييات ان شاء الله تعالى لما علم في الولاء ومنها ان وليه السلطان له الولاية في ماله
 ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولي
 من لا ولي له والحال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله وليس
 للملتقط ان يفعل شيئا من ذلك لانه لا ولاية له عليه لا لعدم سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة
 له ويسامه في صناعة ويؤجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضه اليه
 من غير ضرر فاشبهه اطعامه 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 و بينته 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 بالبينه ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخير بأمر محتمل الثبوت وكل من أخبر عن أمر والخبر به محتمل
 الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالخبر هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وههنا في التصديق واثبات
 النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرط النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب
 المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعى في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل
 ينتفع به لا يقف على البينة وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمى تصح دعوته حتى 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 نفع اللقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضررا به وهو كونه
 كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد
 منه أن يكون كافرا الا ترى أنه يحكم باسلامه وباسلام أمه وان كان الاب كافرا هذا اذا أقر الذي انه ابنه ولا بينة له فان
 أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين الشهادة انه
 متهم في اقراره بما تضمنته اقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمه في الشهادة لما مر ولو ادعى عبد انه ابنه سحنت دعوته
 وثبتت نسبه منه لكنه يكون حرا لما ذكرنا في دعوى الذي لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو
 الرق فيصدق فيما ينتفع به فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذي ولو ادعاها رجلا ان ابنها ولا بينة لهما فان كان أحدهما
 مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه نفع اللقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه نفع له
 وان كانا مسلمين حريين فان وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع
 الى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما
 بالعلامة لانه اذا رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه سابقه فلا بد لزوالها من دليل والدليل على جواز
 العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبر أعن أهل تلك المرأة ان كان قميصة قدم من قبل فصدمت وهو من الكاذبين وان
 كان قميصة قدم من در فكذب وهو من الصادقين فلما رأى قميصة قدم من در قال انه من كيدك ان كيدك عظيم حكى
 الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكم اذا حكى عن منكره غيره فصار
 الحكم بالعلامة مشرعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا وان لم

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

— ٢٥٤ —

﴿ كتاب اللقطة ﴾

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

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

ذكرنا حال ما قبل الاخذ وأما حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان في حال هي أمانة وفي حال هي مضمونة أما حالة الأمانة
فهي أن يأخذها لصاحبها لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت يده أمانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهي أن
يأخذها لنفسه لأن المأخوذ لنفسه مغضوب وهذا لا خلاف فيه وإنما الخلاف في شيء آخر وهو أن جهة الأمانة إنما
تعرف من جهة الضمان أما بالتصديق أو بالاشهاد عند أبي حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء
صاحبها وصدقه في الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع وان لم يشهد لان جهة الأمانة قد ثبتت بتصديقه وان كذبه
في ذلك فكذا عند أبي يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبي حنيفة فان
أشهد فلا ضمان عليه لأنه بالاشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده أمانة وان لم يشهد يجب عليه الضمان
ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لأنه أقر بالغصب والمنعصوب مضمون على الغاصب وجه قوله ما
أن الظاهر أنه أخذها لنفسه لأن الشرع إنما مكنته من الاخذ بهذه الجهة فكان اقدامه على الاخذ دليل على أنه أخذ
بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهداً له فكان القول قوله ولكن مع الحالف لان القول قول الامين مع اليمين ولا يبي
حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير إذنه بسبب لوجوب الضمان في الاصل لأنه اذا كان الاخذ
على سبيل الأمانة بان أخذها لصاحبه فيخرج من أن يكون سبباً وذلك إنما يعرف بالاشهاد فاذا لم يشهد لم يعرف كون
الاخذ لصاحبه فيبقى الاخذ سببياً 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 لهما ما كسبت وعليهما ما اكتسبت فكان
أخذه اللقطة في الاصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان لانه غصب وإنما
يعرف الاخذ لصاحبها بالاشهاد فاذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها الى
مكانها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في الموطأ وبعض مشايخنا رحمهم الله
قالوا هذا الجواب فيما اذار فعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فاما اذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم
ردها الى مكانها يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعي
رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول
الوديعة فاذا ردها الى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فاشبه الوديعة اذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى
ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسماً بتبرعها ليحفظها على صاحبها فاذا ردها الى مكانها فقد فسخ التبرع من الاصل فصار
كانه لم يأخذها أصلاً وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وإنما تبرع به وقد رده بالرد الى مكانها فارتد وجعل كأن لم يكن هذا اذا
كان أخذها لصاحبها ثم ردها الى مكانها فضاغت وصدقه 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 التقطت لقطة
أو عندى لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندى شيء فمن رأيتوه يسأل شيئاً فدلوه على فاذا قال ذلك ثم
جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وان كان عنده عشر لقطات لان اسم
الشيء واللقطة منكران ان كان يقع على شيء واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضوع راد 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 الشهاد أعلى الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان
الا بالرد على المالك لانه ظهر أنه أخذها غصباً فكان الواجب عليه الرد الى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد
ما أخذت حتى تردده فاذا عجز عن رد العين يجب عليه بدؤها كما في الغصب وكذلك اذا أخذ الضالة ثم أرسلها الى
مكانها الذي أخذها منه فكما حكم اللقطة لان هذا أحد نوعي اللقطة وقد روينا 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 فانه 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 انى وجدت لقطه فأتا منى فيها فقال عرفها سنة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم يقول الكلام في التعريف في موضعين أحدهما في مدة التعريف والثاني في بيان مكان التعريف أما مدة التعريف فيختلف قدر المدة لا يختلف قدر اللقطة ان كان شيئاً له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعداً يعرفه حولاً وان كان شيئاً قيمته أقل من عشرة يعرفه أياماً على قدر ما يرى وروى الحسن بن زيد عن أبي حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال ان كان مائة ونحوها عرفها سنة وان كان عشرة ونحوها عرفها شهر وان كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وان كان درهماً ونحوه عرفه ثلاثة أيام وان كان دنانيراً ونحوه عرفه يوماً وان كان تمر أو كسرة تصدق بها وانما تكمل مدة التعريف اذا كان مما لا يتسارع اليه الفساد فان خاف الفساد تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف فالاسواق وأبواب المساجد لانها مجمع للناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر ثم اذا عرفها فان جاء صاحبها وقام البيئتها ملكة أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وان لم يقم البيئتها ولكنه ذكر العلامة بان وصف عقاصها ووكاءها ووزنها وعددها محل للملتقط أن يدفع اليه وان شاء أخذ منه كقبيلاً لان الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجملة كما في اللقيط الا ان هناك يجبر على الدفع وهنالك لا يجبر لان هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فع العلامة أولى وهنالك عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن له الدفع وله أن يأخذ قبيلاً لجواز مجيء آخر فيدعيها ويقم البيئتها ثم اذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار ان شاء أمسكها الى أن يحضر صاحبها وان شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فان كان غنياً لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعي رحمه الله اذا عرفها حولاً ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وان كان غنياً وتكون قرضاً عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأل عن اللقطة عرفها حولاً فان جاء صاحبها والافشأ نكها وهذا اطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غني بل ان الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل اللقطة من التقط شيئاً فليعرفه سنة فان جاء صاحبها فليردها عليه وان لم يأت فليصدق والاستدلال به من وجوب أحدهما أنه نفي الحل مطلقاً وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثاني أنه أمر بالتصدق ومصروف الصدقة للفقير دون الغنى وان الانتفاع بمال المسلم بغير اذنه لا يجوز الا للضرورة ولا ضرورة اذا كان غنياً وأما الحديث فلا حجة فيه لان قوله عليه الصلاة والسلام فشأ نكها ارشاد الى الاشتغال بالحفظ لان ذلك كان شأنه المعهود باللقط الى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقاً بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض واذا تصدق بها على الفقراء فاذا جاء صاحبها كان له الخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وان شاء ضمن الملتقط أو الفقير ان وجدته لان التصديق كان موقوفاً على اجازته وأبهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما في غاصب الغاصب وان كان فقيراً فان شاء تصدق بها على الفقراء وان شاء أنفقها على نفسه فاذا جاء صاحبها خيره بين الاجر وبين ان يضمها له على ما ذكرنا وكذلك اذا كان غنياً جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته اذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبداً ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في صفة مكة ولا تحل لقطتها الا لمنشد أى لمعرف فالمنشد المعروف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم الا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له في الحديث لانا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها الا

ابن مسعود فاجر رجل فقال قدم فلان بياق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجر اقتال عبد الله رضى الله عنه وجعلان شاء من كل رأس درهمين نقل أنه انكر عليه منكر فيكون اجما عولان جعل الأبق طريق صيانة عن الضياع لانه لا يتوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا يؤخذ لصاحبه وبتحمل مؤنة الاخذ والرد عليه بجائنا 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 الأبق عن الضياع وصيانة المال عن الضياع واجب فكان المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترمى 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 في ما شرط 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 بقي 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 والأبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الزاد اثنين والأبق واحداً فلهما جعل واحد بينهما نصفان لا شتر كما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الزاد واحداً والأبق واحد أو المالك اثنين فلهما جعل واحد على قدر ملكيتهما ولو جاء بالأبق 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 فمؤاخذ بالعبء حتى يعطى الجعل لما ذكرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيبايع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمزني هذا اذا جاء به اجنبي 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 (وجه) قوله انه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قولهما أن الجحى 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 اجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولاة قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن الجحى به على قصد الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل برد الأبق المهرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المرتهن لان منفعة الصيانة ترجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع يستقطب دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الزاد بالغاً أو صبياً حراً أو عبداً لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الزاد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثاً أو اجنبياً لانه اذا كان في عياله كان الردم منه 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 والاصل 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 برداً بقره وابنه والزوج برداً بقره زوجته انه لا جعل لهما وان لم يكونا في عيالهما لان الابن وان لم يكن في عيال أبيه فالردم منه بحري بحري الخدمة لابيه والابن لا يستحق الاجر بخدمة أبيه لانها

مستحقة عليه ولهذا الواستأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد في العادات يحفظون
 أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان راد أعبد نفسه معنى إذ كان بالرد عاملا لنفسه فلا يستحق
 الاجر وكذلك الزوج اذا رد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بماله عادة وكذلك لا تقبل شهادة كل
 واحد منهما للآخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذا رد عبد ابنه فان كان في عياله لا جعل له لان الاجنبي الذي
 في عياله لا جعل له فالقرابة أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعاً وشرعاً وعقلاً ولهذا وخدم
 بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد
 للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افترق
 الامران وعلى هذا سائر ذوى الارحام من الاخ والعلم والحال وغيرهم ان كان في عيال المالك لا جعل له لما
 قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل وعلى هذا الوصي اذا رد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق
 عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي اذا رد عبد اليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المرود
 مرقوقاً مطلقاً كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتباً لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع
 الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناول مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لي حر الابنية 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 بالاباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانها
 يستخدمان عادة فلعلمهما بكفان مالا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما في القن
 الا أن الفرق بينهما وبين القن انه اذا جاء القن 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 القن والله سبحانه وتعالى أعلم

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

﴿فصل﴾ وأما بيان قدر المستحق فينظر ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله أر بعون درهم المار وبنان
 حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر
 عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى
 الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت
 مثل الجعل أو أقل منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاماً وان كانت
 قيمة العبد درهماً واحداً واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال من كل رأس أر بعين
 درهماً اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في
 هذه الصيانة لو اعتبر الرأس دون القيمة لانه ان كان 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
 محمول على ماذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أر بعين 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) الأول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فكذا أو ان سبقتني فكذا ويسمى أيضا رهانا فعلا من الرهن

﴿فصل﴾ وأما شرائط جوازه فأشياء (منها) أن يكون في الأنواع الاربعه الخافر والخف والنصل والقدم لافي غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام انه قال لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل الا انه ز يد عليه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها فقها وراعه بقى على أصل النفي ولانه لعب واللعب حرام في الاصل الا أن اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراها على أصل التحريم اذا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روى عن سعيد بن المسيب انه قال ان العصابة ناقرة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت في سباق فدفعت يوما في ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة اذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس اذا رفعوا شيئا أو ارادوا رفع شي وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت ساءت النبي عليه الصلاة والسلام فسبقته فلما حملت اللحم ساءتته فسبقتي فقلت هذا ابتلك فصارت هذه الأنواع مستثناة من التحريم فبقى ما وراها على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لاسباب الجهاد في الجملة فكانت لعبا بصورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزا اذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكن اللعب اذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الاهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهرة الداعية الى الوطء الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه الاشياء فلم يكن في معنى المستثنى فبقى تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا اذا وجد فيه محلا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا 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 شيء عليك فهو جائز لان الخطر اذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريم على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بما له نفسه وذلك مشروع كالتفصيل من الامام وبل أولى لان هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل والامام بالتفصيل يتصرف في غيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمة 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 أخذ الخطر وان لم يسبق لا يعرف شيئا فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منك فله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريم على استعداد أسباب الجهاد خصوصا من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام اذا حرض واحدا من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أو لاقه من الفل كذا ونحوه جاز كذا هذا وبل أولى لما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الاشياء الاربعه حتى لو كانت فيما يعلم انه يسبق غالبالاجواز لان معنى التحريم في هذه الصورة لا يتحقق فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الودیعة ﴾

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

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأشياء (منها) عقل المودع فلا يصح الإيداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعي رحمه الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما ذكر في كتاب المأذون وكذا حرته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الإيداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الودیعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن حكم هذا العقد هزلوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الودیعة من الصبي المأذون لأنه من أهل الحفظ ألا ترى أنه أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الأذن له سفهاً (وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الودیعة منه لأنه لا يحفظ المال عادة ألا ترى أنه منع منه ماله ولو قبل الودیعة فاستهلكها فإن كانت الودیعة عبداً 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 إيداعه لو صح فاستهلك الودیعة بوجوب الضمان وإن لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان إذا كانت الودیعة عبداً أو أمة (وجه) قولهما أن إيداع الصبي المحجور اهلاك للمال معنى فكان فعل الصبي اهلاك مال قائم صورة لا معنى فلا يكون مضموناً عليه ودلالة ما قلنا أنه لما وضع المال في يده فقد وضع في يدهم لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعاً ولا شك أنه لا يجب عليه حفظ الودیعة شرعاً لأن الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على أنه لا يحفظ الودیعة عادة أنه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه قال الله تبارك وتعالى فإن آسئتم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم وهذا فارق المأذون لأنه يحفظ المال عادة ألا ترى أنه دفع إليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع إليه سفهاً بخلاف ما إذا كانت الودیعة عبداً أو أمة لأن هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضاً 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 الإيداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترب عليه أحكام العقد لأنه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع على ما ذكر في كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لأنه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فإن كانت عبداً أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو القضاء وإن كانت سواهما فإن قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وإن قبلها بغير إذنه لا يؤاخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يؤاخذ به في الحال والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور

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

طعامه وشرابه وكسوته كائن من كان قريبا أو اجنيا من ولده وامر أنه وخدمه وأجيره لا الذي استأجره
بالدراهم والدنانير ويبد من ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشر بكة المتفاوض والعنان وعبد المأذون وعبد
المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يحفظ الا بيد نفسه الا أن يستعين بغيره من غير أن
يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل في ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الا بداع من غيره كمالا
يملك الا بداع سائر الاجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والا نسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال
نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة ويدهو لاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضا فكان الحفظ بايديهم داخلا
تحت العقد دلالة وكذلك ان يرد الوديعة على أيديهم حتى لو هلك قبل الوصول الى المالك لا ضمان عليه لأن يدهم يد
المودع معني فادام المال في أيديهم كان محفوظا بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة الى غيره الا لعذر حتى لو دفع تدخل
في ضمانه لان المالك ماضي بيده الا يرى انه لا يرضى مال نفسه بيده فاذا دفع فقد صار محالفا فقد دخل الوديعة في ضمانه
الا اذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق أو كان في السفينة تخاف الفرق فدفعه الى غيره لان الدفع اليه في هذه الحالة
تعين طريقا للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلواراد السفر فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر ولو
أودعها عند من ليس له أن يودعه فضاغت في بدل الثاني فالضمان على الاول لا على الثاني عند أبي حنيفة وعند أبي
يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني
وان ضمن الثاني يرجع به على الاول (وجه) قولهما انه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الاول
فلا نه دفع مال الغير الى غيره بغير اذنه وأما الثاني فلا نه قبض مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب وجوب الضمان
فيخير المالك ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كودع الغاصب مع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لا يرجع
بالضمان على الثاني لانه ملك الوديعة ببدء الضمان فبين انه أودع ماله نفسه اياه فهذا مودع هلك الوديعة في يده فلا شيء
عليه وان ضمن الثاني يرجع بالضمان على الاول لان الاول غره بالا بداع فيلزمه ضمان الغرور كانه كفيل عنه بما يلزمه من
العقده في هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان كفاة لما علم (وجه) قول أبي حنيفة ان يد المودع الثاني ليست بيد ما نعة بل هي
يد حفظ وصيانة الوديعة عن اسباب الهلاك فلا يصلح ان يكون سببا وجوب الضمان لانه من باب الاحسان الى
المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي ان لا يجب الضمان على الاول ايضا لان الا بداع
منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسنا فيه الا انه صار مخصوصا عن النص فبقى المودع الثاني على ظاهره
ولو أودع غيره وادعى انه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك الا بينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله
كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لان الدفع الى غيره سبب وجوب الضمان في الاصل فدعوى الضرورة دعوى
أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق الا بحجة هذا اذا هلك الوديعة في يد المودع الثاني فاما اذا
استهلكها فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع غير انه ان ضمن الاول يرجع بالضمان على
الثاني وان ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الاول لان سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك
لوقوعه اعجازا للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الاول الا الدفع الى الثاني على طريق الاستحفاظ
دون الاعجاز الا انه ألحق ذلك بالاعجاز شرعا في حق اختيار التضمين بصورة لانه باسبب الاعجاز فكان الضمان في
الحقيقة على الثاني لان اقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الاول على الثاني ولم يرجع الثاني على الاول بخلاف مودع
الغاصب اذا هلك المعصوب في يده ان المالك يتخير بين ان يضمن الغاصب أو يضمن المودع فان ضمن الغاصب
لا يرجع بالضمان على المودع وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا اذا أودع رجل من
رجلين مالا فان كان محتملا للتسمة اقتسامه وحفظ كل واحد منهما نصفه لانه لا أودعه من رجلين فقد استحفظهما
جميعا فلا بد وان تكون الوديعة في حفظهما جميعا ولا تتحقق الا بالتسمة ليكون النصف في يده والنصف في يده ذلك

لان الحفظ في المصر اكل من الحفظ في السفر اذا السفر موضع الخطر الا اذا خاف التلف عليها فاضطر الى الخروج بها
نخرج لاتدخل في ضمانه لان الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع في داره حريق أو كان في سفينة
نخاف الفرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديعة في دارك هذه فحفظها في داره اخرى فان كانت الدار ان في
الحرز سواء او كانت الثانية احرز لان 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 لاتدخل في ضمانه لان البيتين من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدار بن 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 تجب 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 اوقعه فلا يترك هذا الاصل الا للضرورة ولم
توجد وصار كالدار بن والجواب نعم اذا تعلق به عاقبة حميدة فاما اذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لان التعيين عند
انعدام التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث كما اذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ في هذه الزاوية من
البيت ولا تحفظ في الزاوية الاخرى فلا يصح التعيين لانعدام القاندة حتى لو تفاوتا في الحرز يصح بخلاف الدار بن
والاصل في الدار بن اختلاف الحرز فكان التعيين مفيداً حتى لو لم يختلف فالجواب 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 فإحدى احدى ما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بان أودع رجلان رجلاً وديعة دراهم أو دنانين أو ثياباً أو غاب ثم
جاءه أحدهم وطلب بعضها وأبي المستودع ذلك لم يأمره القاضي بدفع شيء اليه ما لم يحضر الغائب عند أبي حنيفة وقال
أبو يوسف ومحمد يقسم 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 الاخذ بأخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له
ذلك من غير حضرة الغائب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فإحدى احدى ما وطلب حصته من الدين فانه يدفع
اليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان المودع لو دفع شيئاً الى الشريك الحاضر لا يخلو اماناً يدفع اليه
من النصيبين جميعاً واما ان يدفع اليه من نصيبه خاصة لا وجه الى الاول لان دفع نصيب الغائب اليه ممتنع شرعاً ولا
سبيل الى الثاني لان نصيبه شائع في كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز الالف 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 لتميزه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد
الشريكين يدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهذا يدفع مال الغائب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده الف
درهم فإحدى احدى ما وادعى كل واحد منهما انه أودعها اياها فقال المودع أودعها أحدها وكنت أدري أيكما فهو هذا في
الاصل لا يخلو من احد وجهين اماناً اصطلاح المتدعيان على ان يأخذ الالف وتكون بينهما واما ان لم يصطلحوا وادعى
كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلاحاً على ذلك فلم يملك ذلك وليس للمودع ان يتمتع عن تسليم
الالف اليهما لانه أقران الالف لهما واذ اصطلاحاً على انها تكون بينهما لا يمنع عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

المودع بعد الصلح وان لم يصطلحوا وادعى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى أحدهما شيئا لجهة المقر له بالوديعة
ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما فالامر لا يخلو اما أن يخلف لكل واحد منهما
واما أن ينكل لكل واحد منهما واما ان يخلف لآخرهما وينكل للاخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصوصتهما
للحال الى وقت اقامة البيئة كما في سائر الاحكام وهل يملك ان الاصطلاح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف
فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد بن علي قوله لا يملك ان وعلى قول محمد بن علي وهو
مسئلة الصلح بعد الحلف وقد مرت في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين ويضمن الفأخرى
بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل أو
اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الف أو أقر لكل واحد منهما بالف فيقضى عليه بينهما بالف ويضمن أيضا الف
أخرى تكون بينهما يحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو حلف لآخرهما ونكل للاخر قضى بالالف للذي نكل
له ولا شيء للذي حلف له لان النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله
أمر بآداء الامانات الى أهلها وأهلها المسكاح 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 احميها لان ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح الاتهام صارت مخصوصة عن
عموم الآيات فثبتت الوديعة على ظاهره ولان القياس في الموضوعين ما ذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا اننا استحسننا في
العارية للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك أو بدفعها الى من في عياله حتى لو كانت العارية شيئا نفيسا كمتقد جوهر
ونحو ذلك لا يصح الرد لان عدم جريان العادة بذلك في الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة في مال الوديعة فثبت على أصل
القياس ولان مبنى الادياع على السر والاعفاء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من
المصلحة فلورده على غير المالك لا تكشف اذا السر اذا جاوز اثنين يفسوفوت المعنى الجمول له الادياع بخلاف
العارية لان مبنائها 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 الفرق ومنها انه اذا ضاعت في يد المودع بغير
صنعه لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المقل الضمان ولا على المستودع
غير المقل 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 فقال المودع
هلكت أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فاقول قول المودع لان المالك يدعى على الامين أمرا عارضا
وهو التعدي والمودع مستصحب لخال الامانة فكان متمسكا بالاصل فكان القول قوله لكن مع التمين لان التهمة
قائمة قيس تحلف 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 لم
يصدق وهو ضامن لانه نفي الرد بدعوى الهلاك ونفي الهلاك بدعوى الرد فصار نفيها ما أثبتته مثبتا فانه وهذا تناقض
فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولا نفي له ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحدة
منهما فقد ذهب أمانته فلا يقبل قوله

