

المغنى

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة التوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الحرقى التوفى سنة ٣٣٤ هـ

وولييه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسى التوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله احمد بن محمد بن
حنبل الشيبانى) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضى الله عنهم

الجزء الخامس عشر

﴿تفصيل﴾ وضنا كتاب المغنى في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصلا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي

للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح

الصلح معاهدة يتوصل بها الى اصلاح بين المختلفين ، ويتنوع أنواعا صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي و صلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينهما قال الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

(باب الصلح)

الصلح معاهدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين ويتنوع أنواعا : صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي ، و صلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينهما . قال الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال تعالى (وإن امرأة خافت من بعلها نشووزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أهل حراماً » أخرجه الأقرمذي وقال حديث حسن صحيح . وروى عن عمر أنه كتب الى أبي موسى بمثل ذلك وأجمع العلماء على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرنا ولكل واحد منها باب يفرد له وتذكر فيه أحكامه وهذا الباب للصلح بين المختلفين في الاموال

﴿ مسألة ﴾ (والصلح في الاموال قسبان أحدهما صلح على الاقرار وهو نوعان (أحدهما) صلح على جنس الحق مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو يبين فيه له بعضها وبأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط مثل أن يقول على أن تعطيني الباقي أو يمنعه حقه بدونه)

وجهة ذلك أن من اعترف بدين أو عين في يده فأبرأه التبريم من بعض الدين أو وجهه بعض الدين وطلب منه الباقي صح اذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط . قال أحمد اذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وقام فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لها ولو فصل ذلك قاض

(المعنى والشرح الكبير) الخلاف في أن الصلح يكون عند الاقرار أو عند الإنكار وأقسامه ٣

تعالى (وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال الله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها

شائمي لم يكن عليه في ذلك إثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد كلف غرماء جابر ليضمو عنه وفي النبي أصيب في حديثه فر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار الى غرمائه بالنصف فأخذوه منه ، فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لها ، وقد روى عبدالله بن كعب عن أبيه انه نقاض ابن أبي حدرود ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى « يا كعب » قال ليبيك يا رسول الله . فأشار اليه أن ضم الشطر من دينك . قال قد فعلت يا رسول الله ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قم فاعطه » متفق عليه فأما إن منعه المقر حقه حتى يضع عنه بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن بعض ماله ببعضه وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك من خمائة أو وهبتك بشرط أن تعطيني نابقي ، قال ابن أبي موسى الصلح على الاقرار حضم للمحقق فني ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه من غير طيب نفسه لم يطب لاحد ، وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل فلم يحمله صلحاً ، ولم يسم الحرفي الصلح إلا في حال الإنكار ، فأما مع الاعتراف فان قضاء من جنس حقه فهو وقاه وإن قضاء من غير جنسه فهو معاوضة وإن أبرأه من بعضه فهو إبراء وإن وهبه بعض العين فهو هبة فلا يسمى صلحاً وسماه القاضي وأصحابه صلحاً وهو قول الشافعي . والخلاف في التسمية أما المعنى فتفق عليه ، وهو ينقسم الى إبراء وهبة ومعاوضة وقد ذكرنا الإبراء ، فأما الهبة فهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها وأعطيتي بقيتها فيصح ويتر له شروط الهبة ، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي ، لانه اذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضاً عن الوفاء فكأنه طامس بعض حقه ببعض ، فان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه ، فيقول صالحتك بذلك لم يصح : ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه اذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحاً ولا يبقى له تعلق به اما اذا كان بلفظه سمي صلحاً لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب ، وأما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا ، وأما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتحكيم اذا كان بوض سمي يماً وان خلا عن العوض سمي هبة

ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه اذا قال صالحني بهبة كذا أو على هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله يعني بألف وان أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله (على أنت تأجرني ثمانى حجج) وقوله (فهل نجعل لك خرجاً على أن نجعل بيننا وبينهم صداً) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة ، وقولهم أنه يسمى صلحاً

نشوذاً أو أعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول

ممنوع وان سمي صلحاً فجاز لتضمنه قطع التنازع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة ممنوع وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوها به فان لفظ الصلح يحتاج الى حرف يتعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بينا

(مسئلة) (ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالساكنين والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال الانكار وعدم اليقظة) لأنه تبرع وليس لهم التبرع فلما اذا لم يكن بالدين أو كان على الانكار صح لان استيفاءهم البعض عند المعجز عن استيفاء الكل أولى من تركه

(مسئلة) (وان صالح عن المؤجل ببعضه حالاً لم يصح)

كره ذلك زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهى عمر أن تباع العين بالدين وأكثره ذلك سيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن ومالك والشافعي والثوري وابن عيينة وأبو حنيفة واسحاق وروى عن ابن عباس وابن سيرين والنخعي أنه لا بأس به ، وعن الحسن وابن سيرين انها كانا لا يريان بأساً بالعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لانها تبايعا العروض بما في الذمة فصح كالوا اشتراها بمن مثلها ولعل ابن سيرين يحتاج بان التسجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كالوا فصلاً ذلك من غير مواطاة عليه

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تمجيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بمشرين مؤجلة ولأنه بيعة بشرة بمشرين فلم يجوز كما لو كانت مينة وفارق ما اذا كان من غير مواطاة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع يبذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشرط كيصح درهم بدرهمين ويفارق ما اذا اشترى العروض بمن مثلها لانه لم يأخذ عن الحلول عوضاً

(مسئلة) (وان وضع بعض الحال واجل باقية صح الاسقاط دون التأجيل) اذا صالحه عن الف حال بنفسها مؤجلاً اختياراً منه وتبرطاً صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا تأجل بالتأجيل على ما ذكرنا والاسقاط صحيح وان فعله لئمه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط على ما ذكرنا في اول الباب وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفعيل أولى

(مسئلة) (وان صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه مثل ان يصالح عن دية الخطأ أو قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح) وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضاً عن المتلف فجاز ان يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

الله ﷺ قال «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما» أخرجه الترمذي وقال

ولنا إن الدية والقيمة تثبت في الذمة مقدرة فلم يجوز أن يصلح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن فرض أو بمن مبيع ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل (مسئلة) (وان صلحه بمرض قيمته أكثر منها جاز) لأنه بيع

(فصل) ولو صلح عن المائة الثابتة بالانلاف بمائة مؤجلة لم نصر مؤجلة وهذا قول الشافعي وعن أحمد أنها تصير مؤجلة وهو قول أبي حنيفة لأنه طوؤض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كالمال لو باعه إياه ولنا أنه إنما استحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة والحال لا يتأجل بالتأجيل وإن جعلناه يسا فهو بيع دين بدين وهو غير جائز

(مسئلة) (وان صلحه عن بيت على أن يسكنه سنة أو يبنى له فوفه غرفة لم يصح)

إذا ادعى على رجل يتنا فصلحه على بعضه أو على أن يبنى له ثم على أن يسكنه سنة لم يصح لأنه يصلحه عن ملكه على ملكه أو منفعة وإن أسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها وإن أعطاه بعض داره بناء على هذا فبي شاء أنزعه منه لأنه أعطاه إياه عوضاً عما لا يصلح عوضاً عنه وإن فصل ذلك على سبيل المصالحة متقدماً أن ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه بأجر ما سكن وأجر ما كان في يده من الدار لأنه أخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع الموجود بعقد فاسد وسكى الدار باجارة فاسدة، وإن بنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها وإذا أجر السطح مدة مقامه في يده وله أخذ آتته، وإن اتفقا على أن يصلحه صاحب البيت عن بنائه بموض جاز وإن بنى الثرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلاته فليس له أخذ بنائه لأنه ملك صاحب البيت وإن أراد نقض البناء لم يكن له ذلك إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويتخرج إن يملك نقضه كقولنا في الناصب

(مسئلة) (ولو قال أقر لي بدينى وأعطيتك منه مائة ففعل صح الاقرار ولم يصح الصلح)

لأنه يجب عليه الاقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه . فعلى هذا يرد ما أخذ لأنه تبين كذبه باقراره وإن عليه الدين فلزمه أداءه بغير عوض

(مسئلة) (وان صلح انسانا ليقرله بالعبودية أو امرأة تقر له بالزوجة لم يصح)

لا يجوز الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه مثل أن يدعى على رجل أنه عبده فينكره فيصلحه على مال ليقرله بالعبودية فلا يجوز ذلك لأنه يحل حراماً فإن أرقاق الحر نفسه لا يحل بموض ولا غيره وكذلك إن صلح امرأة تقرله بالزوجة لأنه صلح يحل حراماً ولأنها لو أرادت بذل نفسها بموض لم يجوز فإن دفعت إليه عوضاً عن هذه الدعوى ليكف نفسه عنها ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز لأن الصلح في الإنكار إنما يكون في حق المتكر لا فتداء اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعى يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البعض من ملك الزوج لا قيمة له وإنما

حديث حسن صحيح وروى عن عمر أنه كتب الى أبي موسى ، وأجمت الأئمة على جواز

أجيز الخلع للحاجة الى اقتداء نفسها (والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كموض الخلم والمرأة تبذله لقطع خصومته وازالة شره وربما توجهت اليه عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولاها مشروع في حقا في احدى الروايتين ، ومتى صالحته عن ذلك ثم يثبت الزوجية باقرارها أو بيينة فان قلنا الصلح باطل فالتكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا لما ذكرنا ، واحتمل أن تبين منه بأحد العوضين لانه أخذ الموض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعها كما لو أقرت له بالزوجية فخالها ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال تنزل عن دعواها لم يجز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لطلقها بموض ولا بغيره ، وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يجز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا لطلقها ثلاثا

(مسئلة) (وان دفع المدعى عليه المودية الى المدعي مالا صلحا عن دعواه صح) لانه يجوز أن يتفق عبده بمال ويلتزم للدافع لدفع اليه الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه .

(النوع الثاني) أن يصلحه عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة وذلك مثل أن يعترف له بين في يده أو دين في ذمته ثم يموضه عن ذلك بما يجوز تمويضه به وهو ثلاثة أقسام (أحدها) أن يقر له بتقد فيصلحه على نقد آخر مثل أن يقر له بمائة درهم فيصلحه عنها بمائة دنانير أو بالعكس فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقاض في المجلس ونحوه

(القسم الثاني) أن يعترف له بروض فيصلحه على أمان أو بالعكس فهذا بيع ثبت فيه أحكام البيع (الثالث) أن يصلحه على سكنى دار أو خدمة عبده أو على أن يعمل له عملا معلوما فتكون اجارة لها حكم سائر الاجارات فان تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة افسخت الاجارة ورجع بما صالح عنه ، وان تلفت بعد استيفاء بعض المنفعة افسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوجه أتمه وكان ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصلح عنه صدائقا فان افسخ النكاح قبل الدخول بامر يسقط الصداق رجوع الزوج بما صالح عنه وان طلقها قبل الدخول رجع بنصفه

(مسئلة) (وان صالحت المرأة بزوجه نفسها صح فان كان الصلح عن عيب في مبيها فتبين أنه ليس بمبي رجعت بارشه لا بغير مثلها)

إذا اعترفت امرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على أن تزوجه نفسها صح ويكون صدائقا لها فان كان المقرف به عيبا في مبيها فبان أنه ليس بمبي كياض في عين العبد خلته عمى رجعت بارشه لان ذلك صدائقا فرجعت به لا بغير مثلها فان لم يزل العيب ولكن افسخ نكاحها بما يسقط صدائقا رجعت عليها بارشه

الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها ولكل واحد منها باب يرد له وبذكر فيه أحكامه وهذا الباب

(مسئلة) (وان صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لانه بيع دين بدين)

وقد نهي الفقهاء عنه

(فصل) وان صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة على ما ذكرنا فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمصالح استيفاء منفته الى انقضاء السنة كما لو زوج أمته ثم باعها وان يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لأنه عيب وان أعتق العبد في أثناء المدة صح عقده لانه يملك صح يبعه فصح عقده كثيره، وللمصالح أن يستوفي نفسه في المدة لانه اعتقه بعد ان ملك نفسه لغيره فأشبه بما لو أعتق الأمة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما زال ملكه بالعتق الا عن الرقبة والمنافس حينئذ يملكه لغيره فلم تملك منافسه بالعتق فلا يرجع بشيء ولانه اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمنا او مقطوع اليدين او أمة مزوجة وذكر القاضي وابن عقيل وجها انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق أقتضى إزالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعاً فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفته

ولنا ان اعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقبة عبد ولا آخر بمنفته فأعتق صاحب الرقبة وكما لو أعتق أمة مزوجة قولهم إنه أقتضى زوال الملك عن المنفعة فلما أعتقها يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما اذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بوجوده وان تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد الموضع ورجع المدعي فيما أقر له به وان وجد العبد ميباً عيباً نقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على العبد حينه صح والحكم فيها اذا خرج مستحقاً أو ميباً كما ذكرنا

(فصل) واذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرناه في البيع، فان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز لانه ان كان الصلح مطلقاً أو بشرط التبقية لم يجز لانه لا يجوز بيعه وان شرط القطع لم يجز أيضاً لكونه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الارض ليصير الزرع كله للمقر والارض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه ويمتنع أن لا يجوز لان في الزرع ما ليس ببيع وهو النصف الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح شرط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع ليس اليه قارعة صح لان قطام جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريق الارض فأمكن القطع وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض لتكون الارض والزرع بينهما نصفين وشرطاً للقطع في

للصلح بين المتخاصمين في الاموال وهو نوطان صلح على اقرار وصلح على انكار ولم يسم الخرق
للصلح الا في الانكار خاصة

الجميع احتمل الجواز لانهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل التبر لان باقي
الزرع ليس يبيع فلا يصح بشرط قطعه في المقعد

(مسئلة) (ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم اذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة)

يصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا اذا كان مما لا سبيل الى معرفته قال أحمد في
الرجل يصلح عن الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يجز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولا لا يدري
ما هو، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شير وطبخنا فان عرف قيمة دقيق الحنطة
ودقيق الشير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يسطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن
أبي موسى الصلح الجاز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا ينه لها به ولا علم لها ولا للورثة بمثلته
وكذلك الرجلان تكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمن الطويل لا هم لكل واحد
منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز ان يصلح عليه
وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا ينه له ولا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق
فأنت منه في حل ويقول الدافع ان كنت أخذت أكثر من حقتك فأنت منه في حل وقال الشافعي
لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع اليمين والبيع لا يصح على مجهول

ولنا ما روي من النبي صلى الله عليه وسلم في رجلين اختصا في موارث درست « استهما ونوحيا
وليحل احدهما صاحبه » رواه احمد بمعناه وهذا صلح على المجهول ولأنه اسقاط حق فصح في المجهول
كالتناق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بينه فلأن يصح مع الجهل اولى وذلك لانه
اذا كان معلوما قلما طريقا الى التخلص وبرائة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو
لم يجز الصلح انضى الى ضياع المال على تقدير ان يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه
منه ولا نسلم كونه فرع يسم وإنما هو إبراء وان سلنا كونه فرع يبيع فان البيع يصح في المجهول عند
الحاجة كبيع أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلغ رجل صبرة طعام لا يعلم
قدرها فقال صاحب الطعام لتلقه بتك الطعام الذي في ذمتك بهذا الدرهم أو بهذا التوب صح .
اذا ثبت هذا فتي كان الموضع في الصلح بما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتخصمين في موارث
دارسة وحقوق سائفة أو في أرض او عين من المال لا يعلم كل واحد قدر حقه صح الصلح مع الجهالة
من الجانبين لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وان كان يحتاج الى تسليمه لم يجز مع الجهالة ولا بد من العلم
به لأن تسليمه واجب والجهالة تمنه وتفضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فلما ما يمكنها معرفته كتركه موجودة أو بطله الذي هو عليه ويجعله صاحبه فلا يصح

﴿مسئلة﴾ قال (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يملكه المدعى عليه فيصالحه على بعضه فإن كان يعلم ما عليه فجعله فالصلح باطل)

وجه ذلك أن الصلح على الإنكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لأنه عاوض على ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولا به عند معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف. ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومه فإن قالوا فقد قال «الأصلح أحل حراما» وهذا داخل فيه لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا لا نسلم دخوله فيه. ولا يصح حل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما) أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع فإنه يحل لكل واحد منها ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فإنه يحل للمرهب له ما كان حراما عليه والاستقاط يحل له ترك أداء ما كان واجبا عليه (الثاني) أنه لو حل به المحرم لسكان الصلح صحيحا فإن الصلح الفاسد لا يحل الحرام وإنما معناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو إحلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك وعلى أنهم لا يقولون بهذا فإنهم يبيحون لمن له حق يجعله تحريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه

الصلح عليه مع الجهل قال أحمد أن صولحت امرأة من نتمها لم يصح، واحتج بقول شريح إنما امرأة صولحت من نتمها فلم يبين لها مارك زوجها فهي الرية، قلنا وان ورت قوم مالا أو دورا وغير ذلك فعاولوا بعضهم تخرجك من الميراث بالف درهم أكره ذلك، ولا يشترى منها شيئا وهي لا تعلم لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشترى حتى تعرفه رتمها ما هو، إنما يصلح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ما هو؟ حساب بينها يصلحها، أو يكون رجل يعلم ماله عند رجل والآخر لا يملكه فيصلحها قانا إذا علم فلم يصلحها إنما يريد أن يهضم حقه ويذهب به وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة للحاجة إليه لإبراء الذم وإزالة الخصام فتح إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الفصل الثاني) أن يدعي عليه عينا أو دينا فينكره ثم يصلح على من فيصيح ويكون يما في حق المدعي حتى أن وجد بما أخذه عينا منه رده وفسخ الصلح

الصلح على الإنكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لأنه عاوض عما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع ما غيره ولا به عند معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف

ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومه فإن قالوا فقد قال «الأصلح أحل حراما» وهذا داخل فيه لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا

وبذله أولى وكذلك إذا حل مع اعتراف الترمي فلأن محل مع جعده وعجزه عن الوصول الى حقه الا بذلك أولى، ولان المدعي هنا يأخذ عوض حقه اثابت له والمدعى عليه يدفع الشرع عنه وقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولانه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، بحققه أنه اذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلان يصح مع الخصم مع حاجته اليه أولى وقولهم انه معاوضة قلنا في حقها أم في حق أحدهما؟ الاول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من النكر لئله بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وبمخضه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير متمتع بثبوت المعاوضة في حق أخذ المتأخرين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقذاً له من الرق في حق المشتري كذا هنا . اذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح الا أن يكون المدعي معتقداً أن ما اداه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لاحق عليه في دفع الى المدعي شيئاً اقتداءً ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم فان ذوي النفوس النريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم والشرع لا يمنعهم من وقاية انفسهم وصياتها ودفع الشر عنهم يبذل أموالهم والمدعى يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الثابت له فلا يمنه الشرع من ذلك أيضاً سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فان أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له وان أخذ دونه فقد استوفى بهضه وترك بهضه وان أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما اداه

قلنا لا نسلم دخوله فيه ولا يصح حمل الحديث على ما ذكروه لوجهين (أحدهما) ان هذا يؤخذ في الصلح بمعنى البيع فانه يحل لكل واحد منها ما كان محرماً عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه محل للموهوب له ما كان حراماً عليه اثنائي أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحاً فان الصلح القاسم محل الحرام وانما منعناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو احلال بضع محرمة أو صالحه بضمير أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك، وعلى أنهم لا يقولون بهذا فانهم يبيحون لمن له حق بجعده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فاذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلان محل برضاه وبذله أولى وكذلك اذا حل مع اعتراف الترمي فلأن محل مع جعده وعجزه عن الوصول الى حقه الا بذلك أولى ولأن المدعي هنا يأخذ عوض حقه اثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشرع عنه ويقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولانه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، بحققه أنه اذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلان يصح مع الخصم مع حاجته اليه أولى، وقولهم انه معاوضة قلنا في حقها أو في حق أحدهما؟ الاول ممنوع والثاني مسلم وهذا لان المدعى يأخذ عوض حقه من النكر لئله بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه

لان الزائد لا مقابل له فيكون ظلماً بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ويكون فيما في حق المدعي لا اعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره. فان كان الموقوف شقفاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة وإن وجد به عيباً فله رده والرجوع في دعواه ويكون في حق المنكر بمنزلة الإبراء لانه دفع المال اقتداءً ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يستقده فيلزمه أيضاً حكم إقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لا اعتقاده أنه ما أخذ عوضاً وان كان شقفاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يستقده على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح، ولو دفع المدعي عليه ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لان المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعاً لها عن هي عنده فلم يكن يعبأ كاسترجاع الدين المنصوبه، فلما ان كان أحدها كاذباً مثل أن يدعي المدعي شيئاً يعلم انه ليس له وبكر المنكر حقاً يعلم أنه عليه فاصالح باطل في الباطن لان المدعي اذا كان كاذباً فما يأخذه أكل مال بالباطل أخذه بشره وظلمه ودعواه الباطلة لا عوضاً عن حق له فيكون

والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وتخاصمه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبد أشهد بحريته فإنه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقذاً له من الرق في حق المشتري كذا هيئنا. اذا ثبت هذا فلا يصح هنا الصالح الا أن يكون المدعي معتقداً ان ما ادعاه حق والمدعي عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيقدم الى المدعي شيئاً اقتداءً ليمينه وقسطاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التثذل وحضور مجلس الحاكم فان ذوي الاتساق الترفقة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم المصالح والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصياتها ودفع الشر عنهم بذل اموالهم، والمدعي يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الذي يعتقد ثبوته فلا يمنعه الشرع من ذلك، سواء كان المأخوذ من جنس حقه بقدر حقه أو دونه فان أخذ من جنس حقه بقدره فقد استوفى حقه وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه ولا يجوز ان يأخذ من جنس حقه أكثر منه لان الزائد لا مقابل له فيكون ظلماً بأخذه وان اخذ من غير جنسه جاز ويكون فيما في حق المدعي لا اعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره فان وجد بما أخذه عيباً فله رده وقسخ الصلح كما لو اشترى شيئاً فوجده معيباً

(مسئلة) (وان كان شقفاً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد ما وصلح

عنه بسبب ولا يؤخذ بشفعة)

اذا كان الذي أخذه المدعي شقفاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة لأنه بقر ان الذي أخذه عوضاً فهو كما لو اشترى ويكون أبرأ في حق المنكر لانه دفع المال اقتداءً ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يستقده فيلزمه أيضاً حكم إقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لا اعتقاده انه ما أخذ عوضاً وان كان شقفاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يستقده على ملكه لم يزل وما

حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله وأن كان صادقا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه فجعله لينتص حقه أو رضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصلح باطل ولا يحمل له مال المدعى ذلك وقد ذكره الحنفي في قوله. وأن كان يعلم ما عليه فجعله فالصلح باطل بخي في الحقيقة. وأما الظاهر لنا فهو الصحة لا تالا تعلم باطن الحال وإنما ينبنى الأمر على الظواهر والظاهر من المسلم السلامة

(فصل) ولو ادعى على رجل ودية أو قرضا أو قريبا أو قريبا في ودية أو مضاربة فأنكره واصطلمها صح لما ذكرناه (فصل) وإن صالح عن المنكر أجنبي صح سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو غير أذنه. وقال أصحاب الشافعي إنما يصح إذا اعترف للمدعى بصدقه وهذا ينبنى على صلح المنكر وقد ذكرناه، ثم لا يحمل الصلح أما أن يكون عن دين أو عين فإن كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو غير أذنه لأن قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير أذنه فإن عليا وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت فأجازته النبي ﷺ. وإن كان الصلح عن عين باذن المنكر

ملكه بالصلح ولو دفع المدعى عليه إلى المدعى ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا يثبت فيه الشفعة لأن المدعى يعتمد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعا لما من هي عنده فلم يكن فيما كاسترجاع الدين المنصوبة

(مسئلة) (فإن كان أحدهما طالما يكذب نفسه فالصلح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه) متى علم أحدهما كذب نفسه كمن ادعى شيئا يعلم أنه ليس له أو أنكر حقا يعلم أنه عليه فالصلح باطل في الباطن لأن المدعى إذا كان كاذبا فما يأخذه أكل للمال بالباطل أخذه بشره وظلمه لا عوضا عن حق فيكون حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله، وإن كان المدعى عليه يعلم صدق المدعى وجعله لينتص حقه أو رضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصلح باطل لا يحمل له مال المدعى بذلك هذا حكم الباطن وأما الظاهر لنا فهو الصحة لا تالا تعلم باطن الحال وإنما ينبنى الأمر على الظاهر والظاهر من حال المسلمين الصحة، ولو ادعى على رجل ودية أو قرضا أو قريبا في ودية أو مضاربة فأنكره واصطلمها صح لما ذكرناه

(مسئلة) (فإن صالح عن المنكر أجنبي بغير أذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجهين) إذا صالح عن المنكر أجنبي صح سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو غير أذنه وقال أصحاب الشافعي إنما يصح إذا اعترف المدعى بصدقه وهذا ينبنى على صلح المنكر وقد ذكرناه. ثم لا يحمل الصلح أن يكون عن دين أو عين فإن كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو غير أذنه فإن عليا وأبا قتادة قضيا عن الميت فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم وإن كان الصلح عن

فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء بالمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عنه مالا يلزمه اداؤه، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وليس هذا بجيد لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه اداؤه الى المدعي فكيف يلزمه اداؤه الى غيره؟ ولانه ادى عنه مالا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر لا غير أما أن يجب له الرجوع بما اداءه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا، ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما أن لم يعلم لم يجعل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته، وأما ما اذا صالح عنه باذنه فهو وكيله والوكيل في ذلك جائز ثم ان ادى عنه باذنه رجع اليه وهذا قول القاضي وان ادى عنه بغير اذنه متبرعا لم يرجع بشيء وان قضاء محتسبا بالرجوع خرج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير اذنه لانه قد وجب عليه اداؤه بمقد الصلح بخلاف ما اذا صالح وقضى بغير اذنه فانه قضى ما لا يجب على المنكر قضاؤه

(فصل) وان صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو من ان يعترف للمدعي بصحة دعواه أو لا يعترف له فان لم يعترف له كان الصالح باطلا لانه يشتري منه مالم يثبت له ولم توجه اليه خصومة يشتدي منها فاشبهه ما لو اشترى منه ملك غيره وان اعترف له بصحة دعواه وكان المدعي دينيا

عين باذن المنكر فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء بالمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عنه مالا يلزمه اداؤه، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وهذا التخريج لا يصح لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه اداؤه الى المدعي فكيف يلزمه اداؤه الى غيره؟ ولانه ادى عنه مالا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر اما أنه يجب له الرجوع بما اداءه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولم يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما أن لم يعلم لم يجعل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته

(مسئلة) (وان صالح الاجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بالدعوى أو معترفاً بها مالا يعجزه عن استنفاذها لم يصح وإن ظن القدرة عليه صح فان عجز عنه فهو مخير بين فسخ الصلح وامضائه) إذا صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو إما أن يعترف للمدعي بصحة دعواه

لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائس على تسلمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، ومن اشعابنا من قال يصح وليس بجيد لان بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فيبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وان كان المدعى عبنا فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصالح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه ثم ان قدر على انزاعه استقر الصلح وان عجز كان له القسح لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين ان الصلح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد وكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق او ميت، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصلح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه، منه فأشبهه شراء العبد الآبق والجلل الشارد فان اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك ويحتمل ان لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبهه مالو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم ان العبيد يفسد بالعجز عن تسليم وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك من لا يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء فكان يبيع فاسداً لكونه متلاعبا بقوله معتقداً فساده ومن لا يعلم معتقده صحيحا وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علم مقدورا على تسليمه

أولا فان لم يعترف له فالصلح باطل لانه يشترى منه مالم يثبت له ولم يتوجه اليه خصومة بقضدي منها اشبه مالو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى ديناً لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائس على تسليمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، وقال بعض أصحابنا يصح وليس بجيد لان بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فيبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وإن كان المدعى عبنا فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصلح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على قبضه ثم إن قدر على أخذه استقر الصلح وإن عجز كان له القسح لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع الى بدله ويحتمل انه إن تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين ان الصلح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق او ميت ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذه لم يصح الصلح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه فأشبهه شراء العبد الآبق فان اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه تبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك، ويحتمل أن لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبهه مالو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم ان العبيد يفسد بالعجز عن تسليم وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء فكان يبيع فاسداً

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعي عليه في مصالحك عن هذه العين وهو مقرر كها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الحرقي أن الصلح لا يصح لأنه يجدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والمدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك ولكن لأسلمه إليك ولا أفر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه وقال القاضي يصح وهذا مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر إلى المدعي عليه فان صدقه على ذلك ملك الدين ورجع على الاجنبي وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها فأما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ما حكمها لأنه اشتراها بإذنه فلا يقدح إنكاره في ملكها لأن ملكه ثبت قبل إنكاره وإنما هو ظالم بالإنكار للاجنبي وإن كان لم يملكه لم يملكها لأنه اشتري له عيناً بغير إذنه وبمقتضى أن يقف على اجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه ضمن في ذمته فان اجازته لزم في حقه وإن لم يجزه لزم من اشتراه ، وإن قال الاجنبي للمدعي قد عرف المدعي عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكنتي في المصالحة عنه فصالحه صح وكان الحكم كما ذكرنا لأنه هنا لم يتنع من أدائه بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له فأشبه ما لو لم يجده

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحاً لأنه هضم للحق)

وجمته ان من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصالح باطل لأنه صالح عن

لكونه متلاعباً بقوله منتقداً فساداً ومن لا يعلم بمقتضاه صحيحاً وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو طبعه مقدوراً على تسليمه .

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعي عليه في مصالحك عن هذه العين وهو مقرر كها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الحرقي أن الصلح لا يصح لأنه يجدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والمدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك لكن لأسلمه إليك ولا أفر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه ، وقال القاضي يصح وهو مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر إلى المدعي عليه فان صدقه على ذلك ملك العين ورجع الاجنبي عليه بما أدى عنه ، وإن كان أذن له في الدفع ، وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه ، وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها في الظاهر ، فأما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لأنه اشتراها بإذنه

بعض ماله بعض وهذا محال وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو بلفظ الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي ولو لم يشترط إلا أنه لم يبط بعض حقه إلا بإسقاطه بعضه فهو حرام أيضاً لأنه هضمه حقه ، قال ابن أبي اسحاق الصالح على الإقرار هضم للحق فتنى أزم المقر له ترك بعض حقه فتزك عن غير طيب نفسه لم يطب إلاخذ وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح يسبيل، ولم يسم الخرق الصلح إلا في الإنكار على الوجه الذي قدمنا ذكره ، فأما في الاعتراف فإذا اعترف بشيء وقضاء من جنسه فهو وفاء وإن قضاء من غير جنسه فهي معاوضة ، وإن أبرأ من بعضه اختياراً منه واستوفى الباقي فهو إبراء وإن وهب له بعض العين وأخذ بإتيها بطيب نفس فهي هبة فلا يسمى ذلك صلحاً ونحو ذلك قال ابن أبي موسى ، وسماه القاضي وأصحابه صلحاً وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية أما المعنى فتفق عليه وهو فصل ما عدا وفاء الحق وإسقاطه على وجه يصح . وذلك ثلاثة أقسام معاوضة وإبراء وهبة ، فأما المعاوضة فهو أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به وهذا ثلاثة أضرب (أحدها) أن يعترف له بأحد التقديين فيصلحه الآخر نحو أن يعترف له بمائة درهم فيصلحه منها بشرة دنانير أو يعترف له بشرة دنانير فيصلحه على مائة درهم فهذا صرف بشرط له شروط الصرف من التقاض في المجلس ونحوه (الثاني) أن يعترف له بمروض فيصلحه على أثمان أو باتمان فيصلحه على عروض فهذا بيع ثبت فيه أحكام البيع ، وإن اعترف له بدين فيصلحه على موصوف في الذمة لم يجز التفريق قبل القبض لأنه بيع دين ، (الثالث) أن يصلحه على سكنى دار أو خدمة عبد ونحوه أو على أن يعمل له عملاً معلوماً فيكون ذلك اجارة لما حكم سائر الاجارات ، وإذا أتلف الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انقضت الاجارة

فلا يقدر إنكاره في ملكها لأن ملكه ثبت قبل إنكاره ، وإنما هو ظالم بالإنكار للأجنبي وإن كان لم يملكه لم يملكها لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بثمن في ذمته فإن أجازته ملكه وإلا لزم من إشرائه ، وإن قال الأجنبي للدعي قد عرف الدعي عليه صحة دعوائك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكنتي في المصالحة عنه صح وكان الحكم كما ذكرناه لأنه هنا لم يمنع من أدائه بل اعترف به وصالح عليه مع بدله فأشبه ما لو لم يجده

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (صح الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهراً)

وجه ذلك أن الصلح يجوز عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم المد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دينه أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن الناص بذلوا للنبي وجب له القصاص على هدية ابن عثمرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولأن المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابته وإن صالح عن

ورجع بما صلح عنه وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ولو صلح على أن يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح منه صداقها فإن انسخ النكاح قبل الدخول يأم بسقط الصداق رجوع الزوج بما صلح عنه وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصفها، وإن كان المشرط امرأة فصالح المدعي على أن تزوجه نفسها جاز ولو كان المشرط به عيباً في ميمها فصالحته على نكاحها صح فإن زال العيب رجعت بأرشه لأن ذلك صداقها فرجعت به لا يهر مثلها وإن لم يزل العيب لكن انسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرشه

(القسم الثاني) الابرأه وهو أن يشرط له بدين في ذمته فيقول قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه فأعطني ما بقي فيصح إذا كانت البرأه مصلقة من غير شرط قال أحمد إذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لها ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك أثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم كلم غرماً جابر ليضموا عنه فوضوا عنه الشطر وفي الذي أصيب في حديثه فر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار إلى غرماًه بالنصف فأخذوه منه فإن فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لها، وروى بونس عن الزهري عن عبد الله بن كعب عن أبيه أنه نقاض ابن أبي حدرود دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتها حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج إليهم نادياً يا كعب قال ليبيك يا رسول الله فأشار إليه: إن ضاع الشطر من دينك. قال قد فنت يا رسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «قم فأعطه» فإن قال على

القصاص بعد نخرج مستحقاً رجع بقيته في قول الجميع وإن خرج حراً فكذلك وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يرجع بالديه لأن الصلح فاسد فيرجع ببذل ما صلح عنه وهو الدية ولنا أنه تعذر تسليم ما جملة عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً، فإن صلح عن القصاص بحر بيلمان حرته أو عيب بيلمان أنه مستحق أو صلحاً بذلك عن غير القصاص رجع بالديه وبما صلح عنه لأن الصلح باطل بيلمان بطلانه فكان وجوده كعدمه

(فصل) وإن صلح عن دار أو عبد بموض نخرج الموض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صلح عنه أو بقيته إن كان بالياً لأن الصلح هنا بيع في الحفيضة فإذا تبين أن الموض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فإنه ليس ببيع وإنما يأخذ عوضاً عن اسقاط القصاص ولو اشترى شيئاً فوجده ميباً فصالحه من عيبه بعد بيان مستحقاً أو حراً رجع بأرش العيب.

(مسئلة) (ولو صلح سارقاً ليطلعه أو شاعداً ليكنتم شهادته أو شفيماً عن شفته أو مقدوماً عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة في الحد وجهان)

أن توفيقي ما بقي بطل لانه ما أبرأه عن بعض الحق الا ليؤقيه بقيته فكأنه عاوض بعض حقه ببعض (القسم الثالث) الهبة وهو ان يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها فاعطني بقيتها فيصح ويصير له شروط الهبة وان أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي لانه إذا شرط في الهبة الوفاء جمل الهبة عوضا عن الوفاء به فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، وان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه يقول صالحتك بذلك لم يصح ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أكرم يجوز الصلح لانه إذا لم يجر بلفظه خرج عن ان يكون صلحا ولا يبقى له ثلق به فلا يسمى صلحا أما اذا كان بلفظ الصلح سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب، وأما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا وأما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتملك اذا كان بعوس سمي يما وان خلا عن العوض سمي هبة. ولذا ان لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه إذا قال طالحني هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله يعني بأهق، وإن أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله تعالى (فهل نجعل لك خراجا على ان تجعل بيننا وبينهم سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم انه يسمى صلحا ممنوع وان سمي صلحا فجاز لتضمنه قطع النزاع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة قلنا لا نسلم وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوها به فان لفظة الصلح نحتاج الى حرف تعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بيناه (فصل) وان ادعى على رجل يتنا فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوقه أو على ان يسكنه

إذا صالح السارق والزاني والشارب على أن لا يرفعه الى السلطان لم يصح الصلح ولا يجوز أخذ العوض عنه لأن ذلك ليس بحق فلا يجوز أخذ العوض عنه كما اثر ما لاحق له فيه، وإن صالح شاهداً ليكنم شهادته لم يصح لانه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصلحه على ان لا يشهد عليه بحق تزيه الشهادة به كدين الأدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة فالزكاة ونحوها فلا يجوز كيانه ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر .

(الثاني) ان يصلحه على ان لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فلم يجوز أخذ العوض منه كما لا يجوز ان يصلحه على ان لا يقتله ولا ينصب ماله

(الثالث) أن يصلحه على ان لا يشهد عليه بما يوجب حد الزنا والمرة فلا يجوز أخذ العوض عنه لانه ليس بحق له وان صالح عن حق الشفعة لم يصح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل ولم يجوز العوض عنه لانه ليس بمال فهو كحد الفذف وان صالحه عن حد الفذف لم يصح الصلح لانه ان كان حدا لله تعالى لم يكن له أن

سنة لم يصح لانه يصلحه في ملكه على ملكه او منفته وان أسكنه كان تبرأ منه متى شاء أخرجه منها وان أعطاه بعض داره بناء على هذا ذى شاء أنزعه منه لانه أعطاه اياه عوضاً عما لا يصلح عوضاً عنه وان فعل ذلك على سبيل المصانحة متقدماً ان ذلك وجب عليه بالصالح رجوع عليه بأجر ما سكن وأجر ما كان في يده من الدار لانه أخذ به بقصد فاسد فأشبه المبيع الأخوذ بقصد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها وإضا أجر السطح مدة مقامه في يديه وله أخذ آلتها، ولو اتفقا على ان يصلحه صاحب البيت عن بنائه بوض جازء، وان بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلانه فليس له أخذ بنائه لانه ملك لصاحب البيت وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتناف به ويحصل ان يملك نقضه كقولنا في الغاصب

(فصل) وإذا صالحه بخدمه عبده سنة صح وكانت اجارة، قد ذكرنا ذلك فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون للمشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمستأجر استيفاء منفته الى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها وان لم يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لانه عيب وان أعتق العبد في اثناء المدة نفذ عتقه لانه مملوكه يصح بيعه فصح عتقه لغيره والصالح ان يتوفى نفعه في المدة لانه أعتقه بعد ان ملك منفته لغيره فأشبه ما لو أعتق الامة المزوجة طر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما زال ملكه بالعتق الا عن الرقبة والمنافع حينئذ مملوكة لغيره فلم تلق نافعاً بالعتق فلم يرجع بشيء، وان اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمناً أو مقطوع اليدين أو أعتق أمة مزوجة، وذكر القاضي وابن عقيل وجها آخر انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقتضى ازالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعاً فلما لم يحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفته ولنا ان اعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقبة عبد

بأخذ عوضه لكونه ليس يحمي له فأشبه حد الزنا والبرقة، ان كان حقاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمال ولهذا لا يسقط الى بدل بخلاف القصاص ولانه شرع لتزويه المرض فلا يجوز ان يتناض عن عرضه بمال، وهل يسقط بالصالح فيه؟ ينسئ على الخلاف في كون حد القذف حقاً لله تعالى أو لآدمي فان كان حقاً لله تعالى لم يسقط بالصالح الآدمي، ولا إسقاطه كحد الزنا وان كان حقاً لآدمي سقط بصاحبه واسقاطه كالتقصاص .

(مشقة) (وان أصلحه أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوماً صح)

إذا صالح رجل على موضع قناة من أرضه يجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز لان ذلك بيع موضع من أرضه فلا حاجة الى بيان عمق، لانه اذا ملك الموضع كان له الى تحويمه فله أن يترك فيه ما شاء، وان صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض ربه الارض مع بقاء ملكه عليها فهو اجارة للأرض بشرط له تقدير المدة فان كانت الارض في يد رجل باجارة جاز له ان يصلح رجلاً على اجراء

والآخر بنفسه فأعتق صاحب الرقة وكما لو أعتق أمة مزوجة، وقولهم انه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قائما إنما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما اذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بموجود وان تبين ان العبد مستحق تبين بطلان الصالح لفساد البوض ورجح المدعي فيها أقر له به وان وجد العبد ميبا عيا تقتص به المنفعة فله رده وفسخ الصالح وان صالح على العبد بعينه صح الصالح ويكون يما والحكم فيها إذا خرج مستحفا أو ظهر به عيب كما ذكرنا

(فصل) إذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرنا ذلك في البيع، ان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز لانه ان صالحه عليه بشرط التيقنة أو من غير شرط القطع لم يجز لانه لا يجوز بيعه كذلك وان شرط القطع لم يجز لانه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الارض ليصير الزرع كله للمقر والارض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله المقر فجاز شرط قطعه، وبمحمتم ان لا يجوز لان في الزرع ما ليس ببيع وهو النصف الذي لم يقرب به هو في النصف الباقي له فلا يصح اشتراط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع ليس الا فارغة صح لان قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصالح والباقي لتفريغ الارض فأمكن القطع، وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض ليكون الارض والزرع بينهما نصفين وشرط القناع في الجميع احتمال الجواز لانهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل المتع لان باقي الزرع ليس ببيع فلا يصح شرط قطعه في المقدم

الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة الاجارة وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لانه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده باجارة، فان كانت الارض في يده وقتا عليه فقال القاضي هو كالسناجر يجوز له ان يصالح على اجراء الماء في ساقية لانه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض السناجرة وهذا كله مذهب الشافعي قال شيخنا والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الارض له وله التصرف فيها كيفية ما لم ينتقل الملك فيها الى غيره بخلاف السناجر فانه إنما تصرف فيها بما أذن له فيه نكاح الموقوف عليه ينزلة السناجر اذا اذن له في الحفر، فان مات الموقوف عليه في أثناء اذنة فهل لمن انتقل اليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة؟ على وجهين بناء على ما اذا أجزء مدة فوات في أثناء المدة فان قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع الصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة

(فصل) وان صالح رجلاً على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماؤه معلوماً، أو بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لأن الماء يختلف بصغر السطح وكبره

(فصل) اذا حصلت اغصان شجرته في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة أو على نفس الجدار لزم مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها إلى ناحية أخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار، فان امتنع المالك من ازالته لم يجبر لانه من غير قبله فلم يجبر على ازالته كما اذا لم يكن مالكا له وان تلف بها شيء لم يضمنه كذلك، ويحتمل أن يجبر على ازالته وبضمن ما تلف به اذا أمر بازالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حاطه الى ملك غيره على ما سذكر ان شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته بأحد الأمرين لانه بمنزلة البيعة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي، فان أمكنه ازلتها بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا أمكنه اخراج البيعة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان اتلفها في هذه الحال غيرها وان لم يمكنه ازلتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه، فان صالحه على اقرارها بعوض معلوم فاختلف أصحابنا فقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك وطبا كان الفحص أو بإسألان الجهة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفترق الى العلم لوجوب تسليبه ولان الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يبق عنها كالمسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للترفة بتجدد له الاولاد والعراس الذي يستأجر له الارض بعظم ويحفو وقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عنه بحال وطبا كان أو بإسألان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص

ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء الى السطح لأن ذلك يختلف ولا يفترق الى ذكر مدة لأن الحاجة تدعو الى ذلك، ويجوز المقدم على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر بمدة كما في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفى به منافع المجري دائما ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضاً في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من ثلثها والماء الذي على السطح يفترق الى معرفة قدر السطح لانه يجري منه القليل والكثير، فان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو عارية لم يجز أن يصلح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به، وان كان ماء السطح يجري على الارض احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر في أرض غيره ولانه يحمل لغير صاحب الارض ربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها، واحتمل الجواز اذا لم يحتاج الى حفر ولم يكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة الاجارة كما قلنا في اجراء الماء في الساقية.

وربما ذهب كله، وقال القاضي ان كان يابساً ممتدداً على نفس الجدار صحت المصلحة عنه لان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت، وما لا يمتد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تيم الهواء وهذا مذهب الشافعي واللائق بمذهب أحمد سعته لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى الدلبه سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواء كالتقارار في كونه مملوكاً لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار (فصل) وان صالحه على اقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بشرها كله فقد نقل المروزي واسحاق ابن ابراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: لا أدري فيحتمل أن يصح ونحوه قال مكحول فانه نقل عنه أنه قال: اما شجرة ظلت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح وهو قول الأكثرين واليه ذهب الشافعي لأن الموضع مجهول لأن الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالموضع ولأن المصالح عليه أيضاً مجهول لانه يزيد ويتغير على ما أسلفناه ووجه الاول أن هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الاطوار والصلح على الموارث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل الى حلها، ويقوى عندي أن الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منها يبيع صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وازالتها وصاحب الشجرة يبيعه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البعير لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منها الرجوع عما بذاه والنود فيها قاله لا مجرد اباحة

(فصل) واذا أراد ان يجري ماء في أرض غيره تغير ضرورة لم يحز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض تزرعها لهما ولا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين (احداهما) لا يجوز لانه تصرف في أرض غيره بشر اذنه فلم يجوز كما لو لم تدع اليه ضرورة ولان مثل هذه الحاجة لا تبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الاتفاع بشيء من منافها المحرمة عليه بمثل الحاجة (والاخرى) يجوز لما روي ان الضحاك بن خلفه ساق خديجاً من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك لم تمنعني وهو منفعة لك تشر به أولاً وأخراً ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره ان يخلي سبيله فقال محمد لا والله فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك اقم؟ تشر به أولاً وأخراً فقال محمد لا والله فقال عمر والله ليرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل. رواه مالك في الموطأ وسعيد في سننه والاول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أول

(فصل) وان صالح رجلاً على أن يسقي أرضه من هر الرجل يوماً أو يومين أو من عبته وقدرة بشيء يملك به لم يجوز ذكره القاضي لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز يمه فلا يجوز الصلح عليه ولا به

من كل واحد منها لصاحبه فجرى مجرى قول كل واحد منها لصاحبه سكن داري واسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أيجتلك الاكل من ثمرة بستانى فأيجي الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعنى أجري في أرضك ماء ولك أن نسقي به ما شئت وتشرب منه وهو ذلك فهذا مثله بالاولى فان هذا ما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي الزام القطع ضرر كبير واتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير تقم يصل الى صاحب الهواء ضرر عليه وفيما ذكرناه جمع بين الامر من ونظر للفريقين وهو على وفق الاصول فكان أولى

(فصل) وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة النسان الى أرض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطبي الآبار وأساس الحيطان أو منها من ثبات شجر لصاحب الأرض أو زرع أو لم يؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الفروع الا ان العروق لا تمر لها فان اتفعا على أن ما نبت من عروقها لصاحب الأرض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيها ذكرنا فلي قولنا اذا اسطلحنا على ذلك قضت مدة ثم أن صاحب الشجرة دفع نباتها الى صاحب الأرض فلي أجر المثل لانه انما تركه في أرضه لهذا فلما لم يملكه له رجم بأجر المثل كالو بذلها بموض فلم يسلم له وكذلك الحكم فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه الى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

(فصل) وإذا صلح على المؤجل بعهده حالاً لم يجز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر وقال نبي عمر أن تباع العين بالدين وسعيد بن المسيب والناسم وسالم والحسن والشعبي ومالك والشافعي والثوري وابن عيينة وهشيم

بجهول قال وان صلح على سهم من العين أو النهر كالثلث والرابع جاز وكان يباع للقرار والماء تابع له ويحتمل أن يجوز الصلح على السقي من نهره وقنانه لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء بما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة بدليل مالو أخذه في قريته والصلح يجوز على مالا يجوز بعهه بدليل الصلح عن دم السد والصلح على الجهول

(مسئلة) (ويجوز ان يشتري عمراً في دار وموضاً في حائطه يفتحه باباً، وبقعة بحفرها بئراً) لان هذه الاماكن يجوز بيعها وإجارتها فجاز الاعتياض عنها كالنور

(مسئلة) (وان يشتري علو بيت يبنى عليه بنايماً موصوفاً) اذا كان البيت مبنياً لما ذكرناه (فان كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجوهين) ذكره القاضي واصحاب الشافعي لانه ميسم للهواء دون القرار والثاني يجوز لانه ملك للمصالح فجاز له أخذ موضه كالقرار وانما يجوز بشرط أن يصف الملو والسفل بما يمل به لان من شرط صحة البيع العلم بالمبيع

(مسئلة) (وان حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بإزالتها فله ذلك فان ابنى فله قطعها) ووجه ذلك انه اذا حصلت أغصان شجرة في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة لزم

وأبو حنيفة وأسحاق ورووي عن ابن عباس والنخعي وابن سيرين أنه لأبأس به وعن الحسن وابن سيرين أنها كما لا يران بأساً بالمروض أن يأخذها من حقه قبل محله لأنها تباين المروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بضمن مثلها، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاء الجمع بينهما كما لو ضل ذلك من غير مواطاة عليه

وثنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يطيء عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجز كما لو كانت مبيعة ويفارق ما إذا كان عن غير مواطاة ولا عقد لأن كل واحد منهما متبرع يبذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشركة كبيع درهم بدرهمين، ويفارق ما إذا اشترى المروض بضمن مثلها لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضاً، فأما إن صالحه عن الف حالة بصفها - وجلا فإن فعل ذلك اختياراً منه وتبرعا به صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا فيها مضي والاسقاط صحيح، وإن فعله لتمتع من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضاً على ما ذكرنا في أول الباب وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحها لا يصح وما ذكرنا من التفصيل أولى إن شاء الله تعالى