فصل ١٠ وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ
الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدنها وذلك بطريق الكفالة ولهذا الورأى انسانا يسرق الوديعة
وهو قادر على منعه ضمن لترك 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 ما له بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك
 فدخلت في ضمانه وحكى عن الفقيه ابي جعفر الهمدواني انه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخاري
 وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول في
 الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك
 استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول
 الوديعة في ضمانه بخلاف وان خالف في الوديعة ثم عاد الوفاقي يبرأ عن الضمان عند علمنا الثلاثة وعند زفر والشافعي
 لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فتدارق العقد فلا يعود الا بالتجدد ولم
 يوجد فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستاجر اذا خالف ثم عاد الى الوفاقي لا يبرأ عن 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 والاشتغال بالحفظ حافظ
 مال المالك له بامر لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت في ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول
 في ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفاً وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حالة الخلاف لكن
 هذا لم يوجب ارتقاع العقد أليس ان من وكل انسانا ببيع عبده بالنقود درهم فباعه بألف وسامه الى المشتري دخل العبد
 في ضمانه لا تعقد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقي العقد حتى لو أخذه كان له
 يبيعه بالقبض كذا هذا على أن ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن في قدر مافات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك في
 زمان الخلاف لا فيما بقي في المستقبل كما اذا استخفظه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ في بعض الشهر ثم اشتغل به في
 الباقي بقي العقد في الباقي يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما أن الارتقاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا في
 قدر القائم 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 أو شهر او زمان ما بعد
 الخلاف داخل في المطلق والوقت فلا ينتقض بالخلاف بل يتقرر فهو الفرق ومنها جحد الوديعة في وجه المالك عند
 طلبه حتى لو قامت البينة على الابداع أو نكل المودع عن اليمين أو أقر به دخلت في ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد
 ظهر ارتقاعه بالجحد أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ والمودع لما جحد الوديعة حال
 حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد في مال الغير في يده بغير اذنه فيكون مضموناً عليه فاذا هلكت تقرر
 الضمان ولو جحد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البينة على أنها هلكت بعد
 الجحد أو قبل الجحد أو مطلقاً فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحد أو مطلقاً لا ينتفع ببينته لان العقد ارتفع
 بالجحد أو عنده فدخلت العين في ضمانه والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لان يستطه وان أقام البينة على أنها هلكت
 قبل الجحد تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الجحد لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحد فلا
 يرتفع بالجحد فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الجحد ولا بينة له وطلب
 اليمين من المودع حلقه القاضي بالله تعالى ما يعلم أنها هلكت قبل جحدوه لانه الاصل في باب الاستحلاف أن الذي
 يستحلف عليه لو كان أمر الواقف به الخالف للزومه فاذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل
 الجحد قبل منه ويسقط الضمان عن المودع فاذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا
 اذا جحد حال حضرة المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن
 في الخالين 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 بالعزل على ما بيننا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع
 العقد ولا ان 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
 حتمية أو معني وهو اعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو
 طلب الوديعة فمنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم اليه حتى هلكت يضمن لانه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها
 لئلا تدخلت في ضمانه فاذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى انه كان باذن المالك
 لا يصدق الا ببينة لان الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الاصل وقوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض
 فلا تقبل 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 لعدم الاتلاف منه بل تلتقت بنفسها لعدم الفعل من جهته وأما كونه شريكا لصاحبها فلو جحد معني الشركة
 وهو اختلاط المالكين ولو أودعه رجلان كل واحد منهما الف درهم خلط المودع المالكين خلطا لا يميز فلا سبيل لهما
 على أخذ الدرهم ويضمن المودع لكل واحد منهما الف والفا ويكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف
 ومحمد هما بالخيار ان شاء اقسما المخلوط نصفين وان شاء أضمن المودع الفين وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات
 والموزونات اذا خلط الجنس بالجنس خلطا لا يميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما ان
 الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول اليها بعرض الخلط فان شاء اقسما لا اعتبار جهة القيام وان شاء أضمننا
 لا اعتبار جهة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله انه لما خلطها خلطا لا يميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع
 بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا ثبت اختيار التضمنين عندهما واختيار
 التضمنين لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافا ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعير فخلطهما فهو
 ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لان الخلط اتلاف وعندهما لهما ان يأخذ العين ويبيعاها ويقسما
 الثمن على قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان قيمة الحنطة تنقص بمخلط 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 تحقق ولا يضمن الباقي لانه لم
 يوجد منه الاتلاف قدر ما تحقق ولو رد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف
 والنصف الباقي بالخلط الكون الخلط اتلافا على ما بيننا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها فلم ينفقها ثم ردها الى
 موضعها بعد أيام فضاغت لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله انه أخذها على وجه التعدي
 فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) ان نفس الاخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا توجب الضمان والاصل
 فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تبارك وتعالى عز شأنه عفا عن أمي ما حدثت به
 أقسبها ما لم يتكلموا أو فعلوا ظاهر الحديث يقتضي أن يكون ما حدثت به النفس عفو على العموم الا ما خص بدليل
 وعلى هذا الخلاف اذا أودعه كسبا مسدودا فخلطه المستودع أو صند وقامة فلا تفتح 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 ففي دين في تركته يحاص الغرماء لانه لم مات مجهلا
 للوديعة فقد أتلفها معني لخروجها من ان تكون مستفعا بها في حق المالك بالتججيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الورثة
 انها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لان الموت مجهلا سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافا فكان

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

كتاب العارية

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العارية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان
ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان حال المستعار وفي بيان
ما يوجب تغير حاله أماركتها فهو الإيجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانا
والقياس إن يكون ركنًا وهو قول زفر كما في الهبة حتى إن من حلف لا يعير فلا نفاذ فاعاره ولم يقبل بحيث كما إذا حلف لا يعير
فلا ناشياً فوهبه ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة والإيجاب هو أن يقول أعرتك هذا الشيء أو منحتك هذا الثوب أو
هذه الدار أو أطعمتك هذه الأرض أو هذه الأرض لك طعاماً أو أخذت منك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك
على هذه الدابة أدام بنو به الهبة أودارى لك سكنى أودارى لك عمرى سكنى أما لفظ الاعارة فصرح في بابها وأما
المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع الانسان بها زماناً ثم يردها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبي عليه الصلاة
والسلام المنحة مردودة ومنحة الأرض زراعتها قال النبي عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك وكذا
الاطعام المضاف إلى الأرض هو اطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفوا عادة وهو معنى العارية
وأما اخذ العبد أياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى هو
جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعتها المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على
هذه الدابة فإنه يحتمل الاعارة والهبة فأي ذلك نوى فهو على ما نوى لأنه نوى ما يحتمل لفظه وعند الإطلاق ينصرف
إلى العارية لأنها أذنى فكان الحمل عليها أولى ولو قال داري لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند
أبي يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهي مسألة كتاب الهبة

فصل وأما الشرائط التي يصير الركن بها اعارة شرعاً فأشأنها العقل فلا تصح الاعارة من الجنون والصبي
الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبي المأذون لأنها من توابع التجارة وأنه يملك
التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعي لا يملك وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحريرة ليست بشرط فيملكها
العبد المأذون لأنها من توابع 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 فإن لم يكن لا تصح اعارته لأن
حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين إذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما ذكره في موضعه

فصل وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته أما
الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفوا عادة عندنا وعند الشافعي إباحة المنفعة حتى
يملك المستعير الاعارة عندنا في الجملة كالمستأجر يملك الاجارة وعندنا لا يملكها أصلاً كالمباح له الطعام لا يملك
الإباحة من غيره وجه قول الشافعي دلالة الإجماع والمعقول أما الإجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تملك
المنفعة لجاز 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 المعدوم لا نعدم المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع
لأنه يبيع ما ليس عند الانسان وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب
الاجارة حكماً للضرورة ولا ضرورة إلى الاعارة فثبتت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل
المنافع وصرحها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تملكها كالأباحة كما في الاعيان وإنما

صح من غير أجل لان بيان الاجل للتحرز عن الجهة المفضية الى المنازعة والجهة في باب العارية فلا تنضى الى المنازعة لانها عقد جائز غير لازم وهذا المعنى لا يملك الاجارة لانها عقد لازم والاعارة عقد غير لازم فلو ملك الاجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم مما 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 يتعدى في حق الحكم الا عند وجود المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدونها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ماليس عند الانسان وعلى هذا تخرج اعارة الدرهم والدنانير انها 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 تصحيح اعارة حقيقية فتصح قرصاً مجازاً لوجود معنى الاعارة فيه حتى لو استعار حلياً ليتجمل به صح لانه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة الى الحمل على المجاز وكذا اعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به بالاستهلاك 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 ووبرهامدة ثم يردھا على صاحبها لان ذلك معدوم من المنافع عرفاً وعادة فكان له حكم المنفعة وقدروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال هل من أحد يمنح من ابنة ناقة أهل بيت لا درهم وهذا يجري مجرى التزويج لمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعد رقبته وكذا لو منح جدياً أو عناقاً كان عارية لانه يعرض أن يتنفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه فنقول والله التوفيق جملة الكلام فيه ان عقد الاعارة لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان مطلقاً واما ان كان مقيداً فان كان مطلقاً بان اعارته انسا ناو لم يسم مكاناً ولا زماً ولا الركوب ولا الحمل فله ان يستعملها في أى مكان وزمان شاء وله ان يركب أو يحمل لان الاصل في المطلق ان يجري على اطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقاً فكان له أن يستوفىها على الوجه الذى ملكها الا أنه لا يحمل 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 بضمن 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 الذى ملكه متصرفاً في ملك نفسه الا أنه لا يملك الاجارة لما قلنا فان أجر وسلم الى المستأجر ضمن لانه يدفع مال الغير اليه بغير اذنه فصار غاصباً فان شاء ضمنه وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض مال الغير بغير اذنه كالمشترى من الغاصب الا أنه اذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لانه ملكه 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 الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة واذا كان عالماً بصير مغروراً من جهته فلا يرجع عليه وهل يملك الايداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لانه يملك الاعارة فلا يداع أولى لانها دون الاعارة وقال بعضهم لا يملك استدلالاً بمسئلة مذكورة في الجامع الصغير وهي أن المستعير اذا رد العارية على يد أجنبي ضمن ومعلوم أن الرد على يده ايداع اياه ولو ملك الايداع لما ضمن وان كان مقيداً فيراعى فيه القيد ما يمكن لان أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى تصرف الا اذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلغا الوصف لان ذلك يجري مجرى العيب ثم انما يراعى القيد فيما دخل لافيها 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 ثوبا

على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه الا اذا تعذر اعتباره واعتبار هذا القيد ممكن لانه متيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والثياب ركوبا ولبسا فلزم اعتبار القيد فيه فان فعل حتى هلك ضمن لانه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت فان كانت الدابة مما تطبق حملها جميعا يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف الا في قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطبق حملها جميعا يضمن نصف قيمتها لانه استهلكها ولو أعاره داراليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقيد بسكناه مفيدا فيلغو الا اذا كان الذي يسكنها اياه حدادا أو قصارا ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما في الاجارة ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة لان الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيدا فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو دحنا أو أرزا أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك حتى انها لو عطبت لا يضمن استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وان كان خلافا لصورة فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضيا به دلالة فلم يكن التقيد بالحنطة مفيدا وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فانه لا يكون مخالفا حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تبناً أو أجراً أو حديداً أو حجارة سواء كان مثله في الوزن أو أخف لان ذلك أشق على الدابة أو أتقى لظهرها أو أعتق ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على أن يحمل عليها مائة من قطناً فحمل عليها مثله من الحديد وزنا فعطبت ضمن لان القطن ينسبط على ظهر الدابة فكان ضرورته أقل من الحديد لانه يكون في موضع واحد فكان ضروره بالدابة أكثر والرضا بادي الضررين لا يكون رضا باعلاهما فكان التقيد مفيدا فيلزم اعتباره ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فعطبت نظري ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطبق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل ما لا تطبق الدابة اتلاف للدابة وان كانت الدابة مما تطبق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مخاتيم فعطبت ضمن جزأ من احد عشر جزأ من قيمتها لانه لم يتلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على أن تستعملها في مكان كذا في المضر يتقيد به وله ان يستعملها في أي وقت شاء باي شيء شاء لان التقيد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقا 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 الرحمة الآخر وكان يقول أولا يبرأ عن الضمان كالمسودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على أن يستعملها يوماً يبقى مطلقا فيما وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردّها على المالك حتى هلكت يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل 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 دفعا للثمة

﴿فصل﴾ وأما صفة الحكم فهي ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازما كالملك الثابت بالهبة فكان 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 للمالك ان يخرجها فله ذلك سواء كانت العارية مطلقاً أو موقوفة قلنا غير انها ان

كانت مطلقة له ان يحير المستعير على قلع الغرس وتفض البناء لان في الترك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له واذ قلع وتفض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فأخرجه قبل الوقت بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقته فأخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرجها ولا يحير على النقص والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه وبنائه قائماً سليماً وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتاً ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كفيلاً عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور كفالة فكان له ان يرجع عليه بالضمان وملك صاحب الارض البناء والغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شاء أخذ غرسه وبنائه ولا شيء على صاحب الارض ثم انما ثبت خيار القلع والنقص للمستعير اذ لم يكن القلع أو النقص مضرًا بالأرض فان كان مضرًا بها فالخيار للمالك لان الارض أصل والبناء والغرس تابع لها فكان للمالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الأصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقص هذا اذا استعار أرضاً للغرس أو البناء فاما اذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك في يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحساناً في القياس ان يكون له ذلك كما في البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الامكان وذلك ممكن في الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن في الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الأصل أولى وقالوا في باب الاجارة اذا انقضت المدة والزرع قتل لم يستحصده انه يترك في يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر بل يحير 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 واحج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعاً 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 والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلانه عقد تبرع بالمنفعة تملكاً أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلو جهين 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 وصيانتها عن الهلاك وهذا احسان في حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فمع الاذن أولى الثاني ان القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لانه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الاعلى المتعدى قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب واما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هي الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فالعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لما علم وهنالك يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا 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 من نافع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روى انه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فامرسل اليه فامنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حينئذ فقال هل عندك شئ 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 فتعارضت الروايتان فسمكت الاحتجاج مع ما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد به تقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روى 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 الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية بمؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردوه ولان حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو بالطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الأمان في باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وهنالا يبرأ وقد تقدم الفرق في كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد أذن له بذلك وجدد المالك فالتقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الإصل فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الوقف والصدقة﴾

أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفيته وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان حكم الوقف الحائز وما يتصل به (أما) الاول فنقول والله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصديق بالقرع مادام الواقف حيا حتى ان من وقف داره أو أرضه بآزمه 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 اضافة الى ما بعد الموت بأن قال اذا مت فقد جعلت دارى أو أرضى وفقاً كذا أو قال هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي واختلفوا في جوازه من يلا ملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم الحاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته وادامات يصير 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 الحالتين جميعاً اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوي عنه انه اذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطاً أو خاناً للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة فلا لزوم لرقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبي حنيفة الا اذا اضافة الى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجتازين في الرباط
والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجداً يجوز وتزول الرقبة
عن ملكه لكن عزل الطريق وأفرزه والاذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن
يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجداً أو ليس له أن يرجع عنه على ما نذكره
(وجه) قول العامة الاقضاء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى
عليهم أجمعين فإنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان
وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولأن الوقف ليس الازالة للملك عن الموقوف وجعله الله
تعالى خالصاً فاشبه الاعتاق وجعل الارض أو الدار مسجداً والدليل عليه أنه يصح مضافاً الى ما بعد الموت فيصح
منجزاً وكذا لو اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير الجائز لا يحتل 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 أى لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف
حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفيماً شرعاً وعن شرح انه قال جاء محمد بن يعقوب الحنبلية وهذا منه رواية
عن النبي عليه الصلاة والسلام انه يجوز بيع الموقوف لأن الحنبلية هو الموقوف فعيل بمعنى المقبول اذ الوقف حبس
لغة فكان الموقوف محبوساً فيجوز بيعه وبه تبين ان الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف (وأما) وقف
رسول الله صلى الله عليه وسلم فانما جاز لان المانع من وقوعه حبس عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم
لم يقع حبس عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم انما معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقاف
الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل انها كانت قبل نزول سورة النساء
فلم تقع حبس عن فرائض الله تعالى وما كان بعده وانه عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوه ابالاجازة
وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وانما جاز مضافاً الى ما بعد الموت لانه لما أضافه الى 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 بثلاث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلاث ماله على الفقراء لا يجوز وأما اذ حكم به كما قلنا جاز لان حكمه
صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده اليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى اليه اجتهاده جاز كما في
سائر الاجتهادات

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الجواز فأنواع بعضها يرجع الى الواقف وبعضها يرجع الى نفس الوقف وبعضها يرجع
الموقوف (أما) الذي يرجع الى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون
لان الوقف من التصرفات الضارة لكونه ازالة للملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة
ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه العبد لانه ازالة للملك والعبد ليس
من أهل الملك وسواء كان مآذوناً ومجوراً لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه
المآذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يجرجه الواقف من يده ويجعل له قباوساً له 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 انه كان يفعل كذلك ولان هذا ازالة للملك لا الى حد فلا
يشترط فيه التسليم كالاعتاق ولهما أن الوقف اخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر
التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل انهما أخرجاه عن أيديهما وسلماهما الى
التولى بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيئاً أو تصدق أو يمس اليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيا ويسلمه اليه وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذان واقامة بأذنه كذا ذكر
 القاضي في شرح الطحاوي وذكر القدوري رحمه الله في شرحه انه اذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحد كان تسليما
 ويحول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئا عند أبي
 يوسف ليس بشرط وعند محمد بشرط (وجه) قول محمد أن هذا اخراج المال الى الله تعالى وجعله خالصا له بشرط
 الانتفاع لنفسه يمنع الا خلاص فيمنع جواز الوقف كما اذا جعل أرضه أو داره مسجدا أو شرط من منافع ذلك لنفسه
 شيئا وكما لو اعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولا يبي يوسف ماروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه 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
 اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ما هو أفضل منه يجوز لأن شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى
 انه يباع باب المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا يبس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا عند أبي حنيفة
 ومحمد فان لم يذكر ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمي جهة تنقطع ويكون
 بعدها للفقراء وان لم يسمهم (وجه) قول أبي يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن
 الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكره التسمية ولأن قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وان لم يسمهم هو
 الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتا لدلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ولهما ان التأييد بشرط جواز الوقف
 كما نذكره وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع الى نفس الوقف فهو التأييد وهو أن
 يكون مؤبدا حتى لو وقت لم يجز لانه ازالة الملك الى الحد فلا تحتمل التوقيت كالاتفاق وجعل الدار مسجدا

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

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

الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بثلثه بالتصدق عليه لان الوقف حبس الاصل وتصدق بالقرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن 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 يشرط لان الوقف صدقة تجارية 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 يقدر عليها بأن كان فقيراً أجزها 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 أنفق القاضي عليها بالاجارة كذا هذا وما نهى من بناء الوقف وآلته صرفه الحالك في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه الى وقت الحاجة الى عمارة فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه الى مستحق الوقف لان حقهم في المنفعة والغلة لا في العين بل هي حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجداً فخرّب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود الى ملكه ويكون مسجداً أبداً عند أبي يوسف وعند محمد يعود الى ملكه (وجه) قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بمكان يصلي فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كما لو كفن ميتاً ثم كلفه سبغ وبق 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 كالا عتاق 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 المختار بن يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم ووجه القرع قد صححت بيتين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب وعند محمد يصير ميراثاً وقال أبو بكر الاعمش ينبغي أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الاسكاف ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق

﴿فصل﴾ وأما الصدقة اذا قال داري هذه في المساكين صدقة تصدق بثلثها وان تصدق بعينها جاز لان الناذر بالندى يتقرب الى الله تعالى بالمندور به ومعنى القرع به 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 المندور به صدقة موقوفة والوقف حبس الاصل وتصدق بالقرع ولو قال مالي في المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه انزكاة استحساناً والقياس أن يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن يجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ثم يجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك تصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا يجاب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له أمسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكتسب مالا فاذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لانه اضافة الصدقة الى المملوك وجميع ماله مملوك له في تصدق 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

— 361 —

﴿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 التيمين وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه وبمخرج عن كونه خصما وفي بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض اليمينين وحكم تعارض الدعوى لا غير وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو برأى عن حقه ونحو ذلك فإذا قل ذلك فقد تم الركن **فصل** وأما الشرائط المصححة للدعوى فانواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لانهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالجهول والعلم بالمدعى انما يحصل بأحد أمرين اما الاشارة واما التسمية وجملة الكلام فيسهل المدعى لا يخلو اما ان يكون عينا واما ان يكون دينا فان كان عينا فلا يخلو اما ان كان محتتملا للنقل أو لم يكن محتتملا للنقل فان كان محتتملا للنقل فلا بد من احضاره لكن الاشارة اليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر نقله كحجر الرحي ونحوه فان شاء القاضي استحضره وان شاء بعث اليه امينا وان لم يكن محتتملا للنقل وهو العقار فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لان العقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف في أنه لا يكتفى فيه بحد واحد وكذا بحدين عند أبي حنيفة ومحمد خلا فالأبي يوسف وهل تقع الكفاية بحد ثلاثة حدود قال علماءنا الثلاثة رضي الله عنهم نعم وقال زفر رضي الله عنه لا وهي مسألة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع الحدود وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعى عينا فان كان دينا فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشياء ومنها ان يذكر المدعى في دعوى العقار انه في يد المدعى عليه لان الدعوى لا بد وان تكون على خصم والمدعى عليه انما يصير خصما اذا كان بيده فلا بد وان يذكر انه في يده ليصير خصما فاذا ذكر وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فانه يحلف من غير الحاجة الى اقامة البينة من المدعى على انه في يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه في يده هذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلاحا على ذلك فلو سمع القاضي بيئته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنا معتذر لانه لا قضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لا يخلو اما ان يحلف واما ان يشكل فان حلف فلا مر فيه ظاهر وان نكل فكذلك لان القاضي لا يقضى بشئ وانما يأمره بأن يخرج من الدار ويحلى بينها وبين المدعى ومنها ان يذكر انه يطالبه به لان حق الانسان انما يجب ايفاؤه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن به عذر الا اذا رضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم في كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى الا بين يدي القاضي كالا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة الا على خصم حاضر الا اذا التمس المدعى بذلك كتابا حكما للقضاء به فيجيبه القاضي اليه فيكتب الى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماح الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعي رحمه الله انه ظهر صدق المدعى في دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء بيئته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خيرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب في خبره بالبينة فيظهر صدقه في دعواه كما اذا كان المدعى عليه حاضرا يحققة أن المدعى عليه لا يخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرا فان كان مقرا فكان المدعى صادقا في دعواه فلا حاجة الى القضاء وان كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهرة للحق فجاز (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 نهاه عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لا أحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والتضام بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لا أحد الخصمين قبل سماع
 كلام الآخر فكان منها عنه ولأن القاضى مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ياد اودان جعلناك
 خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص اقض بين هذين قال أقضى
 وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا يثبت مع احتمال
 العدم واحتمال العدم ثابت في البيئته لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبيئته 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 فيما وقع 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 فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سببا لثبوت
 حق الغائب لان الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق
 الحاضر لان كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقا به فيكون قضاء على الحاضر حتى ان من ادعى على آخر انه
 أخوه ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوى على الغائب لانه يرد اثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه
 وهما ثابتان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم توجد الابانة ولا حق قضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من
 الغائب من ضروراته تبعاله فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته
 لانه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته الا بآيات 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 تخرج المسائل الخمسة وتوابعها على
 ما نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة
 وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فامر القاضى بدفعها 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 قضى عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه
 منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار وروى عن أبي يوسف أنه
 تسمع دعواه وتقبل بينته هذا اذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما اذا ادعى انه اشتراه منه بعد ذلك
 تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لان عدم التناقض لا اختلاف الزمان
 ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو مفصولا لانه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق
 منه ما يقررها لان سابقا الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولا فالقياس
 أن لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولا لا تصح قياسا واستحسانا وجه القياس أن قوله هو
 لفلان اقرار منه بكونه ملكا لفلان في الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لان الشراء يوجب كونه ملكا للمشتري فلا يصح
 كما اذا قال مفصولا وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه في متعارف الناس وعاداتهم انه
 كان لفلان فاشترىته منه قال الله عز وجل واذكروا اذا تم قليل مستضعفون في الارض أى اذ كنتم قليلا اذ لم يكونوا
 قليلا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيحه ولا عادة جرت بذلك في المقصود فحمل على حقيقته وهو
 بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا اذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعده تسمع دعواه لان عدم التناقض

على ما بيننا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء منهما بمن معلوم تسمع لانه لما لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحه هذا اذا قال هذا الشيء فلان ولم يقل لاحق لي فيه فان قال لاحق لي فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لاحق لي فيه لتأكيد البراءة الا اذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل ديناً فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء فقط فاقام المدعى البينة وقضى القاضي بذلك ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاها اياه تسمع دعواه وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاها اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك فاقام المدعى البينة وقضى القاضي بينته ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاها لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضى الا بعد معرفته اياه فكان في دعوى القضاء مناقضاً فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبداً بعينه والعبد في يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشتري البينة وقضى القاضي به ثم وجد به عيباً فأراد أن يردّه على البائع فاقام البائع البينة على ان المشتري كان ابراه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى البراءة عن العيب لان البراءة تقتضي وجود البيع فكان مناقضاً في دعوى البراءة فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل في هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى الا في النسب والعقود فان التناقض فيما غير معتبر بان قال مجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا مجهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل بينته لان بيان النسب مبني على أمر خفي وهو العلق منه اذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله غير معتبر كما اذا اختلعت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لقلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتتمل للثبوت لان دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو إعادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لهذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الابن الا كبر سننا ابنا لمن هو أصغر سننا منه وكذا اذا قال للمعروف النسب من الغير هذا ابني والله تعالى أعلم

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

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكما 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 جاء بالبينة هل تقبل روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد ان قوله لا بينة لي اقرار على نفسه والا لسان لا يتم في اقراره على نفسه فالانبيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن حنيفة ان من الجائز ان تكون له بينة لم يعامها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدي هو لا وهو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينة بعد ذلك رجوعاً تقبل وان لم يكن له بينة وطلب بين المدعى عليه يحلف فيما

يحمل التحليف فإن سكنت عن الجواب يأتي حكمه ان شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه
 ﴿فصل﴾ وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة
 والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى
 عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمر أخفياً فيحتاج الى اظهاره والبينة قوة الاظهار لاها كلام من ليس
 بخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة
 مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فما جتته الى استمرار حكم الظاهر
 واليمين وان كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى
 عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعى انه لا يجوز عندنا
 خلافا للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما
 كانت حجة المدعى لكونها مرجحة جنسية الصدق على جنسية الكذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع
 باليمين فكأن اليمين في كونها حجة مثل البينة فكان ينبغي ان يكفى بها الا انه ضم اليها الشهادة نفياً للتمهة (ولنا) الحديث
 المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى
 عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل
 كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضى استغراق كل الجنس
 فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى
 وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء
 بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما 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 ما انه ورد مورد الاحد ومخالفاً 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 الايمان وعندنا يجوز القضاء
 في بعض أحكام الايمان بشاهد واحد اذا كان عدلاً بان شهادته أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن
 يسترق واليمين من باب ما محتاط فيه فحمل على هذا توفيقاً 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 أحد الظلم وعلى هذا
 يخرج مسألة الخارج مع ذي اليد اذا اقام البينة أنه لا تقبل بيته ذي اليد لها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدعى
 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 علائقهما وعلائق البينة قدم ذكرها في كتاب الشهادات ونذكر هنا علائق اليمين فتقول 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 مقرراً 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 دالة 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 لانها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الافاء عند طلبه
ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لي بينة حاضرة ثم أراد ان يخلف
المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه
فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولا يبي حنيفة ان البينة في كونها حجة المدعى كالاصل لكونها كلام غير الخصم
واليمين كاخلف عليها لكونها كلام الخصم فلهذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة
على الاصل تمنع التصير الى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الاستحلاف في
الحدود والخالصة حقا لله عز وجل كحد الزنا والسرقه والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضى بالنكول
في الحدود والخالصة لانه بذل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهه العدم والحدود لا تحمل البذل ولا
تثبت بدليل فيه شبهه لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان في السرقه يخلف على أخذ المال وكذا
لا يمين في اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجوز فيه الاستحلاف في ظاهر الرواية لانه ليس من
الحدود والمتحضمة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبهه التعزير وفي التعزير يخلف كذا هذا ويجوز
الاستحلاف في القصاص في النفس والظرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا
للاقرار به شرعا بان كان لو أقر به لصح اقراره به فان لم يكن لم يجز فيه الاستحلاف 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 مالا من تركه أبيه وهو مستحق لنصفه بارنه 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 النسب حتى
لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد في بدرجل ادعاه رجلان فأقر به لاحدهما وسلم القاضي العبد اليه فقال الآخر
لا بينة لي 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 انك اتلفت على العبد باقرارك به لغيري فاضمن قيمته لي يخلف المقر بالله تعالى ما عليه رد قيمة
ذلك العبد على هذا المدعى ولا رد شي مما لانه لو أقر باثنا لافه 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 الاستحلاف لا يجزى في النكاح وعندهما مجزى لكن
عند أبي يوسف يخلف على السب 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 صغرها لا يخلف عند أبي حنيفة لما قلنا من الطريقين
وعندهما لا يخلف أيضا لاحد طريقين وهو انه لو أقر عليها في الحال لا يصح اقراره ولكن تخلف المرأة عندهما لانها
لو أقرت لصح اقرارها وعندهما الاستحلاف مجزى فيه لكن عند أبي يوسف تخلف على السب 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 استحلاف 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 يجري في النكاح عنده وعندهما يجري ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملاً للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتتمل البذل أولاً وعلى هذا يخرج اختلافهم في الاشياء السبعة انها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي النكاح والرجعة والتي في اليبلاء والسب والرق والولاء والاستيلاء أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة امرأته او تدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعى وطلب عين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلقة بعد انقضائها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب يمينها وأما التي في اليبلاء فهو ان يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت فئت اليك بالجماع فلم تبني فقالت لم تفي عالى ولا بينة للزوج فطلب يمينها وأما النسب فتحو ان يدعى على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة له وطلب يمينه وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فأنكر وقال انه حر الاصل لم يجز عليه رق أبداً ولا بينة للمدعى فطلب يمينه وأما الولاء فانه يدعى على امرأة انه أعتق اباه او اباهمات وولاه بينهما نصفان فأنكرت ان يكون اعنته وان يكون ولاؤه ثابتاً منه ولا بينة للمدعى فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاء فهو ان تدعى أمه على مولاها فتقول انا أم ولد لمولاي وهذا ولد ي فأنكر المولى لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في الفصول الستة وفي الاستيلاء لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامة فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنه وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في انكاره لانه لو كان صادقاً لم امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقرار أدلة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولا بي حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم ويحتمل البذل لان العاقل الدين كما يخرج عن اليمين الكاذبة يخرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لا نال جعلناه اقرار الكذب بناء لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلاً لم نكذب به لانه يصير في التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيتضي عليه فاذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف

فصل وأما بيان كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) في بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثاني في بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الاول) فالامر لا يخلو اما 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 بالاعور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا في كتابكم هذا وقال مشايخنا بنظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجترار على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتب في فيه 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 تمتنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيراً يكتب في فيه بالله عز وجل وان كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما 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 ويعتقدون حرمة الاله الدهرية وانزاقه
وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار تخلفهم في عصر من الاغصارات الى يومنا هذا وترجموا من فضل الله
عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يتدبرهم على اظهار ما اتحلوه الى اقتضاء الدنيا وان رأى القاضى ما
يكون تغليظاً في دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صور يادل ان كل ذلك سائح 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 يخلف على الاشارة
الى مصحف معين بان يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل وهذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع
الاشارة الى الحريف فيكون التحليف به تعظيماً لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عبادتهم من
البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم زمان ولا مكان عندنا
وقال الشافعى رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب ويحلف بعد العصر
والصحيح قولنا للار وبنام الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى
عليه مطلقاً عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار الى مروان بن الحكم فتضى على زيد
ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكافئ فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان
حقه لى وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازماً لما احتمل ان يباهه زيد بن ثابت
ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشراك في التعظيم والله عز وجل
أعلم (وأما بيان صفة الخلو ف عليه انه على ما اذا يحلف فتقول الدعوى لا تخلو امان كانت مطلقة عن سبب واما ان
كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبداً أو جارية أو أرضاً أو أنكر المدعى عليه فلا خلاف في
انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ما هذا العبد أو الجارية أو الأرض لقان هذا ولا شىء منه
وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غضبه 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 الفاً
أو ما غضبته الفاً أو ما أودعني الفاً الا ان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد استقرض الانسان وقد يغضب وقد
يودع ولا يكون عليه ما أبراه عن ذلك أو رد الوديعة أو أن لا يبين ذلك لثلاثين شىء فينثذ يحلف على الحكم وقال
محمد يحلف على الحكم من الابداء بالله ما له عليك هذه الالف التى ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب
تحليف على ما لا يمكنه الخلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالبراء أو بارد فلا يمكنه الخلف على
نفي السبب ويمكنه الخلف 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 القسامة 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 والدخل
تحت الدعوى في هذه الصورة متصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الخلف على السبب حلف عليه
وان لم يمكنه وعرض فينثذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف
يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشىء الا ان يعرض الخصم والتعريض في هذا ان يقول قد يبيع الرجل
الشىء ثم يعود اليه بهبة أو فسخ أو اقالة أو رد ببيع أو خيار شرط أو خيار رؤية أو أن لا يبين ذلك كي لا يلزمه شىء
فينثذ 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 خالها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف
على السبب عند أبي يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قد يخال

امرأته ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فينشد يحلف 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 الامة بان ادعت امة على مولاها انه اعتقها وهو منكر عند أبي
 يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور التقص في هذا والعود اليه بان
 ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبها أو سبها غيره فاشترها فحينئذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذي يدعى
 العتق هو العبد فيحلف على السبب بخلاف بالله عز وجل ما اعتقه في الرق القائم للحال في ملكه لانعدام تصور
 التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد
 على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذي اذا تقص العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فانه
 يجبر على الاسلام ويقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تقر بع على قولهما لان أبا حنيفة لا يرى
 الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو اما ان تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة
 النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما حينئذ يحلف على الحكم
 بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبي حنيفة لوقال الزوج أنا أريد أن تزوج أختها أو أربعا
 سواها فان القاضي لا يمكنه من ذلك لانه اقرار لهذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج
 أختها أو أربعا سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا
 ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لوقالت المرأة اني أريد أن تزوج فان القاضي لا يمكنها
 من ذلك لانه قد أقرت ان لها زوجاً فلا يمكنها من الزوج زوج آخر فان قالت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت في
 عهدته أبد الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهدة أي حنيفة فانه يقول القاضي للزوج طلقها فان أبى أجبره القاضي
 عليه فان قال الزوج لو طلقتمها للزمني المهر فلا أفعل ذلك يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتى فانت طالق فطلق
 لو كانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شيء لان المهر لا يلزم بالشك فان أبى يجبره على ذلك فاذا فعل تخلف عن
 تلك العهدة ولو كانت الدعوى على اجارة الدار أو عياد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبي يوسف يحلف على السبب
 الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان تحيحا وهو الاجارة يحلف وما
 كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلاً لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو
 كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وأنه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف
 على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك
 وانما يحلف على هذا الوجه لا اختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداءً أو تجب على القاتل
 ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما ذكر ان شاء الله تعالى

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

﴿ فصل ﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك في دعوى الممال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغي للتقاضى ان يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضى لا يرى القضاء بالنكول أو لحمة حشمة القضاء ومهابة المجلس في المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضى يقضى عليه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن رد اليمين الى المدعى فيحلف فيأخذ حقه احتج الشافعى رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كاذبا في الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا في الانكار تورعا عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن رد اليمين الى المدعى ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصدق في دعواه يمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعى فانه روى أن سيدنا عثمان رضى الله عنه ادعى على المقداد مالا بين يدي سيدنا عمر رضى الله عنه فانكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روى ان شريحا قضى على رجل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقال شريح مضى قضائى وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعى في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو أقام البينة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصدق في خبره انكاره المدعى عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا في انكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه في دعواه وقوله يحتمل انه نكل تورعا عن اليمين الصادقة قلنا هذا الاحتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تحرزا عن مباشرة أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البينة حجة القضاء بالاجماع وان كانت محتملة في الجملة لاها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا وأما الحديث فتقول البينة حجة المدعى وهذا لا ينفي ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل انه لم يذكره لما قلتم ويحتمل انه لم يذكره نضام كونه حجة تسليطا للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما رد اليمين على المدعى فليس بمشروع ولما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الراد من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن أقوال ويل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضى الله عنه ادعى الايفاء فأنكر سيدنا عثمان رضى الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل عن اليمين في دعوى الممال فان كان النكول في دعوى القصاص فتقول لا تخلوا ما 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 أبدأ وان كان الدعوى في القصاص في الطرف فانه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ وعندهما لا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعا ولكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بناء على ان النكول بذل عند أبي حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة في الجملة فان من وقعت في يده آكلة والعياذ بالله تعالى فامر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع لضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جاريا مجرى الممال 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 لأمر الدم وتفخيما لشأنه ليكون اليمين الكاذبة مهلكة
فصار بالنكول مانعا حقا مستحقا عليه مقصودا في حبس حتى يقر أو يحلف بخلاف الاشياء السبعة فان الاستحلاف
فيها للتوسل الى استيفاء المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة الى هذا المقصود وعندهما النكول اقرار فيه شبهة العدم
لانه اقرار بطريق السكوت وانه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات واذ استقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف
شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل في باب القصاص أصلا لان التعذر هناك من جهة من له
القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهرة للثبوت 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 تجب الدية واذ ابطال من
جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة اذا حلف على المال ونكل يقضي بالمال لا بالقطع لان النكول حجة في
الاموال دون الحد ودخالة الصلة وأما في حد القذف اذا استحلف على ظاهر الرواية فكل يقضي بالحد في ظاهر الاقوال
لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحد ودلا يقضى فيه
بشيء ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع
والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ونخرج عن كونه خصما للمدعى فنقول والله التوفيق
انه يخرج عن كونه خصما للمدعى بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبينة أو بالاقرار أو بعلم القاضي نحو ما اذا ادعى
على رجل دار أو ثوب أو دابة فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أو دعني وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو ما
أن يدعى عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعى عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذي في
يده أو دعني فلان الغائب أو رهنها أو أجرها أو أعارها أو غصبها أو سرقها أو أخذتها أو تزعمتها أو ضلت منه فوجدتها
وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقيم البينة أو لم يتم
وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقيم البينة أو لم يتم هذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتياط فان كان
تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضا وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسئلة المعروفة بالخمسة والحجج
تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد بان قال هذا ملكي غصبه مني فلان لا نه لم يدع على
ذو اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلف الذي ذكرنا فاما اذا ادعى فعلا على ذي
اليدين قال هذه دارى أو دابتي أو ثوبي أو دعكتها أو غصبتها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتبتها مني وقال الذي في
يده انها لفلان الغائب أو دعني أو غصبته منه ونحو ذلك وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق
ان ذا اليد في دعوى الملك المطلق انما يكون خصما بيده ألا ترى انه لو لم يكن المدعى في يده لم يكن خصما فاذا اقام البينة على ان
اليد لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما بفعله لا بيده ألا ترى ان الخصومة
متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما بفعله بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقي خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله
بان قال غصبت مني أو أخذت مني فاقام ذو اليد البينة على الايداع تندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه
باطل فالتحقق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحقق بالعدم
فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني 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 المدعى هذه الدار كانت لفلان فاشترتها منه وقال الذي في يده أو دعني
فلان الذي ادعت الشراء من جهته أو سرقها منه أو غصبها تندفع عنه الخصومة من غير اقامة البينة على ذلك لانه ثبت
كون يده يد غيره بتصادقهما أما المدعى عليه فظاهر وأما المدعى فبدعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

اليد وكذا لو أقام الذي في يديه البيئنة على إقرار المدعى بذلك لأن الثابت بالبيئنة كالثابت بالمعينة ولو عاينا إقراره لا ندفع الخصومة كذا هذا وكذلك إذا علم القاضي بذلك لأن العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الإقرار لكونه حجة متعدياً إلى الناس كافة بمنزلة البيئنة وكون الإقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لا ندفع الخصومة بإقرار المدعى فعلم القاضي أولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان الغائب لا تندفع الخصومة لأنه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا مقرر بكونه خصماً فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعى البيئنة أنه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه أودعني عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بيئنة لأنها تصادق على الوصول إليه من يد عبد الله فثبتت باليد وهو غائب وعلى هذا الأصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيئتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيئتين القائميتين على أصل الملك والثاني في بيان حكم تعارض البيئتين القائميتين على قدر الملك أما الأول فالأصل أن البيئتين إذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر فإن أمكن ترجيح أحدهما على الأخرى يعمل بالراجح لأن البيئنة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع وإن تعذر الترجيح فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وإن تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وإن تعذر العمل بهما أصلاً سقط اعتبارهما والتحقق بالعدم إذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل أن الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب (أما) دعوى الملك فلا تخلو إما أن تكون من الخارج على ذي اليد وإما أن تكون من الخارج على ذي اليد (وأما) أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فإن كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقام البيئنة فلا تخلو إما أن قامت البيئتان على ملك مطلق عن الوقت وإما أن قامت على ملك مؤقت وإما أن قامت أحدهما على ملك مطلق والأخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو إما أن كانت بسبب وإما أن كانت بغير سبب فإن قامت على ملك مطلق عن الوقت فبيئته الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بيئته ذي اليد أولى (وجه) قوله أن البيئتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بيئته ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل بينته في دعوى النكاح (ولنا) أن البيئنة حجة المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام البيئنة على المدعى وذو اليه ليس بمدع فلا تكون البيئنة حجة والدليل على أنه ليس بمدع ما ذكرنا من تجد يد المدعى أنه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لأنه يخبر عما في يده لنفسه فلم يكن مدعياً فالجحمت بينته بالعدم فثبتت بيئته هذه بالخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولأن بيئته الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما إذا وقتت البيئتان نصاً ووقتت بيئته بالخارج دلالة ودلالة الوصف أنها أظهرت له سبق اليد لأنهم شهدوا بالملك المطلق ولا تحمل الشهادة بالملك المطلق إلا بما هم به ولا يحصل العلم بالملك إلا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فإذا شهدوا بالخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يده ذي اليد ظاهراً ثابتاً للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقاً ضرورة وإذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى بينته لأنه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم أنها انتقلت من يده إليه فوجب إعادة يده ورد المال إليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة أنه بأي طريق انتقل إليه كما إذا عين القاضي كون المال في يد إنسان ويدعيه لنفسه ثم رآه في يد غيره فإنه يأمره بالرد إليه إذا ادعاه ذلك الرجل إلى أن يبين سبباً صالحاً للانتقال إليه وكذا إذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعى فإنه يؤمر بالرد إليه إلى أن يبين بالحجة طريقاً صالحاً للانتقال إليه كذلك هذا وصار كما إذا ارخا نصاً وتاريخ أحدهما أسبق لأن هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف التناج لأن هناك لم يثبت

سبق الخارج لا لعدم تصور السبق والتأخير فيه لان النتائج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر
فتترجح بينة صاحب اليد باليد وهنابخلافه هذا اذا قامت البينتان 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 ينافي فيه أحد فمدع 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 الوادعى كل واحد من الخارجين على
ثالث وأقام كل واحد منهما بينة انه اشتراه من رجل واحد ووقت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى
لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن
صاحب البينة المطلقة لو وقت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقى
دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعى الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً
فقد اتفقا على تلقي الملك منه ببيعه وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولا تاريخ يجمع
الاخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا قامت البينتان من الخارج وذوى 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 البينتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما بينة على انه ملكه مات أبوه
وتركه ميراثه يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامت على ملك موقت واستوى الوقتان
لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لاسبقهما
وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الاول وفي قول محمد الآخر يقضى للخارج لان دعوى الارث
دعوى ملك الميت فكل واحدة من البينتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت فكان
الوارثين ادعى ملكاً مطلقاً أو موقتماً من غير سبب وهناك الجواب هكذا في الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا
في فصل واحد وهو ما اذا قامت احدى البينتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان هنا يقضى للخارج
بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له في دعوى المورثين وهذا على أصل 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 اشتراه من الخارج وقده الثمن وأقام كل واحد منهما بينة على ذلك فان أقاما
البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البينتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب لواحد منهما على
صاحبه شيء هو يترك المدعى في يد ذى اليد وعند محمد يقضى بالبينتين ويؤمر بتسليم المدعى الى الخارج (وجه) قول
محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البينتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان
صاحب اليد اشتراه أولاً من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد
فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ قبض وفي هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه
للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولاً من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

في هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه بيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين
 بالتقدير 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 املك المبيع لصاحبه فكان البيتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه و بين 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 يحز
 بقى على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكر والقبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد
 بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بخلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم
 يذكر واقبضاً يقضى بالخارج لانه اذا كان وقته أسبق يجعل ساقا في الشراء كانه اشترى من الخارج و قبض ثم
 اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه وكذلك ان ذكر واقبضاً لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد
 أولا و قبض ثم اشترى الخارج منه و قبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو النتاج وهو
 الولادة في الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البيتان على النتاج واما ان قامت احداهما على النتاج والاخرى على الملك
 المطلق فان قامت البيتان على النتاج فلا يخلو اما ان كانت البيتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتاً وقتاً
 يقضى لصاحب اليد لان البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك وقد استوت البيتان في اظهار الاولية فتترجح
 بينة صاحب اليد باليد فيقضى بيئته وقد روى عن جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى بين يدي رسول الله صلى الله
 عليه وسلم نتاج ناقه في يد رجل وأقام البينة عليه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
 بالناقه لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان 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 لفظه القضاء والترك
 في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذا في الحديث الذي روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قضى
 بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب
 اليد ان ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على النتاج والاخر على الملك المطلق عن النتاج فيبينة
 النتاج أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلق من منه وأما ان وقتت البيتان فان اتفق
 الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقى دعوى الملك المطلق وان اختلفا بحكم سن الدابة فتقضى لصاحب
 الوقت الذي وافقه السن لانه ظهر أن البينة الاخرى كاذبة يمين هذا اذا علم سنهما فاما اذا أشكل سقط اعتبار التاريخ
 لانه يحتمل أن يكون سنهما موافقا لهذا الوقت ويحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت ويحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا
 فيسقط اعتبارهما كما نهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر
 الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فقيمت البيتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت و ذكر الحاكم
 في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاجر البيتان قال وهو الصحيح (وجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد
 تيقنا بكذب البيتين فالتحقتا 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 والمرعزي وأقام كل واحد
 منهما بينة انه له جزء في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البينة انه له غزله

من قطن هو له يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى النتاج ويقضى للخارج وان أشكل الامر في الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا في اللبن فأقام كل واحد منهما البينة انه له حلب في يده وفي ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى النتاج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا في جبن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه في ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جبنا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا في الارض والنخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بالخارج لان هذا ليس في معنى النتاج لان النتاج سبب الملك الولد والغرس ليس بسبب ملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى النتاج وكذلك لو اختلفا في 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 النتاج 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 النتاج وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما انه طبع في ملكه يرجع في هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا في جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته وانها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بينه والخارج في الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد ملك الام وكذلك لو اختلفا في الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان احدهما بيضاء والاخرى سوداء وهما في بدرجل فأقام الخارج البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بينة الخارج قامت على النتاج في البيضاء وبينة ذي اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة النتاج أولى كذا بينة ذي اليد قامت على النتاج في السوداء وبينة الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبينة النتاج 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 آفي يدانسان انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه وأقام ذو اليد 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 ميرانا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد في ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارج مع ذي اليد كل واحد منهما النتاج فقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البينة عليه يقضى له لأن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج 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 النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يتدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

حق العبد لتدبر على ابطاله كارق 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 فتمام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة
 بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فال حاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه
 شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك 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 لغيره وملك الزرع يتبع ملك
 البذر لا ملك الارض ألا ترى ان الارض المغصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا
 ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل
 ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصد من أرضه لم يقض له فهذا
 أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها
 وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك فاما دعوى الخارجين على ذي
 اليد الملك فتقول لا تخلف في الاصل من أحد وجهين اما ان يدعى كل 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 ووجه قول الشافعي رحمه الله
 ان العمل بالبيتين متعذر لثناف بين موجهيهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لثنتين على الكمال في زمان واحد
 فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحدهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما في القوة وترجح احدهما بالقرعة
 لورود الشرع بالقرعة في الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالديالين واجب بالقدر الممكن فان أمكن
 العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما في
 سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنة المشهورة وأخبار الآحاد والاقضية 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 يثبت سبق
 أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحقيق بالعدم فيبقى دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق
 من الاخر فالأسبق أولى بالاجماع ولا يجبي عنها 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 ووجه 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

بيقين بل تحتل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض 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 ثبت سبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ
 فبقى دعوى الملك المطلق هذا اذا قامت البيتان 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 ادعياه بسببين
 فان ادعى الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البيتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك
 الموروث هو ملك الميت بعدموته وانما الوارث يخلقه و يقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجز من التركة ويقضى منها
 ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعياء ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان
 وقتهما واحداً 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 عنده في الميراث لما مر أن الموروث ملك الميت
 والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخاً للملك الوارث فسقط التاريخ للملكة والتحق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق
 عن التاريخ يرخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبقهما
 تاريخاً كره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث
 لانفسه فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقضى
 لاسبقهما وقتاً لا بنباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الاخر كذا هذا ولو وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى
 بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ يرخ في باب الميراث ساقط فالتحق بالعدم وأما عندهما فيصير كأن
 المورثين الخارجين حضرا وادعياء ملكا فارخه أحدهما ولم يؤرخه الاخر 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 ادعياء من اثنين فان
 كانت في يد ثالث وادعى الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقام البينة على الشراء منه بمن معلوم ونقد الثمن
 مطلقاً عن التاريخ يرخ وذكراً القبض يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهما تر البيتان وفي قول
 يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له انقرعة وهي مسألة التهاجر وقد تقدمت واذ 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 خلافاً 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 الرجوع كل واحد منهما
 بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرذوالاخر الاخذ فان كان ذلك بعد قضاء القاضى وتخييره اياهما
 فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضى بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في
 النصف فلا يعود الا بالتحديد كما اذا قضى القاضى بالدار المشفوعة للشيعيين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه
 الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير القاضى فلا خزان يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن
 لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انتطعت فتد زال المانع كاحد الشيعيين اذا سلم الشفعة قبل
 قضاء القاضى بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى
 صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في 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 فوهمت 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 فبقى
 دعوى مطلق الشراء وان كانت احدهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه
 الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو اُرخت احدهما وأطلقت الاخرى فالمؤرخة أولى لانها تظهر الملك في زمان
 معين والاخرى لا تعرض للوقت فتحتل السبق والتأخير فلا تعارضها 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 والاخرى قبضا فيبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة التاريخ أن
 شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بائنه على البائع وكذا لو اُرخت 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 البينة على ذلك يقضى بينهما
 نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على
 ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا ويثبت لهما الخيار والكلام في الخيار على نحو ما ذكرنا
 ولو وقتت البيعتان فان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخا أولى
 عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه
 الفرق له ذكره الدارمي 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 لأن يؤرخا ملك البائعين وان وقتت احدهما ولم توقت
 الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعى الشراء من رجل واحد
 فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بينة الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعيا الشراء من اثنين فقد
 ادعيا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدي البيعتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراء صاحبه
 أسبق من شرائه فلا يحكم سبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعى الشراء من واحد لان
 هناك اتفاق على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدي البيعتين أو جب تلقى الملك منه في زمان لا يباذعه فيه أحد فيؤمر
 بالدفع اليه حتى يقوم على التلقى منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان ادعى
 الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء اُرخ الآخر ولم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض
 من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا ببينة تحتل الصدق والكذب فكان
 القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض
 الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعى الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البيعتان أولا أو وقتت
 احدهما دون الاخرى الا اذا وقتتا وقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين
 فصار كان البائعين حضرا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحدا
 لانهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهته ولا حد ما يد فيجعل كان شراء صاحب اليد أسبق وان كان السبب
 هو النتائج بان ادعى كل واحد من الخارجين انهما ادعياه نتجت عنده فان أقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق
 يقضى بينهما نصفين لا استواء الحجيتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل المحل فيعمل بهما بالقدر الممكن وان أقام
 البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبي حنيفة
 يقضى لاسبقتهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا
 ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذلك فبسط اعتبار الوقت وصار كأنهما اسكتا عن الوقت أصلا وجه قول أبي

حنيقة رحمه الله أن وقوع الاشكال في السن بوجوب سقوط اعتبار حكم السابق فبطل تحكيمه فبقي الحكم للوقت
 فلا سبق أولى وهذا يشك بالخراج مع ذي اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذي اليد
 وان أقام أحدهما البيئنة على التناج والآخر على ملك مطلق فيبينة التناج أولى للمامر هذا اذا ادعى الخارج ان الملك
 من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والتناج فان كان سببين مختلفين فنقول لا يخلو اما ان كان
 من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة
 من فلان وادعى الاخر ان فلانا آخر وهبها له وقبضها منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من البائع
 والواهب قفاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البيئنة على ملك مرسل وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن أبيه فانه
 يقسم بينهم اثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم ارباعا لما قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر 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 وقبضه الثمن وقبض الدار وأقام
 الاخر البيئنة ان فلانا ذكروها له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لانه يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم الا
 بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لان
 الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البيئتان مع القبض يقضى بينهما
 نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبدة ونحوهما (فأما فيما) يحتمل القسمة كالدار
 ونحوها فلا يقضى لهما شيء على أصل أبي حنيفة رحمه الله في الهبة من رجلين لحصول معنى الشروع (وقيل) لا فرق
 بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها هنا لان هذا في معنى الشروع الطارى 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 بدأ أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع للمامر (ولو اجتمع) الرهن
 والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن
 يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين
 فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاح بان ادعت امرأتان وأقامت كل
 واحدة منهما البيئنة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة والصدقة
 أو الرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي
 يوسف وللمرأة نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى والمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد
 ان الشراء أقوى من النكاح بدليل انه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا
 لا يصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كالزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من
 النكاح (وجه) قوله أبي يوسف ان النكاح مثل الشراء فان كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى
 كل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر فأما اذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الاخر بان ادعى أحدهما كل الدار والاخر
 نصفها وأقاما البيئنة على ذلك فانه يقضى لمدعى الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبي حنيفة
 وعندهما يقضى لمدعى الكل بثلاثي الدار ولمدعى النصف بثلها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة
 فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة ان ينظر الى
 التدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالما لمدعيه (وتفسير) القسمة على طريق العدل
 والمضاربة ان يجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالخصص فيضرب كل سهمه كما في الميراث والديون المشتركة
 المتزاخمة والوصايا فلما كانت القسمة 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 منازعتهما فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعا ثلاثة ارباع الدار المدعى الكل واربعا المدعى النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحدهما يدعى كل الدار والآخرة يدعى نصفها فيجعل أحسهما سهما فجعل نصف الدار بينهما واذ جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فدعى الكل يدعى سهمين ومدعى النصف يدعى سهما واحدا فيعطى هذا سهما وذلك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثا ثلثا المدعى الكل وثلثا المدعى النصف والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة لمدعى الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلقها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملا بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار في بدائل فان كانت في أيديهما فيبينة مدعى الكل أولى لانه خارج لانه يدعى على صاحبه النصف الذي في يده ومدعى النصف لا يدعى شيئا هو في يد صاحبه لانه لا يدعى الا النصف والنصف في يده فكان مدعى الكل خارجا ومدعى النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقتضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على خاله هذا اذا ادعى الخارج شيئا في بدائل فانكر الذي في يده فأقام البينة فان لم يقم لهما بينة وطلبا بين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعا يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لا أحدهما ونكل للآخر يقضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعى في يده قضاء تركه لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينهما ما يقضى لهما بخلاف ما اذا قاما البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا اذا أقام أحد المدعين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجه) الفرق ان بالتزك في يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعين متضميا عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار متضميا عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعين بعد ما قضى بينهما نصفين صار متضميا عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلقى من جهة المستحق او ادعى التنازع وكذا الوادعى بائع المقضى عليه او بائع بانه 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 والعق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذي في يده فان أقر به لاحدهما (فتقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين امان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعى في يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يحز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقراره أعلى غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر له لان اقراره في حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر له في الحال فاذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحقق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقا بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد ومن الخارجين على ذي اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعى في أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء التزك

ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يده صاحبه لأن كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم يتم لأحدهما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لأحدهما بعد ذلك بينة تقبل لأنه لم يصر متضاماً عليه حقيقة هذا إذا لم توقت البينتان فإن وقتان اتفق الوقتان فكذلك وإن اختلفا فلا سبق أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وإن وقت أحدهما دون الأخرى يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك فالأصل فيه أن البينة المظهرة للزيادة أولى كما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالقي درهم وقال المشتري اشترى بته منك بألف درهم وأقام البينة فإنه يقضى بينة البائع لأنها تظهر زيادة ألف وكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري اشترى منك هذا العبد وهذه الجارية بألف وأقام البينة يقضى بينة المشتري لأنها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على ألف وقالت المرأة على الفين وأقام البينة يقضى بينة المرأة لأنها تظهر فضلاً ثم إن كانت بينة الزيادة أولى لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر 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 اشترى بها بألف وقال المشتري بالفين وأقام البينة أنه يقضى بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لأن البينة إنما تقبل من المدعى لأنها جعلت حجة المدعى في الأصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود حد المدعى فيه وهو أن يكون مخيراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشتري فمجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعى لا حجة المدعى عليه في الأصل لذلك يقضى بينة الشفيع لا بينة المشتري بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن لأن هناك البائع هو المدعى لأن المخير في الخصومة أن شاء خصامه وإن شاءه لا وفيما إذا اختلفا في قدر المبيع المدعى هو المشتري ألا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذا في باب النكاح المدعى في الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أجل الثمن في أصل الأجل أو في قدره وأقام البينة أن البينة بينة المشتري لأنها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا في مضيه وأقام البينة فالبينة بينة المشتري أنه لم يرض لأنها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقام البينة بعد تفرقهما أن البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالاجماع لأنهما اتفقا على أن المسلم إليه لم يقبض الرأس مال واحد وإن اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين (وجه) قول محمد أن كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لا اختلاف البدلين فيعمل بهما جميعاً ويقضى بسلمين إذ لا تنافي بينهما ولهما اتفاقاً على عقد واحد وإنما اختلفا في قدر المعقود عليه قدر أو جنساً أو صفته وبينه رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم إليه عندهما وعند محمد تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا إذا تصادقا أن رأس المال كان ديناً فإن تصادقا أنه 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 شير فالبينة بينة رب السلم لأن رأس المال إذا كان عيناً واحدة لا يمكن أن يجعل عقدين فيجعل عقد واحد أو بينة 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 اليدبان تنازع رجلان في شئ يدعيه كل واحد منهما انه في يده فعلى كل
 واحد منهما البيئنة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البيئنة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل
 واحد منهما مقصود في نفسه فتتبع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبيئنة فان اقام جميعا البيئنة بقضى بكونه في ايديهما
 لا استواءهما في الحجة وان اقام أحدهما البيئنة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم يتم لاحدهما بيئنة 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 البيئتان على الملك أو على اليد فاما اذا قامت إحدى البيئتين على الملك والاخرى على اليد
 فيبئنة الملك أولى نحو ما اذا اقام الخراج البيئنة على ان الدار له منذ سنين واقام ذواليد البيئنة على انها في يده منذ ثلاث
 سنين يقضى بها للخراج لان البيئنة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محققة وقد تكون مبطلية كيد الغصب
 والسرقة واليد المحققة قد تكون يدملك وقد تكون بداعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينهما معارضة لبيئنة الملك
 (واما) دعوى النسب فالكلام في النسب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ما ثبت به النسب وفي بيان ما يظهر
 به النسب وفي بيان صفة النسب الثابت اما ما ثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما ثبت
 به نسب الولد من الرجل والثاني في بيان ما ثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا
 بالقراش وهو ان تصير المرأة فراشاً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للقراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة
 والسلام الولد للقراش أى لصاحب القراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما في قوله عز وجل واسأل القرية
 ونحوه والمراد من القراش هو المرأة فاتها تسمى فراش الرجل وازارته ولحافه وفي التفسير في قوله عز شأنه وفرش مرفوعة
 انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها
 ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب القراش والحجر للزاني فاقضى ان
 لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زمانه اذ القسمة تنفي الشركة والثاني انه عليه الصلاة والسلام
 جعل الولد لصاحب القراش وقناه عن الزاني بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام
 يستعمل في النفي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب القراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب القراش
 لم يكن كل جنس الولد لصاحب القراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزاني
 لم يثبت نسبه منه لا لعدم القراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما نذكر ان
 شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صيباً في يدرجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى
 فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصرام ولديه 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 متملكا لجارية عندنا قبيل الاستيلاء أو مقارناً
 له ولا يتحقق الوطء زناً مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابني منها ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى
 يثبت نسبه منه ويكون عبداً للمولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى يثبت النسب ويعتق
 عليه لان الاقرار بالبتوة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهي القراش 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 عبداً فاذا ملكه يثبت النسب ويعتق
 عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقه بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب
 بجهة مصححة للنسب شرعاً الا انه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت
 أم ولد له لانه وجود سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة

مصححة له شرعاً الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب
أمومية الولد أصلاً لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجمه مصححة شرعاً وعلى هذا اذا تصادق الزوجان
على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لان القراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبيّاً
في يد امرأة فتقال هو ابني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقر انه
ابنه من الزنا والزوج لا يوجب النسب والمرأة تدعى النكاح والنكاح لا بد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس
بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الاول هو من
النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضاً لان التناقض
ساقط الاعتبار شرعاً في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم
وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار القراش اتمامه فانه بالحدوث
وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لملك القراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بمالكة فبقي
الحكم في جانبها متعلقاً بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد
من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً وكيفيته عمله في ذلك فنقول والله التوفيق للمرأة تصير فراشاً بأحد أمرين احدهما
عقد النكاح والثاني ملك الميمن الا ان عقد النكاح يوجب القراش بنفسه لكونه عقداً موضوعاً لحصول الولد شرعاً
قال النبي عليه الصلاة والسلام بناكحوا نوالدوا أكثر وافاني أباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس
يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضياً الى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه
ويستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد ينغدي 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 كاليصح الفاسد الا انه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء في حالة الحيض والتفاس
وسواء كانت المنكوحه حرة أوامة لان المتصود من فراش الزوجة لا يختلف وامامك الميمن في أم الولد يوجب
القراش بنفسه أيضاً لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضياً الى حصول الولد كملك النكاح
الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج وينتفي بمجرد
التنقي من غير لعان بخلاف ملك النكاح وامام في الامه فلا يوجب القراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الامه فراشاً
بنفس الملك بالاخلاف وهل تصير فراشاً بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا تصير فراشاً الا
بقرينة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمة تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وعبرة مشايخنا رحمهم الله في هذا
الباب ان القراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوى فراش المنكوحه حتى يثبت النسب
من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفي بمجرد التنقي من غير
لعان والضعيف فراش الامه حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافاً للشافعي (وجه) قوله ان ثبات النسب
منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لان الوطء سبب حصول الولد يقصد منه ذلك أولاً (ولنا)
ان وطء الامه لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشترى للوطء عادة بل للاستخدام والاستباح ولو وطئت
فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر في الاماء هو العزل
والعزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سبباً لحصول الولد الا بقرينة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقرينة الدعوة
انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب حصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصنها 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 تقيمه فيما بينه وبين الله تعالى بالاخلاف بين أصحابنا رضي الله تعالى عنهم واختلفوا فيما اذا وطئها

وحصنها ولكن عزل عنها أو لم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النفي وقال أبو
 يوسف رحمه الله أحب إلى أن يدعوا إذا كان وطئها ولم يعزل عنها وإن لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب إلى أن
 يعتق ولدها ويستمتع بأمه إلى أن يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون
 الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة أنه إذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه
 الاقرار به بالشك لأن غير الثابت ييقن لا يثبت بالشك كما أن الثابت ييقن لا يزول بالشك وجه قول محمد أنه إذا
 احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولم يحتمل كونه منه لا يجوز له النفي أيضا كما قاله
 أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لأن
 الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحر بعد موته عسى ويستوى في فراش الملك
 ملك كل المحل وبعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب ويبان ذلك في مسائل إذا حملت الجارية في ملك
 رجلين فجات بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لأن ماله من الملك أوجب النسب بقدره إلا أن النسب
 لا يتجزأ متى ثبت في البعض يتعدى إلى الكل وتصير الجارية أم وولده وعليه نصف قيمتها لشرية ونصف العقر
 ولا يضمن قيمة الولد وهي من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فبها وبهما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند
 الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما ويتعين بقول القائف وجه قوله أن خلق ولد واحد من ماء فحين 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 روي أن قاتما رياسا من زيدهما تحت قطيفة
 واحدة قد غطي وجوههما وأرجلهما بادية فقال إن هذه الأقدام يشبه بعضها بعضها فسمع رسول الله صلى الله عليه
 وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسنانه بوجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائف
 حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي أنه وقعت هذه الحادثة
 في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شرح لبس فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنتهما برئانه وكان
 ذلك بمحض 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 لاعتباره قول القائف
 حجة بل لوجه آخر وهو أن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه وكانوا يعتقدون التيافة فلم قال القائف
 ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن
 بما هو دليل الزوال عندهم والمحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه
 جميعا معا فبها وبهم 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 بأثر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقى حكم الزيادة
 مردودا إلى أصل القياس وجه قول محمد أن الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من
 ماء على حدة وقد جاء عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه أثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فتأدر
 غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة ولا يثبت النسب إلا بالثبات النسب لا يفصل بين
 عدد الاثنين والخمسة فالفصل بين عدد و عدد يكون محكما غير دليل وسواء كانت الانصاء متفقة أو مختلفة بأن كان
 لاحد هم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي فالولد ابنتهم جميعا فحكم النسب لا يختلف لأن سبب
 ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاء فيثبت في نصيب كل

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا عقلت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة الى حال العلق فستقط الضمان وهنالا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولا بينهما وان ادعياه فهو بينهما ولا يعقر لو احدهمهما على صاحبه كما في الاول ولا يفترقان الا في الولا فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة تسمى دعوة الاستيلاء فيعلق الولد حر او الدعوة هنادعوة تخر بروانه يوجب استحقاق الولا عقل عليه الصلاة والسلام الولا علق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة احدهما فجاءت بولد اقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فقد تيقنا ان علق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانها صارت أم ولد له فصارت مملكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه علق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملها فجاءت بولد فادعاه احدهما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تخر بر فاذا ادعاه فقد حرره والتحرير اطلاق نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق اليه لا الى القرابة هذا اذا اولدت الجارية المشتراة كولد ادعاه احد الشريكين أو ادعياه جميعا فاما اذا اولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولد اعلى 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 الآخر لا تستحال الفصل بينهما في النسب لعلو قهما من ماء واحد فكانت دعوة احدهما دعوة الاخر ضرورة وان سبق احدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر وعتقا جميعا لعلو قهما حرى الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العتق ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى اعلم هذا اذا اولدت لهما في بطن واحد فاما اذا اولدت لهما 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 فدعى الاصغر يدعى ولد أم ولد الغير ومن ادعى ولد أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخرج الدعوة الى دعوته فصارت مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغرور ومن جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العتق لمدعى الاكبر اكن 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 يلتقيان قضا صافلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فامكن 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 قضا صافيا بنصف العتق وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويترادان الفصل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فدعى احدهما الاكبر والاخر الاصغر فاما اذا سبق احدهما 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 ولد أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