(تصل) ويصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا إذا كان بما لا سبيل إلى معرفته . قال أحمد في الرجل يصالح على الشيء، فإن علم أنه أكثر منه لم يجز إلا أن يوقفه عليه إلا أن يكون مجهولاً لا يدري ما هو، ونقل عنه عبد الله إذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا فان عرف قيمة دقيق الحنطة

مالك الشجرة إزالة تلك الاعتصان أما بردها إلى ناحية أخرى وأما بالقطع لأن الهواء ملك لصاحب القرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار فان امتنع المالك من إزالته لم يجز لأنه من غير فله فلم يجز على إزالته كما لو لم يكن ملكه وان تلف بها شيء لم يضمنه لذلك وبمقتضى أن يجز على إزالته ويضمن ما تلف به إذا أمر بإزالته فلم يفضل بناء على ما إذا مال حائطه إلى ملك غيره على ما ذكره إن شاء الله تعالى، وعلى كل الوجهين إذا امتنع من إزالته كان لصاحب الهواء إزالته بأحد الأسرين لأنه بمنزلة البيمة التي تدخل داره له أخراجها كذا هنا وهذا مذهب الشافعي، فإن أمكنه إزالته بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه إذا أمكنه أخراج البيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان اتلفها في هذه الحال غرمها، وإن لم يمكنه إزالتها إلا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فإنه لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه

(مسئلة) (فإن صالحه عن ذلك بوض لم يجز) اختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطباً كان النعس أو يابساً لأن الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله، وقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك رطباً كان النعس أو يابساً لأن الحيلة في المصالح عنه

ودقيق الشمبر بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله إلا أن يصطلحا على شيء. ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجاز هو صلح الزوجة من صداقتها الذي لا يئنه لها به ولا علم لها ولا الورثة بملكه وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح، بينهما وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصلح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا يئنه له أو لا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق فأنت في حل منه ويقول الدافع ان كنت أخذت مني أكثر من حقت فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع اليمين ولا يصح البيع على مجهول

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصافي، وارتيت درست «استهما وتوخيا وليحل أحدكما صاحبه» وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول كالنفاق والطلاق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بينه فلان يصح مع الجهل أولى وذلك لانه اذا كان معلوما فلها طريق الى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح أفضى الى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه يماً ولا فرع بيع وإنما هو ابراء وان سلمنا كونه يماً فإنه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال

لا تئتم الصحة لسكونها لا تمنع التسليم بخلاف الدوض فإنه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى ذلك لسكون ذلك بكثير في الاملاك المتجاورة وفي القطع ائتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعني عنها كالسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للترفة يتجدد له اولاد والفراش المستأجر له الارض يعظم ويجفو وقال القاضي ان كان يابساً متمتداً على قس الجدار صحت المصالحة عنه ولان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت وما لا يتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد صحته لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليمه وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه ملكاً لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

(مسألة) (وان اتفقا على ان الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم)

وجملة ذلك انه اذا صالحه عن ذلك بجزء من الثمرة أو بالثمرة كلها فقد نقل المروذي واسحاق بن ابراهيم عن أحمد انه سئل عن ذلك فقال لأدري فيحتمل ان يصح ، ونحوه قال مكحول فإنه نقل عنه (المفني والشرح الكبير) (٤) (الجزء الخامس)

صاحب الطعام لتلفه بملك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدرامم أو بهذا الثوب صح اذا ثبت هذا فان كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتخصيص في موارد دارسة وحقوق سالفه أو في ارض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى وان كان مما يحتاج الى تسليمه لم يجوز مع الجهالة ولا بد من كونه معلوماً لان تسليمه واجب والجهالة تمنع التسليم وتفضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فأما ما يمكنها معرفته كتركة موجودة أو يملكه الذي هو عليه وبجهله صاحبه فلا يصح الصلح عليه مع الجهل قال أحمد : ان صولحت امرأة من نمنها لم يصح واحتج بقول شريح أيما امرأة صولحت من نمنها لم يبين لها ما ترك زوجها فهي الرية كلها قال وان ورث قوم مالا ودوراً وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بأقف درهم أكره ذلك ولا يشتري منها شيء وهي لا تعلم لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو، وأما يصالح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ما هو حساب بينها فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله على رجل والآخر لا يعلم فيصالحه، فأما اذا علم فم يصالحه أما يريد يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جازم مع الجهالة للحاجة اليه لبراء الذم وازالة الخصام فمع امكان العلم بالحاجة الى الصلح مع الجهالة لم يصح كالبيع

(فصل) ويصح الصلح عن كل ما يجوز اخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز يمه أو لا يجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دية أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له انقصاص على هدية بن خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولان المال غير متعين فلا يقع العوض في مفاصلته فأما ان صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دية من جنسها لم يجوز وكذلك لو أتلف عبداً أو شيئاً غيره فصالح عنه بأكثر من قيمته

أنه قال أما شجرة ظلت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلال أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح وهو قول الأكثر وبه قال الشافعي لان العوض مجهول فان الثمرة مجهولة وحزوها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالموض ولان المصالح عليه أيضاً مجهول لانه يزيد ويتغير على ما سلفناه، ووجه الاول ان هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع ائتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الاطوار وعلى الموارث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل الى علمها

قال شيخنا ويقوى عندي ان الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيع صاحبه ما يبذل له فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيحه ما يبذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بعموم ولا مجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منها الرجوع عما بذله والمواد فيما قاله لانه مجرد اباحه من كل واحد منها لصاحبه فخرى مجرى قول كل واحد منها لصاحبه اسكن داري وأسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أبعثك الأكل من ثمرة بستانى فابحني الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني

من جنسها لم يميز . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضا عن المثلف فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

ولنا أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة فلم يميز ان يصلح عنها بأكثر منها من جنسها كالتابنة عن فرض أو ممن مبيع ولانه اذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل فأما ان صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز لانه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل

(فصل) ولو صلح عن المائة الثابتة في الذمة بالانلاف بمائة مؤجلة لم يميز وكانت حالة وبهذا قال الشافعي وعن أحمد يجوز وهو قول أبي حنيفة لانه عوض عن المثلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا أنه إنما يستحق عليه قيمة المثلف وهو مائة حالة . الحلال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين وبيع الدين بالدين غير جائز

(فصل) ولو صلح عن التصاص بعد تخرج مستحقاً رجع بقيته في قولهم جميعاً وان خرج حراً فكذلك . وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لان الصلح فاسد فرجع بيذل ما صلح عنه وهو الدية . ولنا أنه تمذر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً

(فصل) ولو صلح عن دار أو عبد بعوض فوجد العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صلح عنه أو بقيته ان كان تالفاً لان الصلح همها بيع في الحقيقة فاذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن التصاص فانه ليس ببيع وإنما يأخذ عوضاً عن اسقاط التصاص ، ولو اشترى شيئاً فوجده مبيعاً فصالحه عنه بيده فبان مستحقاً أو حراً رجع بارش العيب

أجري في أرضك ماء ولاك أن تسقي به ماشيتك وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بل أولى فان هذا مما ندعو الحاجة اليه كثيراً وفي إزام القطع ضرر كثير وإنلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل صاحب الهواء ضرر عليه ، وفيها ذكرناه جمع بين الأمرين ونظر الفريقتين وهو على وفق الأصول فكان أولى .

(فصل) وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجر انسان الى ارض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصالح وطمي الآبار وأساس الحيطان أو منها من نبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم تؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عنه كالحكم في القروع إلا أن العروق لا يملكها فان اتفقا على أن ما ينبت من عروقها لصاحب الارض أو جزءه معلوم منه فهو كالمصليح على الثمرة فيما ذكرناه ، فعلى قولنا إذا اصطلحنا على ذلك فضت مدة ثم أبي صاحب الشجرة دقم نباتها إلى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه إنما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلم له رجع باجر المثل كما لو بذلها بعوض لم يسلم له وكذلك فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو زلف من أخشابه إلى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرنا

ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضاً عن أرض العيب فزال العيب رجعت بارشها لا يهر
المثل لأنها رضيت ذلك مهرأ لها

(فصل) ولو صالحه عن الفصاص بحر يملآن حربته أو عبد يملآن أنه مستحق أو تصالحا بذلك
عن غير الفصاص رجح بالدية وبما صالح عنه لان الصلح هنا باطل يملآن بطلانه فكان وجوده كعدمه
(فصل) اذا صالح رجلا على موضع قناة من أرضه تجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها
جاز لان ذلك بيع موضع من أرضه ولا حاجة الى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى نحوه
فله أن يترك فيه ما شاء وان صالحه على اجراء الماء في ساقية من أرض رب الارض مع بقاء ملكه
عليها فما ااجارة للارض فيشترط تقدير المدة لان هذا شأن الاجارة فان كانت الارض في يد رجل
باجارة جاز له أن يصالح رجلا على اجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة اجارته وان
لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لانه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده باجارة
فأما ان كانت الارض في يده وقفا عليه فقال القاضي هو كالمستأجر له ان يصالح على اجراء الماء في ساقية محفورة
في مدة معلومة وليس له أن يحفر فيها ساقية لانه لا يملكها أعما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة سواء وهذا كله
مذهب الشافعي، والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لان الارض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك
فيها الى غيره بخلاف المستأجر فانه أعما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر
إذا اذن له في الحفر فان مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل اليه فسخ الصلح فيها بقي من المدة

مسئلة (ولا يجوز أن يشرع الى طريق نافذ جناحاً ولا ساباطاً ولا دكاً)

الجناح هو الرذن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة الى الطريق
لايجوز اخراجه سواء كان بضر بالمارة في العادة أو لا بضر ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطا بطريق
الاولى وهو المستوفي طواء الطريق كله على جدارين سواء كان الجداران ملكه أو لم يكونا اذن الامام
في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الامام تجرى اذنه مجرى اذن
المشركين في الدرب الذي ليس بنافذ ، وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه وان عارضه
رجل من المسلمين وجب قلعه ، وقال مالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز
إذا لم بضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لانه ارتفق بما لم ينعين ملك أحد فيه من غير مضرة فأشبه المنهي
في الطريق والجلوس فيها واختلنوا في الذي لا يضر ما هو فقال بعضهم إن كان في شارع تمر فيه الحيوض
فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلته وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون
بحيث لا يضر بالعاريات والمحمل .

ولنا أنه بنى في ملك غيره بغير اذنه فلا يجوز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ غير اذن
أهله ، ويخارق المرور في الطريق فانها حملت لذلك ولا مضرة فيه والموس لا يدوم ولا يمكن التحرز

على وحين بناء على ما اذا آجره مدة فئات في أثنائها فان قلنا له فسح الصالح ففسخه رجم المصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة، وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة (فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماء مطوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لان الماء يختلف بصغر السطح وكبره ولا يمكن ضبطه بغير ذلك ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء الى السطح لان ذلك يختلف، ولا يضطر الى ذكر مدة لان الحاجة تدعو الى هذا، ويجوز المقدم على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر كافي النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لان هذا لا يستوفى به منافع الجري دائما ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضا في ان الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية، فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من ماؤها والماء الذي على السطح يحتاج الى معرفة مدة دار السطح لانه يجري منه القليل والكثير، وان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجرا أو طارئة مع انسان لم يجوز أن يصالح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الأرض لا تتضرر به وان كان ماء السطح يجري على أرض احتمل أن لا يجوز له الصالح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر أرض غيره ولانه يجعل لغير صاحب الأرض ربحا فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها واحتمل الجواز اذا لم يحتاج الى حفر ولم تكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة اجارته كما قلنا في اجراء الماء في الساقية والله أعلم (فصل) واذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يجوز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين

منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فانه يظلم الطريق وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تحلوا الأرض بمرور الزمان فيصدم رءوس الناس ويضع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الاعلى الماشي وقد رأينا مثل هذا كثيرا، وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كالأراديته حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها

ولنا على أبي حنيفة أنه بنى في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجوز فلم يجوز بغير إذنه كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة وذلك لان حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منه قاما الدكان فلا يجوز بناؤه في الطريق بغير خلاف علمناه سواء كان الطريق وواشياً أو لا وسواء أذن فيه الامام أو لم يأذن لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولا يؤذي المارة ويضيق عليهم ويمر به العائر أشبه ما لو كان الطريق ضيقاً .

(فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الاعظم ولا إلى درب غير نافذ إلا بأذن أهله وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجه الى الطريق الاعظم لان عمر اجاز على دار الباس

(أحدهما) لا يجوز لأنه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجوز كما لو لم تدع إليه ضرورة لأن مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة

(والأخرى) يجوز لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك : لم تمنني وهو منفعة لك تشربه أولا وأخرا ولا يضرك ؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فقال محمد : لا والله فقال له لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشربه أولا وأخرا ؟ فقال محمد لا والله فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك قامره عمر أن يمر به ففعل . رواه مالك في موطنه وسعيد في سنته والاول أقبس وقول عمر بخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أولى

(فصل) وإن صلح رجلا على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به فقال القاضي لا يجوز لأن الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولأنه مجهول . قال وإن صلحه على سهم من العين أو النهر ثالث أو الربع جاز وكان فيما للقرار والماء تابع له ويحتمل أن يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لأن الحاجة تدعو إلى ذلك والماء مما يجوز أخذ الموضع عنه في الجملة بدليل ما لو أخذه في قربته أو أمانته ويجوز الصلح على ما لا يجوز به بدليل الصلح عن دم السمد وأشباهه والصلح على المجهول

وقد نصب ميزابا إلى الطريق فقلعه فقال العباس ثقلمه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال والله لا نصبته إلا على ظهري وأنحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فأنه غيره ففعله ما لم يتم دليل على اختصاصه به ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار ولأن الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الإسلام من غير تكبر

ولنا إن هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولأنه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فإن ماء يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك لأن الحاجة دائمة إليه والمادة جارية به مع ما فيه من الخير المذكور

(مسئلة) (ولا يجوز أن يفعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ إلا بأذن أهله)

أما في ملك الإنسان فلا يجوز بغير إذنه لأنه تصرف في ملك الغير فلم يجوز بغير إذنه فلا يجوز ذلك في الدرب وبه قال الشافعي في الجناح والسباط إذا لم يكن له في الدرب باب، وإن كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منه أيضا ومنهم من أجاز له إخراج الجناح والسباط لأن له في الدرب استطرافا فذلك كما يملكه في الدرب التافذ

(فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز اخذ الموض عنه مثل ان يصلح امرأة لتقر بالزوجية لانه صلح يحل حراما ولا يباح لو أرادت بذل نفسها بموض لم يحز وان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف عنها فبها وجهان (أحدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار إنما يكون في حق المنكر لاشداه اليقين وهذه لا يبين عليها وفي حق المدعي يأخذ الموض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له وإنما اجيز الخلع للحاجة الى اقتداء نفسها

(والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كمعوض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وازالة شره وربما توجهت اليقين عليها لكون الخلع كالم يرى ذلك ولا يباح مشروعة في حقه في إحدى الروايتين، متى صالحته على ذلك ثبتت الزوجية باقرارها أو بيينة فان قلنا الصلح باطل فالتكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع، وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ الموض لانه أخذ الموض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً كما لو أقرته بالزوجية نفعاً لها، ولو ادعت ان زوجها طلقها ثلاثاً فصالحها على مال لنزل عن دعواها لم يحز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بموض ولا بغيره وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يحز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضاً لمطلقها ثلاثاً

(فصل) وان ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالبيودية لم يحز لانه يحل حراماً فان إرفاق الحر نفسه لا يحل بموض ولا بغيره، وان دفع اليه المدعي عليه مالا صلحاً عن دعواه صح لانه يجوز أن يمتق عبده بمال ويشرع للدافع لدفع اليقين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه ولو ادعى على رجل الفأفأ أنكره فدفع اليه شيئاً ليقر له بالالف لم يصح فان أقر لزمه ما أقر

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه اذا لم يكن له فيه باب ولا سلم الاصل الذي قاسوا عليه فان أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنه كما لو كان لملك واحد

(مسئلة) (وان صالح عن ذلك بموض جاز في أحد الوجهين) وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز في الجناح والسباط لانه بيع للهواء دون القرار

ولنا أنه يبنى فيه باذنه فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوض كالقرار اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والمثل وهكذا الحكم فيها اذا أخرجته الى ملك انسان معين يجوز باذنه بموض وبغيره اذا كان معلوم المقدار

(فصل) ولا يجوز أن يحضر في الطريق النافذة براً لنفسه سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ماء ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرنا من قبل، وان اراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل أن يحفرها ليسقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو ليزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا

به ويرد مأخذه لأنه تبين باقراره كذبه في انكاره وان الالف عليه فيلزمه أداءه بغير عوض ولا محل له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه وان دفع اليه المنكر مالا صلحاً عن دعواه صح وقدمه ضي ذكره

(فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصلح على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين آدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالثبوت كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض على شرب الخمر وترك الصلاة (الثاني) أن يصلح على أن لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك وبمحرم عليه فله فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصلح على أن لا يقتله ولا ينصب ماله (الثالث) أن يصلح على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً كالزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه لأن ذلك ليس بحق له فلم يجز له أخذ عوضه كسائر ما ليس بحق له ولو صالح السارق والزاني والشارب بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح لذلك ولم يجز له أخذ العوض ، وان صلح من حد الغدق لم يصح الصلح لأنه ان كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقة وإن كان حقاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمالي ولهذا لا يسقط إلى بدل بخلاف الفصاحم ولأنه شرع لتزيره العرض فلا يجوز أن يتراض عن عرضه بمال وهل يسقط الحد بالصلح فيه وجهان مبنيان على الخلاف في كونه حقاً لله تعالى أو حقاً لآدمي فان كان حقاً لله تعالى

فان كان الطريق ضيقاً أو كانت في عمر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز لأن ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية من طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لأن ذلك يقع بلا ضرر لحاجز كتميدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز بشير إذن أهله لأن هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير إذنهم كما لو فعله في بستان إنسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو يستقي منها ماء نفسه أو حفرها للسبيل ونقع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك إنسان معين (مسئلة) (واذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه باباً لتير الاستطراق جاز)

لأن له رفع جميع حائطه فبعضه أولى . قال ابن عقيل ويحتمل أن لا يجوز لأن شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضرب بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فإنه لا يدل على شيء (مسئلة) (وان فتحه للاستطراق لم يجز بشير إذنهم) لأنه ليس لهم حق في الدرب الذي هو

ملك غيره وفيه وجه آخر أنه يجوز لأن له رفع جميعه والاول أولى لأن الدرب لاحق له فيه فلم يجز أن يجعل له فيه حق استطراق فان صالحهم جاز لأن الحق لهم فأشبه دورهم إذا صالحهم على شيء منها

لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا والسرقه وان كان حقاً لا آدمي سقط بصلحه واسقاطه مثل التصاص فان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركه فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد الغذف إلا أنه يسقط ههنا وجهاً واحداً . اكونه حقاً لا آدمي .

(فصل) ولا يجوز ان يشرع الى طريق نافذ جناحاً وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة في الطريق سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها سابطاً بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على حائطين سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا وسواء أذن الامام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز بأذن الامام لأنه نائبهم فجزى اذن المشركين في الدرب الذي ليس بنافذ وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لاضرر فيه وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلمه، وقال مالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز ذلك اذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منه لانه ارتفق بما لم يتعين ملك احد فيه من غير مضرة فكان جائزاً كالشي في الطريق والجلوس فيها ، واختلفوا فيها لا يضر فقال بعضهم إن كان في شارع يمر فيه الحيوش والاحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورعده منصوب لا يبله وقال اكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالمهاريات والمخامل ولنا أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن

(فصل) وان كان ظهر داره الى زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً اليه جاز لانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه فان قيل هذا فيه اضرار باهل الدرب لانه يجسه نافذاً يستطرق اليه من الشارع قلنا لا بصير الدرب نافذاً وإنما يصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره

(مسئلة) (ولو كان بابه في آخر الدرب ملك نقله الى اوله ولم يملك نقله الى داخل منه في احد الوجهين) لانه اذا نقل بابه الى ما يلي باب الدرب فقد ترك بعض حقه ومعنى أراد رد بابه الى موضعه الاول كان له لان حقه لم يسقط ، فاما ان أراد نقل بابه الى تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لانه يقدم بابه الى موضع لاستطراق له فيه ، وفيه وجه آخر انه يجوز لانه كان له ان يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما ان نحويله بعد فتحه لا يسقطه ولان له ان يرفع حائطه كله فلم يمنع من رفع بعضه والاوّل أولى لانه لا يلزم من جواز رفع الحائط جواز الاستطراق كالسئلة التي قبلها

(فصل) وان كان في الدرب بابان لرجلين أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فأواد صاحب الداخل ان يحول بابه فله نحويله حيث شاء لانه لا منازع له فيما يجاوز الباب الاول اذا قلنا (المفني والشرح الكبير) (٥) (الجزء الخامس)

أهله ويفارق المرور في الطريق فأنها حملت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نعلم أنه لا مضرة فيه فإنه يظلم الطريق ويسد الضوء وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تملوا الأرض بمرور الزمان فيصدم رهوس الناس ويمنع مرور الدواب بالأحوال ويقطع الطريق إلا على الماضي، وقد رأينا مثل هذا كثيراً وما يفضي إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها، وعلى أبي حنيفة أنه بناء في حق مشرك لو منع منه بعض أهله لم يجز فلم يجز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه، وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع منه.

(نصل) ولا يجوز أن يبني في الطريق دكاناً بغير خلاف نعلمه سواء كان الطريق واسعاً أو غير واسع سواء أذن الإمام فيه أو لم يأذن لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولأنه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويضر به المائر فلم يجز كما لو كان الطريق ضيقاً

(نصل) ولا يجوز أن يبني دكاناً ولا يخرج روضاً ولا ساباطاً على درب غير نافذ إلا بأذن أهله وبهذا قال الشافعي إذا لم يكن له في الدرب باب وإن كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منعه أيضاً ومنهم من أجاز له إخراج الجناح والساباط لأن له في الدرب استطرافاً فذلك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ.

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه ما لو لم يكن له فيه باب ولا نعلم الأصل الذي قاسوا عليه فإما إن أذن أهل الدرب فيه جاز لأن الحق لهم فجاز بأذنهم كما لو كان المالك واحداً، وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز لأنه بيع للهواء دون التفرار

إن صاحب القريب ليس له أن يقدمه إلى داخل الدرب وإن قلنا له تقديمه جاز لكل واحد منها فإن كان في داخل الدرب باب لثالث فحكم الأوسط حكم الأول فيها ذكرناه

(فصل) إذا كان لرجل داران متلاصقان ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى وباب كل واحدة منهما إلى درب غير نافذ، فرقع الحاجز بينهما وجعلها داراً واحدة جاز لأنه تصرف في ملكه الخاص وإن فتح من كل واحدة منهما باباً إلى الأخرى ليتمكن من كل واحدة منهما إلى كلي الدارين فقال القاضي لا يجوز لأن ذلك يثبت الاستطراف في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولأنه ربما أدى إلى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الأخرى، ويحتمل جواز ذلك لأن له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى قال شيخنا وهذا أشبه وما ذكرناه للنع ينتفض بما إذا رفع الحائط جميعه، وفي كل موضع قلنا ليس له فعله إذا صالحه أهل الدرب جاز وكذلك إن أذنوا له بغير عوض

ولنا أنه ينبغي فيه بأذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولأنه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوضه كالنقار إذا ثبت هذا فاعلم بجواز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيها إذا أخرجها إلى ملك إنسان معين لا يجوز بغير إذنه ويجوز بأذنه بموضع وبشيرة إذا كان معلوم المقدار والله أعلم .

(فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ما ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرناه من قبل، وإن أراد حفرها للمسلمين وتعميم أو لنفع الطريق مثل أن يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو ليُرزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا فإن كان الطريق ضيقاً أو يحفرها في عمر الناس بحيث يحاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز ذلك لأن ضررها أكثر من نفعها، وإن حفرها في زاوية في طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لأن ذلك نفع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز إلا بأذن أهله لأن هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير أذنهم كما لو فصله في بستان إنسان ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بموضع جاز سواء حفرها لنفسه ليُرزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء نفسه أو حفرها للسبيل وقطع الطريق وكذلك إن فعل ذلك في ملك إنسان معين (فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم ولا يجوز إخراجها إلى درب نافذ إلا إلا بأذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز إخراجها إلى الطريق الأعظم لأن عمر رضي الله عنه اجتاز على دار العباس وقد نصب ميازيباً إلى الطريق فقلعه فقال العباس قلعه وقد نصبر رسول الله ﷺ بيده فقال والله لا نصبته إلا على ظهري وأجنتى حتى صد على ظهره فصبه وما فعله رسول الله ﷺ فأميره فعله ما لم يعم دليل على اختصاصه به ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار ولأن الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الإسلام من غير تكبر . ولنا أن هذا تصرف في هواء

(فصل) إذا تازع صاحبا البابين في الدرب ولم يكن فيه باب لغيرها ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يحكم بالدرب من أوله إلى الباب الذي يليه بينهما لأن لها الاستطراق فيه جميعاً وما بعده إلى صدر الدرب للآخر لأن الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والثاني) أن من أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما لأن ما يقابل ذلك فلها التصرف فيه بناء على أن للاول أن يفتح بابه فيها شاء من حائطه والباقي للثاني لأنه ليس ببناء للاول ولا له فيه استطراق والثالث يكون بينهما لأن لهم بدأ وتصرفاً، وهكذا الحكم فيها إذا كان لرجل علو خان ولا آخر سفله ولصاحب العلو درجة في أثناء صحن الخان فاختلفا في الصحن فالذي من الدرجة إلى باب الخان بينهما وما زاد على ذلك إلى صدر الخان على الوجهين، فإن كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منها جميعاً فلي الوجه الذي يقول أن صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدري له أن يستبد بما يختص به منه بأن

مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فان ماء يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديد قضية في عين فيحصل انه كان في حرب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل ان يجوز ذلك لان الحاجة داعية اليه والمادة جارية به مع ما فيه من الخير المذكور

(فصل) ولا يجوز ان يفتح في الحائط المشترك طاقا ولا بابا الا باذن شريكه لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ولا يجوز ان يترز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائط ولا يستره ولا يتصرف فيه نوع تصرف لانه تصرف في الحائط بما يضره فلم يجوز كقفسه ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الاولى لانه اذا لم يجوز فيما له تبه حق فقبا لاحق له فيه اولى وان صالحه عن ذلك بموض جازوا ما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره اليه فلا بأس به لانه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه اشبه الاستقلال به

(فصل) فاما وضع خشبه عليه فان كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجوز بغير خلاف فله لما ذكرنا ولقول رسول الله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وان كان لا يضر به الا ان به غنية عن وضع خشبه عليه لا يمكن وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضا وهو قول الشافعي وأبي ثور ولانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير حاجة فلم يجوز كبناء حائط عليه وأشار ابن عقيل الى جوازه لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره » متفق عليه ولان ما أبيع للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كإخذ الشقص بالشفعة من المشتري والفسخ بالخيار أو بالمسب أو انخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت

بجمله دهارن أنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئا لان ذلك ملك له بغير دبه (مسئلة) (وليس له ان يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روزه ولا طاقا بغير اذن صاحبه) لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضره وكذلك لا يجوز ان يترز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائطا ولا استرة ولا يتصرف فيه بنوع تصرف لانه يضر بحائط غيره فهو كقفسه وان صالحه على ذلك بموض جاز فاما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره فلا بأس به لانه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه اشبه الاستقلال به

(مسئلة) (وليس له وضع خشبه عليه الا عند الضرورة بان لا يمكنه التسقيف الا به) أما وضع خشبه عليه فلا يجوز اذا كان يضر بالحائط لا نعلم فيه خلافا لقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وان كان لا يضر به الا أن به عنه غنى لا يمكن وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضا وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فلم يجوز كبناء

الحاجة الى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه فانه يجوز له وضعه بغير اذن الشريك وبهذا قال الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته

ولنا الخبر ولانه انتفاع بمخاط جاره على وجه لا يضره أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه إذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسما يحتاج الى أن يجعل عليه جسرا ثم يضع الخشب على ذلك الجسر والاولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتم والمجنون والعاقل لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) فأما وضعه في جدار المسجد اذا وجد الشرطان فمن أحمد فيه روايتان (احدهما) الجواز لانه اذا جاز في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المنية على المساحة والمساهلة أولى (والثانية) لا يجوز نقلها أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس وهذا اختيار أبي بكر وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلأن يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق الله تعالى مع ان حقه على المساحة والمساهلة لغني الله تعالى وكرمه فلأن يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقة أولى والمذهب الاول . فان قيل فلم لا تجوزون فتح الطاق والباب في الحائط بالقياس على وضع الخشب ؟ قلنا لان الخشب يمسك الحائط وينفه بخلاف الطاق والباب فانه

حائط عليه واختار ابن عقيل جوازه لما روى ابو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره » متفق عليه ولان ما يبيع للحاجة العامة لم يضر فيه حقيقة الحاجة كالشفعة والفسخ بالحيار أو بالهيب وأنحاء الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت الحاجة الى وضعه على جدار جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به فانه يجوز وضعه بغير اذن الشريك وهو قول الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته

ولنا الخبر ولانه انتفاع بمخاط جاره على وجه لا يضره أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له حائط واحد ولجاره ثلاثة حوائط، وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه اذا لم

يضع الحائط لانه يبقى مفتوحا في الحائط والذي يفتح للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو الحاجة اليه بخلاف غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال بسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المحوز لوضعه مستمر فاستمر استحقاق ذلك وان زال السبب مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح وان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم يزل له لأنه يضر بالملك ويؤذي الخشب، وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لان في ازالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه

(فصل) ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اعارته ولا اجارته لانه انما كان له ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة له الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه لذلك ولا تغيره لانه أبيع له من حق غيره لحاجته فلم يجوز له ذلك فيه كقطع غيره اذا أبيع له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط اعارة الحائط أو اجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منه ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنه، ولو أراد هدم الحائط لتغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تفويت الحق، وان احتاج الى هدمه للخوف من انه يهدمه أو لتحويله الى مكان آخر أو لتعرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروطا بعدم الضرر بصاحب الحائط فحقه أفضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه (فصل) واذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سرة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز. فاذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمة فاذا رجع

يكن فيه ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمتنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا يحتاج الى أن يجعل عليه جسر أو ثم يضع الخشب على ذلك الجسر، قال شيخنا والاولى اعتباره بما ذكرنا من امتناع التسقيف بدون، ولا فرق فيها ذكرنا بين الباتم واليتم والماقل والمجنون كما ذكرنا (مسئلة) (وعنه ليس له وضع خشبه على جدار المسجد وهذا تنبيه على أنه لا يضعه على جدار جاره)

اختلفت الرواية عن أحمد في وضع خشبه على جدار المسجد مع وجود الشرطين منه الجواز لانه اذا جاز وضعه في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المنبئة على المساحة أولى وضعه لا يجوز نقلها عنه أبو طالب لان القياس يقتضي المتع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس اختاره أبو بكر، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وبها لعنه من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين ولواضع فيه حق فلان يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق

المعير فيها لم يكن له ذلك ولم يلزم المستعير ازالة ما فعله لان اذنه اقتضى البقاء والموام وفي القلع اضرار به فلا يملك ذلك المعير كما لو اطاره أرضاً للدفن والفراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والفراس بغير ضمان، وان اراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك لان المستعير قد استحق تبقية الخشب عليه ولا ضرر في تبقية، وان كان مستهدماً فله تقضه وله على صاحب البناء والخشب ازالته واذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه الا باذن جديد سواء بناه بآلته أو غيرها، وهكذا لو قلع المستعير خشباً وسقط بنفسه لم يكن له رده إلا باذن مستأف لان المنع من القلع انما كان لما فيه من الضرر وههنا قد حصل القلع بغير فعله فأشبه ما لو كان في الارض شجر فانقطع وهذا احد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك لأنه قد استحق بقاء ذلك على التأييد وليس كذلك فإنه انما استحق الابقاء ضرورة دفع ضرر القلع وقد حصل القلع ههنا فلا يبقى الاستحقاق، وان قلع صاحب الحائط ذلك عدواناً كان للاخر اعادة له لأنه ازيل بغير حق تمديداً ممن عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه وان ازاله أجنبي لم يملك صاحبه اعادته بغير اذن المالك لانه زال بغير عدوان منه فأشبه ما لو سقط بنفسه (فصل) وان اذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بموض جاز سواء كان اجارة في مدة معلومة أو صلحا على وضعه على التأييد متى زال فله اعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقاءه بموض ويحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لان هذا كله يختلف فيحتاج الى معرفته، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يعود انفسخت الاجارة فبما بقي ورجع من الاجارة

الله تعالى مع أنه مبني على المسامحة لئن الله تعالى وكرمه فلا أن يمنع في حق الآدمي مع شحه وضيقة أولى والمذهب الاول، فان قيل فلم لا تجوزون فتح الطاق والباب في الحائط قياساً على وضع الخشب؟ قلنا الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فإنه يضيف الحائط لانه يبقى مفتوحاً والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو اليه الحاجة دون غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال لسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المحوز لوضعه مستمر فاستمر الاستحقاق وان زال السبب مثل أن خشي على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزال السبب المبيح فان خيف سقوط الحائط بسد وضعه عليه لزم ازالته لانه يضر بالمالك وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لان في ازالته ضرراً بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه (فصل) واذا كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اجارته ولا إطارة لانه إنما يملك ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة الى وضع خشبه غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لتبهره لانه أبيع له من حق غيره لحاجته فلم يجوز له ذلك فيه كطعام غيره

بقسط ما بقي من المدة وان أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشئ معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ماصالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقه له وكذلك لو كان له سيل ماء في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك عوض ليزيله عنه جاز وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشئ على أن لا يعيده جاز لانه لا جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح يبيع

(فصل) وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فحق زال فله إعادته لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد سيل مائه في أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق مجرى ذلك مجرى اليد الثابتة، وإذا اختلفا في ذلك حل هو بحق أو بصدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) إذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأبكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح ولأخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الانكار مطلقاً وبين ما إذا قال هذه لنا ورتناها جميعاً عن أيينا أو أخينا فيقال إذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورتناها عن أيينا فلا شفعة له لان المنكر يزعم أن الملك لاخيه المقر لم يزل وأن الصلح باطل فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة. ووجه الاول أن الملك ثبت للعدمي حكماً وقد رجع إلى المقر بالبيع وهو معترف بأنه يبيع صحيح فثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي يبيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا يقضى لإنكار المنكر وإقرار المقر كحالة الطلاق الانكار وهذا أصح

إذا أبيع له في حال الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إجارة الحائط أو اجارته على وجه يمتنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تقويت الحق وان احتاج الى ذلك للخوف من تهدامه أو لتحويله الى مكان آخر أو لفرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروطاً بعدم الضرر بصاحب الحائط فحقه أفضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه

(فصل) فان أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز لان الحق له فجاز بإذنه فإذا فعل ما أذن فيه عاوت العارية لازمة تذكروا في باب الطرية

(فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان إجارة في حقه

﴿ مسألة ﴾ قال : (واذا تداعى نفسان جداراً مفقوداً بيناه كل واحد منهما مخالفاً وكان بينهما وكذلك ان كان محلولاً من بنائهما وان كان مفقوداً بيناه أحدهما كان له مع يمينه) .

وجملة ذلك ان الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين ملكيهما وتساويا في كونه مفقوداً بيناهما معا وهو أن يكون متصلا بهما اتصالاً لا يمكن احداه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه القطاير التي لا يمكن احداث اتصال بعضها ببعض، أو تساويا في كونه محلولاً من بنائهما أي غير متصل بيناهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى فان لم يكن لواحد منهما بيئة مخالفاً فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له ويجعل بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما وان حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وما هو لصاحبه جاز وهو بينهما وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً، وذلك لان المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما بيئة فانقول قول من هي في يده مع يمينه فإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لاحدهما بيئة حكم له بهاء وان كان لكل واحد منهما بيئة تعارضتا وصارا كمن لا بيئة لهما، فان لم يكن لهما بيئة ونكلا عن العين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى على الناكل فكان السك للآخر، وإن كان الحائط متصلاً بيناهما أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجح بالمقد ولا ينظر اليه .

ونان الظاهر أن هذا البناء بني كله بناء واحداً فإذا كان بضه لرجل كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بني وحده فله لو بني مع هذا كان متصلاً به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا

معلومة أو صلحا على وضعه على التأيد ومتى زال فله إعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لأنه استحق ابقائه بعوض ومحتاج أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللين والآجر وما أشبه ذلك لان هذا يختلف فيحتاج الى معرفته ، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يوجد احسخت الاجارة فيها بقي من المدة ورجع من الاجارة بقسط ما بقي من المدة، وان أعيد رجع من الاجارة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع خشبه أو بنائه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز، وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يبده جاز لانه لما جاز ان يبيع ذلك منه جاز أن يصلح عنه لان الصلح يبع

الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كالايد والازج، فان قيل فلم لم تجملوه له بغير تعيين لذلك ؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس يعين إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه أو كان له فوجهه إياه أو بناء بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين، فأما إن كان مفقوداً ببناء أحدهما عقداً يمكن إحدائه مثل البناء بالدين والآجر فإنه يمكن أن يزرع من الحائط المبنى نصف لبنة أو آجرة أو يجعل مكانها لبنة صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد بين الحائطين فقال القاضي لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فضل هذا ليمتلك الحائط المشترك وظاهر كلام الحرفي أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحدائه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره بتصرف فيه بزرع آجره وتغيير بنائه وفضل ما يدل على ملكه فوجب أن يرجح بهذا كما يرجح باليد فإنه يمكن ان تكون يدأ عادية حدثت بالنصب أو بالسرقة أو العارية أو الاجارة فلم يتم ذلك الترجيح بها

(فصل) فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه أو عقد ممتد عليه أو قبة ونحوها فهو له وبهذا قال الشافعي لان وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه اكونه منتظماً به فجزى بجزى كونه على البسمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبني على حائطه وكذلك إن كانت له عليه شجرة ، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط يتفرد به أحدهما أو له عليها أزج مفقود فالحائط المختلف فيه له لان الظاهر ان الخشبة لمن يتفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له .

(فصل) فان كان لاحدهما خشب موضوع فقال أصحابنا لا ترجع دعواه بذلك وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد الخبر بالنهي عن المتعمد منه وعندنا انه حق يجب التمسك منه فلم ترجح به الدعوى كاسناد متاعه اليه ونجسيصه وترويقه ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك

(فصل) واذا وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فتى زال فله اعادته لان الظاهر ان هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق تجرى مجرى اليد الثابتة، ومتى اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بدون فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) اذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه على ما أقر له بموضع صلح ولاخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما اذا كان الانكار مطلقاً وبين ما اذا قال هذه لنا ورتناها جميعاً عن أينا أو أختينا فيقال اذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورتناها فلا شفعة له لان المنكر يزعم ان الملك لاخيه المقر لم يزل وان الصلح باطل

لانه متفق به بوضع ماله عليه فاشبه الباني عليه والزراع في الارض ، وورود الشرع بالنهي عن المتع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحفاق بدليل انا استدلتنا بوضعه على كون الوضع مستحقاً على الدوام حتى متى زال جازت اعادته ، ولان كونه مستحقاً تشترط له الحاجة الى وضه فقها لا حاجة اليه له منه من وضه وأما السماح به فان اكثر الناس لا يتساعون به ، ولهذا لما روى ابو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطأوا رموسهم كراهة لذلك فقال مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين اكتافكم واكثر الفقهاء لا يوجبون التمكن من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لاعلى تحريمه ولان الحائض يبنى لذلك فترجع به كالزج ، وقال أصحاب ابى حنيفة لا ترجع الدعوى بالجذع الواحد لان الحائض لا يبنى له ويرجع بالجذعين لان الحائض يبنى لها ، ولنا أنه موضوع على الحائض فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء.

(فصل) ولا ترجع الدعوى بكون الدواخل الى أحدهما والخوارج ووجوه الأجر والحجارة ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدهما واقطاع الأجر الى ملك الآخر ولا بماقد القمط في الحص بنى عقد الخبوط التي يشدها الحص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن اليه وجه الحائض ومعاقد القمط لما روى ثمر بن حازمة التميمي عن أبيه ان قوماً اختصموا الى النبي ﷺ في خص فبث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن يليه معاقد القمط ثم رجح الى النبي ﷺ فأخبره فقال «أصبحت واحسنت». رواه ابن ماجه وروى نحوه بن علي ولان العرف جار بان من بنى حائطاً جعل وجه الحائض اليه

ولنا عموم قوله عليه السلام «البنية على المدعي واليمين على من انكر» ولان وجه الحائض ومعاقد القمط اذا كانا شريكين فيه لا بد من ان يكون الى أحدهما إذ لا يمكن كونه اليها جميعاً فبطلت دلالته كالزريق ولانه يراد للزينة فأشبه الزريق، وحديثهم لا يشته اهل النقل واسناده مجهول قاله ابن المنذر

فيؤاخذ بذلك فلا يستحق به شفعة، ووجه الاول ان الملك ثبت للمدعي حكماً وقد رجح الى المقر بالبيع وهو متروك بانه يبيع صحيح تثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون نصيب المقر انتقل الى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا ينافي انكار المنكر واقترار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

(مسئلة) (وان كان بينهما حائض فانهدم فطالب أحدهما صاحبه بينائه أجز عليه وعنه لا يجبر) اذا كان بين التريكين حائض فانهدم فطلب أحدهما اعادته وأبى الآخر فذكر القاضي فيه روايتين (أحدهما) يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي هي أصح قال ابن عقيل وعلى ذلك اصحابنا وهو احدى الروايتين عن مالك وقول الشافعي القديم واختاره بعض أصحابه لان في ترك بينائه اضراراً فيجبر عليه كما يجبر على القسمة اذا طلبها أحدهما ودلى نقض الحائض عند خوف سقوطه

قال الشافعي ذكرت هذا الحديث لاحد فلم يقمعه وذكرته لاسحاق بن راهويه فقال ليس هذا حديثاً ولم يصححه وحديث علي فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح فان العادة جعلت وجه الحائض إلى خارج لبراء الناس كما يلبس الرجل أحسن اثوابه اعلاها الظاهر للناس لبروه فيزين به فلا دليل فيه .

(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتجسين ولا يكون أحدهما له على الآخر غير مبنية عليه لانهما يتساع به ويمكن احدهما .

(فصل) وان تنازع صاحب الملو والسفل في حوائط البيت السفلا في فهي لصاحب السفل لانه المتنفع بها وهي من جهة البيت فكانت لصاحبه وإن تنازعا حوائط الملو فهي لصاحب الملو لذلك ، وإن تنازعا السقف تحالفا وكان بينهما وهذا قال الامام الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل لان السقف على ملكه فكان القول قوله كما لو تنازعا سرجاً على دابة أحدهما كان القول قول صاحبه وحكي عن مالك أنه لصاحب السفل وحكي منه أنه لصاحب الملو لانه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به ولنا أنه حاجز بين ملكيها ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائض بين الملكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان الملو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لا ينتفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لها فكان في يده وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفل بظله وأرض صاحب الملو تقيه فاستويا فيه

(فصل) وإن تنازع صاحب الملو والسفل في الدرجة التي يصعد منها فان لم يكن فتحها مرفق لصاحب السفل كسمل مسرراً أو دكة فهي لصاحب الملو وحده لان له اليد والتصرف وحده لأنها مصعد صاحب الملو لا غير والمرضة التي عليها الدرجة له أيضاً لا تنفاعة بها وحده ، وإن كان فتحها بيت

عليها وقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » وهذا مشهور . كنه يتضرران في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن أحد ما يدل على ذلك وهو أقوى في النظر ومذهب أبي حنيفة لانه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكه على الاتحاق عليه كما لو انفرد به ولانه بناء حائط فلم يجبر عليه كالاتداء ولانه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لها جميعاً لا يجوز أن يجبر لحق نفسه بدليل ما لو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره وإذا لم يكن واحد منهما موجباً فعليه فكذلك اذا اجتمعا وفارق القسمة فانها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه ضرر لما فيه من الترامة واتفاق ماله ولا يلزم من اجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه اجباره على إزالته بما فيه ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر ويفارق هدم الحائط اذا خيف سقوطه لانه يخاف سقوطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ولذلك يجبر عليه وان انفرد الحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراراً فان الضرر انما حصل بانهدامه وانما ترك البناء ترك لما يحصل التمتع

بنيت لاجله لتكون مدرجاً للعلو- فهي بينهما لان يدهما عليها ولاها سقف للسفلا في وموطىء
للفوقاني فهي كالسقف الذي بينها وإن كان تحها طاق صغير لم تبين الدرجة لاجله وأنا جعلنا مرفقاً
يجعل فيه جب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لاجله وحده ويحتمل أن يكون بينها لان
يدها عليها وارتفاعها حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) ولو تازعا مساء بين نهر أحدهما وأرض الآخر مخالفاً وكانت بينهما لانها حاجز بين
ملكها فهي كالحائظ بين الملكين

(فصل) إذا كان بينهما حائظ مشترك فأهدم أحدهما إعادته وأبى الآخر فهل يجزى المنتفع
على إعادته قال القاضي : فيه روايتان إحداهما بجيز نفعها ابن التمام وحرب وسندي قال القاضي
هي أصح وقال ابن عقيل وعلى ذلك أصحابنا وبه قال مالك في إحدى روايتيه والشافعي في قدم قوله
واختاره بعض أصحابه وصححه لان في ترك بنائه إضراراً فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها
أحدهما وعلى التفض إذا خيف سقوطه عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا إضرار » وهذا وشريكه
يتضرر ان في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن احمد ما يدل على ذلك وهو أقوى دليلاً ومذهب
أبي حنيفة لانه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجز ما لمسه على الاتفاق عليه كما لو انفرد به ولانه بناء حائظ فيجوز عليه
كالا بناء ولا يخلو إمان بجيز على بنائه لمحق نفسه أو لمحق جاره أو لمحقها جميعاً : لا يجوز أن يجزى عليه لمحق
نفسه بدليل ما لو انفرد به ولا لمحق غيره كما لو انفرد به جاره فإذا لم يكن كل واحد منهما موجباً عليه
فكذلك إذا اجتمعا وفارق القسمة فاتها دفع للضرر عنها بما لا ضرر فيه والبناء فيه مضرة لما فيه من
الترامة واتفاق ماله ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه

به وهذا لا يمنع الانسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا انه اضرار لكن في الاجبار اضرار ولا
يزال الضرر بالضرر ولانه قد يكون المنتفع لا تقع له في الحائظ أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع
أو يكون مصراً ليس معه شيء فيكلف الترامة مع عجزه عنها

(مسألة) (وليس له منه من بنائه) على الرواية التي تقول لا يجزى المنتفع إذا أراد شريكه البناء
فليس له منه لان له حقا في الجمل وربما فلا يجوز منه منه.

(مسألة) (فان بناء بآله فهو بينهما وإن بناء بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به
وان طلب الانتفاع به خير اثنائي بين أخذ نصف قيمته وبين أخذ آله)

وجملة ذلك أن للشريك بناء الحائظ بالتقاضه وله بناءه بآلة من عنده، فان بناء بآله وانتفاضه خير
على الشركة كما كان لان المنفق إنما أعتق على التالف وذلك أمر لا عين يمسكها وإن بناء بآلة من عنده
فالحائظ ملكه خاصة، وله منع شريكه من الانتفاع به ومن وضع خشبه ورسومه عليه لان الحائظ له
فان أراد تقضه وكان بناء بآله فليس له تقضه لانه ملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة

ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر ، وفارق هدم الحائظ إذا خيف سقوطه لأنه يخاف سقوط حائظه على ما تلفه فيجبر على ما زيل ذلك، ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائظ بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراً فإن الضرر إنما حصل بإهدامه وإنما ترك البناء ترك المصلحة النفع به وهذا لا يتم إلا إنسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الإيجاب إضرار ولا يزال الضرر بالضرر وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائظ أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون مصراً ليس معه ما ينفي به فيكاف الغرامة مع مجزئه عنها ، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر . فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه لأن له حقاً في الحمل ورأساً فله يجوز منعه منه ، وله بناؤه بانقضاء إن شاء وبناؤه بآلة من عنده فإن بناء بآلته وانقضاء الحائظ بينهما على الشركة كما كان لأن المتفق عليه إنما أنفق على التالف وذلك أمر لا عين يمسكها وإن بناء بآلة من عنده الحائظ ما كرهه خاصة وله منع شريكه من الانتفاع به ووضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائظ له . وإذا أراد نقضه فإن كان بناء بآلته لم يملك نقضه لأنه ملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضره عليها وإن بناء بآلة من عنده فله نقضه لأنه ملكه خاصة فإن قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء ، وإن أراد غير الباني نقضه أو إيجاباً بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعاً لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه فلا يملك إجباره على نقضه أولى ، فإن كان له على الحائظ رسم انتفاع ووضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي

عليها وإن كان بناء بآلة من عنده فله نقضه لأنه يختص بملكه فإن قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء وإن أراد غير الباني نقضه وإيجاباً بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على كلتا الروايتين لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه فلا يملك إجباره على نقضه أولى ، فإن كان له على الحائظ رسم انتفاع أو وضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي وإما أن تطلع حائظك لتعبد البناء من بيتنا فيلزم الآخر إجابه لأنه لا يملك إبطال رسومه وانتفاعه بينهما ، وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الثاني بالفرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر على البناء فاولى أن لا يجبر على الفرامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والاتفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الأولى فتمتع أجيره الحاكم على ذلك فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأتفق عليه وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بأذن الحاكم أو أذن الشريك رجح عليه متى قدر ، وإذا أراد بناء لم يملك الشريك منعه ، وما أنفق إن تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك ؟ محتمل وجيب بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، وإن بناء لنفسه بآلته فهو بينهما وإن بناء بآلة من عنده فهو له خاصة فإن أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لأنه إذا أجبر على بنائه فاولى أن يجبر على إجائه

ووضع خشبي، وأما أن تطلع حائطك لتميد البناء بينما فيلزم الآخر لإجابته لأنه لا يملك إبطال رسومه ارتفاعه بينائه وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الباني بالترامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر على البناء فأولى أن لا يجبر على الترامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والاتفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الأولى فهي امتنع أجبره الحائط على ذلك فإن لم يفعل أخذ الحائط من ماله وأحق عليه وإن لم يكن له مال فأحق عليه الشريك بأذن الحائط أو إذن الشريك وجع عليه متى قدر وإن أراد بناءه لم يملك الشريك منعه، وما أفق أن تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وإن بناء نفسه بآلته فهو بينهما وإن بناء باله من عنده فهو له خاصة فإن أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لأنه إذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على إبقائه.