أولا فاما اذا ادعى الاصغر أولا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها
ونصف عقرها لشرىك 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 ابني شريكي ثبت نسب الا كبر منه وصارت الجارية
أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشرىك والاصغر ولد أم ولده أقر بنسبه لشرىك فان صدقه
شريكي ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابني والا كبر ابني
شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكي ولو قال أحدهما الا اصغر ابني والا كبر ابني
شريكي أو قدم وأخر فقال الا كبر ابني شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم
ولد له وعتق وضمن لشرىك نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكي فان
صدقه ثبت النسب منه ويغرم لدعي الاصغر نصف قيمة الا كبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين شهود أحدهما
على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد انسان ثلاثة أولاد فداعى
أحدهم فتقول لا يخلو امان ولدوا في بطن واحد واما أن ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو امان ادعى أحدهم بعينه واما
ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فداعى أحدهم بغير عينه فقال أحدهم لا ابني أو عين واحد منهم
فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقيين لانهم توأم علقوا
من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له هذا اذا ولدوا في
بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الا كبر ولدني 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 في 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 نفا قد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذ لو لم يكن
كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معني هذا اذا ادعى الا كبر فاما اذا ادعى
الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والا كبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل
يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو
حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والا كبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا
ادعى بغير عينه فقال أحدهم لا ابني فان بين فالحكم 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 ولائه الآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن
الاعتاق يتجزأ عند هيبتي نصيب المدعي على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يتجزأ أو يعتق الكل فلم يبق
للمدعي فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عند ما ذكرنا انه يبقى الملك له في نصيبه وعندهما ان
صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا
دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انما تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك السيد ثابت له وانه كاف لثبات

النسب ولو ادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح دعواه 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 ولداً 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 لا نعدام الملك له فيه أصلاً فالتحقق سائر الأجزاء الا في الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه فقدت دعواه لانه أقر بحجة مصححة للنسب لكن توقف فهاذه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أو لا لان النسب ثبت بالنكاح صحيحاً كان أو فاسداً وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من اكسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يجوز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلا يملكه ماله ولا يملكه غيره ولا يبيع المالكه وأما الأم فلا نه له فيها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فنع من بيعها والعبد المسلم والدمي سواء في دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والدمي لان الكفر لا ينافي النسب ويستوى في دعوته الاستيلاء وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلق في الملك فان كان العلق في غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط 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 تحرير فدعوة الاستيلاء هي ان يكون علق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلق وتتضمن الاقرار بالوطء فيثبت ان علق حراً ودعوة التحرير هو ان يكون علق المدعى في غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلق وبين ان هذه الجملة في مسائل اذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعداً فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحته ودعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر ان الجارية أم ولد له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا الاستحسان وفي القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن 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 وبيع ولدها فبردها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل القسح يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا لضرورة فنقول بيانه اذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو أجره أو كاتبه فادعاه البائع فحضر ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل القسح والنقض وكذلك لو كان المشتري باع الام أو كاتبها أو رهنها أو أجرها أو زوجها المأذون ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان الا لضرورة لانه يعقبه أمراً 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 بره أو مات عبده لم تصح دعوة البائع المأذون ولو كان المشتري أعتق الام أو بره دون الولد صحته دعوته في الولد ولم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام لان المانع من القسح خص الام ولا تصير الجارية أم ولد لانه لا أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح ثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له لئلا أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع في الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولداً بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري وأخذ أرشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاء وانما تستند الى

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أو لا ثم يستند فيستدعي قيام المحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم في الهالك واليد المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البائع من الثمن حصة الولد لانه سلم البدل للمشتري وهو الارش ولومات الام ثم ادعى البائع الولد سحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد جميع الثمن عند أي حنيقة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فأصاب قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلك عند المشتري لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال عنده وعندهما متقومة وهي من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية في ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع هذا اذا ولدت ولداً (فأما) اذا ولدت ولدين في بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما سحت دعوته ولزمه الولدان جميعا ما مر أن التوأمين لا يَحْتَمِلان الفصل في النسب لا بخلافهما من ماء واحد فان ولدت أحدهما لاقل من ستة والآخر لاكثر من ستة أشهر فادعى أحدهما ثبت نسبهما ويجعل كأنهما ولدتهما جميعا عند البائع لاقل من ستة أشهر لانهما كانا جميعا في البطن وقت البيع ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضا سواء كان المشتري ادعاه أو اعتقه لما ذكرنا أنهما لا يَحْتَمِلان الفصل في ثبات النسب من ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا وينتقض العتق ضرورة فرقابين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق في الام وينتقض في الولد لان العتق لا يَحْتَمِل الفسخ مقصوداً وإنما يَحْتَمِله 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 فرقابين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصوداً هو النفس وإنما يظهر في الاطراف تبعاً للنفس وبالقطع انقطع التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشتري ونفس كل واحد من التوأمين أصل في حكم الدعوة فثبت في أحدهما تصح في الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما في النسب ومتى سحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاء فتبين انهما علقا حرين فكان ينبغي أن تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة لانه وجبت القيمة لان محجة 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 بشبهه الظهور عملاً بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشتري أحدهما ثم قتل ميراثاً فأخذ دية وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولد فانه يقضى بالحى وامة للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه ويأخذ الدية والميراث من المشتري لما قلنا هذا اذا ولدت في يد المشتري لاقل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة أشهر فصاعداً لم تصح دعوة البائع الا أن يصدقه المشتري لاننا ننتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاء فتصح دعوة 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 لولاه ولو

ادعى المشتري نسبه 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 تخر براد دعوة استيلاء لتيقنا ان العلق لم يكن في الملك فيستدعى قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما مر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يتمتع ولو ادعاه البائع والمشتري معاً فدعوة البائع أولى لان دعوته دعوة استيلاء لوقوع العلق في الملك وانها تستند الى وقت العلق ودعوة المشتري دعوة تخر برلوقوع العلق في غير الملك يتيقن وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لانه سابق في المعنى والاسبق أولى كرجلين ادعى تلقى الملك من واحد وتاريخ أحدهما أسبق كان الاسبق أولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت أمه رجل ولد في ملكه لسته 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 متملكاً ايها الحاجة الى نسب ولد يحيا به ذكره ولا يثبت النسب الاب للملك وللاب ولاية تملك مال ابنته عند حاجته اليه إلا ترى انه يملك ماله عند حاجته الى الاتفاق على نفسه كذا هذا إلا أن هناك يملك بغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين إذ الحاجة هناك الى ابقاء النفس والحاجة هنا الى ابقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض لان ما قبله عوض كان تملك بصورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجائنين جانب الابن وجانب الاب وتصديق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن في الدعوى والاقرار أو كذبه ثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد أمه مكاتبه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبياً عنه فوكت الحاجة الى تصديقه وللاب ولاية على مال ابنته فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلق الى وقت الدعوة حتى لو اشترى الابن فجاءت بولد لاقبل من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلق وكذلك باعها فجاءت بولد في يد المشتري لاقبل من ستة أشهر فادعاه الاب لم تصح لانعدام الملك وقت الدعوة وكذلك كان العلق 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 العلق الى وقت الدعوة شرط الصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستند الى زمان العلق ولا يثبت الملك الا بالتملك ولا يملك الا بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيد التصرف عليه جبراً لا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلق الى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافراً أو عبداً فادعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق بنفيان الولاية ولو كان كافراً فأسلم أو عبداً فاعتق فادعى نظري ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتاق لاقبل من ستة أشهر لم تصح دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلق وان ولدت لسته فصاعداً صحت دعوته وثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوهاً فاق صحت دعوته استحساناً والقياس أن لا تصح لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالانغماء وكل عارض على أصل اذا زال يلحق بالعدم من الأصل كأنه لم يكن كالموت عليه ثم افاق ولو كان مرداً فادعى ولد جارية ابنته فدعوه موقوفة عند أبي حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لنفاذ ولايته بناء على ان تصرفات المرد موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت الولد من الاب فتقول 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 ثبت شرط الصحة الاستيلاء والاستيلاء بلاج منزل معلق فكان الفعل 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 الإيلاج المنزل المعلق من أوله إلى آخر
 إيلاج 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 ووثبات النسب لأن نصف الجارية
 ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وإنما ثبت حكم الثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة أنه لا يتجزأ وحكم الشيء
 لا يسببه بل يتعقبه فوطء المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه والوطء في غير الملك
 يوجب الحد إلا أنه سقط للشبهة فوجب العقر وهذا التملك ثبت شرط الثبوت النسب وصحة الاستيلاء وشرط الشيء
 يكون سابقاً عليه أو مقارناً له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضاً لأنه علق حراً
 وإن كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لأن ذلك حكم الاعتاق فيستدعى تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الحد أي الأب
 ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الأب عند انعدامه أو عند انعدام ولايته (فأما) عند قيام ولايته فلا حتى لو كان الحد
 نصرانياً وحاقده مثله والأب مسلم لم تصح دعوة الحد لقيام ولاية الأب وإن كان الأب ميتاً أو كان كافراً أو عبداً
 تصح دعوة الحد لا تقطع ولاية الأب وكذا إذا كان الأب معتوهاً من وقت العلوق إلى وقت الدعوة تحت دعوة
 الحد بل قلنا فإن أفاق ثم ادعى الحد لم تصح دعوته لأنه لم أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الأصل فعادت ولاية
 الأب فسقطت ولاية الحد ولو كان الأب مرثداً فدعوة الحد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فإن قتل على الردة أو
 مات تحت دعوة الحد وإن أسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفه وعندهما لا تصح دعوة الحد لأن
 تصرفه عندهما نافذة فكانت ولايته 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 انما يثبت بعقد النكاح لا بملك الثمين فيقوت الجارية على ملك الابن
 وقدم ملك الابن أخاه فيعتق عليه فإن ملك الأب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد
 وهو وثبات 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 ولد أم ولد أو مدبرته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى اتفق نسبه منه ثم ادعاه الأب لم يثبت
 نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد
 المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبرة من الأب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن
 (وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية بل محالة فإن نسب ولد الأمة المنكوحه يثبت من
 الزوج والأمة ملك المولى (وأما) القيمة فلا يثبت النسب علق حرأ فشببه ولد المغربور فيكون حرأ 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 اتفق عنه بالنفي كافي
 اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن النسب لا يثبت إلا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يحتملان التملك ويضمن
 العقر لأنه إذا لم يملكها فقد حصل الوطء في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا إذا لم يصدق الابن في
 الدعوى بعدما نفاه فإن صدقه ثبت النسب بالاجماع لأن نسب ولد جارية الاجنبي يثبت من المدعى بتصديقه في
 النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويعتق على الابن لأن أخاه ملكه وولاه 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 فتنفذ دعوته لأنها إذا عجزت فتنفذ دعوات قنأ وجعل المعارض كالعدم من الأصل فصار كالوادي 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 نسبه اما أن يكون في يد نفسه واما أن لا يكون فان كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان في يد نفسه فاقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما أن يكون مملو كما واما ان لم يكن فان كان مملو كما ثبتت نسبه بنفس الدعوة اذا كان في ملك المدعى وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان علقه في ملك المدعى ثبتت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علقه في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملو كما فاما ان لم يكن في يد أحد فلا في يد غيره ولا في يد نفسه كالصبي المتبوء واما ان كان في يد أحد كاللقيط فان لم يكن في يد أحد ثبتت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرًا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه اقل أخبر بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والترتبة وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدينية وتصديق العاقل في دعوى ما يتفجع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه 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 نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقد مرّت المسئلة ولو ادعاه امرأتان تحت دعوتيهما عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسند كره الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن في يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبتت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجهها فيما تقدم وكذا من الخارج صدقة الملتقط في ذلك أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال يد الملتقط لان يده عليه تاجرة حتمية وشرعاً حتى لو أراد غيره أن يزعه من يده جبراً ليحفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أشع للصبي من يد الملتقط لانه يقوم بحضانتها وترتيبه ويشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسالماً أو ذمياً استحساناً والقياس أن لا تصح دعوة الذمي (ووجهه) أنا لو صححنا دعوتيه وأثبتنا نسب الولد منه للزمن استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم باسلامه وان كان أبوه كافراً فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسالماً وذكري النوادر أن من التقت لقيطاً فادعاه نصراني فهو ابنه ثم ان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الشرك بان يكون في رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصراني هذا اذا أقر الذمي أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين قبل ويكون الولد على دينه فراقبين الاقرار وبين البينة وذلك أنه منهم في اقراره ولا تهمه في الشهادة وسواء كان المدعى حراً أو عبداً لانه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معاً الملتقط أولى لاستواءهما في الدعوة وضع الصبي فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبتت نسبه منه فلا يتصور ثبوت من غيره بعد ذلك الا أن يتم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجان فان كان

أحدهما مساماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لأنه يتبعه في الإسلام فكان أشع للصبي وكذا إذا ادعته مسلمة وذميمة
 فالمسامة أولى ولو شهد الذمى مسامان والمسلم ذميان فهو للمسلم لأن الحجتين وإن تعارضتا فإسلام المدعى كاف
 للترجيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحرة أولى لأنه أشع للقيط وإن كانا حراً من مسلمين فإن ذكر
 أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافق دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة لأن
 الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد
 شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو الكاذب وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من
 الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدك إن كيدك عظيم جعل قد التمييز من خلف دليل مرادتها
 إياه لما أن ذلك علامة جذبها إياه إلى نفسها والتقدم قدام علامة دفعها إياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلئى ودباغ
 في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ وإهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ وللؤلئى وبالإهاب للدباغ لأن الظاهر
 يشهد باللؤلؤ وللؤلئى وبالإهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختلعا 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 الأمر كذا هذا فإن ادعى
 أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه ثبت نسبه منهما لأنه وقع
 التعارض في العلامات فسقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وإن لم يذكر أحدهما علامة أصلاً
 ولكن لا حدماً بينة فإنه يقضى له لأن الدعوة لا تعارض بينة وإن لم يكن لا حدماً بينة ثبت نسبه منهما جميعاً وهذا
 عندنا لا استوائهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت نسبه إلا من أحدهما ويتعين بقول القافة على
 ما ذكرنا والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في
 الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعين هو ابني وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لأنه ظهر كذبه بيمين ولو قال أحدهما
 هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فاذا هو خنثى بحكم مباله فإن كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البنوة وإن كان
 يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعى البنوية وإن كان يبول منهما جميعاً يعتبر السابق فإن استويا في السابق فهو مشكل
 عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فإن استويا في ذلك فهو مشكل لأن هذا حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه
 منهما جميعاً ولو قال الممتط هو ابني من زوجتي هذه فصدقته فهو ابنتها حرة كانت أو أمة غير أنها إن كانت حرة
 كان الابن حراً بالاجماع وإن كانت أمة كان ملكاً لمولى الأمة عند أبي يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول
 محمد أن نسبه وإن ثبت من الأمة لكن في جعله تبعاً لها في الرق مضره بالصبي وفي جعله حراً منفعه له فيتبعها فيما ينفعه
 ولا يتبعها فيما يضره كالذمى إذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دونه لما قلنا كذا هذا
 وجه قول أبي يوسف إن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون
 رقيقاً والرق وإن كان يضره فهو ضرر بلحقته ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهي حرة أو أمة ذكر في
 الأصل أنها لا تصدق على ذلك حتى تقيم بينة أنها ولده وإن أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت إذا كانت حرة
 عدلة أطلق الجواب في الأصل ولم يفصل بين ما إذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما إذا كان
 لها زوج لأنه إذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصحح إلا بالبينة أو بتصديق الزوج
 فاما إذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حث جواب الكتاب وأجرى
 رواية الأصل على إطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال يثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها إلا
 ببينة ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال يثبت بالقراش وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا يثبت الولادة إلا
 بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأة أن ابنها فهو ابنتها عند أبي حنيفة وكذا إذا كن خمساً عنده
 وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلاً وجه قولهما أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد

واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب منهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالفراش
ولابي حنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهما وماقلا ان الحكم في جانبهن
متعلق بالولادة فنعلم لكن في موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعى جميعا فثبت نسبه منهما وعلى هذا
لو ادعى رجل وامرأتان يثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعى رجلان وامرأتان كل
رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة وعندهما ابن الرجلين
لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول والله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويتأكد ظهوره أخرى فكل نسب
يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على
الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضا
بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت
نسبه من المدعى ثم ادعى رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل
البطلان بالبينة وكذا لو ادعى رجلان معاً ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البينتان في
النسب فالأصل فيه ما ذكرنا في تعارض البينتين 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 لثنين على الكمال في زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة
الكلام فيه أن تعارض البينتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذى اليد واما ان يكون بين الخارجين وبين ذى اليد
فان كان بين الخارج و ذى اليد في ذى اليد أولى لانها استوى في البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين
الخارجين وبين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة
الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استوى يعمل بهما ويثبت النسب منهما وعلى هذا اذا
ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الاخر انه عبده يقضى للذي ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والاخر يدعى الرق
فبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة وأقام الاخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن
الحرة والحق لما قلنا ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول
أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لأمير ولو ادعى رجلان ووقفت بينة كل واحد منهما فان استوى
الوقتان ثبت النسب منهما لاستواء البينتين ولو كان وقت احدهما أسبق بحكم سن العبي فيعمل عليه لانه حكم
عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لاسبقتهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا
أشكل السن سقط اعتبار التارىخ أصلا كأنهما سكتا عنه ولا يبي حنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكما فيقي
الحكم للتارىخ فيرجح السابق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة انه ابنها واقامت البينة فهو
بينهما لعدم التنافي بين ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعى 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 ادعى الغلام أنه ابنهما وبطل النسب الذى أنكره الغلام لان البينتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذ
هو في بد نفسه كالخارجين اذا أقام البينة ولا حد هما يدان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانياً
فأقام بينة من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعى مسلم ومسلمة فبينة الاسلام أولى ولا ترجح بينة
المدعى المسلم لانه لا يبدله وان كان مسلماً وان كان بينة الغلام من النصارى يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة
الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقق بالعدم فيقي مجرد الدعوة فلا تعارض البينة ويحير الغلام على الاسلام غلام في

يدانسان ادعى صاحب اليد انه 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 ستواتهما 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 بدرجل فأقام
صاحب اليد البينة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعي ذلك وأقام الخارج البينة على ملكه يقضى بالمرأة
وبالولد للذي هما في يده لما قلنا وان كان الذي في يده من أهل الذمة والمرأة ذمية وأقام شهوداً مسلمين يقضى بالمرأة والولد
للذي هما في يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج 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 فاسد فألبينة القائمة على
النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى انه ابن فلان وولده أمته فلانة على فراشه وذلك
الرجل يقول هو عبدي ولد أمي التي زوجها عبدي فلانا فولدت هذا الغلام منه والعبد حى يدعى ذلك فهو ابن العبد
لانه تعارض القران فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا يتنقى الاباللعان وفراش الملك يتنقى
بمجرد النفي فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك
وقامت عليه البينة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار
بالحرية فان لم يعمل في النسب يعمل في الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالا فأقام الغلام البينة انه ابن الميت من
أتمته وأقام الآخر البينة انه عبده وولده أمته من زوجها فلان والزواج عبده أيضاً والعبد حى يدعى ذلك يقضى له بالنسب
لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتاً ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بينة الغلام خلت
عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

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

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أثناء مسائل النسب وأما حكمه
في الملك فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك والثاني في قدر الملك أما الاول
فسبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند
الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحیحاً للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك في مسائل رجلان
ادعى اباة أحدهما ركبها والآخر متعلق بلجامها فبهي للركاب لانه مستعمل للاباة فكانت في يده (وكذلك) اذا

كان لاحدهما عليه حمل وللآخر عليه كور معلق أو مخللة معلقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعاً راكبين
 لكن أحدهما في السرج والآخر ديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله أنهما راكب
 السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية أنهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت
 لهما ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما إجماعاً لاستواءهما في الاستعمال ولو ادعى عبد أصغير الأيبر
 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 صبيماً صغيراً مجهول النسب في يده أنه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع
 دعوى الحرية إلا ببينة 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 حد هما 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 بالرق إقرار بسقوط يده عن نفسه فكان
 في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله أنه لغيره لأن العبد لا يقول 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 ثوباً
 وأحدهما إلا بسبه والآخر متعلق بذيله فاللاس أولى لأنه مستعمل للثوب (ولو ادعى) بساطاً وأحدهما جالس
 عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس يجلسه والنوم عليه أولى لاستواءهما في اليد عليه (ولو ادعى)
 داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب
 البناء والحفر لأن سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك
 ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) إذا كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت
 بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخيطن ثوباً في دار إنسان فاختلفا في الثوب فالقول لصاحب
 الدار لأن الثوب وإن كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لأن الخياط وما في يده في داره والدار في يده
 فما فيها يكون في يده (حمال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله
 فهو له لأن الظاهر شاهد له وإن كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لأن الظاهر شاهد له (وكذلك) حمال عليه كارة
 وهو في دار بنز اختلفا في الكارة فإن كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لأن الظاهر شاهد له وإن كانت مما
 لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لأن الظاهر شاهد له رجل اصطاد طيراً في دار رجل فاختلفا فيه فإن اتفقا
 على أنه على أصل الأباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لأنه لا يأخذ
 دون صاحب الدار إذا الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط أو شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد
 لمن أخذه وإن اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد فإنه ينظر إن أخذه من الهواء
 فهو له لأنه لا يأخذ إلا يدلاً حد على الهواء وإن أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لأن الجدار
 والشجر في يده وكذلك إن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لأن الأصل 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 وكذلك لو كان أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لأن
 سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما
 داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما

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 فإن كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد
 منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعد أن كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لأنها استويا في استعمال الحائط
 فاستويا في ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت أن يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال
 له زد أنت أيضاً إلى تمام عدد خشب صاحبك أن أطاق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا التزاع ولو كان
 لأحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالقياس أن يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان
 لا يكون (وجه) القياس أن زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة
 لا يقع بها الترجيح ألا ترى أنه لو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وإن كان
 استعمال أحدهما أكثر دل أن المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويا فيه (وجه) الاستحسان أن
 يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بمادون الثلاثة لأن الجدار لا يبنى له عادة وإنما يبنى لاكثر من ذلك
 إلا أن الأكثر مما لا نهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيده به فكان ما وراء موضع الجذوع لصاحب
 الكثير وأما موضع الجذوع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وإنما لصاحب القليل حق وضع الجذوع لا
 أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذوع من الحائط وما رواه لصاحب الكثير (وجه) هذه
 الرواية أن صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (وجه) رواية الاقرار ما مر
 أن الاستعمال لا يحصل بالجذوع والجذوع لأن الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله
 في يد صاحب الكثير إلا أنه ليس له دفع الجذوع وإن كان موضع الجذوع مملوكاً له لجواز أن يكون أصل الحائط
 مملوكاً لآسان ولا آخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البيئنة أن الحائط له لأن له أن يدفع لأن البيئنة حجة
 مطلقة فإذا أقامها تبين أن الوضع من الأصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البيئنة لأننا جعلنا
 الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرر بلا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال
 التراق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالتعلق به ولو كان لأحدهما اتصال التراق وللآخر جذوع فصاحب
 الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال
 التراق وارتباط وللآخر اتصال التريب فصاحب التريب أولى لأن اتصال التريب أقوى من اتصال التراق
 ولو كان لأحدهما اتصال التريب وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التريب ولصاحب الجذوع حق وضع
 الجذوع لكن الكلام في صورة التريب فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله أن التريب هو أن يكون انصاف البان
 الحائط مداخلة حائط إحدى الدارين يبنى كذلك كالازج والطاقت فكان بمعنى النتائج فكان صاحب الاتصال
 أولى وذكر الكرخي رحمه الله أن تفسير التريب أن يكون طرف هذا الحائط المدعى مداخلة حائط إحدى الدارين وهذا
 التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل أن المداخلة إذا كانت من جاني الحائط كان صاحب الاتصال
 أولى بخلافه وإن 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 أن ذلك بمعنى النتائج حيث حدث من بناءه كذلك فكان
 هو أولى وجه قول الكرخي أن المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحد أفسطح حكم الاستعمال
 لضرورة الاتحاد فلك البعض بوجوب ملك الكل ضرورة إلا أنه لا يجب على الرفع بل يترك على حاله لأن ذلك ليس من
 ضرورات ملك الأصل بل يحتمل الاتصال عنه في الجملة ألا ترى أن السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت
 السفلى هو ملك صاحب السفلى ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفلى رفع السقف منع منه شرعاً
 كذا هذا جاز أن يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع عليه بخلاف ما إذا أقام البيئنة