(فصل) فإن لم يكن بين ملكيها حائط قديم فطلب أحدهما من الآخر مباناه حائطاً بمجز بين ملكيها فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة لأنه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له ولا أعلم في هذا خلافاً

(فصل) فإن كان السفل لرجل والمعلو لآخر فأنهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع فهل يجبر الممتنع على ذلك؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي قولان كالروايتين وإن أنهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب المعلو بإعادتها فلي روايتين

(فصل) فإن لم يكن بين ملكيها حائط فطلب أحدهما من الآخر أن يبنيا حائطاً بمجز بين ملكيها لم يجبر الآخر عليه رواية واحدة فإن أراد البناء وحده فليس له إلا في ملكه لأنه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له فيه

(فصل) فإن كان السفل لرجل والمعلو لآخر فأنهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع فهل يجبر؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي فيه قولان، فإن أنهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب المعلو بإعادتها ففيه روايتان (أحدهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فملى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لأنه ملكه خاصة (والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة فإن أراد صاحب المعلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً، فإن بناء بآلته فهو على ما كان وإن بناء بآلته من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفل يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أنه لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسر الوند وتتح الطاق وتكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهو مذهب الشافعي لأن السكنى إنما هي إقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها أشبه الاستغلال

(احدهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فقل هذه الرواية يجبر على البناء وحده لانه ملكه خاصة

(والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة وان أراد صاحب العلو بناءه لم يمنح من ذلك على الروايتين جميعا فان بناءه بآله فهو على ما كان وان بناه بآله من عنده فقد روي عن أحد لا ينفع به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أن لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لان البيت انما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الحطب وسمر الوتد وفتح الطاق ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهذا مذهب الشافعي لان السكنى انما هي اقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها فأشبه الاستغلال بها من خارج فأما ان طالب صاحب السفلى بالبناء وأبي صاحب العلو ففيه روايتان

(احدهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لان الحائط ملك صاحب السفلى مختص به فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو
(والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه وهو قول أبي الدرء لانه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين

(فصل) فان كان بين البيتين حائط لاحدهما فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه فامتنع لم يجبر لانه ان كان الممتنع ما لملكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وان كان الممتنع الاخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لان الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقا لابقائه على حيطان السفلى دائما فلزم صاحب السفلى تمكنه مما يستحقه وطريقه البناء فذلك وجب بخلاف مثلثنا

بها من خارج فأما ان طالب صاحب السفلى بالبناء وأبي صاحب العلو ففيه روايتان :

(احدهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لان الحائط ملك صاحب السفلى فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو
(والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه ، وهو قول أبي الدرء لانه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين .

(فصل) فان كان بين البيتين حائط لاحدهما فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه لم يجبر لانه ان كان الممتنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وان كان الممتنع الاخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لان الظاهر ان صاحب العلو ملكه مستحقاً لابقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكنه مما يستحقه وطريقه البناء فذلك وجب بخلاف مثلثنا وان أراد

وان أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لاحق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كالو أنهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلتزمه اعادته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلاثان لم يصح لانه يصلح على بعض ملكه بعض فلم يصح كالمو أقر له بدار فصالحه على سكنها ، ولو اتفقا على أن يحمه كل واحد منهما ما شاء لم يجز لهيالة الحبل فانه يحمه من الانتقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(فصل) فان كان بينهما نهر أو قناة أو دولاب أو ناعورة أو عين فاحتاج الى عمارة ففي اجبار المتع منها روايتان وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيضربه بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة والاولى التسوية لان في قسمة العرصة

صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لاحق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كالو أنهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء كان هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلتزمه إزالته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلاثان لم يصح لانه يصلح عن بعض ملكه بعض فلم يصح كالمو أقر له بدار فصالحه على سكنها ، ولو اتفقا على أن يحمه كل واحد منهما ما شاء لم يجز لهيالة الحبل فانه يحمه من الانتقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز .

﴿مسئلة﴾ (وان كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة فاحتاج الى عمارة ففي اجبار المتع وجهان)

بناء على الحائط المشترك إذا أنهدم وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيتضرر بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة قال شيخنا: والاولى التسوية لان في قسمة العرصة اضراء أهما والاتفاق أرفق بهما فكانا سواء

أضراراً بهما والاتفاق أرفق بهما فكانا سواء . والحكم في الدولاب والتاعوة كالحكم في الحائط على ما ذكرناه ، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا أفتق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأن الماء ينبع من ملكيهما وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناه بآلته، والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى (فصل) إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فللقريب من الباب نقل بابيه إلى ما يلي باب الزقاق لأن له الاستطراق إلى بابيه التقديم فقد نقص من استطراقه متى أراد رد بابيه إلى موضعه الأول كان له لأنه حقه لم يسقط وإن أراد نقل بابيه لبقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحد لأنه يقدم بابيه إلى موضع لاستطراقه فيه ويحتمل جواز ذلك لأنه كان له أن يجعل بابيه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ولأن له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده، فأما صاحب الباب الثاني فإن كان في داخل الدرب باب لآخر فتحكه في التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الأول سواء وإن لم يكن له ثم باب آخر كان له تحويل بابيه حيث شاء لأنه على الأول لا منازع له فيها تجاوز الباب الأول وعلى الاحتمال الذي ذكرناه لكل واحد منهما ذلك، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح في داره باباً آخر أو يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما باباً جاز إذا وضع البابين في موضع استطراقه، وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذ أو زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً إليه جاز لأنه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه ، فإن قيل في هذا أضرار بأهل الدرب لأنه يجعله نافذا يستطرق إليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما يصير داره نافذة وليس لأحد استطراق داره، فأما إن كان بابيه في الشارع وظهر داره إلى الزقاق الذي لا يتخذ فأراد أن يفتح باباً إلى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك لأنه ليس له حق في الدرب الذي قد تعين عليه ملك أربابه ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي قد تقدم ، وإن أراد أن يفتح فيه باباً لتبديل الاستطراق أو يجعل له باباً يسره أو شيئاً كما جاز لأنه لما كان له رقم الحائط بجملته فبعضه أولى، قال ابن عقيل ويحتمل عندي أنه لا يجوز لأن شكل الباب مع تقادم المهدي ربما استدلل به على حق الاستطراق فيصير بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فإنه لا يدل على شيء.

(مسئلة) (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارة)

فإن عمره قلنا ينهها على الشركة أما الدولاب والتاعوة فالحكم فيه كالحكم في الحائط على ما ذكرناه وأما النهر والبئر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا أفتق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأنه ينبع من ملكيهما وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناه بآلته والحكم في الرجوع بالنفقة حكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى (فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه بما يضر بجاره نحو أن يبني حائماً بين الدور أو يفتح

(فصل) وإذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى. وباب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ فرم الحاجر بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز وان فتح من كل واحدة منهما باباً إلى الأخرى فيتمكن من التطرق من كل واحدة منهما إلى كلا الدارين لم يجوز ذكره القاضي لأن ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولأن ذلك ربما أدى إلى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لسلك واحدة من الدارين في زقاق الأخرى ويحتمل جواز ذلك لأن له رفع الحاجر جميعه فبعضه أولى وهذا أشبه وما ذكرناه للنسخ منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه وفي كل موضع قلنا ليس له فله إذا صالحه أهل الدرب بموض معلوم أو أذنوا له بتغير عوض جاز (فصل) إذا تازع صاحب البابين في الدرب وتدابيعه ولم يكن فيه باب لغيرهما فبثلاثة أوجه

(أحدها) أنه يحج بالدرب من أوله إلى الباب الذي يلي أوله بينهما لأن لها الاستطراق فيه جميعاً وما بعده إلى صدر الدرب للأخر لأن الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (وأوجه الثاني) أن من أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما لأن ما يقابل ذلك لها التصرف فيه بناء على أن للأول أن يفتح بابه فيها شا من حائطه وما بعد ذلك الثاني لأنه ليس بفناء للأول ولا له فيه استطراق (والثالث) يكون بينهما لأن لها جميعاً يداً وتصرفاً وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان وآخر سفله ولصاحب العلو درجة في اثنا صحن الخان فاختلفا في الصحن فما كان من الدرجة إلى باب الخان بينهما وما وراء ذلك إلى صدر الخان على الوجهين (أحدهما) هو لصاحب السفلى (والثاني) هو بينهما فإن كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما بوجود اليد والتصرف منهما جميعاً فعلى الوجه الذي يقول أن صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراة له أن يستبدل بما يختص به منه بأن يجعله دهليزا لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئاً لأن ذلك ملك له بفرد به

(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره نحو أن يبني فيه حماماً بين الدور أو يفتح خبازاً بين المطارين أو يجعله دكان قسارة يهز الحيطان ويخربها أو يخفر بئراً إلى جانب بئر جاره يجذب ماءها وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة وعن أحمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة لأنه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا أنه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

خبازاً بين المطارين أو يجعله دكان قسارة يهز الحيطان ويخربها أو يخفر بئراً إلى جانب بئر جاره يجذب ماءها وبهذا قال بعض الحنفية وعن أحمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض الحنفية لأنه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا أنه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا إضرار» ولأن هذا إضرار بجيرانه فتح منه كالذي سلموه كسني

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» ولان هذا اضرار بجيرانه ، فنع منه كالدق الذي يهز المحيطان وينثرها ، وكسفي الارض الذي يمدى الى هدم/حيطان جاره ، أو اشمال نار تمتدى الى احراقها قالوا ههنا تمدت النار التي اضرها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره فأشبهه ما لو أرسله اليها تصدأ قلنا والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا له في ملك جاره ، فهو كاجزاء النار والماء ، وأما دخان الحيز والطبيخ فان ضرره يسير ، ولا يمكن التحرز منه وتدخله المساحة

(فصل) وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصمود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني سترًا تستره ، وقال الشافعي لا يلزمه عمل ستره لان هذا حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما عليه كالاسفل

ولنا انه اضرار بجاره فنع منه كدق يهز المحيطان وذلك ، لانه يكشف جاره ويطلع على حرمة فأشبهه ما لو اطام عليه من صئر بابه أو خصاصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ «لو أن رجلاً اطام عليك فخذفته بمحصة ففقت عينه لم يكن عليك جناح» ويفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره

(فصل) إذا كانت بينهما عرصة حائط فاتفقا على قسمها طولًا جاز ذلك سواء اتفقا على قسمها طولًا أو عرضًا لانها ملكهما ولا تخرج عنهما وان اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو ان يجعل له نصف الطول في جميع العرض وللآخر مثله فقال أصحابنا يجبر الممتنع على القسمة وهو مذهب الشافعي لان ذلك لا يضر فاذا اقتسما اقتربا. فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القرعة ، فان كان مبدئياً فلا كلام وإن كان غير مبني كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه وان أحب أن يدخل بعض عرصته في داره فعل وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل ويحتمل أن لا يجبر على القسمة لأنها توجب اختصاص كل واحد منها ببعض الحائط المقابل لملك شريكه وزوال ملك شريكه فيتضرر لانه لا يقدر على حائط يسير ملكه وربما احتار أحدهما أن لا يبني حائطه فيبقى ملك كل واحد منها مكشوفاً أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر لا يرد الشرع بالاجار عليه ، فان قيل فاذا كان مشتركاً يمكن أيضاً من منع شريكه وضع خشبه عليه قلنا إذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو ارتفاع به

الارض الذي يمدى إلى هدم حائط جاره أو اشمال نار يمدى الى إحراقها ، قالوا ههنا تمدت النار التي اضرها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره أشبهه ما لو أرسله اليها تصدأ ، قلنا والدخان الذي هو اجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا له في ملك جاره فهو كالنار والماء ، وأما دخان الحيز والطبيخ فان ضرره يسير ولا يمكن التحرز منه وتدخله المساحة

(فصل) فان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصمود على سطحه

لم يملك منه من رسمه وههنا يملك منه بالنكية ، وأما إن طلب قسمها عرضاً وهو أن يحصل لكل واحد منها نصف الرض في كمال الطول نظرنا فإن كانت العرصه لا تتسع لحائظين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا واختار ابن عقيل أنه يجبر وهو ظاهر كلام الشافعي لأنها عرصه فأجبر على قسمها كعرصه الدار ولنا أن في قسمها ضرراً فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وما ذكره ينتقض بذلك وإن كانت تتسع لحائظين بحيث يحصل لكل واحد منها ما يفي فيه حائظا ففى إيجاب الممتنع وجهان أحدهما يجبر قاله أبو الخطاب لأنه لا ضرر في القسمة لكون كل واحد منها يحصل له ما يندفع به حاجته فاشبه عرصه الدار التي يحصل لكل واحد منها ما يفي فيه داراً . والثاني لا يجبر ذكره القاضي لأن هذه القسمة لا تقع فيها قرعة لانا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن نخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلي داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ومتى اقتسم العرصه طولاً فبني كل واحد منها نفسه حائظاً وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم ينسج من سدها لأن ذلك يجري مجرى بناء الحائظ في عرصته (فصل) وإن كان بينهما حائظ فاتفقا على قسمته طولاً جاز وبطل بين نصيبها بعلامة وأن اتفقا على قسمته عرضاً فقال أصحابنا بجواز القسمة لأن الحق لها لا يخرج عنها فاشبه العرصه ويحتمل أن لا تجوز القسمة لأنها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه وههنا لا يميز ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً لأنه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائظ كان ثقله على الحائظ كله وإن فتح فيه طائفاً بضمفه ضف كله وإن وقع بعضه بضرر النصيب الأخر ، وإن طلب أحدهما فسهه وأبى الآخر فذكر القاضي أن الحكم في الحائظ كالحكم في عرصته سواء ولا يجبر على قسم الحائظ إلا ان يطلب أحدهما فسهه طولاً ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضاً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنها إن قطعا بينهما فقد أتلغا جزءاً من الحائظ ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه وإن لم يقطع وعلمنا علامة على قسمه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الأخر ، ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائظها المحيط بها وكذلك قسم البستان وحائظه ولا يجبر على القطع المضر بل يملكه بخط بين نصيبها ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الأخر وإن اتصل به بدليل الحائظ المتصل في دارين والله أعلم .

على وجه يشرف على سطح جاره إلا أن يبني ستره ستره وقال الشافعي لا يلزمه ستره لأن هذا حاجز بين ملكيهما فلم يجبر أحدهما عليه كالاسفل

وذا أنه أضر بجاره فتح منه كدق بهز الشيطان وذلك أنه يكشف جاره ويطلع على حره فاشبه ما لو اطلع عليه من صرّ بابه أو خصاصه وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلاً اطلع اليك فخذته بحصاة فضأت عينه لم يكن عليك جناح » ويفارق الاسفل فإن تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره .

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل النبي ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ «من أحيل بحقه على مليء فليحتل» وأجم أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض لأنه بيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فلي هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوه . ولا بد فيها من محيل ومحال ومحال عليه، ويشترط في صحتها رضى المحيل بلا خلاف فإن الحق عليه ولا يتبين عليه جهة قضائه وأما المحال والمحال عليه فلا يتبر رضاهما على ما سنده كره إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضي فقد برىء

المحيل أبداً)

من شرط صحة الحوالة شروط أربعة (أحدها) تماثل الحقين لأنها تحويل للحق ونقل له فينقل على

باب الحوالة

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل النبي ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتع» متفق عليه وفي لفظ من «أحيل بحقه على مليء فليحتل» واجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لأنه بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض لأنه بيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فلي هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوه، ولا بد فيها من محيل ومحال ومحال عليه، ويشترط في صحتها رضى المحيل بلا خلاف فإن الحق عليه ولا يتبين عليه جهة قضائه وأما المحال والمحال عليه فلا يتبر رضاهما على ما سنده كره إن شاء الله تعالى

صفته ويتر تأتلهما في أمور ثلاثة (أحدها) الجنس فيجبل من عايشه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة ، أو من عليه معربة بأمية لم يصح

(الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فإن كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أجل أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحفان حالين فمترط على المحتال ان يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط ما لو كان ثابتا في نفس الامر لم تصح الحوالة فكذلك اذا شرطه ، واذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة وتراضيا بان يدفع المحال عليه خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتجيبه أو رضي من له الحال بانظاره جاز لان ذلك يجوز في الفرض ففي الحوالة أولى ، وان مات المحيل أو المحال فالاجل بعاله ، وان مات المحال عليه ففي حلول الحق روايتان مضي ذكرهما (الشرط الثاني) أن تكون على دين مستقر ، ولا يعتبر ان يحيل بدين مستقر ، الا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه ، لان دين السلم ليس بمستقر لكونه بمرض الفسخ لانقطاع السلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لانها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ الموض عنه والسلم لا يجوز أخذ الموض عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره » ولا تصح الحوالة على المسكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر فان له ان يمتنع من ادائه ويسقط بعبزه ، وتصح الحوالة عليه بدين

اذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل وانتقل الحق الى ذمة المحال عليه في قول عامة اهل العلم وروي عن الحسن انه كان لا يرى الحوالة برامة إلا أن يرثه وعن زفر أنه قال لا تقبل الحق وأجراها مجرى الضمان

ولنا ان الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فانه مشتق من ضم ذمة الى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . اذا ثبت ذلك ففي رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يمد الحق الى المحيل أبدا سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس او موت أو غيره وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وهو ظاهر كلام الحارقي ، وقال شريح والشمسي والنخعي متى أفلس أو مات رجم على صاحبه وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات المحال عليه مقلماً واذا جهده وحلف عليه عند الحاكم ، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالين واذا حجر عليه لفلس لانه روي عن عثمان انه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مقلماً فقال يرجع بحقه لانه لا نوى على مال امريء مسلم ولانه عقد معاوضة لم يسلم الموض فيه لاحد المتماوضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

وقدنا أن حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به فمات المحال

غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المديونات، وان أحال المالك سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المالك بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض ، وان أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر، وان أحالها الزوج به صح لانه له نسيجه اليها وحوالته به تقوم مقام نسيجه ، وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر وان أحال البائع بالتمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرناه ، وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال البائع بالتمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يبين ان الحوالة كانت باطلة لان التمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وانما ثبت الجواز عند العلم بالسبب بالنسبة الى المشتري ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودا وقت الحوالة وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة يتفسخ نكاحها بسبب من جهتها ، أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه فبها (أحدها) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه (والثاني) لا تبطل لان الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه ، وثبت للمحال فلم يزل عنه ، ولان الحوالة بمنزلة القبض فان كان المحيل أقبض المحال دينه فبرج عليه به ويأخذ المحال من المحال عليه وسواء تمذرا القبض من المحال عليه أو لم يتمذرا ، وان كان بعد القبض لم يبطل وجها واحدا ويرجع المحيل على المحال به

(فصل) وان أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها لان الحوالة مأخوذة من تحول الحق واستقاله ولا حق هنا ينتقل ويتحول

عليه فأخبره فقال احترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجبره ان له الرجوع ولانها برائة من دين ليس فيها قبض ممن هي عليه ولا ممن يدقم عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين وحديث عثمان لم يصح يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه وقد روي انه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولو صح كان قول علي مخالفاً له، وقولهم هو معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لان في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وهما الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

﴿سنة﴾ (ولا تصح الا بشروط ثلاثة) (أحدها) ان يحيل على دين مستقر فان أحال على مال الكتابة أو السلم قبل قبضه أو الوداع قبل الدخول لم يصح وان أحال المالك سيده أو الزوج امرأته صح لا تصح الحوالة على دين غير مستقر لان مقتضاها ازام المحال عليه الدين مطلقا ولا يثبت ذلك فيها هو بمرض السقوط ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر الا ان السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه لان دين السلم ليس بمستقر لكونه معرضا للفسخ بانقطاع السلم فيه ولا تصح الحوالة به لانها لا تصح الا فيما يجوز أخذ الموض عنه ولا يجوز ذلك في السلم لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى

وأما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لا اشتراكهما في المنفى وهو استحقاق الوكيل مطابقة من عليه الدين كاستحقاق المختال مطابقة الحال عليه وتحول ذلك الى الوكيل كتحويله الى الخليل ، وأن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضا نص عليه أحمد فلا يلزم المختال عليه الاداء ، ولا المختال قبول ذلك ، لان الحوالة معاوضة ولا معاوضة هنا وإنما هو اقتراض فان قبض المختال منه الدين رجع على الخليل لأنه قرض ، وأن أبرأه ولم يقبض منه شيئا لم تصح البراءة لانها براءة لمن لا دين عليه ، وأن قبض منه الدين ثم وهبه لإياه رجع المختال عليه على الخليل به لانه قد غرم عنه وأنا ماد اليه المال بقصد مستأنف ويحتمل أن لا يرجع عليه اكونه ما غرم عنه شيئا ، وأن أحال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين ، ولم يوجد واحد منهما

(فصل) الشرط الثالث ان تكون بمال معلوم لانها ان كانت بما فلا تصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تنم منه فتصح بكل ما يثبت مثله في الذمة بالانقلاب من الايمان والحبوب والادهان ، ولا تصح فيها لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة ومن شرط الحوالة تساوى الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمدروع والمدود ففي صحة الحوالة به وجهان

(أحدهما) لا تصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمن بمثله في الانقلاب وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) تصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فأشبهه ماله مثل ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيها يقتضى به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من الدية وله على

غيره فلا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر لان له ان يمتنع من أدائه ويسقط بجزءه وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المدائبات ، وان أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح ويرث ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض وان أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر يحتمل ان يسقط بانفساخ النكاح بسبب من جهتها ، وان أحالها الزوج به صح لان له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه وان أحالت به جد الدخول صح لانه مستقر ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال لمبائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يبين ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وإنما ثبت الجواز بمد العلم بالصيب بالنسبة الى المشتري ، ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودا وقت الحوالة . وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة يتفسخ نكاحها بسبب من جهتها أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من الحال عليه فقيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع

آخر مثلها في السن فقال القاضي تصح لانها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجهين لانها مجهولة ولان الأبل ليست من المتليات التي تضمن مثلها في الائلاف ولا تثبت في النعمة لسما في رواية ، وان كان عليه اهل من دية وله على آخر مثلها فرضاً فأحاله عليه فان قلنا يرد في القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وان قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة لانه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولان الخبرة في التسليم الى من عليه الدين وقد رضي بتسليم ما له في ذمة المقرض وان كانت بالعكس فأحتال المقرض بأهل الدية لم تصح لاننا ان قلنا يجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وان قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمنه والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(فصل) الشرط الرابع أن يحيل برضائه لان الحق عليه فلا يلزمه اداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء الا ما روى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة الا أن يبرئه، وعن زفر انه قال لا تنتقل الحق وأجراها مجرى الضمان وليس بصحيح لان الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة الى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . اذا ثبت أن الحق انتقل فتي رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق الى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تصد لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك هذا ظاهر كلام الحرقي وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وعن أحمد ما يدل على أنه اذا كان المحال عليه مفلساً ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وبه قال جماعة من أصحابنا ونحوه قول مالك لان الفليس عيب في المحال عليه فكان

المحيل بدينه على المحال عليه والثاني لا تبطل لان الحق انتقل عن المحيل فلم يعد اليه وثبت للمحتال فلم يزل عنه ولان الحوالة بمنزلة القبض فكان المحيل أقبض المحتال فيرجع عليه به وبأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تصد القبض من المحال عليه أو لم يتصد وان كان بعد القبض لم تبطل وجهها واحداً ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وان أحال من لا دين عليه على من له عليه دين فهي وكالة يثبت فيها احكامها وليست بحوالة لان الحوالة مأخوذة من تحويل الحق وانتقاله ولا حق هنا ينتقل ويتحول وانما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكها في استحقاق الوكيل مطالبته من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطابته المحال عليه وتحويل ذلك الى الوكيل كتحويله الى المحتال، وان أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة نص عليه أحد فلا يلزم المحال عليه الاداء ولا المحتال القبول لان الحوالة معاوضة ولا معاوضة هنا وانما هو اقتراض فان قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لانه فرض وان ابرأه لم تصح البراءة لانها براءة لمن لا دين عليه وان وجه إياه بعد أن قبضه منه رجع المحال عليه على المحيل به لانه قد غرم عنه وانما عاد اليه المال بمقتضى مستأقف ويحتمل أن لا يرجع اليه لكونه ما