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 بجنب تلك الدار و بينهما حائط وأقام الرجل البيعة له فاراد المشتري ان يرجع على البائع محصته من
الثمن ان كان متصلاً ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلاً ببناءه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً
فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلاً ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فلم يشتري ان يرجع على
البائع محصة الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلاً بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فيثبت 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 ما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقرران
السترة والبناء له فالحائط لصاحب السترة لانه مستعمل الحائط بالسترة فكان في يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لاحدهما
عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادي شيئاً لان وضع
المرادى على الحائط ليس بامر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان ملحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه
الحائط الى أحدهما وظهره الى الآخر وكان انصاف اللبن أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشي من ذلك عند أبي
حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات وهذا اذا جعل الوجه
وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعاً وعلى هذا الخلاف اذا ادعيا بأب
مغلقاً على حائط بين دارين والغلق الى احدهما فالباب لهما عنده وعندهما من اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من
الجانبين فهو لهما اجماعاً وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط الى أحدهما فالخص بينهما عند
أبي حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى القمط وعندهما الخص لمن اليه القمط وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف
والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات والغلق والقمط الى صاحب الدار فيعدل
على انه بناؤه فكان في يده ولا يحنيفة 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 تجب
عليه الثمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا الاختلاف في المرور في دار
ولاحدهما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البيعة ان له في داره
طريقاً ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئاً لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق
أصلاً وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلاً على حق المرور في الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود
ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً 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 طولوه 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
حجة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع حجة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طولوه
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 فاختلغا في مسيل
الماء فلصاحب الدار ان يمنع عن التسييل حتى يقيم البيعة ان له في هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب
بنفس الميزاب شيئاً ما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قد بناه له حق التسييل وذكر محمد في
كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلغا في ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل

فيه الماء كان النهر مشغولاً بالماء فكان النهر مستعملاً به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة فيما اذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشئ لان التسييل قد يكون غير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على ما مر ولو شهدوا ان له حقا في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم بينوا تقبل شهادتهم أيضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيبين بيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعي بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برى وان نكل يقتضى 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 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 بالفي درهم وقال المشتري اشتريت بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا 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 انا عرنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وبيد 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 لانه منكر في الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشتري أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عيناه وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ يمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل يفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم يفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ وقال بعضهم لا يفسخ الا يفسخ القاضي عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما مضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه اعتد بيمين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الاصل المهور في الثابت يمين لانه لا يزول بالاحتمال فلا يفسخ الا يفسخ القاضي وله ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا يفسخ القاضي لانهم لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا ينقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بيمينها 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 وبرد المشتري العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما في عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده
لا يمنع الفسخ فلا يمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبيح في الثوب والبناء والغرس في
الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعند لا يمنع وبرد المشتري القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة
بمزية الهلاك وهلاك السلعة تمنع التحالف عندهما وعند لا يمنع وبرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة
متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر فهو على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل
كالهوب في المكسوب لا يمنع التحالف اجماعاً فيتحالفان وبرد 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 برد المشتري المبيع
دون الزيادة وكانت الزيادة لانهما حدثت على ملكه وتطبخ له لعدم تمكن الحنث فيها هذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة
فاما اذا تغيرت الى النقصان فيرد المشتري فنذ كركم 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 رحمهما الله يتحالفان وبرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار
القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل تمنع التحالف
عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة
والسلام التحالف مطلقاً عن شرط قيام السلعة أو لا يقال 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 ما في المحل 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 وطما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر في التحالف وهو
الحلف من الجانبين بعد قبض العقود 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 العقود
عليه هو المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة من وهو ينكر فاما الا نكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعي عليه
شيئاً فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضاً الا انا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة
والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وهذا المقيد ثابت في النص الآخر أيضاً دلالة لانه
قال عليه الصلاة والسلام وترادوا وترادوا لا يكون الا حال قيام السلعة في 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 من قبضهما ثم هلك أحدهما
ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ
من ثمن الهالك شيئاً فينثذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك
ويتحالفان على القائم و يترادان وعند محمد يتحالفان عليهم او برقيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان
هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لا يبي يوسف لان المانع من التحالف هو
الهالك فيتقدر المنع بقدره تقديراً للحكم بقدر العلة ولا يبي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا
الا انا عرفنا ذلك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة في التحالف حال هلاك بعضها منقياً بالحديث
المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالحزروالظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع
ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً فينثذ يتحالفان لانه يرضى ان يكون الثمن كله بمقالة القائم فيخرج الهالك

عن العتد كانه ما وقع العتد عليه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكماً بان خرج
 عن ملك المشتري بسبب من الاسباب لان الهالك حكماً يلحق بالهالك حقيقة وقدم الاختلاف فيه وسواء خرج
 كله أو بعضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فخرج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان
 التحالف هنا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم وحصه الخارج
 من الثمن بقول المشتري فينبذ التحالفان على القائم ويرد 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 فالحكيم أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا تحالفوا عنده
 فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرده المشتري القيمة ان لم يكن مثلياً والمثل ان كان مثلياً وان هلك بعضه
 بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرراً وفي تشقيصه عيباً 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 فالبايع ان يأخذ الباقي ومثل القائن ان كان مثلياً وقيمتها ان لم يكن مثلياً ولو خرجت
 السلعة عن ملك المشتري ثم عادت اليه ثم اختلفا في مقدار الثمن نظر في ذلك ان كان العود فسحاً بان وجد به عيباً فرده
 بتضاء القاضي يتحالفان ويرد العين لان القسح رفع من الاصل فجعل كأنه لم يكن واذا لم يكن العود فسحاً بان كان ملكاً
 جديد الا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسحاً لا يتبين ان الهلاك لم يكن والهالك
 يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لا العين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه
 صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقدم تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان
 فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقص المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن
 لم يتحالفوا عندهما سواء كان النقصان بأفesseماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري أو بفعل الاجنبي أو بفعل البائع
 لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء في المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبي حنيفة رضي الله
 عنه فلا يتحالفان والقول قول المشتري الا اذا كان النقصان بأفesseماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ورضى
 البائع ان يأخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً فينبذ 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 كالتبوض بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبي أو
 بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشتري مع عيبه 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 جار يتي بعبدك هذا وقال المشتري للبائع اشترت منك بالف درهم فان كانت الجارية قائمة
 تحالفوا وترادا قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفوا وتراد من غير فصل بين ما اذا كان
 الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه وان كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول
 قول المشتري في الثمن مع عيبه وعند محمد يتحالفان وهي مسئلة هلاك السلعة وقدمت وان كان مدعى العين هو المشتري
 بان قال اشترت جاريتك بعبدك هذا وقال البائع بعثت منك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة
 يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعاً ويرد المشتري القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك
 السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلان وجوب الثمين على المشتري ظاهر أيضاً لان البائع يدعى عليه
 ثمن الجارية بالف درهم وهو ينكر واما وجوب الثمين على البائع فلان المشتري يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان
 كل واحد منهما مدعياً من وجه منكر آمن وجه فيتحالفان ولو كان البائع يدعى عيناً والبعض دينا والمشتري يدعى

الكل ديناً بان قال البائع بعث منك جاريتي بعبدك هذا أو بالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائماً تحالفاً بالنص وان كان هالكاً فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعى البعض عيناً والبعض ديناً والبائع يدعى الكل ديناً بان قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدى هذا وبالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعتك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفاً وتراداً بالنص وان كانت هالكاً 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 ثلث الجارية يرد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعى كل الثمن عيناً كانا يتحالفان ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا ولو كان كل الثمن ديناً لكان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر فاذا كان يدعى بعض الثمن عيناً وبعضه ديناً يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فتقول 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 عينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الخلول 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 يضمن لان الاجل صار حقاله بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضى جميعاً فقال البائع الاجل شهر وقدمضى وقال المشتري شهران ولم يضميا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضى فيجعل الاجل شهر لم يضمن لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضى على ما مر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقته أو حكماً فاما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو الحى منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير متبوضة تحالفاً وتراداً لان للقبض شبهة بالعقد فكان قبض المعتقد عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجوز بينهما التحالف الا ان 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 المعتقد عليه كهلاك المعتقد عليه وهلاك المعتقد عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قوله لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكن اعرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقى التحالف بعدهما كهما أو هلاك أحدهما من غير الخبر المشهور هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع فتقول 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 اشتريت منك هذه الجارية بالف درهم أو قال البائع بعث منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بالف درهم تحالفاً وتراداً لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراداً وان كان ديناً وهو المسلم فيه فاختلفا فتقول اختلفا فيهما 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 ايثانه (وأما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفاً وتراداً لان هذا الاختلاف في المعتقد عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد وروى السلم (وجه)

قولهما أن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به ولا في حنيفة رحمه الله
أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم إليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغي أن لا يخلف أصلاً إلا أن التحليف في
جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبي يوسف أيضاً أنه قال أيهما بدأ بالدعوى 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 انقضاء السلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الإبقاء في مكان كذا وقال المسلم إليه بل شرطت لك
الإبقاء في مكان كذا فالقول قول المسلم إليه ولا يتحالفان عند أي حنيفة وعندهما يتحالفان بناء على أن مكان
العقد لا يتعين مكان الإبقاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الإبقاء مفسداً للسلم عنده فلم يدخل مكان الإبقاء في العقد
بنفسه بل بالشرط والاختلاف في الإبقاء لا يدخل في العقد إلا بالشرط لا يوجب التحالف كالأجل وعندهما مكان العقد
يتعين مكاناً للإبقاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الإبقاء عندهما فكان المكان داخلياً 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 مضميه (وأما) أن اختلفا في قدره ومضميه جميعاً فإن اختلفا في أصل الأجل
لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفوا وترادا واحتج بطلاق قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان
تحالفوا وترادا وإن اختلفا 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
متعنت في انكار الأجل لأنه ينفعه والمتعنت لا يقول له وإن كان هو المسلم إليه فالقول قوله عند أي 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 حتماً عليه شرعاً وإنه منكر بثبوته والقول قول المنكر في الشرع (وجه) الاستحسان أن المسلم إليه
يدعوى الأجل يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساداً فكان القول قول من يدعى الصحة لأن الظاهر شاهد
له إذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد القاسد معصية وإذا كان القول قوله في أصل الأجل كان
القول قوله في مقدار الأجل أيضاً وقال بعضهم القول قوله إلى شهر لأنه أدنى الآجال فأما الزيادة على شهر فلا تثبت
إلا بالبينة وإن اختلفا في قدره لم يتحالفوا عندنا خلافاً لزفر والقول قول رب السلم لما ذكرنا أن الأجل أمر يستفاد من
قبله فيرجع في بيان القدر إليه وإن اختلفا في مضميه فالقول قول المسلم إليه وصورته إذا قال رب السلم كان الأجل
شهرًا وقد مضى وقال المسلم إليه كان شهرًا أو لم يمتد 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
ومضميه 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 وترادا أيضاً سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه إلا
أن الذي يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعاً لأنه المشتري وهو المنكر أيضاً وإن اختلفا فهم جميعاً فكذلك
تحالفوا وترادا لأنهما اختلفا في المبيع واليمن والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف ففيهما أولى والقاضى يبدأ
باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

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

المملوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به
 حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير اذنه ورضاه
 الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت في المحل اذا عرف هذا فنقول للمالك ان يتصرف في ملكه اى تصرف شاء
 سواء كان تصرفا يتعدى ضرره الى غيره ولا يتعدى فله ان يبني في ملكه مراحضا او حماما او رحي او تنورا وله ان
 يقعد في بنائه حدادا او قصارا وله ان يحفر في ملكه بئرا او بالوعة او ديماسا وان كان يبن من ذلك البناء ويتأذى به
 جاره وليس لجاره ان يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يحبر عليه لان الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه
 لعارض تعلق حق الغير فاذ 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 صنع منه في ملك الغير وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو غيره انهدم المبحر صاحب السفلى على بناء السفلى لانه ملكه
 والا نسان لا يحبر 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 مبيلا ان 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 مبيلا ان البناء ملكه لخصوله باذن الشرع واطلاقه فله ان لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعدله
 وهو القيمة وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى ان في ظاهر الرواية يرجع بما أفتقه 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
 بالاتفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع عما أفتق وهذا بخلاف البئر المشتركة والدولاب المشتركة والحمام المشتركة
 ونحو ذلك اذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يحبر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به
 بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والتركة لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذى أبى العمارة تمتعتا محضا
 فى الامتناع في دفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدما بما تقسما فاما اذا هدم صاحب السفلى سفله حتى انهدم العلو
 يحبر على اعادته لانه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين
 دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يحبر واحد منهما 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 أفتقه على حسب ما ذكرنا فى السفلى والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عرى ايضا ولا يمكن كل
 واحد منهما أن يبني حائطا على حدة فى نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عرى ايضا يمكن قسمته وأن يبني كل واحد
 منهما فى نصيبه حائطا يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير 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 وفى القسمة جبرا
 ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عرى ايضا فان كان يقسم قسمة جبر لانه
 لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لآحدهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب
 صاحب الجذوع يحبر الآخر على القسمة لانه فى الانتفاع تمتعت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط
 حقه وان كان الطالب من لا جذع له لا يحبر صاحب الجذوع على القسمة لان فيه ابطال حقه فى وضع الجذوع فلا
 يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يحبر على اعادته لما ذكرنا انه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على
 الاعادة وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو غيره فأراد صاحب السفلى أن يفتح بابا أو يثبت كوة أو يحفر طاقا أو يقد
 وتد أعلى 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 يحفر في سفله بئراً أو بالوعة أو سرداباً فله ذلك من غير رضا صاحب العلو إجماعاً وكذا إيقاد النار للطبخ أو
للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناء
أو يضع جذوعاً لم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه باباً أو كنيافاً لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة سواء أضر بالسفل
أولاً وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله إيقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل إجماعاً منهم من قال
لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حتم الخلاف (وجهه) قولهما أن
صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به
صاحب الحق ألا ترى أن الإنسان لا يمنع من الاستغلال بمجرد 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 وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى أن قتل المرأة والمبجور من دار المالك إلى
موضع آخر حرام وإن كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه أنه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت
الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أتيح لأن الضرر لا يتعدم رضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه
حرام أضر بالمالك أولاً وهناك لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه إلا بآذنه ورضاه بخلاف ما ضرب بنا
من المثال وهو الاستغلال بمجرد غيره والاصطلاء بنار غيره لأن ذلك ليس تصرفاً في ملك الغير وحقه إذ لا أثر لذلك
متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً وكان
ميزاباً فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل
ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لأن صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل
الدار أن يبنوا حائطاً ليسدوا مسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لأن
ذلك تصرف في حق الغير إلا بآذنه 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 رجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في
ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لأن فيه بطلان حق المرور وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب
الدار لأن عرض الطريق ممتد بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحاً أو ميزاباً فتقول هذا في
الأصل لا يجوز من أحد وجهين إيمان كانت السكة نافذة وإيمان كانت غير نافذة فإن كانت نافذة فإنه ينظر إن كان ذلك
مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ولو فعل
ذلك فلكل واحد أن يقطع عليه ذلك وإن كان ذلك مما يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع
والنقض فإذا تقدم إليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل
له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس 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 أن اشراع الجناح والميزاب إلى طريق العامة
تصرف في حقهم لأن هواء البقعة وحكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هوائها فإمكان الانتفاع بذلك تصرف في حق الغير
وقدم إن التصرف في حق الغير غير آذنه حرام سواء أضر به أولاً 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 فبقى الانتفاع بالمبنى تصرف في حق مشترك بين الكل من غير آذنه ورضاهم فلا يحل هذا إذا كانت
السكة نافذة فإما 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 بتحمل
الشهادة وفي بيان حكم الشهادة أما ركن الشهادة فتقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفي متعارف الناس في حقوق العباد
هو الاخبار عن كون ما في بدغيره لغيره فكل من أخبر بأن ما في بدغيره 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
فثلاثة أحدها أن يكون عاقلاً وقت التحمل فلا يصح التحمل من الجنون والصبي الذي لا يعقل لأن تحمل الشهادة
عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك إلا بالآلة الفهم والضبط وهي العقل والثاني أن يكون بصيراً وقت التحمل
عندنا فلا يصح التحمل من الأعمى 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 وللأعمى سماع صحيح فيصح تحمله
للشهادة ويقدر على الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لأن الشهادة تقع له ولا يعرف كونه
خصماً إلا بالرؤية لأن النعمات يشبه بعضها بعضاً (وأما) البلوغ والحرية والسلام والعدالة فليست من شرائط
التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ثم بلغ الصبي وعق
العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهد واعند القاضي قبل شهادتهم وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق
فشهد له تقبل وكذا المرأة إذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانته منه فشهدت له تقبل 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 الزوجة 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 عينها تقبل (ووجه) الفرقان الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة وقد
وردت فإذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجة في تلك الحادثة فقد أعادت تلك الشهادة وهي مردودة والشهادة
المردودة لا تحتل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبي لأنه لا شهادة للكافر على المسلم أصلاً وكذا الصبي
والعبد لا شهادة لهما أصلاً فإذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدث لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة
وهي غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره إلا في أشياء مخصوصة
يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع
ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا في أشياء مخصوصة وهي النكاح والنسب
والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يعان بنفسه لأن معنى هذه الأشياء على الاشهار فقامت
الشهرة فيها مقام المعاينة وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح وكذا في الموت
إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته واختلفوا في تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشهد ذلك
ويستفيض وتتواتر به الاخبار عنده من غير تواطؤ لأن الثابت بالتواتر والحسوس بحس البصر والسمع سواء
فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معاينة فعلي هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له
الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر وذكر أحمد بن عمر وابن مهران الخفاف أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامر أن ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان محل الشهادة بذلك استدلالاً بحكم الحاكم وشهادته فإنه 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 أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب لذلك
شروط العدد في النكاح والنسب لا في الموت لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل
والتقييد بأن يقول اني لم أعين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء
فالشهادة فيه بالسامع 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 لحمه كالحمه النسب ثم الشهادة
بالسامع في النسب مقبولة كذا في الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضي الله عنه نشهد
أن نافعاً كان مولى ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لان جواز الشهادة بالسامع في
النسب لما أن مبنى النسب على الاشتهار فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشتهار فلا بد
من معاينة الاعتاق حتى لو اشتهر اشتهار نافع لابن سيدنا عمر رضي الله عنهما حلت الشهادة بالسامع وأما الشهادة
بالسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية الا أن مشايخنا ألقوه بالموت لان مبنى الوقف على الاشتهار أيضاً
كالموت فكان ملحقاً به وكذا تجوز الشهادة بالسامع في القضاء والولاية أن هذا قاضي بلد كذا والى بلد كذا وان
لم يعين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل
بمعاينة المشهود به بنفسه يحصل بمعاينة دليله بان يرى ثوباً أو دابة أو داراً في يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير
منازع حتى لو خاصمه غيره فيه محل له أن يشهد بالملاك لصاحب اليد لان اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك
فيه بل لا دليل يشاهد في الاموال أقوى منها و زاد 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 شيء 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 نفسها
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 يد لها فيقتضى يد صاحب اليد دليل على الملك ولان الحر قد يخدم كأنه عبد عادة وهذا
أمر ظاهر في متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهر ان فلم تصلح اليد دليل فيه أما اذا كان صغيراً يعبر عن نفسه
كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لانه لا يكون له في نفسه يد فيلحق بالعرض والبهائم فتحل للرأى الشهادة بالملاك فيه
لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط ادعاء 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 يعين 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 بالتذكروالتذكر والتفكير ولا يوجد من الصبي عادة ولان الشهادة فيها معنى الولاية والصبي مولى عليه ولانه
لو كان له شهادة للزمته الاجابة عند الدعوة لانية الكريمة وهو قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا أي دعوا
للاداء فلا يلزمه اجابته ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء
والشهادة شيء فلا يقدر على أدائها بظواهر الآية الكريمة ولان الشهادة تجري مجرى الولايات والتمايكات أما معنى

الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغير وانه من باب الولاية وأما معنى التملك فان الحاكم يملك الحكم بالشهادة فكان
الشاهد مملكة الحكم والعدلا ولاية على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولا يملك له لو كان له شهادة لكان يجب عليه الاجابة
اذا دعى لادائها للولاية الكريمة ولا يجب لقيام حق المولى وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وأم الولد لانهم عبيد
وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين
ومنها بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الاعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أولا
وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته اذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا اذا كان المدعى 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
قولهما أنه لا بد من معرفة المشهود له والاشارة اليه عند الشهادة فاذا كان اعمى عند الاداء لا يعرف المشهود له من
غيره فلا يقدر على اداء الشهادة ومنها النطق فلا تقبل شهادة الاخرس لان مراعاة لفظ الشهادة شرط صحة أدائها
ولا عبارة للاخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لتبطل 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
وجود أم شرط القبول على الاطلاق وجود أو وجوبا أما الاول فقد اختلفت عبارات مشايخنا رحمهم الله في
ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لان أكثر أنواع الفساد والشر يرجع
الى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جرعة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسنة
سيئته فهو عدل وقدر روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا رأيت الرجل يعتاد الصلاة في المساجد فاشهدوا
له بالايان وروى من صلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا لله بالايمان وقال بعضهم من يجتنب الكبائر وأدى
الفرائض وغلبت حسنة سيئته فهو عدل وهو اختيار أستاذنا أستاذي الامام فخر الدين على البرزدي رحمه الله
تعالى واختلفت في ماهية الكبائر والصغائر قال بعضهم ما فيه حد في كتاب الله عز وجل فهو كبيرة وما لا حد فيه
فموصفة وهو هذا ليس بسديد فان شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما في كتاب الله تعالى وقال بعضهم
ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجب الحد فهو صغيرة وهذا يبطل أيضا بكل الربا فانه كبيرة ولا يوجب الحد وكذا يبطل
أيضا باشيء آخر ككبائر ولا يوجب الحد نحو عقوق الوالدين والفرار من الزحف ونحوها وقال بعضهم كما جاء
مقر وناويعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وكل مال اليتيم والفرار 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 عن النبي عليه الصلاة
والسلام أنه قال ما تقولون في الزنا والسرقه وشرب الخمر قالوا الله ورسوله أعلم قال عليه الصلاة والسلام من فواحش
وفيهن عقوبة ثم قال عليه الصلاة والسلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر فقلوا 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
الا وقول الزور فاذا عرفت تفسير العدالة في عرف الشرع فلا عدالت لشارب الخمر لان شربه كبيرة فتسقط به العدالة
ومن مشايخنا من قال اذا كان الرجل صالحا في أموره تغلب حسنة سيئته ولا يعرف بالكذب ولا بشئ من الكبائر
غير انه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتقوى لا للتلذذ يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب
الخمر كبيرة محضه وان كان للتقوى ومن شرب النبيذ لا تسقط عدلته بنفس الشرب لان شربه للتقوى دون التلذذ
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 للناس والناسحة لان فعلهما محظور وأما المعنى فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا
عدالة وان كان هو لا يشرب لانه رأس القسمة وان كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالة لان ذلك
مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذي يضرب شيئا من الملاهي فانه ينظر ان لم
يكن مستشعرا كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالة وان كان مستشعرا كالعود ونحوه سقطت عدالته
لانه لا يحل بوجه من الوجوه والذي يلعب بالحمام فان كان لا يطير هالا تسقط عدالته وان كان يطيرها تسقط عدالته
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 لتشجيد 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 عدالته ولا عدالة لمن يدخل الحمام بغير
مزر لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفا فإياها وهو انابت كإفلا عدالة لان الجماعة
واجبة وان كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضى عنده لا تسقط عدالته ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل
بعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف المحصنات وقاتل النفس المحرمة وأكل الزنا ونحوه
لان هؤلاء من رؤس الكبار ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن لم يبال من أين اكتسب
الدرهم من أي وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زورا طمعا في المال والمعروف بالكذب لا عدالة
له ولا تقبل شهادته أبدا وان تاب لان من صار معروفا بالكذب واشتهر به لا يعرف صدقه في توبته بخلاف
الفاسق اذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهواً وابتلى به مرة ثم تاب لانه قل
ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لانسباب الشهادة وأما الاقلف فتقبل شهادته اذا كان عدلا ولم يكن تركه الختان
رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولان اسلامه اذا كان في حال الكبر فيجوز أنه خاف على نفسه التلف فان لم يخف
ولم يخشق تارك السنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه
فاسقا في تلك الحال وتقبل شهادته ولد الزنا اذا كان عدلا لعمومات الشهادة لان زنا الوالدين لا يقدح في عدالته
لقوله سبحانه وتعالى ولا تزوروا زورا أخرى وما روى عنه عليه الصلاة والسلام ولد الزنا أسوأ 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 ولا ان الخصاء لا يقدح في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة
وأما شهادة صاحب الهوى اذا كان عدلا في هواه ودينه نظر في ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة
الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة الى هواه أو كان فيه بجانة
لا تقبل أيضا لان صاحب العصبية والدعوة لا يبالي من الكذب والتزوير ليرتز ويج هواه فكان فاسقا فيه وكذا اذا
كان فيه بجانة لان الماخذ لا يبالي من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل في هواه تقبل لان هواه يزجره عن
الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطابية فانهم لا شهادة لهم لان من نحلهم انه نحل الشهادة لمن يوافقهم على
من يخالفهم وقيل من نحلهم أن من ادعى أمر من الامور وحلف عليه كان صادقا في دعواه فيشهدون له فان كان هذا
منهمم فلا تخلو اشهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل الالهام لانهم يحكمون 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 منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار نزع

بدينه فكانت المعصية معصية مسقطه للعدالة والاصل في هذا الفصل أن من ارتكب جرمة فان كانت من الكبائر
 سقطت عدالته الا أن يتوب فان لم تكن من الكبائر فان أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لان الصغيرة بالاصرار عليها
 تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وان لم يصر عليها لا تسقط عدالته
 اذا غلبت حسناته سيما ته وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضي الله
 عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهي الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديل والتركية فليست
 بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله انها شرط ولقب المسئلة أن القضاء بظاهر العدالة جائز عنده وعندهما
 يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف في أنه اذا طعن الخصم في الشاهد انه لا يكتفي بظاهر العدالة بل يسأل القاضي عن
 حال الشهود وكذا لا خلاف في أنه يسأل عن حالهم في الحدود والقصاص ولا يكتفي بالعدالة الظاهرة سواء طعن
 الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص اذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل 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
 والسادد 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) قولهما ان العدالة الظاهرة تصالح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة ههنا
 الى الاثبات وهو بحاجب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات 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 بعارض
 ولان العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول اليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالته قبل السؤال عن حالهم فيجب
 الاكتفاء به الا أن يطعن الخصم لانه اذا طعن الخصم وهو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من
 الترجيح بالسؤال والسؤال في الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود يمتثل فيها للدرء ولو طعن المشهود عليه في
 حرية الشاهدين وقال انهما رقيقان وقال نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة على حريةهما لان الاصل في
 بني آدم وان كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء وعليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم
 استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار الا في
 أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا اذا كانا مجهول النسب لم تعرف حريةهما ولم تكن ظاهرة مشهورة
 بان كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حرية أو كانا عربيين فاما اذا لم يكونا ممن يجري عليه الرق فالقول
 قولهما ولا يثبت رقبتهما الا بالبينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجود أم شرط القبول مطلقا وجوبا
 ووجود فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجود على الاطلاق ووجوب بالشرط
 أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه وقال الشافعي عليه الرحمة انها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلا دونها
 حتى ان القاضي لو تجرى الصدق في شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحرر بالاجماع وكذا
 لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحرر واذا شهد بحرية القبول وهذا هو الفصل
 بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادة الفاسق
 أصلا 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 واحصح 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 الحاجة الى شهادتهم عند الجحود والانكار لان النكاح يشتر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والانكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة القاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن في الشهادة هو صدق الشاهد فعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواع من الفسق ويستكف عن الكذب والكلام في فاسق تحرى القاضى الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض ثقلة 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 مقابل كلمة العدل وهي كلمة الاسلام والقاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرتة ومنها أن لا يكون محدوداً في قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط واحصح 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 الرامى على التأييد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن الحدود في القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملاً بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذي اذا قذف مسلماً فحد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين وبمثل العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حده القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعتق (ووجد) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمي قبل اقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فاذا أسلم فقد حدث 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 الشهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد ابطال ذلك على التأييد ولو ضرب الذمي بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد في حالة الاسلام ولم يوجد لان الحداسم للكل فلا يكون البعض حداً لأن الحد لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة وايتين اخريين فقال في رواية لا تقبل شهادته وفي رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً في الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد في حالة الاسلام وفي رواية اعتبر الاكثران وجد أكثر الحد في حال الاسلام تبطل شهادته والا فلا لان للاكثر حكم الكل في الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحداسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل في حال الاسلام بل البعض فلا ترديه 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 فهي مسألة شهادة القاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحدودين في القذف فيعتقد بالاجماع أما عند الشافعي رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعاً وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والانكار لا تدفع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع بينة الزنا والتهمة به وهذا يجعل بحضرة المحدودين في القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهي عن القبول والانعقاد ينفصل

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 التأيد ومنها أن لا يجز الشاهد الى
 نفسه معتمدا 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 متهما ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم
 ولانه اذا اجر النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد
 وان علا لولده وان سفلى 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 لسيدده ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج
 لزوجته وأما سائر القربات كالأخ والعمة والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط
 في مال البعض عرفا وعادة فالتحقوا بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد
 من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكأنوا 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 شهودكم من
 رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله عظمت كبريائه ممن ترضون من الشهداء من غير فصل
 بين عدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغرم
 ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجز المغرم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهدا
 لنفسه ما 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 شاهدا فلا تتأوله العمومات وكذا لا تقبل
 شهادة الاجير له في الحادثة التي استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشرىكين
 لصاحبه في مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على
 الميت بدين ألف درهم فشهادة القرينين باطلة عند أي حنيفة عليه الرحمة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله
 جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين
 بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما دارا أو عبدا وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة القرينين
 جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهما في شهادته ولهما أن ما يأخذه كل
 فريق فالقرين الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهدا لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به
 لان نعمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصما لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجوز شهادة خصم ولا
 ظنين ولانه اذا كان خصما فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصي للميت واليتم الذي في حجره
 لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء ذكرا له عند أبي
 حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه لو رأى اسمه وخطه وخاتمته 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 وخاتمته على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحل له أدائها واذا
 أدائها تقبل ولأن النسيان أمر جبل عليه الانسان خصوصا 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 يبيح حنيفة رحمه الله قوله
 تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهدا اذا علمت مثل الشمس فاشهدوا ولا

فدفع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزويع مع ما ان
الخط للتذكري فقط لا يذكرو وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضي في ديوانه شيئاً
لا يذكروه وديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل اذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل
القاضي ثم استقضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى في ديوانه الاول ولم يذكرك 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
اللفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدي معنى الشهادة بعد غير معقول 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 وتسدّر التوفيق انهدرت عن الدعوى
والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك في مسائل اذا ادعى ملكا بسبب
ثم أقام البيينة على ملك مطلق لا تقبل ويمثله لو ادعى ملكا مطلقاً ثم أقام البيينة 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 البيينة على الملك المطلق مكذباً بشهوده في بعض
ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل ينفي الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتها معاً في محل
واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البيينة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق
على ما ينافى شهوده باقل مما ادعى فلم يضر المدعى مكذباً بشهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شيء
لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى القنا وخمسة فشهد الشهود على الف انه تقبل البيينة على الالف لما قلنا كذا
هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البيينة على الملك بسبب آخر بان ادعى داراً في بدرجل انه ورثها من أبيه
ثم أقام البيينة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء والهبة أو
الصدقة ثم أقام البيينة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البينتين صورة ومعنى أما
الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البينتين يختلف باختلاف الادعاء بين الدعوى والشهادة فقال
كنت اشتريت منه لكنه جحدني الشراء وعجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهب مني وقبضت وأعاد البيينة
تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب شهوده ويصير هذا في الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه
اعادة البيينة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبي الأنة جحدارني فاشتريت منه أو وهب
لي فانها تقبل لزال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعد هذا وأقام البيينة على
الشراء بالف درهم لا تقبل لان البدل قد اختلف واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البيينة على
عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشتريت بالبعد الا انه جحدني الشراء به فاشتريت به
بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزال المخالفة وهذا اذا كان دعوى التوفيق في مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم
ثم جاء وادعى التوفيق فاما اذا لم يقم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه له ثم أقام البيينة
على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته ويمثله لو ادعى انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيينة على
انه له لا تقبل ووجه الفرق ان قوله أولاً انه لي لا ينفى قوله انه لفلان وكلني بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق
الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكناً فقبلت البيينة بخلاف الفصل الثاني لان قوله هو لفلان
وكلني بالخصومة فيه ينفى قوله بعد ذلك هو لي لانه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكيل بالخصومة فيه بقوله
انه لفلان وكلني بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لي اقراراً منه بالملك لنفسه فكان مناقضاً فلا تقبل ولو ادعى
انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيينة على انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولاً انه لفلان

وكلني بالخصومة فيه كما ينفي قوله انه لي ينفي قوله انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه فلا تقبل الا اذا وفق فقال ان الموكل
 الاول باع من الموكل الثاني ثم وكلني الثاني بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى في ذي القعدة انه اشترى منه
 هذه الدار في شهر رمضان بالف ونقده الثمن ثم أقام البيئنة على أنه تصدق بالدار على المدعى في شعبان لا تقبل بينته
 لان دعوى التصديق في شعبان تنافي الشراء في شهر رمضان لاستحالة شراؤه الا انسان ملك نفسه والتوفيق
 غير ممكن فلا تقبل وان أقام البيئنة على التصديق في شوال ووفق فقال جحدني الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى
 داراً في يدي رجل انها له وأقام البيئنة على أنها كانت في يدي المدعى بالامس لا تقبل وعن أبي يوسف انها تقبل ويؤمر
 بالرد اليه ولو أقام صاحب اليد البيئنة على أنها كانت ملكاً للمدعى تقبل بالاجماع (وجهه) قول أبي يوسف رحمه الله
 ان البيئنة لما قامت على انها ما كانت في يده فلا يصل في الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البيئنة على ملك كان ولان الثابت بالبيئنة
 كالثابت بالمعينة ولو ثبت بالمعينة أو بالقرار انه كان في يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذلك هذا (وجهه) ظاهر الرواية ان
 الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الا بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح للزام ولان اليد قد
 تكون حجة وقد تكون مبطلية وقد تكون يدملك وقد تكون يد امانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة
 بخلاف الملك والمعينة وبخلاف الاقرار لانه حجة بنفسه والبيئنة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي ولا وجه
 للقضاء بالمحتمل ولو أقام البيئنة انها كانت في يده بالامس فاخذها هذامنه أو غضبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويقضى
 للخارج لانه علم بالبيئنة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى داراً في يدي رجل انه
 ورثها من أبيه وأقام البيئنة على أنها كانت لابييه فتقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه امان تشهد وان الدار كانت
 لابييه ولم يقولوا مات وتركها ميراثه واما ان قالوا انها كانت لابييه مات وتركها ميراثه واما ان قالوا انها كانت
 في يد أبيه يوم الموت واما ان أبتوا من أبيه فعلا فيها عند موته أما الوجه الاول فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
 لا تقبل الشهادة وعلى قول أبي يوسف تقبل وكذا الوشهاد وانها كانت لابييه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون
 هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف على ما روى عنه في الامالى ينبغي أن تقبل (وجهه) قوله ان الملك متى
 ثبت لابييه بشهادتهم فلا يصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فصار كالو شهادوا انها كانت لابييه يوم الموت
 أيضاً (وجهه) قولهم 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 لا حكماً لدليل الثبوت لان
 دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وانما البقاء بحكم استحباب الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا
 انها كانت لجدده فعندهما لا يقضى بهما لم يشهدوا بالميراث بان يقولوا مات جدده وتركها لابييه ثم مات أبوه وتركها ميراثه
 وعند أبي يوسف ينظر ان علم ان الجد مات قبل الاب يقضى به له وان علم ان الاب مات قبل الجد أو لم يعلم لم يقض
 بها ولو شهدوا انها لابييه لا يقضى به له منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذي ذكرنا وهو
 الصحيح فانه روى عن أبي يوسف انها تقبل وأما الوجه الثاني وهو ما اذا شهدوا انها كانت لابييه مات وتركها
 ميراثه فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والتك 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 ثابتاً للمورث عند
 الموت وان كانت يد امانة انتقلت يدملك اذا مات مجهلاً لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب
 الضمان سبب لثبوت الملك في المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما اذا ثبت ليد المشهود من الاب فعلا في
 العين عند الموت فهذا على وجهين امان يكون ذلك فعلا هو دليل اليد واما ان يكون فعلا ليس هو دليل اليد والقول

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

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

وقال هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرايت لو لم يجد كفيلا كنت أمنه حتى دلت تسميته أخذ الكفيل ظاهراً على ان مذهبه ان ليس كل مجتهد مصيباً اذا الصواب لا يَحْتَمِلُ ان يكون ظمناً فدلت المسألة على براءة ساحته عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنه وأما الذي يرجع الى المشهود به فيها ان تكون الشهادة بمعلوم فان كانت بمجهول لم تقبل لان علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فمالم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما اذا شهد رجلان عند القاضي ان فلاناً وارث هذا الميت لا وارث له غيره انه لا تقبل شهادتهما الا هما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الورثة واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثاً غيره أو أخوه لانيه وأمه لا يعلمون له وارثاً غيره وقوله لا يعلمون له وارثاً غيره لثلاث يتلوم القاضي لانه من الشهادة عند مجتد رحمه الله لجنس هذه المسائل بأقرب الزيادة يعرف ثمة ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون المشهود به معلوماً للشاهد عند أداء الشهادة حتى لو ظن لا يخل له الشهادة وان رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهذا عند ابن حنيفة رضي الله عنه وعندهما ان رأى خطه وختمه له ان يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين وأما الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لان الشهادة لا تصير حجة ملزمة الا بقضاء القاضي فتخص 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 بنائيه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشترط فيها الدعوى كاسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقاً 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 فتشترط فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على ان عتق الامة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتاق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد في الشهادة بما يطع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان (وقوله) سبحانه وتعالى ثم يأتوا بربعة 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 تتبع 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 قيل قول الفرد لم يخل شهادته عن جر النفع الى نفسه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العدد في الشهادة ليكون كل واحد مضافاً الى قول صاحبه فتصفوا الشهادة لله عز شأنه ولانه اذا كان فرداً يخاف عليه السهو والنسيان لان الانسان مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليزك البعض 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 يطع عليه الرجال الا في الشهادة بالزنا فانه يشترط فيها عدد الاربعة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم يأتوا بربعة شهداء وقوله تعالى فان لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ولان الشهادة في هذا الباب أحد نوعي الحجج فتعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار ثم عدد 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 مالم يدخل في حد التواتر لكتنا عرفناه شرطاً بنص خاص معدولاً به عن القياس فبقى سائر الابواب على أصل القياس واما فيما لا يطع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيه ليس

بشرط عندنا فتقبل فيه شهادة امرأه واحدة والثنتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا
 ان عند مالك رحمه الله يكتب في بامرأتين وعند الشافعي رحمه الله لا بد من الأربع وجه قول مالك ان شهادة الرجال
 لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعدد من النساء ووجه قول الشافعي رحمه
 الله ان الشرع أقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتب بأقل من رجلين فلا يكتب بأقل من أربع
 نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبد أغير معقول المعنى لان خير من ليس بمعصوم عن الكذب
 لا يفيد العلم قطعاً و يقيناً 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 حالة الافراد عن الرجال على أصل القياس وقد روى
 ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة يقبل لانه لما قبل شهادة
 امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان
 اختلفا لم تقبل لان اختلافهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الأحد
 شطرى الشهادة ولا يكتب به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في
 قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال
 اما في العقد فهوان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العتدين صورة
 ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعد 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 الف ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمسة مائة
 فشهد أحدهما بالف وخمسة مائة والآخر بالف تقبل على الف بالاجماع وجه قولهما ان الشهادة لم تخالف الدعوى
 في قدر الف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لاشهادة هم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا
 ادعى ألفاً وخمسة مائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الف لما قلنا كذا هذا ولا يحرية رحمه الله ان
 شطر الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم والاسم الموضوع دلالة
 على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كما تترك لالف من الابل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم
 تكن الف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى فانقررت الشهادة عن الدعوى فيما
 يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما اذا ادعى الف وخمسة مائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الف
 لان الف والخمسة مائة اسم لعدد من الاترى انه يعطف احدهما على الآخر فيقال الف وخمسة مائة فكان كل واحد منهما
 بانقراده داخل تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مصادراً فاذا شهد أحدهما بالف
 فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الف فيقتضى به للمدعى
 لقيام الحجية عليه بخلاف الف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال فلم تكن الف المفردة داخلة
 تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليهما شاهدة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى
 الفاً فشهد أحدهما بالف والآخر بالفين لا تقبل على الف 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 لو ادعى الفاً فشهد أحدهما بالالف والآخر بالف وخمسة مائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لي
 عليه الف وخمسة مائة الا انه قضاني خمسة مائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وفق فقد زال الاختلاف المانع من القبول

ولو ادعى على رجل انه باع عبده بالف درهم وهو يشكر فشهد شاهدان بالقبول وآخر بالف أو ادعى انه باعه بألف وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف لا تقبل بالاجماع لان الشاهد من اختلاف في البذل واختلاف البديلين يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعقد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا تقبل ولا يثبت العقد وكذا لو كان المشتري مدعيًا والبائع مدعيًا عليه لما قلنا فان كان هذا في الاجارة ينظر ان كانت الدعوى من 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 الرحم حتى انها لو ادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسمائة فشهد لها شاهدان أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل والنكاح جائز بالف درهم وعندهما لا تقبل ولا يجوز النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لا تقبل 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 ولي القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لا تقبل لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لا تقبل لان هذا دعوى العقد فلا تقبل ولا تصح الكتابة وان كانت من المولى فلا تصح لان للمكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة في الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك في الاقار بل يمنع القبول وان كان في الافاعيل من القتل والقطع والغصب وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار مما يحتمل التكرار فيمكن التوفيق بين الشهادتين لسماحه عن الاقرار في زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والقسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار باختلاف الزمان والمكان فيها يوجب اختلاف الشهادتين فيمنع القبول والله التوفيق ولو ادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما على القرض والآخر على القرض والقضاء قضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى بالقضاء في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضا لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذي شهد بالقضاء فسبح شهادته بالقرض فبقى على القرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الشهادتين مختلفتان في القضاء لا في القرض بل اتفاقا على القرض فيقضى به وقوله شاهد بالقضاء 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 منبأهما على الدرء والاستقاط بالشبهات وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة وقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف سائر الاحكام لانها محجبة مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البديل من شهادة الرجال والابدال في باب الحدود غير مقبولة كالكفالات والوكالات واما الشهادة على الاموال فالذكورة ليست فيها بشرط والانوثة ليست بممانعة بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المداينة فاستشهدوا بشهيد من رجالكم فان لم يكنوا رجالين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء وختلف في اشتراطها في الشهادة بالحقوق التي ليست بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضي الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعي رضي الله عنه شرط (وجه)