له الرجوع كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ولان المحيل غره فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع وقال شرح والشبي والنخعي متى أفلس أو مات رجح على صاحبه، وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات المحال عليه مفلسا واذا ججده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا حجج عليه لفلس لأنه روي عن عثمان أن سئل عن رجل أحيل بحقه فأت المحال عليه مفلسا فقال يرجع بحقه لا توى على مال امرئ مسلم، ولانه عقد معاوضة لم يسلم الموض فيه لاحد المتماضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

ولنا ان حزنجد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به فأت المحال عليه فأخبره فقال اخترت علينا أيمدك الله فأبده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين ، وحديث عثمان لم يصح برويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه منه وقد روي أنه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولا يصح ولو صلح كان قول علي مخالفا له وقولهم أنه معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة باثوب لانه في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وهنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

(فصل) فان شرط ملاءة المحال عليه فيان مسررا رجم على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لان الحوالة لا رد بالاعسار إذا لم يشترط الملاءة فلا رد به وان شرط كما لو شرط كونه مسلما ، ويفارق البيع فان الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

غرم عنه شيئا، وان أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين (الشرط الثاني) اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل لانها تجوز للحق وتقل له فينتقل على صفته. ويترتب تأجيلها في الامور المذكورة (احدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة أو من عليه مصرية بأمبرية لم يصح (الثالث) الحلول والتأجيل ويترتب اتفاق أجل المؤجلين فان كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا او كان أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يؤخر حقه أو بعضه الى أجل لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط ما لو كان ثابتا في نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك اذا اشترطه. فاذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة فراضيا بأن يدفع المحال عليه الى المحتال خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو من له الحال بانظاره جاز لان ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى فان مات المحيل أو المحتال فالأجل بحاله وان مات المحال عليه اتبى على حلول الدين بالثبوت وفيه روايتان (الشرط الثالث) أن يحيل برضاه لان الحق

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فيثبت الفسخ بقواته كالمو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع

(فصل) ولو لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحتال عليه مقلما أو ميتا رجح على المحيل بلاخلاف فإنه لا يلزمه الاحتياي على غير ملىء لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة إذا أحيل على ملىء ولو أحاله على ملىء فلم يقبل حتى أسرفه الرجوع أيضا على ظاهر قول الحرقي لكونه اشترط في برائة المحيل ابداء رضى المحتال

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أحيل بحقه على ملىء فواجب عليه أن يجتهد)

الملىء هو القادر على الوفاء جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إن الله تعالى يقول: من بقرض الملىء غير المدمم . وقال الشاعر :

تطيلين ليأني وأنت متيمة وأحسن يا ذات الوشاح النفاضا

يعنى قادرة على وفائي والظاهر أن الحرقي أراد بالملىء همنا القادر على الوفاء غير الجاحد ولا الماطل قال احمد في تفسير الملىء كان الملىء عنده أن يكون ملياً بماله وقوله وبدنه ونحو هذا فإذا أحيل على من هذه صفة لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما وقال أبو حنيفة يعتبر رضاهما لأنها معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين . وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لان حقه في ذمة المحيل

عليه فلا يلزمه اداؤه من جهة الدين الذي على المحتال عليه ولا خلاف في هذا

(فصل) ويعتبر لصحة الحوالة ان تكون بحال معلوم لأنها ان كانت يسا فلا يصح في مجهول وان كانت بمجهول الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تمنع منه فتصح بكل ما يثبت في الذمة بالاتلاف من الأمان والحبوب والادهان ولا تصح فيها لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة، ومن شرط الحوالة تساوى الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلبا غير المثليات كالمعدود والمذروع ففي صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا يصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمن بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) يصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فأشبهه ماله مثل، ويحتمل ان يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيها يقضي به فرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من ائدية وله على آخر مثلها في السن فقال القاضي يصح لانها تختص باقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات، وقال أبو الخطاب لا يصح في أحد الوجهين لانها مجهولة ولان الابل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف فلا ثبت في الذمة سلبا في رواية، وإن كان عليه ابل في دية وله على آخر مثلها فرضا فأحاله عليه فان قلنا يرد اقرض فيسبها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة

فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضاً . فأما الحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه إلا أن يكون الحال عدوه ، وللشافعي في اعتبار رضائه قولان أحدهما يعتبر وهو يحكى عن الزهري لأنه أحد من تم به الحوالة فأشبهه الحيل والثاني لا يعتبر لأنه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يفتقر إلى رضاه من عليه الحق كالتوكيل .

وتنا قول النبي ﷺ إذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام الحال عليه مقام نفسه في التقيض فلزم الحال القبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه وطرق ما إذا أراد أن يعطيه عمراً في ذمته عرضاً لأنه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله .

(فصل) إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر الحال والمحيل لا يضر .

(فصل) إذا اشترى عبداً فأحاله المشتري البائع بالفن ثم ظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لأننا تبينا أنه لا يمن على المشتري وإنما تثبت حرته بينة أو اتفاقهم، فإن اتفق المحيل والحال عليه على حرته وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولها عليه لأنها يطلان حقه أشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً لم يقبل قولها على المشتري الثاني

لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من الحال عليه ولأن الخيرة في التسليم إلى من عليه الدية وقد رضي بتسليم ماله في ذمة المقرض فإن كانت بالمعكس فأحتمل المقرض بابل الدية لم يصح لاتا أن قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل للمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمته والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(مسئلة) (ولا يعتبر رضاه الحال عليه ولا رضاه المحتال إن كان الحال عليه مائتاً)

أما الحال عليه فلا يعتبر رضاه لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله وقد أقام الحال مقام نفسه في القبض فلزم الحال عليه الدفع إليه كالتوكيل وإنما تعتبر الملاءة في رضاه المحتال بقرض المولى غير المعدم قال الشاعر :

تطباين لياني وأنت مدينة واحسن يا ذات الوشاح التفاضيا

يعني قادرة على وفائي قال احمد في تفسير الملية ان يكون مديتاً بماله وقوله وبدنه فتى احويل على من هذه صفته لزم الحال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما، وقال ابو حنيفة يعتبر رضاهما لأنه مساواة فيعتبر الرضا من المتعاقدين، وقال مالك والشافعي يعتبر رضاه المحتال لأن حقه في ذمة المحيل فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضاً، فأما الحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه إلا ان يكون الحال عدوه وللشافعي في اعتبار رضاه قولان :

وإن أقام بينة لم تسمع لأنها كذباها بدخولها في التبايع، وإن أقام البعد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة، وإن صدقها المحتال وادعى أن الحوالة بغيره عن البعد فالقول قوله مع بينة لأن الأصل صحة الحوالة وهما بدعيان بطلانها فكانت جنبته أقوى فإن أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لأنها لم يكذبها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية البعد وكذبها المحال عليه لم يقبل قولها عليه في حرية البعد لأنه إقرار على غيرهما وتبطل الحوالة لانفاق المرجوع عليه بالدين والراجح به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يمتزف للمحتال بدين لا يصدق فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية البعد عتق لإقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة إليها ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فم يثن له الرجوع عليه.

(فصل) وإن اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر فقبضه من المحال عليه ثم رد المشتري البعد بسبب أو مقابلة أو اختلاف في ثمن فقد بريء المحال عليه لأنه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البائع وإن رده قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالقسح فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به . وقال أبو الخطاب لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين لأن

(أحدهما) يعتبر وهو محكى عن الزهري لأنه أحد من تم به الحوالة فأشبه المحيل

(والثاني) لا يعتبر لأنه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يقتصر إلى رضی من عليه الحق كالتوكيل ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا أتبع أحدكم على مليء فليسب » ولأن المحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه ويوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقيض فلزم المحتال قبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضاً لأنه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله وإن لم يكن المحال عليه مليئاً لم يلزمه أن يحتال لفهوم الحديث ولأن عليه ضرراً في ذلك فلم يلزمه كما لو بذل له دون حقه في الصفة

(فصل) فإن شرط المحتال ملامة المحال عليه فإن مصرراً رجم على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لأن الحوالة لأرد بالاعسار إذا لم يشترط الملامة فلا ترد به وإن شرط كما لو شرط كونه مسلماً وبخارق البيع فإن القسح يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

ولنا قول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم » ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فثبت القسح بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد ثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع .

(مسألة) (وإن ظنه مليئاً فبان مفلساً ولم يكن رضي بالحوالة رجع عليه وإلا فلا ويحتمل أن يرجع)

المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه اليه نقلاً صحيحاً وبريء من التمن وبريء المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالتمن ثوباً وسله اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالتوب كذا هنا ، فان قلنا بطلان الحوالة رجح الخيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينها وبين البائع معاملة وإن قلنا لا تبطل رجح المشتري على البائع بالتمن وبأخذه البائع من المحال عليه فان عاد البائع فأحال المشتري صح بالتمن على من أحاله المشتري عليه . صح وبريء البائع وعاد المشتري إلى غريمه ، وإن كانت المسئلة بحالها لكن أحال البائع أجنبياً على المشتري ثم رد البند المبيع في الحوالة وجهان (أحدهما) لا تبطل لان ذمة المشتري ، برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للاجنبي المحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري الى الخيل ، فبطل هذا رجح المشتري على البائع بالتمن ويسر الى المحتال ما أحاله به . والثاني تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط التمن الذي كانت الحوالة به ولانه لا فائدة في بقاء الحوالة هنا فيعود البائع بدينه ويرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها واذا قلنا لا تبطل فأحال المشتري المحال عليه بالتمن على البائع صح وبريء المشتري منهما

(فصل) اذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو والمأذون له فقال وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل فقال بل أحطيت بلفظ الحوالة أو كانت بالعكس فقال أحلتك

أما إذا لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفسلاً أو ميتاً رجح على الخيل بغير خلاف ، ولا يلزمه الاحتياي على غير الميء لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة على الميء ، وان كان رضي بالحوالة لم يرجح لانه رضي بدون حقه ويحتمل أن يرجح لان الفلاس عيب في الذمة فاشبهه ما لو اشترى شيئاً يظنه سليماً فبان معيماً .

﴿مسئلة﴾ (وإذا أحال المشتري البائع بالتمن أو أحال البائع عليه به فبان البيع باطلا فالحوالة باطلة) مثل أن يشتري عبداً فيحيل المشتري البائع بالتمن ثم يظهر البند حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لانا تبيننا أن لا تمن على المشتري وكذلك ان أحال البائع على المشتري أجنبياً بالتمن منى بطل البيع بطلت الحوالة لذلك والحربة أما ثبتت بينة أو اتفاهم فان اتفق الخيل والمحال عليه على حرية وكذبهما المحتال ولاينة بذلك لم يقبل قولها عليه لانها يبطلان حقه فاشبه ما لو باع المشتري البند ثم اعترف هو وبائمه أنه كان حراً لم يقبل قولها على المشتري الثاني وان أقام بينه لم تسمع لانها كذباها بدخولها في البايع ، وان أقام البند بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة وإن صدقتهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير تمن البند فالقول قوله مع بينة لان الاصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكان حجتبه أقوى فان أقام البينة أن الحوالة كانت بالتمن قبلت لانها لم يكذباها ، وإن اتفق الخيل والمحتال على حرية البند وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولها عليه في حرية البند لانه لإقرار على غيرها وتبطل

بدينك قال بل وكلتني فالقول قول مدعي الوكالة منهما مع يمينه لانه يدعي بقاء الحق على ما كان ويشكر انتقاله والاصل معه، فان كان لاحدهما يئنة حكم بها لان اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة اليئنة عليه، وان اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل إنما وكلتك في القبض لي وقال الاخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجوهين لان الظاهر معه فان اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لان الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر، فعلى الوجه الاول يحلف المحال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. وعلى كلا الوجوهين ان كان المحال قد قبض الحق من المحال عليه وتلف في يده فقد برى كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريطه أو غيره لانه ان تلف بتفريط وكان المحال محققا فقد أتلف ماله وان كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاضان ويسقطان، وان تلف بشير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبرى منه المحيل بالحوالة والمحال عليه يتسلمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وان لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لانه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده وهو مستحق

الحوالة لانفاق المرجوع عليه بالدين والراجح به على استحقاق الرجوع والمحال عليه معترف للمحال بدين لا يصدق فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وان اعترف المحال والمحال عليه بحرية البند عتق لافراد من هو في يده بحريته وبطات الحوالة بالنسبة اليها ولم يكن للمحال الرجوع على المحيل لان دخوله معه في الحوالة اعتراف براءته فلم يكن له الرجوع عليه

(مسئلة) فان فسخ العقد بسبب أو إقالة لم تبطل الحوالة

يعني إذا فسخ العقد بسبب أو إقالة بعد القبض فيها إذا أحال المشتري البائع بالثمن فقد برى المحال عليه لانه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البائع فان كان ذلك قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ، ويجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به، وقال أبو الخطاب لا تبطل في أحد الوجوهين لان المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونخل حقه اليه نقلاً صحيحاً وبرى من الثمن وبرى المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا، فان قلنا يبطلان الحوالة ترجع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وان قلنا لا تبطل رجوع المشتري على البائع بالثمن وبأخذه البائع من المحال عليه وان كانت المسئلة بمثلها لكن أحال البائع أجنبياً بالثمن على المشتري ثم رد البند المبيع في الحوالة وجهان :

لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتمل مطالبته بدينه وقبل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتمل المطالبة بدينه لاعترافه براءة المحيل منه بالحوالة وليس يصحح لأن المحتمل أن اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للينة في هذه المسئلة لأنهما لا يختلفان في لفظ بسمع ولا فعل يرى وإنما يدعي المحيل يئنة وهذا لا تشهد به الينة قياً ولا اثباتاً

(فصل) وإن كانت المسئلة بالعكس فقال أحلتك بدينك فقال بل وكلتني ففيها الوجهان أيضاً لما قدمناه فإن قلنا القول قول المحيل فخلف بريء من حق المحتمل وللمحتمل قبض المال من المحال عليه لنفسه لأنه يجوز له ذلك بقولها معاً فإذا قبضه كان له بحقه ، وإن قلنا القول قول المحتمل فخلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتمل عليه لأنه إما وكيل وإما محتمل فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه لأن المحيل يقول هو لك والمحتمل يقول هو أمانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمناً فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً وإن استوفى من المحيل رجوع على المحال عليه في أحد الوجهين لأنه قد ثبت الوكالة يمين المحتمل وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل والثاني لا يرجع عليه لأنه يعترف أنه قد بريء

(أحدهما) لا تبطل لأن ذمة المشتري برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للمحتمل فأشبه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل فبطل هذا رجوع المشتري على البائع بالتمن ويسمى للمحتمل ما أحاله به (والثاني) تبطل الحوالة إن كان الرد قبل القبض لسقوط التمن الذي كانت الحوالة به ولا فائدة في بقاء الحوالة فيعود البائع بدينه ويرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها

(مسئلة) (وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى والمشتري أن يحيل المحتمل عليه على البائع في الثانية) إذا قلنا إن الحوالة لا تبطل وبجتمل أن تبطل إذا لم يكن قبضها وقد ذكرناه

(فصل) إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما ثبت له في ذمته صح أيضاً لا ذكرنا وتكرر المحتمل والمحيل لا يضر

﴿مسئلة﴾ (وإذا قال أحلتك قال بل وكلتني أو قال وكلتك قال بل أحلتني فلقول قول مدعي الوكالة)

إذا كان لرجل دين على آخر فأذن لرجل في قبضه ثم اختلفا فقال أحلتك بدينك قال بل وكلتني ودينى باقى في ذمتك أو قال وكلتك في قبض دينى بلفظ التوكيل قال بل أحلتني (الجزء الخامس) (٩)

من حقه وإنما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه قال القاضي والاول أصح وإن كان قد قبض الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه على الوجهين لأنه إن كان محققاً فقد أتلف حقه وإن كان مبطلاً فقد أتلف مثل دينه فيثبت في ذمته ويتقاصن، وإن تلفت بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضا لأن ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له أن يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحتال عليه لأنه يمتزف براءته

(فصل) وإن اتفقا على أن المحيل قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فقال أحدهما هي حوالة بلفظها وقال الآخر بل هي وكالة بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الحوالة وجهها واحد إلا أن الحوالة بدينه لا تحتل الوكالة فله بل قول مدعيها سواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لا دين لك علي لأن قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جمعه له بعد ذلك كما إن لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما عنت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكلتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعي المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتاً على المحيل ، فهل ذلك اعتراف بالدين أو لا؟ فيه وجهان سبق توجيههما

بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الوكالة مع يمينه لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والاصل معه فإن كان لاحدهما يمينه حكم بها لأن اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة اليمين عليه (مسئلة) وإذا اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل أما وكلتك في القبض لي وقال الآخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين لأن الظاهر معه فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لأن الاصل بقاء حق المحيل على المحتال عليه والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر . فعلى الوجه الاول يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحتال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل ، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويقتضى حقه في ذمة المحتال عليه ، وعلى كلا الوجهين إن كان المحتال قد قبض من المحتال عليه وتلف في يده فقد بريء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريط أو غيره لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتال محققاً فقد أتلف ماله وإن كان مبطلاً ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر ما في ذمته له فيتقاصن ويسقطان وإن تلف بغير تفريط فالمحتال يقول قد قبضت حقي وتلف في يدي وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسليمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وإن لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ماله في يده وهو مستحق لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال

(فصل) وإذا كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلاناً الغائب وأنكر صاحب الدين فالقول قوله مع بيته وإن كان لمن عليه الدين بيته بدعواه سمعت بيته لاسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادعى رجل أن فلاناً الغائب أحلت عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله فإن أقام المدعى بيته ثبتت في حقه وحق الغائب لأن البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع إلى المحتال وإن لم يكن له بيته فأنكر المدعى عليه فهل نلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع إليه لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه إليه فلزمه الدفع إليه كما لو كانت بيته والثاني لا يلزمه الدفع إليه لأنه لا يأمن من انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى عليه أنني وكيل فلان في قبض دينه منك تصدقه وقال لا أدفعه إليك فإذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمه اليمين مع الانكار فإذا حلف بريء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لا اعترافه ببراءته . وكذلك إن قلنا لا نلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر في المحيل

المطالبة بدينه لا اعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لأن المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه لا يستحق المطالبة به فلي كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولها جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسألة لأنها لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فصل يرى وإنما يدعي المحيل نيته وهذا لا يشهد به البينة نقياً ولا ايجاباً .

(فصل) فإن قال احلتك بدينك قال بل وكنتي فقيها وجهان أيضاً لما قدمنا فإن قلنا القول قول المحيل لحلف بريء من حق المحتال والمحتال قبض المال من المحتال عليه لنفسه لأنه يجوز ذلك بقولها مما فإذا قبضه كان له بحقه ، وإن قلنا القول قول المحتال لحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لأنه اما وكيل او محتال ، فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله اخذ ما قبض نفسه لأنه يجوز ذلك لأن المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو امانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمناً فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً ، وإن استوفى من المحتال وبقي في ذمة المحتال عليه للمحيل (والثاني) لا يرجع عليه لأنه يمتدح أنه قد بريء من حقه وإنما المحيل ظلمه بأخذ ما كان عليه ، قال القاضي والاول أصح وإن كان قد أخذ الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه وجهاً واحداً لأنه ان كان محققاً فقد أتلف حقه وإن كان بطلاً فقد أبل مثل دينه وثبتت في ذمته فيتقاصان وإن تلف بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضاً لأن ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له ان يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحتال عليه لأنه يقر ببراءته

فان صدق المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة له لان رضى المحال عليه لا يعتبر، وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة، وإن نكل المحال عليه عن اليمين فقصى عليه بالنكول واستوفى الحق منه ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام وإن أنكر الحوالة فالتقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي ان المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل، وإن كان المحيل ينكر ان له عليه ديناً فالتقول قوله بغير بين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه، وإن كان المحيل يسترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر بأنه قد بريء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه

﴿مسئلة﴾ (وان قال احلتك بدينك فالتقول قول مدعي الحوالة وجها واحداً)

إذا اتفقا على انه قال احلتك بدينك ثم اختلفا فالتقول قول مدعي الحوالة وجها واحداً لان الحوالة بدينه لا تحمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لادين لك علي لان قوله احلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جرده بعد ذلك فاما ان لم يقل بدينك بل قال احلتك ثم قال ليس لك علي دين وأما أردت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكنتك تسبق لساني فقلت احلتك وادعي المحتال انه حوالة بدينه وإن دینه كان ثابتاً على المحيل فهل هو اعتراف بالدين أولاً؟ فيه وجهان سبق توجيههما

(فصل) وان كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلانا الغائب وأنكر صاحب الدين فالتقول قوله مع يمينه فان كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت يمينه لاسقاط حق المحيل عليه، وإن ادعى رجل ان فلانا الغائب أحلني عليك فأنكر المدعي عليه فالتقول قوله فان اقام المدعي بينة ثبتت في حقه وحق الغائب لان البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال، وإن لم يكن له بينة فأنكر المدعي عليه فهل يلزمه اليمين؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت به بينة (والثاني) لا يلزمه الدفع اليه لانه لا يأم أن أنكر المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى أي وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار فاذا حلف برى، ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته وكذلك ان قلنا لا يلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل، ثم ينظر في المحيل فان صدق المدعي في انه أحاله ثبتت الحوالة لان رضا المحال عليه لا يعتبر وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة فان نكل المحال عليه عن اليمين فقصى عليه بالنكول واستوفى الحق منه ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام وإن أنكر الحوالة فالتقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي ان المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل فان أنكر المحيل ان له عليه ديناً فالتقول قوله بغير بين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه وإن نكل المحيل

في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد اخذ منه ايضاً بغير حق
وانه يجب عليه ان يرد ما اخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه او يأذن
للمحيل في دفعها الى المحال عليه، وان صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة
حلف ورجع على المحال عليه والحكم في الرجوع بها على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها
(فصل) فان كان عليه اقف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة
المضمون عنه لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم هنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين، فان كان
الاقف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما
بالاقف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الاقف رجلاً على أحدهما بينه بالاقف
صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وإن أحال عليها جميعاً ليستوفي منها أو من
أيهما شاء صحت الحوالة ايضاً عند القاضي لانه لا فضل هنا في نوع ولا أجل ولا عدد وإنما هو
زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على المثل، وقال بعض أصحاب الشافعي
لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما أو من أيهما شاء فأشبهه
مالو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما اقف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق

يمترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر أنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه
في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد أخذ منه ايضاً بغير حق
وانه يجب عليه ان يرد ما اخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه أو يأذن
للمحيل في دفعها الى المحال عليه، وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل
الحوالة حلف ورجع على المحال عليه، والحكم في الرجوع بها على المحيل من الدين على
ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) فان كان عليه اقف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة
المضمون عنه لان الحوالة كالتسليم ويكون الحكم هنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين على ما ذكرنا
فان كان الاقف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله
أحدهما بالاقف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الاقف رجلاً على أحدهما بينه
صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وان أحال عليها جميعاً ليستوفي منها أو من أيهما
شاء صحت الحوالة ايضاً عند القاضي لانه لا فضل هنا في نوع ولا أجل ولا عدد وإنما هو زيادة
استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على المثل، وقال بعض الشافعية لا تصح الحوالة لان
الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء من أيهما شاء فأشبهه مالو أحاله على رجلين
له على كل واحد منهما اقف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا

بين هذه المسئلة وبين ما اذا أحاله بالفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وتم تفاضلا ولان الحوالة ههنا بألف معين وتم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاها احدهما الالف فقد قضي جميع الدين وتم اذا قضي احدهما بقي ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير اشكال لانه لما كان له ان يستوفي الالف من واحد كان له ان يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

﴿مسئلة﴾ رمن ضمن منه حق بعد وجوبه أو قال ما أعطيته فهو علي فقد لزمه ما صحح أنه أعطاه

الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منها، واشتقاقه من الضم وقال القاضي هو مشتق من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع، اما الكتاب فقول الله تعالى (ولن جاء به حل بغير وانا به زعيم) وقال ابن عباس الزعيم الكفيل : واما السنة فاروي عن النبي ﷺ انه

أحاله بألفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وتم تفاضلا ولان الحوالة ههنا بألف معين وتم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاها احدهما الالف فقد قضاها جميع الدين وتم إذا قضي احدهما بقي ما على الآخر ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير إشكال لانه لما كان له ان يستوفي الالف من واحد كان له أن يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منها، واشتقاقه من الضم وقيل من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقوله تعالى (ولن جاء به حل بغير وانا به زعيم) والزعيم الكفيل قاله ابن عباس . واما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الزعيم غارم » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، واجمع المسلمون على الضمان في الجملة واختلفوا في فروع تذكر ان شاء الله تعالى، يقال ضمين وكفيل وقبيل وحيل وزعيم بمعنى واحد ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له .