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

الى صيانة حقوقهم ماسة لانهم اعماقبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معادتهم ليجعلوا احوالهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والانكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون في قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت 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 حوائجه ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذي 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 التقادم في الشهادة على الحدود كلها الا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقادم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار ما عرف في كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرأفة في الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يمتحن انه من مسيره لا يبقى الرجح من الحجي به من مثلها عادة عندهم وعند محمد ليس بشرط وهي من مسائل الحدود وتذكره هناك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصل في الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهي الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضى الى القاضى لانه في معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على انها ليست بشرط في الاموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى الا في العبد الا بق عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تقبل فيه أيضاً على ما ذكر في كتاب أدب القاضى (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان القروع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما ندرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهاد النساء تمكن الشبهة في شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا عكست في مجلس فكان فيها زيادة ليست في شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبنية على الدرء أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل ايقاف اقامتها ولهذا شرط عدد الاربع في الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكوة في فرجها كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة ثم يقول الكلام في الشهادة على الشهادة يقع في مواضع في صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفي شرائط التحمل وفي صورة أداء الشهادة على الشهادة وفي شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل 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 أشهدك على شهادتي هذه وأمرك ان تشهد على شهادتي هذه فاشهد وأما شرائط التحمل هذه الشهادات فاذا كرنا في عموم الشهادات وأما الذي يختص بها فتأوع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان فلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقبل اشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معاينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (وجه) الفرق ان القروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الانابة 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 الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيها من النساء (وأما صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضاً مختصر ومطول فالختصر ان يقول شهد فلان عندي ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندي فلان ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الان 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 فساد كراهه كسائر الشهادات والذي يخص هذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتاً أو غائباً مسيرة سفراً وميضاً لا يستطيع بحضور مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرة ولا تتحقق الضرة الا في هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضي ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ما قيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشترط الذكورة والاصل في عموم الشهادات الا ان اشترط الذكورة في شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري رحمه الله لم تكن شبيهة في شهادتهن ليست في شهادة الرجال واشترط الاصلة في الشهادة لم تكن زيادة شبيهة في شهادة الفروع ليست في شهادة الاصول وهو الشبهة 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 الحدود لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسط شهداء لله الا ان في الشهادة القامة على حقوق العباد وأسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فاذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب بأمر 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 أو عن أمانته وقال تعالي جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما في حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود نحو طلاق امرأة واعتناق عبء والظهار والايلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة بحسبة الله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طاب من أحد من العباد وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقه وشرب الخمر والتدفع فهو مخير بين ان يشهد بحسبة الله تعالى وبين ان يستتر لان كل واحد منهما أمر مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وقد ندد به الشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامه الله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضي لان الشهادة عند اجتماع شرائطها مظهرة للحق والقاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وثبت 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 بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فيتعين الاتلاف فيها سبباً لوجوب الضمان فان وقعت اتلافاً انعدت سبباً لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهد ا على رجل بالف وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما المار جعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سبباً الى الاتلاف في حق المشهود عليه والتسبب الى الاتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالا كراه على اتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه (فان قيل) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضي لم يصح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يرده 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 بالحق للمشهود به فقد بدليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضي فلا ينتقض الثابت ظاهر بالشك والاحتمال فيبقى القضاء ماضياً على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثاني أن الشاهد في الرجوع عن شهادته متهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للثبوتة اذ التهمة كما تمتع قبول الشهادة تمتع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع في حقه فلم ينتقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا يتوهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة في نقض القضاء والتوصل الى عين المشهود به فيظهر في التوصل الى بدله رعاية للجوانب كلها واذ رجعا قبل القضاء لا يضمنان لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تقع تسيبها الى الاتلاف بدونه وعلى هذا اذا شهد ا على رجل أنه طلق امرأته فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقر بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد ويتأ كد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما اتلافاً فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقضى القاضي بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالمتعة 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 محتماً للسقوط بان جاءت الفرقة 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 المحرم اذ لو لا ذبحه لا حتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح كد الواجب عليه فنزل المؤكدة منه بمنزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهد ا على رجل أنه اعتق عبداً أو أمته وهو ينكر فقضى القاضي ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الامة لمولاه لانهما بشهادتهما اتلفا عليه مالية العبد أو الامة فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى لان الاعتاق نفذ عليه والولاء لمن أعتق فان قيل هذا اتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضاً لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا اتلافاً بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الامة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فتقول 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 رجعا في حال حياة المولى وإما أن رجعا بعد وفاته أما إذا لم يكن معها ولد ورجعا في حال حياة المولى فيضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنأ وتقوم أم ولد لو جازيها فيضمنان النقصان لانهما ألتقا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فإذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقيمة قيمتهما للورثة لانهما ألتقا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها في حال الحياة والساقى بعد الوفاة فيضمنان كذلك وإن كان معها ولد ورجعا في حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما ألتقا عليه ألا ترى أنه لو لا شهادتهما لكان الولد عبد الله فهما يشهدان لانهما ألتقا 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 تركه وان لم يكن له تركه فلا ضمان على الولد لان من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركه لا يؤخذ من مال الوارث وإن كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لانهما ألتقا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذه الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظلم عليهما في زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للاخ ما أخذهما من الميراث لانهما ما ألتقا عليه الميراث لما نذكر 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 ألتقا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد لانهما ألتقا عليه ولا ضمان لهما أن يظلما الولد هذا اذا كانت الشهادة في حال حياة المولى والرجوع عليه في حال حياته أو بعد وفاته فاما اذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعبد أو أمة وتركه فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الامة من الميت وصدقهما الولد والامة وأنكر الابن فتضى القاضى بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فان هناك لا يضمنان الميراث ووجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لانه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الاب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الاب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تحقق الشهادة اتلا فالل مال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد ألتقا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهد أنه دبر عبده فتضى القاضى بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنأ ويقوم مدبرا فيضمنان النقصان لانهما ألتقا 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 ألتقا بشهادتهما بقيمة ماليته بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى في ثلثي قيمته عبد اقنأ للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما ألتقا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا اذا كانت السعاية يخرج من ثلث العبد فان كانت لا يخرج بان 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 آخر ان بالدخول ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وانما الدخول شرط والحكم يضاف الى العتق لالى الشرط فكان التلف حاصلًا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك اذا شهدا انه قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وشهد آخر ان بالدخول ثم رجعا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

بالزنا وشهد آخران بالا حصان ثم رجعا فالضمان على شهود الزنا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو
شهد انه قتل فلا ناخطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدينة لانهما اتلفاها عليه وتكون في مالهما لان الشهادة منهما بمنزلة
الاقرار منهما بالاتلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كالأقرار صريحاً ولهذا الورجعا في حال المرض اعتبر اقرار بالدين حتى
يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقارير وكذا الوشهاد انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدينة اليد
لما قلنا وكذا الوشهاد عليه بالسرقه فقضى عليه بالقطع فتقطعت يده ثم رجعا فتدروى أن شاهدين شهدا عند سيدنا
على كرم الله وجهه على رجل بالسرقه فقضى عليه بالقطع فتقطعت 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 وأغرمة كيديه بالاول ولو علمت أنك تعمد ما
تقطعت أيديكما وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعاً ولو شهدا انه قتل فلا ناعمد أفضى
القاضي وقتل ثم رجعا فعملهما الدينة عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه
قطع يد فلان (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان شهادتهما وقعت قتلاً تسيبياً لانها تفضى الى وجوب القصاص وانه
يفضى الى القتل فكانت شهادتهما تسيبياً الى القتل والتسيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالأقار على القتل
(ولنا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسيبياً الى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسيبياً لان ضمان
العدوان الوارد على حق العبد مقيس بالمثل شرعاً ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسيبياً بخلاف الاقار على
القتل لان القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالأقار والقفل لمستعمل الآلة لا كالأقار على ما عرف على
أن ذلك وان كان قتلاً تسيبياً فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فمن ادعى تخصيص الفرع محتاج الى الدليل وعلى
هذا يخرج ما اذا شهدا على ولي القتل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية
لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال إلا
ترى أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكره ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكره
يضمن بالا كراهه على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا 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 الدينة لولي القتل لان
شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوك لولي القتل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى
نفساً تساوى ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لاننا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوك لولي
القتيل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك المحل لان في المحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما
اتلاف للنفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يجده فقضى القاضي
بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين 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 اتلافاً ولا تصير اتلافاً اذا اصارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافاً الا به (ومنها) مجلس
القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البيعة على رجوعه لا تقبل
بينته وكذا اليمين عليهما اذا أنكر الرجوع الا اذا حكيا عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة
انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبراً (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 القاضي بالنكاح بالف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئاً لانهما اتلفا عليها منفعة البضع
والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وإنما يعطى لها حكم الاموال بعارض عند الجارة وكذا الوادعت امرأة على رجل
أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنان للزوج شيئاً لانهما بشهادتهما

اتلغا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئا لأنهما بشهادتهما اتلغا المنفعة لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بغير عوض فإن كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لأن الاتلاف 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 إن كانت قيمة العبد ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشتري لأن شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وإن كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشتري والمسئلة بحالها إن كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل 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 لها شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا أنه ينظر إن كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمن الزوج شيئا وإن اتلغا عليه عين المال لأنهما اتلغاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لأنه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل أن الأب يملك أن يزوجه من ابنته امرأة ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج لما ملك لأن الأب لا يملك على ابنته معاوضة مال 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 كالتبرع دل 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 بالف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي عليها بالف 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 يضمن ولو كان مالا ملك لأنه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريض إذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لا يعتبر من جميع المال كإيفاء سائر معاوضات المال بالمال وإذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل أنه أجر داره من فلان شهر بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فإما إن كان في أول المدة ينظر إن كان أجره الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستأجر ولو اتلغا عليه عين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لأن المنفعة في باب الاجارة لها حكم عين المال وإن كانت أجره مثلها أقل من المسمى فإثما يضمنان الزيادة لأن التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا وإن كانت الدعوى بعد مضي مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجارة لأنهما اتلغا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح والى القاتل ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا أنهما لا يضمنان شيئا للقاتل لأنهما اتلغا عليه عين مال بعوض وهو النفس لأن النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب عليه القصاص فصالح الولي على الدية جاز ولا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضا لا يعتبر من الثلث دل أن هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان إلا إذا شهدا على الصالح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لأن تلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن نخرج هذه المسائل على فصل التسبب لأن ما قاله بعوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فإثما 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 وهل
 يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب وقال محمد يجب (وجه) قوله أن القروع
 لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فاذا شهدوا فقد أظهر واشهادتهم فكانهم 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 شيء على الاصول
 لوجود الشهادة من القروع حقيقة لان الاصول وعنده المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن القروع وان شاء
 ضمن الاصول لوجود الشهادة من القريين ولو لم يرجع أحد من القريين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا
 ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين
 عند أبي حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا والشهود فشهدوا وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجع المزككون ضمنوا
 عنده وعندهما رجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان
 التركة ليست الا بناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التي هي خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان
 لا يوجب الضمان كذا هذا ولا يوجب حنيفة أن التركة في معنى الشهادة في وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة
 انما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وانما يصير اتلافا بالتركة ألا ترى أنه لو لا التركة لما وجب القضاء فكانت
 الشهادة عاملة بالتركة فكانت التركة في معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان
 شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فلا يصل أن مقدار الواجب منه
 على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبارة فيه لبقاء من بقي من الشهود بعد
 رجوع من رجع منهم فان بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف أصلا من
 أحد وان بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالخصص فتقول بيان هذه الجملة
 اذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كانت الشهود
 أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنتين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة
 فعليهم نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم
 نصف المال لان النصف بقي بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف
 بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقي ببقاء
 امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة ارباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع
 وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد
 رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شيء على المرأة لان المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها
 بمنزلة واحدة لان القاضي لا يقضى بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لان
 الحق يبق محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل
 واحد لا شيء عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما اثنان
 ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقي ثلاثة ارباع ببقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة
 الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثنان ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثنان أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه
 على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تالف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعوا جميعاً للضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبي حنيفة فاما
 عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر
 الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافاً ولا يبي
 حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداساً ولو رجع الرجل وحده
 ضمن نصف المال لأن النصف محفوظ بشهادة النساء وكذلك لو رجعت النسوة غرم من نصف المال لأن النصف
 محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجعت ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لأن الحق
 بقي محفوظاً 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 اثلاثاً ثلثاه على الرجل
 والثلث على المرأة لأن تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة
 فكان بينهما اثلاثاً 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
 اثلاثاً ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعاً للضمان بينهم احماس عند أبي حنيفة خمسه على الرجل وثلاثة
 احماسه على النسوة لأن الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة كما ذكرنا أن لهن
 شطر الشهادة وإن كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج
 ما إذا شهد شاهدان أنه طلق امرأته ثلاثاً والزوج ينكر ويشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا
 فالضمان عليهم أرباع على شاهدي الطلاق الربع لأن شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لأن كل المهر يتأكد
 بالدخول وللمؤ كدحك الموجب على مامر وشاهدي الطلاق شهدا بالنصف لأن نصف المهر يتأكد بالطلاق
 على ما ذكرنا والمؤ كدك للواجب 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 وحمل الكلام
 فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا ما أن يكون من جميع الشهود واما أن يكون من بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعاً
 يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلان كلامهم قبل القضاء انعقد فذا
 لا شهادة إلا أنه لا يقام الحد عليهم للحال لا احتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء فاذا رجعوا اقتد زال الاحتمال فبقي
 قذفاً فيوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلان كلامهم وان صار شهادة باتصال القضاء به فقد انقلب قذفاً بالرجوع
 فصار وبالرجوع قذفة فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء والامضاء فلا خلاف في أنهم يحدون اذا كان الحد جلد او ان
 كان رجماً فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم ووجه قوله أنهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن
 كلامهم وقع قذفاً من حين وجوده فصار كما لو قذفوا صريحاً ثم مات المقدوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف
 بين أصحابنا فيسقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفاً من حين وجوده وانما يصير قذفاً وقت الرجوع
 والمقدوف وقت الرجوع ميت فصار قذفاً بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد واما حكم الضمان فاما قبل الامضاء
 لا ضمان أصلاً لعدم الاتلاف أصلاً وأما بعد الامضاء فان كان الحد رجماً ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم
 اتلافاً واقراراً بالاتلاف وان كان الحد جلداً فليس عليهم ارض الجلدات اذا الميت منها ولا الدية ان مات منها عند أبي
 حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافاً بطريق التسبب لأنها تقضى الى القضاء
 والقضاء يفضى الى اقامة الجلدات وانما تفضى الى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافاً الى الشهادة فكانت
 اتلافاً تسيبياً وهذا الوشهد وبالقصاص أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولا يبي حنيفة عليه

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

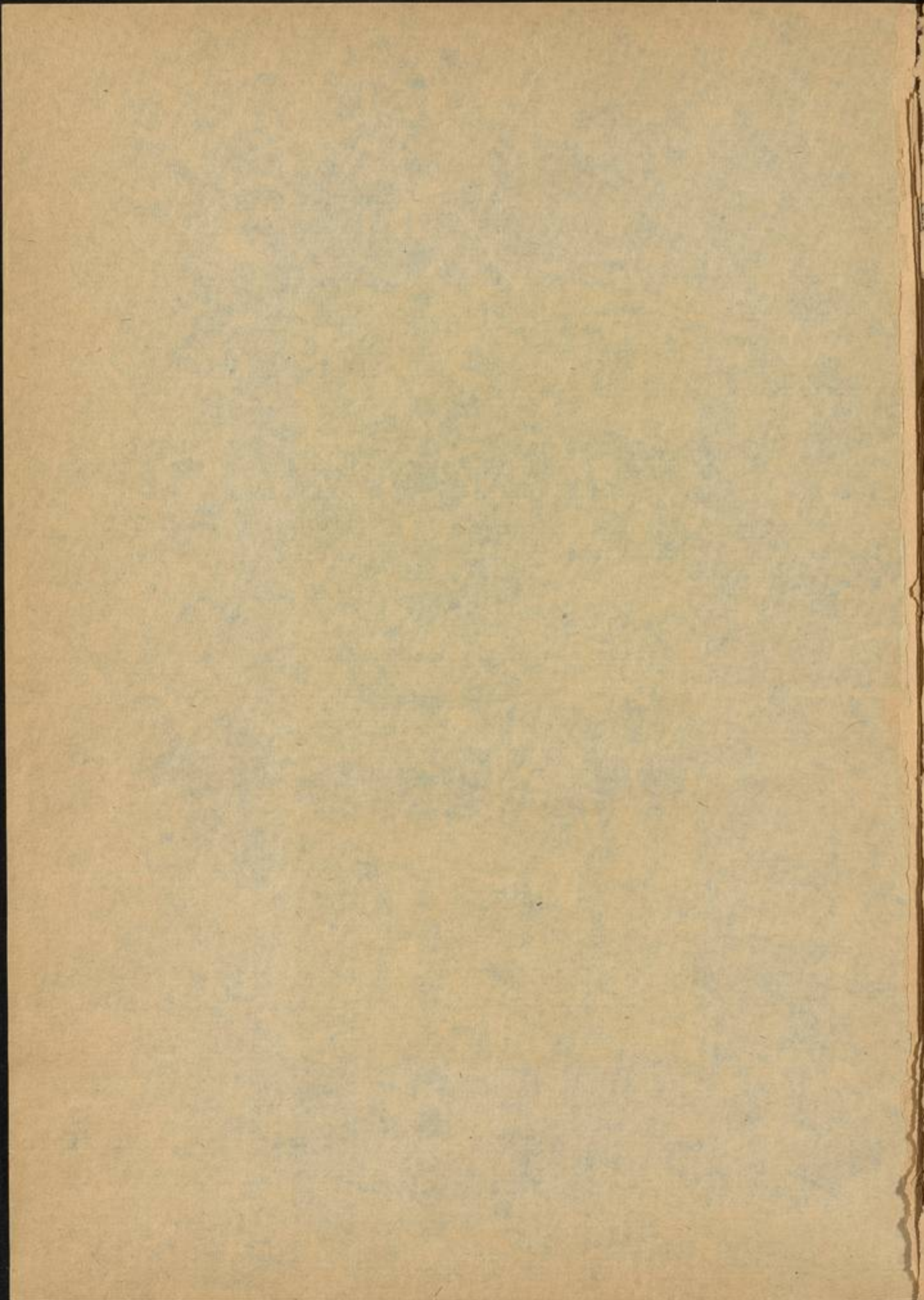
شهد بزور نادما على ما فعل لامصراً عليه والتدم توبة على لسان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان
 مصراً على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضي الله عنه
 محمول عليه توفيقاً بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم

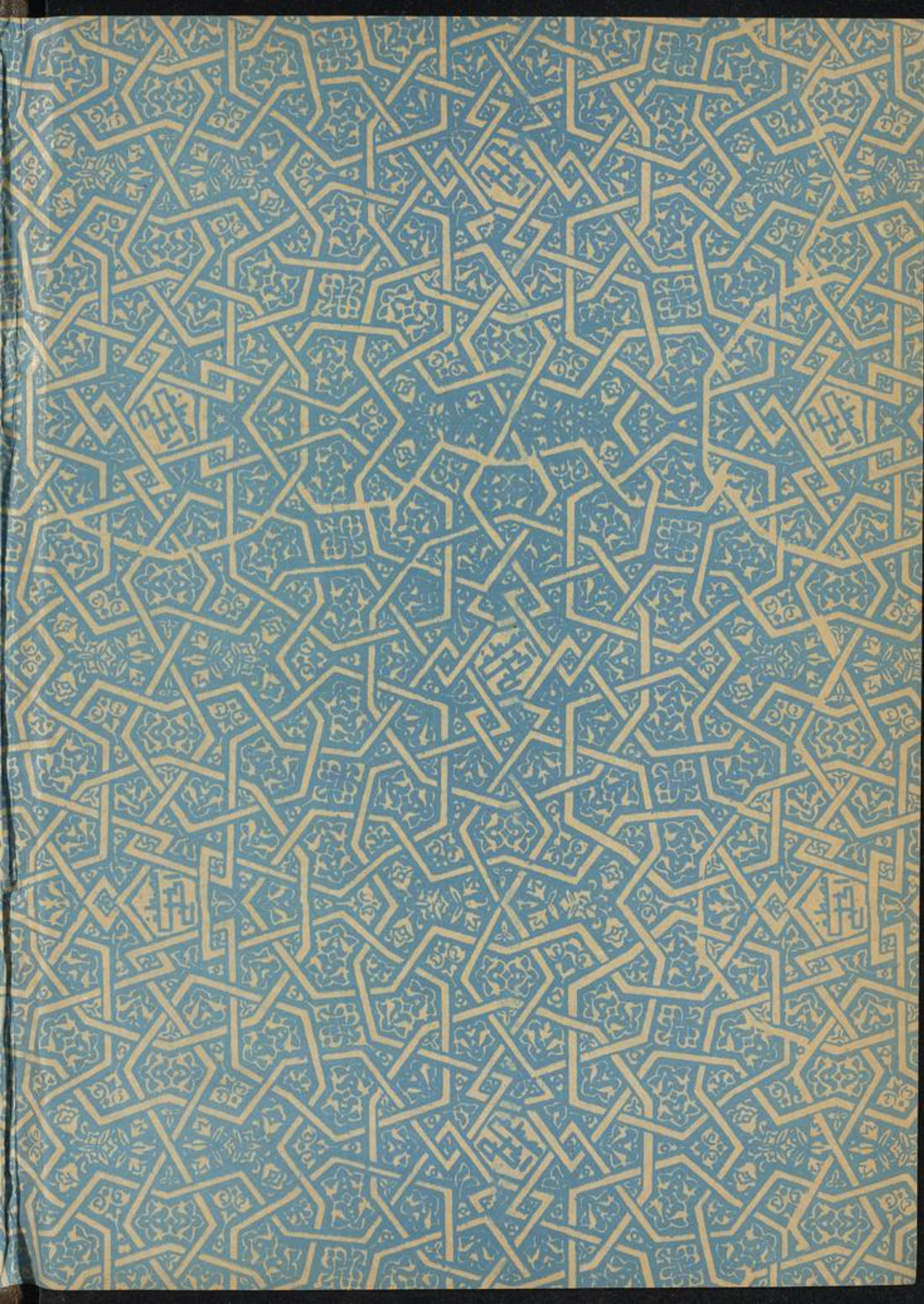
﴿ تم الجزء السادس و يليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضي ﴾

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

صفحة	موضوع	صفحة	موضوع
٧٨	فصل وأما بيان ما يبطل به عقد الشركة	٢	﴿ كتاب الكفالة ﴾
٧٩	﴿ كتاب المضاربة ﴾	٥	فصل وأما شرائط الكفالة
٧٩	فصل وأما ركن العقد الخ	١٠	فصل وأما بيان حكم الكفالة
٨١	فصل وأما شرائط الركن الخ	١١	فصل وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة
٨٦	فصل وأما بيان حكم المضاربة	١٣	فصل وأما رجوع الكفيل
١٠١	فصل وأما صفة هذا العقد	١٥	فصل وأما ما يرجع به الكفيل
١٠١	فصل وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال	١٥	﴿ كتاب الحوالة ﴾
١١٢	فصل وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة	١٧	فصل وأما بيان حكم الحوالة
١١٥	﴿ كتاب الهبة ﴾	١٨	فصل وأما بيان ما يخرج به الخمال 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 ينفر 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
١٧٧	فصل وأما الذي يرجع الى الخراج	٥٥	فصل وأما بيان حكم الصلح
١٧٨	فصل وأما الذي يرجع الى المزرع فيه	٥٦	﴿ كتاب الشركة ﴾
١٧٩	فصل وأما الذي يرجع الى ما عقد عليه	٥٧	فصل وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة
١٧٩	فصل وبيان هذه الجملة الخ	٥٨	فصل وأما بيان شرائط جواز هذه الأنواع
١٨٠	فصل وأما الذي يرجع الى آلة المزارعة الخ	٦٥	فصل وأما حكم الشركة
١٨٠	فصل وأما الذي يرجع الى مدة المزارعة الخ	٧٧	فصل وأما صفة عقد الشركة
١٨٠	فصل وأما شرائط المنفعة للمزارعة الخ		
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 ينفسخ به عقد المزارعة
٢١٦ فصل وأما صفة الحكم الخ	١٨٤ فصل وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة 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 ينفسخ به عقد المعاملة
٢٢١ وأما الصدقة الخ	١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة المنفسخة 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 الابق ﴾
٢٥٥ فصل وأما صفة النسب الثابت	٢٠٣ فصل وأما بيان ما يصنع به
٢٥٥ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين الخ	٢٠٣ فصل وأما بيان حكم ماله
٢٥٩ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك	٢٠٤ فصل وأما شرائط الاستحقاق الخ
٢٦٣ فصل وأما بيان حكم الملك والحق الثابت الخ	٢٠٥ فصل وأما بيان من يستحق عليه الخ
٢٦٦ ﴿ كتاب الشهادة ﴾	٢٠٥ فصل وأما بيان قدر المستحق الخ
٢٦٦ فصل وأما الشرائط الخ	٢٠٦ ﴿ كتاب السباق ﴾
٢٨٢ فصل وأما بيان ما يلزم الشاهد الخ	٢٠٦ فصل وأما شرائط جوازه الخ
٢٨٢ فصل وأما بيان حكم الشهادة	٢٠٧ ﴿ كتاب الودعة ﴾
٢٨٣ ﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾	٢٠٧ فصل وأما شرائط الركن الخ
	٢٠٧ فصل وأما بيان حكم العقد
	٢١١ فصل وأما بيان ما يغير حال المعتقد عليه





COLUMBIA UNIVERSITY



0026816067

893.799

K15

v. 6

JUN 1 1961