(مسئلة) (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منها في الحياة والموت)

وجه ذلك أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت

قال (الزعيم غارم) رواء أبو داود والترمذى وقال حديث حسن ، وروى البخارى عن سلمة ابن الأكوع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل يصلي عليه فقال « هل عليه دين ؟ » قالوا نعم ديناران « قال « هل ترك لها وفاء » قالوا : لا ، فتأخر ، فقيل لم لا تصل عليه فقال « ماتفمه صلاتى وذمته مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه » فقام أبو قتادة فقال هما علي يارسول الله ، فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة ولأننا اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى. إذا ثبت هذا فإنه يقال ضمير وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصير بمعنى واحد، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ولا بد من رضی الضامن فإن أكره على الضمان لم يصح ولا يعتبر رضا المضمون عنه لأنهم فيه خلافاً لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه ولا يعتبر رضی المضمون له ، وقال أبو حنيفة وعمد يعتبر لأنه إثبات مال لا دمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من يتوب عنه كالبيع والشراء . وعن أصحاب الشافعي كالمذهبيين

ولنا أن أبا قتادة ضمن من غير رضی المضمون له ولا المضمون عنه فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك روي عن علي رضي الله عنه : ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولأنه ضمان دين فأشبهه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه .

(فصل) ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا ويعرف المضمون له فيؤدي إليه

الحق في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه فعلى هذا لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت ، وهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تضرر مطالبة المضمون عنه ولأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها إلا مع تعذر استيفائه من الأصل كالرهن

ولنا قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولأن الحق ثابت في ذمة الضامن فلك مطالبته كالأصل ولأن الحق ثابت في ذمتها فلك مطالبته من شاء منهما كالضامنين إذا تضررت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن لأنه مال من عليه الحق وليس بدين ذمة يطالب إنما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والحميل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، وعن أحمد رواية أن الميت يبرأ بمجرد الضمان نص عليه في رواية يوسف بن موسى واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال « هل على صاحبكما من دين ؟ » قالوا نعم درهمان فقال « صلوا على صاحبكم » فقال علي هما علي يارسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال « جزاك الله عن الإسلام خيراً أو فك رهانك كما فككت رهان أخيك » فقيل يارسول

وذكر وجهاً آخر انه تعتبر معرفة المضمون لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه ، ولا صاحب الشاقي ثلاثة أوجه نحو هذه ، ولنا حديث علي وأبي قتادة قلتما ضمنا لمن لم يعرفاه عن لم يعرفاه ولانه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر (فصل) وقد دلت مسألة الحرقى على أحكام (منها) صحة ضمان المجهول لقوله ما أعطيته فهو علي، وهذا مجهول لقي قال أنا ضامن لك مالك على فلان أو ما يقضى به عليه أو ما تقوم به البينة أو ما يقتر به لك أو ما يخرج في روز ما يجك صح الضمان . وهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : لا يصح لانه التزام مال فلم يصح بمجهول كالتمن في المبيع .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام «الزعم غارم» ولانه التزام حق في لذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والافرار ولانه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان المهدة ، وإذا قال ألق مناغك في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح المجهول كالسوق والطلاق (ومنها) صحة ضمان الملم بموجب فان معنى قوله ما أعطيته أي ما تعطيه في المستقبل بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بموجوبه عليه فيدل على أنه غيره ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المسئلتين سواء أو لإحداهما داخلته في الأخرى.

الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة ؟ فقال «بل للناس عامة» رواه الدارقطني فدل على أن المضمون عنه بريء بالضامن ولذلك صلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى الامام أحمد في السند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال «أعليه دين؟» قلنا ديناران فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وجب حق الكريم وبري الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بذلك «ما فعل الديناران؟» قال إنما مات أسن قال فصاد إليه من الهد فقال قد قضيتهما، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الآن بردت جلده» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله «وبري الميت منهما؟» ولانه دين واحد فإذا صار في ذمة نائبة برئت الأولى منه كالحال به لان الدين الواحد لا يحول في محلين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خير أبي قتادة «الآن بردت جلده» حين أخبره أنه قضى دينه ولانها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، فأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلاه بالضمان صار له وفاء وأما كان عليه الصلاة والسلام يتمتع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، وأما قوله لعلي «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فإنه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكك من ذلك أو ما في معناه، وقوله «بري الميت منهما؟» أي صرت أنت المطالب بهما وهذا على وجه التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عنه بدليل قوله حين أخبره بالقضاء «الآن بردت عليه جلده» وقارق الضمان المعوالة

والخلاف في هذه المسئلة ودليل القولين كالتالي قبلها إلا أنهم قالوا الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً قلنا قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وإن ما ثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته ، وهذا كاف . وقد سلموا ضمان ما يلقبه في البحر قبل وجوبه بقوله ألقى متاعك في البحر وعلى ضمانه ، وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الحمل في الحباله قبل العمل وما وجب شيء بعد

ومها أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه وكان المضمون له مطالبته ، ولا تعلم في هذا خلافاً وهو فائدة الضمان . وقد دل قول النبي صلى الله عليه وسلم « والزعيم فارم » واشتقاق اللفظ (ومها) صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئاً أو مفلساً لعموم لفظه فيه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء ، فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالبراء ، ولأن ذمته قد خربت خراباً لا تهر بعدة فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه .

ولنا حديث أبي قتادة وعلي فاتها ضمانا دين ميت لم يخلف وفاء والنبي صلى الله عليه وسلم حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » وهذا صريح في المسئلة ولأنه دين ثابت

فإن الضمان مشتق من الضم بين الذميتين في تعلق الحق بهما وتبونه فيهما والحوالة من التحول فيقتضي تحول الحق عن محلّه إلى ذمة المحال عليه وقولهم إن الدين الواحد لا يحمل محلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن كذلك هذا

(مسئلة) (فإن برئت ذمة المضمون عنه يرى الضامن)

مضى برئت ذمة المضمون بقضاء أو إبراء برئت ذمة الضامن لانه لا ينعى ولا ينعى وثيقة

فاذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن

(مسئلة) (وان يرى الضامن أو أقر براءة لم يبرأ المضمون عنه لانه أصل براءة بإبراء التبرع ولاه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصل كالرهن اذا انسخ من غير استيفاء وأيهما قضى الحق برتاً جميعاً من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن ، وان أحال أحدهما التبريم برتاً جميعاً لان الحوالة كالقضاء

(فصل) ويجوز ان يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان او اكثر سواء ضمن كل واحد جميعه أو جزأ منه فان ضمن كل واحد منهم جميعه برىء كل واحد منهم بأداء أحدهم وان أبرأ المضمون عنه برىء الجميع لانهم فروع له وان أبرأ أحد الضامين برىء وحده لانهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءة كالمضمون عنه وان ضمن أحدهم صاحبه لم يجز لان الحق ثبت في ذمته بضمانه الاصل فلا يجوز أن يثبت ثانياً ولانه أصل فيه بالضمان فلا يجوز ان يصير فيه فرعاً ولو تكفل بالرجل الواحد اثنان جاز ويجوز أن يكفل كل واحد

فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضائه ولو ضمنه حياً ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن . وفي هذا انفصال عما ذكرناه (ومنها) صحة الضمان في كل حق أعني من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده لأن هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالضمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز ان يسقط برد مبيع أو مقابلة وبهذا كله قال الشافعي

(فصل) فيما يصح ضمانه، يصح ضمان الجمل في الجملة وفي السابقة والمناضلة ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يصح ضمانه لانه لا يؤول إلى اللزوم فلم يصح ضمانه ككل الكتابة ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بيبر وأنا به زعيم) ولانه يؤول إلى اللزوم اذا عمل العمل وإنما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرث الجنابة سواء كانت قوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديار وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لانه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولان الابل الواجبة في الذمة معلومة الاسنان والعدد وجمالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر لانه انما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة وكذلك غيرها من الحيوان ولان جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالاتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام

من الكفيلين صاحبه لان الكفالة بدينه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به برى وبرى صاحبه من الكفالة لانه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لانه أصل في ذلك وان كفل المكفول به الكفيل لم يجز لانه أصل له في الكفالة فلم يجز أن يصير فرطاً فيما كفل به وان كفل به في غيره جاز .

(مسئلة) (ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خراً فأسلم المضمون له او المضمون عنه برى وهو الضامن معاً) لانه برى من الحر الذي ضمن عنه إذ لا يجوز وجوب خمر على مسلم واذا برى المضمون عنه برى الضامن لانه فرعه ، وان أسلم المضمون له برى أيضاً لانه ليس للمسلم المطالبة بشمن الحر لكونه لا قيمة له في الاسلام فان أسلم وحده برى ولم يبرأ المضمون عنه لانه أصل فلم يبرأ براءة فرعه كما لو أبرأ المضمون له

(مسئلة) (ولا يصح الا من جائز التصرف)

لا يصح الضمان الا من يصح تصرفه في ماله رجلاً كان أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع .

(مسئلة) (ولا يصح من صبي ولا مجنون ولا سفیه ولا من عبد بغير إذن سيده وعنه يصح ويتبع به بعد العتق وان ضمن باذن سيده صح وهل يتعلق برقبته او ذمة سيده ؟ على روايتين)

ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومية أو مستقبلة لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلة مآلها الى الزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب وقال القاضي اذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه الا نفقة المسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها . ولنا أنه يصح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها بدليل الجعل في الجمالة والصدوق قبل الدخول والميسر في مدة الخيار فأما النفقة في الماضي فان كانت واجبة اما بحكم الحاكم بها أو قلنا بوجودها بدون حكمه صح ضمانها والافلا ، ويصح ضمان مال السلم في احدى الروايتين والآخرى لا يصح لانه يؤدي الى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم اليه فلم يجز كالحوالة به والاول أصح لانه دين لازم فصح ضمانه كالأجرة وثمن المبيع ، ولا يصح ضمان مال الكتابة في احدى الروايتين وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والآخرى صح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر الديون عليه ، والاولى أصح لانه ليس بلازم ولا مآله الى الزوم فان للمكاتب تعجز نفسه والامتناع عن أدائه فإذا لم يلزم الاصيل فالضمين أولى، ويصح ضمان الاعيان المضمونة كالمفصوب والمارية وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين وقال في الآخر لا يصح لان الاعيان غير ثابتة في الذمة وإنما يضمن ما ثبت في الذمة ، ووصفنا لها بالضمان إنما معناه انه يلزمه قيمتها ان تلفت والقيمة مجهولة ، ولنا انها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة وقولهم ان الاعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند

لا يصح الضمان من مجنون ولا مبرم ولا صبي غير مميز بشير خلاف لانه ايجاب مال فلم يصح منهم كالنذر والاقرار ، ولا يصح من السفه المحجور عليه وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لان من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه كذلك ضمانه والاول أولى لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء . وأما الاقرار فلنا فيه منع وان سلم فالفرق بينهما أن الاقرار اخبار بحق سابق وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه وهو قول الشافعي وخرج أصحابنا عنه على الروايتين في صحة اقراره وتصرفه باذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح كالتبرع والنذر بخلاف الصبي، وان اختلفا في وقت الضمان يمد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول أحد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة المقدم فأشبهه ما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويحتمل أن القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه ، وهذا قول الشافعي، ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر انهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وهنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الأهلية ظاهر يستند اليه فلم يرجح دعواه ، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال

تلقها وهذا ما يصح ضمانه كعهدة المبيع فان ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه ان ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً، فأما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والرهن التي يدفعها الى القصار والحياط فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامته وان ضمنها ان تعدى فيها فظاهر كلام أحد رحمه الله يدل على صحة الضمان فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال له هو ضامن لما دفعه اليه يعني اذا تعدى او تلف بفعله ، فعلى هذا ان تلف بغير تقريظ منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء ما ذكرنا وان تلف بفعله أو تقريظ لزمه ضمانها ولزم ضامته ذلك لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضامته كالتصوب والمواري وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد بينا جوازها، وبصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع، فضمانه على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وان ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن، وضمانه عن البائع للمشتري هو ان يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بسبب أو أورش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن احدهما لآخر وحقيقة العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فبهر به عن الثمن الذي يضمنه، وعن اجاز ضمان العهدة في الجملة ابو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض الشافعية لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجبول وضمان عين وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله، ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان ، فأما الشهادة فلا يستوفي منها الحق واما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي إلى ان يبقى ابدأ مرهوناً فله يبق إلا الضمان ولانه لا يضمن إلا ما كان واجبا حال المقدم لانه إنما يتعلق بالضمان حكم اذا خرج مستحقاً او معيباً حالاً المقدم

جنون فالتقول قول المضمون له لان الاصل عدمه ، وأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد ذلك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فهو كتصرف اذ رهن فيما عدا الرهن ، فأما العبد فلا يصح ضمانه بغير اذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أولاً ، ومما قال ابن أبي ليلى والثوري وابو حنيفة ، ويحتمل أن يصح ويتيم به بعد التق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر فيه على السيد كالاقرار بالانلاف ولنا انه عقد تضمن لإيجاب مال فلم يصح بغير اذن السيد كالنكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وإلا لم يجوز فان ضمن باذن سيده صح لان سيده لو أذن في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته لانه دين لزمه بفعله فتعلق برقبته كارتش جنائته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد. وقد ذكر شيخنا هنا روايتين وكذلك ذكره أبو الخطاب كاستدائه باذن سيده وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى، فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من

ومتى كان كذلك فقد ضمن ماوجب حين العقد والجهالة متفية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه . اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبه دمه وقال الشافعي انما يصح بعد القبض لانه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء . وهذا ينبغي على ضمان ما لم يجب اذا كان مفضيا الى الوجوب كالجفالة . وألفاظ ضمان العهدة أن يقول ضمننت عهده أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمننت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه قال ضمننت عهده أو ضمننت لك العهدة ، والعهدة في الحقيقة هي الصك المكتوب فيه الاتباع هكذا فسره به اهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لانه ملكه وليس بصحيح لان العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والكلام المطلق يحمل على الاسماء العرفية دون اللغوية كالزاوية تحمل عند اطلاقها على المزايدة لا على الجمل وان كان هو الموضوع فاما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لانه إذا خرج حراً أو مستحقاً لا يستطيع تخليصه ولا يحمل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص اذا خرج حراً فان ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص وهل يصح في العهدة على وجهين بناء على تفريق الصفة . اذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فقول إن استحقاق رجوع المشتري بالثمن لا يخلو اما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له ، فاما الحادث فمثل تاف المبيع من السكيل والموزون في يد البائع أو بخصب من يده أو بتفيلان فان المشتري يرجع على البائع دون الضامن لان هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ويحتمل أن يرجع به على الضامن لان ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه . وأما ان كان بسبب مقارن نظرنا فان كان بسبب لا تفرط من البائع فيه كاخذه بالشفعة فان المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الاولى واما ان زال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد ببيع تقدم فله الرجوع الى الضامن وهذا ضمان

المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد البعد كتملق حق الجناية برفقة الجاني كما لو قال الحر ضمننت لك هذا الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح

(فصل) ولا يصح ضمان المكاتب بغير اذن سيده كالفن لانه تبرع بالتزام مال أشبه نذر الصدقة حال معين ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عنقه كقولنا في البعد وإن ضمن باذنه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تفويت الحرية (والثاني) يصح لان الحق لها لا يخرج عنها فأما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو لم يتصل به الموت فهو كالصحيح وان كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه بحسب من ثلته لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً أشبه الهبة ، واذا فهمت اشارة الاخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه وأقراره وتبرعه أشبه الباطن ، ولا يثبت الضمان بكتابه

المهدة فان أراد أخذ أرض العيب رجع على الضامن أيضا لانه اذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه اذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيع مستحقا أو بعضه لانه اذا ظهر بعضه مستحقا بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الاخرى يبطل العقد في الجميع ولكن استحق ردها فان ردها كلها فالحكم كذلك وان أمسك المملوك منها فله المطالبة بالأرض كما لو وجد بها عيباً، ولو باعه عتياً أو أقرضه شيئاً بشرط ان يرهن عده عنهما فتكفل رجل بتاسيم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم الراهن اقباضه وتساميمه فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصيل وان ضمن للمشتري قيمة ما عحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان مالم يجب وقد بينا جواز ذلك

(فصل) فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلاً أو امرأة لانه عقد يفصد به المال فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من المجنون والمبرم ولا من صبي غير مميز بنير خلاف لانه لإيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالتذر والافرار ولا يصح من السفه المحجور عليه ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بنو فوك الحجير عنه لان من اصلنا أن اقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجير عنه صح فكذلك ضمانه والاول أولى لانه لإيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء ولا يشبه الاقرار لانه اخبار بحق سابق، وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجين وهو قول الشافعي وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة اقراره وتصرفاته باذن وليه، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالتبرع والتذر بخلاف البيع وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول احد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فكان القول قوله كما لو اختلفا في شرط فاسد وبجمل ان القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ

منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه فديكتب عتياً أو تجربة قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تفهم اشارته لا يصح ضمانه لانه لا يدري بضمانه وكذلك سائر تصرفاته

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه

ولا معرفة الضامن لها)

لا يصح الضمان الا برضى الضامن فان أكره عليه لم يصح لانه التزام مال فلم يصح بغير رضا المتلزم كالتذر ولا يعتبر رضا المضمون له وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لانها ثبات مال لا دمي فلم يثبت الا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء وعن أصحاب الشافعي كالمذهبين ولنا ان أبا قتادة ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم

وعدم وجوب الحق عليه وهذا قول الشافعي ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط قاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وهنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الاهلية ظاهر يستند اليه ولا أصل يرجع اليه فلا ترجح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لان الاصل عدمه، فاما المحجور عليه لفس فيصح ضامه ويتبع به بعد فك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبه الزاهن فصح تصرفه فيها عدا الرهن فهو كالمو افترض أو أقر أو اشترى في ذمته، ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له وهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالإفراء بالائتلاف، ووجه الاول انه عقد تضمن لإيجاب مال فلم يصح بغير إذن كالتكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وان كان من غير ذلك لم يجز، فان ضمن باذن سيده صح لان يده لو أذن له في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برفقته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد وقال أبو الخطاب هل يتعلق برفقته أو بذمة سيده على روايتين كاستدائه باذن سيده وقد سبق الكلام فيها، فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده صح ويكون مافي ذمته متعلقاً بالمال الذي في يده كمتعلق حق الجناية برفقة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده كالعبد الفري لانه تبرع بالتزام مال فأشبهه نذر الصدقة بغير مال ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقولنا في العبد، وإن ضمن باذنه ففيه (وجهان) أحدهما لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تهيئة الحرية (والثاني) لا يصح لان الحق لها لا يخرج عنها، فاما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فخكه حكم الصحيح وان كان مرض الموت المخوف فخكه ضمانه حكم تبرعه بحسب

ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولانه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للثابت وقد سلوه، ولا يعتبر رضی المضمون عنه لانعلم فيه خلافاً لانه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك اذا ضمن عنه وقد دل عليه حديث أبي قتادة، ولا يعتبر أن يعرفها الضامن وقال القاضي يعتبر معرفتها ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أولاً وليعرف المضمون له فيؤدي اليه وذكر وجهاً آخر أنه يعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا ممانعة بينه وبينه ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذا

ولنا حديث علي وأبي قتادة فانهما ضمنا لمن لم يعرفا وعمن لم يعرفا ولانه تبرع بالتزام مال فلم تعتبر معرفة من تبرع له به كالتذر

من ثلثه لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبه الهبة، وإذا فهمت اشارة الأخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه فصح ضمانه كالناطق ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه قد يكتب عبثاً أو تجرية فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا يفهم اثاره لا يصح منه الضمان لانه لا يدري بضمانه ولانه لا يصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه

(فصل) اذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن
ملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن وبهذا قال الشافعي قال احمد في رجل ضمن ماعلى فلان أن يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له بشرة دنائير على عهد رسول الله ﷺ فقال ماعندي شيء أعطيكه فقال والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحمير فخره الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « كم تستنظره ؟ » قال: شهراً قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنا أحمل فخا في الوقت الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين أصدت هذا ؟ » قال من معدن « قال لا خير فيها » وقضاها عنه رواه ابن ماجه في سننه ولانه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع، فان قيل فمتدكم الدين الحال لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الموصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته اذا كان بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ويجوز أن يخاف مافي ذمة الضامن مافي ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجلاً اذا ثبت هذا وكان الدين مؤجلاً الى شهر فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهرين فان قضاء قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية التي تقول انه اذا قضى دينه بغير اذن رجع به لانه أكثر ما فيه هنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك وان كان الدين مؤجلاً لا فضمنه حالاً لم يصر حالاً ولا يلزمه اذاؤه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه ولأن

(مسئلة) (ولا يعتبر كون الحق معلوماً ولا واجباً اذا كان ماله الى الوجوب فلو قال ضمنت لك ماعلى فلان أو ما تدائنه به صح)

يصح ضمان المجهول فتنى قال أنا ضامن لك ماعلى فلان أو ما تقوم به البينة أو ما يجر به لك أو ما يخرج في روز ما نحبك صح الضمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر لا يصح لانه التزام . فلم يصح مجهولاً كالنهن .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لان حمل البعير مختلف باختلافه وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بغير وخطر وهو ضمان العهدة، واذا قال الق متاعك

المضمون عنه لو ألزم نفسه تمجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبان لا يلزم الضامن أولى ولان الضمان الزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلزم مالا يلزم المضمون عنه، فعلى هذا إن قضاء حالا لم يرجع به قبل أجله لأن ضمانه لم يبره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها أن الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد ألزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كالمؤجل كان الدين عشرة فضمن خمسة وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا ألزم مالم يجب على المضمون فأشبهه مالم كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقيل يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا فإسألا أحدهما على الاخرى وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى (فصل) واذا ضمن ديننا مؤجلا عن إنسان فمات أحدها اما الضامن واما المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين تقدم ذكرهما فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص يموت غيره فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاء قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى بغير اذن من هو عليه، وان كان الميت الضامن فاستوفى التعريم الدين من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبة به قبل أجله وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن زفر أن لهم مطالبة لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته، ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبة به قبل الاجل كما لو يموت وقوله أدخله فيه قلنا انما أدخله في المؤجل وحلوه بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل

(مسئلة) قال (ولا يبرأ المضمون عنه الا بأداء الضامن)

يعني ان المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت الحق في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة

في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الزفاه وعلي ضمانها فصح في الجهول كالعتق والطلاق (فصل) ويصح ضمان ما لم يجب فلو قال ما أعطيت فلانا فهو علي صح، والخلاف في هذه المسئلة كالتالي قبلها ودليل القولين ما ذكرنا، وقد قلنا في هذه المسئلة الضمان ضم ذمة الى ذمة في الزام الدين فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء لم يوجد ضم ولا يكون ضامنا قلنا: قد ضم ذمته الى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وان ما يثبت مضمونه يثبت في ذمته وهذا كاف وقد سهوا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله التمتعك في البحر وعلي ضمانه وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجوهين ضمان الجبل في الجملة قبل العمل وما وجب شيء بعد

(مسئلة) (ويصح ضمان دين الضامن)

نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون ويثبت (المشي والشرح الكبير) (١١) (الجزء الخامس)

وبعد الموت وهذا قال الثوري والثاقبي واسحاق وأبو عبيد واصحاب الرأي، وقال أبو ثور الكفافة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا نعم درهمان فقال «صلوا على صاحبكم» فقال علي هاعلي يا رسول الله وأنا لها ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال «جزاك الله خيراً عن الاسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» فقيل يا رسول الله هذا لمي خاصة أم للناس عامة؟ فقال «لناس عامة» رواه الدارقطني فدل على ان المضمون عنه بريء بالضمان، وروى الامام أحمد في المستند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال «أعليه دين؟» قلنا ديناران فانصرف، فتعلمها أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وجب حق الترميم وبريء الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك «ما فعل الديناران» قال انما مات أسس قال فعاد اليه من القدر فقال قد قضيتهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الآن بردت جلدته» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله «وبريء الميت منهما» ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة ثانية برئت الاولى منه كالحال به وذلك لان الدين الواحد لا يحل في محلين. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خبر أبي قتادة «الآن بردت جلدته» حين أخبره أنه قضى دينه ولاها وثيقة فلا تكفل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلا بالضمان صار له وفا وأما كان النبي صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفا، وأما قوله «لمي فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكمن ذلك او بما في معناه، وقوله «بريء الميت منهما» صرت أنت المطالب بهما وهذا على سبيل التأكيد للتبرير الحق في ذمته ووجوب الاداء عليه بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء «الآن بردت

الحق في ذم الثلاثه أتهم قضاء برئت ذمهم كلها لانه حق واحد فاذا قضى مرة سقط فلا يجب مرة أخرى، وان أبرأ الترميم المضمون عنه بريء الضامتان لأنهما فرع وان أبريء الضامن الاول بريء الضامتان لذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم وان أبريء الضامن الثاني بريء وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا رجوع فيها لان الرجوع مع الترميم وليس في الابراء غرم والكفالة كالضمان في هذا المعنى.

(فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه التكفيل لم يصح لأن الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانياً ولانه اصل في الدين فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه فان ضمن عنه ديناً آخر أو تكفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرنا (مسئلة) (ويصح ضمان دين الميت الفلاس وغيره ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين)

عليه جلده» ويفارق الضمان الحوالة فان انضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الدئتين في تعلق الحق بهما وتبوتيه فيهما والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله الى ذمة المحال عليه ، وقولهم ان الدين الواحد لا يحل في محلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن وقال أبو بكر عبد العزيز أما الحي فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة وأما الميت ففي براهته بمجرد الضمان روايتان (احدهما) يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لما ذكرنا من الخبرين ولان فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته فينبغي أن نحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان بخلاف الحي فان المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق وتبوتيه في الدئتين أكد في الاستيثاق بالحق (والثانية) لا يبرأ إلا بالأداء لما ذكرناه ولانه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحي

(فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منها وحكي عن مالك في احدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تذر مطالبة المضمون عنه لانه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا عند تذر استيفائه من الاصل كالرهن ولنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن فلك مطالبته كالاصل ولان الحق ثابت في ذمتها فلك مطالبته من شاء منها كالضامنين اذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن ، لانه مال من عليه الحق وليس بذى ذمة يطالب اعماً يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره

(فصل) وان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافا لانه تبع ولانه وثيقة فاذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن وان أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه لانه اصل فلا يبرأ بالبراء التبع ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصل كالرهن اذا تمسخ من غير استيفائه وأههما قضى الحق برئنا جميعاً من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن ، وان أحال الترميم برئنا جميعاً لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي دين الرهن ، وان أحال أحدهما الترميم برئنا جميعاً لان الحوالة كالتفويض (فصل) وان ضمن الضامن ضامن آخر صح لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون

يصح الضمان عن كل غريم وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئاً أو مفلساً وبه قال أكثر العلماء ، وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت الا ان يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالبراء ولان ذمته قد خربت خراباً لا يعبر بعده فلم يبق فيه دين والضمان ضم ذمة الى ذمة .

ولنا حديث أبي قتادة فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء وقد حضهم النبي صلى الله عليه وسلم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « الا قام أحدكم فضمنه » وهذا صريح في المسألة ولانه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء . ودليل تبوتيه أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه ولو ضمنه حيا ثم مات لم يبرأ منه الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفي هذا انفصال عما ذكرناه . اذا ثبت صحة ضمان دين الميت فان ذمته لا تبرأ من الدين قبل القضاء في احدى

ويثبت الحق في ذم ثلاثة أيهم قضاء برئت ذممهم كلها لانه حق واحد فاذا قضي مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه برى الضامتان لانهما فرع، وان أبرأ الضامن الاول برى الضامتان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وان أبرأ الضامن الثاني برى وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا يرجع فيها بحال لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم. والكفالة كالضمان في هذا المعنى جميعه وتزيد بانه اذا مات المكفول عنه برى كفيلاه وان مات الكفيل الاول برى الثاني دون المكفول عنه لان الوثيقة انحلت من غير استيفاء فأشبه الرهن وان مات الكفيل الثاني برى، و-د-ه (فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه التكفل لم يصح لان الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه تانيا ولانه أصل في هذا الدين فلا يجوز أن يصير فرطاً فيه، وان ضمن عنه ديناً آخر أو كفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه

الروايتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » ولان النبي صلى الله عليه وسلم سأل أبا قتادة عن الدينارين الذين ضمنهما فقال قد قضيتهما فقال « الآن بردت جلدته » رواه الامام أحمد ولانه وثيقة بدين فلم يسقط قبل القضاء كالرهن وكالشهادة والثانية يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي قتادة « وبرى الميت منهما » قال نعم وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ويصح الضمان في جميع الحقوق المالية الواجبة والتي تؤول الى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبمده والاحرة والمهر قبل الدخول وبمده ولان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع صحة ضمانها كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط بالرهن بالمبيع وبالمقايضة وهذا مذهب الشافعي (مسئلة) (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع) فضمانه على المشتري هو ان يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه، وان ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بسبب أو أرش العيب، ضمان الهدية في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، والهدية الكتاب الذي تكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبور به عن الثمن الذي يضمنه، وعن أجاز ضمان الهدية في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض أصحابه لكونه ضماناً ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد ثبت جواز الضمان في ذلك كله ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع، والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفي منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالإجماع لانه يؤدي الى أن يبقى أبداً مرهوناً فلم يبق الا الضمان ولانه لا يضمن الا ما كان واجبا حال العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجملة منتفية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقاً لزمه بعض ما ضمنه، اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان الهدية عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءاً منه فإن ضمن كل واحد منهم جميعه بريء كل واحد منهم بإداء أحدهم، وإن أبرأ المضمون عنه بريء الجميع لأنهم فروع له، وإن أبرى أحد الضمان بريء وحده ولم يبرأ غيره لأنهم غير فروع له فلم يبرأ ببراءته كالمضمون عنه، وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يجز لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي فلا يجوز أن يثبت ثانياً ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلاً جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه لأن الكفالة بيدته لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به بريء وبريء صاحبه من الكفالة لأنه فرعه ولم يبرأ من أحضار المكفول به لأنه أصل في ذلك، وإن كفل المكفول الكفيل لم يجز لأنه أصل له في الكفالة لم يجز أن يصير فرعاً له فيما كفل به وإن كفل به في غير هذا الحق جاز لأنه ليس بفرع له في ذلك

وحده . وقال الشافعي إنما يصح بعد القبض لأنه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء وهذا يثبت على ضمان ما لم يجب إذا كان مضمياً إلى الوجوب كالجألة وسند كرها، وألفاظ ضمان عهدة المبيع قوله ضمننت عهده أو ثمنه أو دركه أو يقول المشتري ضمننت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمننت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه إذا قال ضمننت عهده أو ضمننت لك العهدة لم يصح لأن العهدة الصك بالابتاع كذا فسرهم أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لأنه ملكه وليس بصحيح لأن العهدة في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والمطلق يحمل على الاسماء العرفية كالراوية تحمل عند اطلاقها على الزادة لاعلى الجمل وإن كان الموضوع لثمنه . فأما أن ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لأنه إذا خرج حراً أو مستحقاً لم يستطع تخليصه ولا يحمل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حراً فإن ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص، وتنبني صحته في العهدة على تفريق الصفة . إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فقول استحقاق رجوع المشتري بالثمن إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له فأما الحادث فمثل تلف المسكيل والموزون في يد البائتم أو بنصب من يده أو بتقاييلان فإن المشتري يرجع على البائع دون الضامن لأن هذا لم يكن موجوداً حال العقد وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد، ويحتمل أن يرجع به على الضامن لأن ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه، وأما إن كان بسبب مقارن نظرنا فإن كان بسبب لا تقربط من البائع فيه كأخذه بالشفعة فإن المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ومتى لم يجب على المضمون عنه لم يجب على الضامن بطريق الأولى . فأما إن كان زوال ملكه عن المبيع بسبب مقارن تقربط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بسبب قديم فله الرجوع على الضامن وهذا ضمان العهدة، وإن أراد أخذ أرض السيب يرجع على الضامن أيضاً لأنه إذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه وسواء ظهر

﴿مسئلة﴾ قال (فتي أدى رجوع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل)

يعني إذا أدى الدين محتسباً بالرجوع على المضمون عنه فأما ان قضى الدين متبرطاً به غير تاول للرجوع به فلا يرجع بشيء لانه يتطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره ، فأما اذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني أو أد عني أو اطلق وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجوع عليه . وان قال انقد هذا لم يرجع الا أن يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني افرار منه بالحلق وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع عليه ، واذا كان مخالطاً له رجوع استحساناً لانه قد يأمر مخالطه بالتفقد عنه

كل المبيع مستحقاً أو بضء لانه إذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فمقد خرجت الدين كلها من يده بسبب الاستحقاق ، وعلى الرواية الاخرى يبطل في البعض المستحق وله رد الجميع فان ردها فهو كما لو استحققت كلها وان أمسك بعضها فله المطالبة بالارش كما لو وجدها مصيبة ، ولو باعه عيناً أو أقرضه بشرط أن يرهن عنده عيناً عنها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم البائث فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصل ، وان ضمن للشترى قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس فاستحق المبيع رجوع الشترى على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب وقد بينا جوازه

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين)

وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى صح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر ديونه والأولى أصح لانه ليس يلزم ولا ماله الى الزوم لان للمكاتب تجيز نفسه والامتناع من الاداء فاذا لم يلزم الاصل فالضامن أولى

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان الامانات كالوديعة ونحوها الا أن يضمن التمدي فيها)

أما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة الى الحياط والقصار فان ضمنها من غير تعد فيها لم يصح لانها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه وان ضمن التمدي فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحة ضمانها فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال هو ضامن لما دفعه اليه يعني إذا تمدي أو تلف بفعله ، فلي هذا ان تلف بغير فعله ولا تغريب منه فلا شيء على الضامن وان تلف بفعله أو تغريب لزمه ضمانه وئزم ضامنه أيضاً لانها مضمونة على من هي في يده فهي كالتصوب والمواري وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد ذكرناه

ولنا أنه ضمن ودقم بأمره فأشبه إذا كان مخالطاً له أو قال ضمن عني ، وما ذكرناه ليس بصحيح لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه وأمره بالتفقد بعد ذلك ينصرف إلى ماضنه بدليل المخالط له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به .

(الحال الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع به لأنه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع به . الثالث أنه إن تمدد الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجوع والا فلا لأنه تبرع بالدفع .

ولنا أنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك إذنه في الأداء لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحاً (الحال الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضاً وظاهر

(مسئلة) فأما الأعيان المضمونة كالصوبير والمواري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها) وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة فأما يضمن ما ثبتت في الذمة ووصفنا لما بالضمان أنما معناه أنه يلزم قيمتها عند التلف والقيمة مجهولة ولنا أنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة، قولهم إن الأعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنفاذاً وردها والزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها وهذا ما يصح ضمانه كهتدة المبيع فإنه يصح وهي في الحقيقة الزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو استحق .

(فصل) ويصح ضمان الجمل في الجمالة وفي المسابقة والمناضلة وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمانه في أحد الوجهين لأنه لا يؤول إلى الزوم أشبه مال الكتابة

ولما قول الله تعالى (وإن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولأنه يؤول إلى الزوم إذا عمل العمل وإنما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرض الجنابة سواء كان تقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالدياب وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لأنه مجبول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولأن الأبل الواجبة في الذبة معلومة الأسنان والعدد وجهالة اللون وغيره من الصفات الباقية لا تضر لأنه إنما يلزمه أدنى لون وصفة فيحصل معلومه وكذلك غيرها من الحيوان ولأن جهل ذلك لا يمنع وجوبه باتلاف فلم يمت وجوبه بالالتزام ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يوماً أو مستقبلة لأن نفقة اليوم واجبة والمستقبلة ما لها إلى الزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب ، وقال القاضي : إذا ضمن نفقة المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المسر لأن الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار ، وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها .

ولنا أنه يصح ضمان الجمالة والصدقات قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار . فأما النفقة في الماضي

مذهب الشافعي أنه لا يرجع لأن أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه
ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامناً أو كما لو ضمن بأمره وقولهم إن اذنه
في القضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه قلنا الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه وليس هو شيئاً آخر
ففي أداءه عنه بذنه لزمه اعطائه بدله (الحال الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان
(أحدهما) يرجع بما أدى وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن وأسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو
قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فإنها لو كانا يستحقان الرجوع
على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينها كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه
النبي ﷺ ولأنه تبرع بذلك أشبهه مالو علف دوابه وأطمع عبيده بغير أمره . ووجه الأولى أنه قضاء
مبرىء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضا عنه عند اتناعه فأما علي وأبو
قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان فإنهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه ﷺ مع علمهما بأنه
لم يترك وفاة والتبرع لا يرجع بشيء وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع

فإن كانت واجبة بحكم حاكم أو قلنا بوجودها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا وفي صحة ضمان السلم
اختلاف نذكره في بابه .

(مسئلة) (وان قضى الضامن الدين متبرعاً لم يرجع بشيء . لأنه تطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء
ضمن بأذنه أو بغير إذنه

(مسئلة) (وان نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه فهل يرجع؟ علي روايتين
وإن أذن له في أحدهما فله الرجوع بأقل الأمرين بما قضى أو قدر الدين)

وجملة ذلك أن الضامن متى أدى الدين بنية الرجوع لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يضمن
بإذن المضمون عنه ويؤدي بأمره فإنه يرجع عليه سواء قال اضمن عني وأد عني أو أطلق، وهذا قال
مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد إن قال اضمن عني وانقد عني رجح عليه وإن قال
انقد هذا لم يرجع إلا إن يكون مخالطاً له يستعرض منه ويودع عنده لأن قوله اضمن عني وانقد عني
اقرار منه بالحق وإذا أطلق صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع وإذا كان مخالطاً له رجح استحساناً لأنه
قد يأمر مخالطه بالنقد عنه .

ولنا أنه ضمن ودفع بأمره فأشبهه ما لو كان مخالطاً له أو قال اضمن عني وما ذكرناه ليس بصحيح
لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه بدليل
الخالطة له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به

(الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه
عنه ، والوجه الثاني لا يرجع لأنه دفع بغير أمره أشبهه مالو تبرع ، الوجه الثالث أنه إن تعذر الرجوع
على المضمون عنه فدفع ما عليه رجح وإلا فلا لأنه تبرع بالدفع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع بادائه وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء وإن دفع عن الدين عرضا رجح بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لذلك فان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله لانه لا يجب له أكثر مما كان للترجم فان حاله كانت الحوالة بمنزلة تقيضه ويرجع بالاقل بما أجل به أو قدر الدين سواء قبض الترميم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لقلس أو مطلق لان نفس الحوالة كالاتقاض

(فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل منها نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه فضمن آخر من أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه ولم

ولنا أنه اذا أذن في الضمان تضمن ذلك اذنه في الاداء لان الضمان يوجب عليه الاداء فرجع عليه كما لو أذن في الاداء صريحا (الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضا وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه

ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أو كما لو ضمن بأمره، قوطم ان اذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا والواجب بضمانه إنما هو اداء دينه وليس هو شيئا آخر فبني أداء عنه باذنه لزمه إعطاؤه بدله (الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره فقيهروايتان (احدهما) يرجع وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن واسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانها لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لها فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاستفاهما بدين المضمون له ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم لأنه تبرع بذلك أشبه ما لو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبريء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضى عنه عند امتناعه ، فلما علي وأبو قتادة فانها تبرعا بالقضاء والضمان فانها قضيا دينه قصداً تبرئة ذمته ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع علمها انه لم يترك وفاءه والمتبرع لا يرجع بشيء وإنما الخلاف في المنسب بالرجوع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع به وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء فان دفع عن الدين عرضاً رجح بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكرنا (فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل واحد منها نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه فضمن آخر من أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع وله الرجوع على الذي ضمن عنه ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في احدي الروايتين لانه لم يقضي عنه ولا اذن له في القضاء

يكن له ان يرجع على الآخر بشيء في إحدى الروايتين لانه لم يضمن عنه ولا اذن له في القضاء فاذا رجع على الذي ضمن عنه رجح على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه وقضاها ضامنه . والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من اداها عنه فملك الرجوع بها عليه كالأصل

(فصل) اذا ضمن عن رجل باذنه فطولب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الاداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه وفيه وجه آخر ان له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبته بفكائه وتفريغه من الرهن والاول أولى ، ويفارق الضامن العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده

فاذا رجح على الذي ضمن رجح على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه وانضاهها ضامنه ، والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من اداها عنه فملك الرجوع بها كالأصل

(فصل) واذا ضمن عن رجل بأمره فطولب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الاداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم تكن له المطالبة قبل طلبه منه وفيه وجه آخر أن له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان لسيد مطالبته بفكائه وتفريغه من الرهن والاول أولى . ويفارق الضامن العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبتل بالضمان شيء من منفعته فاما ان ضمن عنه بغير اذنه لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الاجنبي ، وقيل ان هذا يفتني على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله (فصل) وان ضمن الضامن آخر ففرض أحدهما الدين براء الجميع فان قضاء المضمون عنه لم

يرجع على أحد وان قضاء الضامن الاول رجح على المضمون عنه دون الضامن الثاني وان قضاء الثاني رجح على الاول ثم رجح الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد اذن لصاحبه فان لم يكن اذن له ففي الرجوع روايتان ، وان اذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه أو اذن المضمون عنه لضمانه ولم يأذن الضامن لضمانه رجح المأذون له على من اذن له ولم يرجح على الآخر على احدي الروايتين فان اذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجح على المضمون عنه ولم يرجح على الضامن لانه انما يرجح على من اذن له دون غيره

المستمار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من مناعته ، فأما ان ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لاحق له بطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الاجنبي، وقيل ان هذا ينسب على الروابطين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله (فصل) فان ضمن الضامن ضامن آخر فنقض أحدهم الدين برثوا جميعا فان قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاء الضامن الاول يرجع على المضمون عنه دون الضامن عنه وان قضاء الثاني يرجع على الاول ثم يرجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد أذن لزامته ، فان لم يكن إذن له ففي الرجوع روايتان ، وان أذن الاول للتاني ولم يأذن المضمون عنه او أذن المضمون عنه لزامته ولم يأذن الضامن لزامته رجع المأذون له على من أذن له ولم يرجع الآخر على احدي الروابطين، فان أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول يرجع على

(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منها نصفه وكل واحد منها ضامن عن صاحبه فابرا الفريم أحدهما من الالف برىء منه وبرىء صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة وان قضاء أحدهما خمسمائة أو أبرأه الفريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيته عن الاصل أو الضمان انصرف اليه وان أطلق احتدل ان له صرفها الى ماشاء منها كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ماشاء منها واحتدل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والابراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي وبيته وفي الابراء لفظ المبريء وبيته متى اختلفوا في ذلك فالقول قول من اعتبر لفظه وبيته

(فصل) ولو ادعى القا على حاضر وغائب وان كل واحد منها ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فان قدم الغائب فاعترف رجوع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان كان الحاضر أنكر فالقول قوله مع يمينه، فان قامت عليه بيته فاستوفى الالف منه لمرجع على الغائب بشيء لانه بائنا كاره معترف أنه لاحق له عليه وأبنا المدعي ظلمه وان اعترف الغائب وطاد الحاضر عن انكاره فله الاستيفاء منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فجاز له أخذه ، وان لم يتم على الحاضر بيته وحلف وبريء فاذا قدم الغائب فان أنكر وحلف برىء فان اعترف لزمه دفع الالف وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لانها سقطت عن المضمون عنه يمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه مقر بها وغريمه يدعيها واليمين إنما استقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته بدليل أنه لو قامت عليه بيته لزمه ولزم الضامن (مسئلة) (وان أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه)

المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه إما يرجع على من اذن له دون غيره
(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه
قأبراً الفريم أحدهما من الالف برى منه وبرى صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة ، وان قضاء
أحدهما خمسمائة أو أبرأ الفريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيينة عن الاصل والضمان انصرف اليه
وان أطلق احتمال أن له صرفها الى ما شاء منها كمن اخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له
صرفها الى ما شاء منها واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء
والابراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما ، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي وبيته وفي الابراء
لفظ المبرى. وبيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من اعتبر لفظه وبيته

(فصل) ولو ادعى ألفاً على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر
بذلك فله أخذ الالف منه فاذا قدم النائب فاعترف رجوع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع بيينة
وان أنكر الحاضر فالقول قوله مع بيينة ، فان قامت عليه بيينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على النائب
بشيء لانه باتكاره معترف أنه لا حق له عليه وانما المدعي ظلمه ، وان اعترف النائب وعاد الحاضر عن
انكاره فله أن يستوفي منه لانه يدعي عليه حقاً يعترف له به فكان له أخذه منه وان لم يقم على
الحاضر بيينة حلف وبرى ، فاذا قدم النائب فأنكر أيضاً وحلف برى ، وان اعترف لزمه دفع الالف

اذا ادعى الضامن انه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بيينة له فالقول قول المضمون له لانه
ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر ، وله مطالبة الضامن والأصيل فان
رجع على المضمون منه فهل يرجع الضامن بما قضاء عنه ؟ ينظر فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع
عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بيينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه
المضمون عنه أو كذبه لانه اذن في قضاء مبرى ولم يوجد ، وان قضاء بيينة ثبت بها الحق لكن ان
كانت غائبة أو ميتة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر وما فرط وان قضاء بيينة
مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البيينة كدمها ، وان
ردت بأمر حفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفاً فيها مثل أن اشهد عبدين أو شاهداً واحداً
فردت لذلك أو كان ميتاً أو غائباً احتمال أن يرجع لانه قضى بيينة شرعية والجرح والتعديل ليس
له واحتمل ان لا يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغير بيينة بمحضرة المضمون عنه
ففيه وجهان أحدهما يرجع وهو مذهب الشافعي لانه اذا كان حاضراً كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ
كان التفريط منه دون الضامن والثاني لا يرجع لانه قضى قضاء غير مبرى فأشبهه ما لو قضى في غيبته
(فصل) فان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاء
ثانياً لانه أبرأ به ذمته ظاهراً قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بالقضاء الاول دون الثاني لان البراءة

وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمرة المائة الاصلية دون المضمونة لأنها سقطت من المضمون عنه يعينه فنسقط عن ضامنه

ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته ولهذا لو قامت عليه يئنة بمد يئنه لزمه ولزم الضامن

(فصل ١) وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا يئنة له قال قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأتمته فكان القول قول المنكر وانه مطالبة من شاء منها فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاء عنه ؟ نظرنا فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وأن اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير يئنة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواه صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه أذن له في قضاء مبريء ولم يوجد وان قضاء يئنة ثبت بها الحق لكن إن كانت يئنة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر ولا فرط، وان قضاء يئنة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والنسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفرطه لان هذه اليئنة كدمها وان ردت بأمر حقي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن أشهد عبدين أو شاهدا واحدا فردت لذلك أو كان ميتا أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى يئنة شرعية والحرج والتعديل ليس اليه، واحتمل أن لا

حصلت به في الباطن، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث أنه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأ ظاهراً والثاني ما أبرأ باطناً

ولنا ان الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأ ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به يئنة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبريء في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبريء في الظاهر .

﴿مسئلة﴾ (وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره)

لان ما في ذمته حق للمضمون له . فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقراراً في حق نفسه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا تقبل والاول أصح وشهادة اللسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضة بالرضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث .

﴿مسئلة﴾ (وان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل)

لانه لا يجب له أكثر مما كان للغيرم ولانه تبرع بالتسجيل، وان أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقيضه ورجع بالاقبل مما أحاله به أو قدر الدين سواء قبض الغيرم من المحال عليه أو أبرأه أو تذر عليه الاستيفاء لفس أو مطل لان الحوالة كالاقتراض

يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغيره بمحضرة المضمون عنه فقيه وجهان (أحدهما) يرجع وهو مذهب الشافعي لأنه اذا كان حاضرا كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ وهو حاضر فهو المفرط دون الضامن (والثاني) لا يرجع لانه قضى قضاء لا يبري ، فأشبهه ما لو قضى في غيبته ، فأما ان يرجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاء ثانيا لانه أبرأ به ذمته ظاهرا ، قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بما قضاء أولا دون الثاني لان البراءة حصلت به في الباطن ، ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ووجه ثالث انه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهرا والثاني ما أبرأه باطنا

ولنا أن الضامن أدى عن المضمون عنه بإذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به البيعة والوجه الاول أرجح لان القضاء البريء في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبريء في الظاهر ، وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يلتفت الى انكاره لان ما في ذمته حق للمضمون له فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بان الحق الذي له سار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقرارا في حق نفسه ويحتمل أن لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل ، والصحيح الاول وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضة بالرضاع وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث

(نصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل على بصيرة انه لاحظ لها ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالتنذر وبهذا قال أبو

﴿مسئلة﴾ (وان مات الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين ؟ على روايتين وأبها حل عليه لم يحل على الآخر)

وجملة ذلك أنه اذا ضمن ديناً مؤجلاً فمات أحدهما . إما الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين يأتي ذكرهما . فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص يموت غيره . فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاء قبل الاجل كان متبرعا بتسجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى الدين بغير اذن من هو عليه . وان كان الميت الضامن فاستوفى التبريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته قبل أجله وهذا مذهب الشافعي وحكي زفر ان لهم مطالبته لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته

ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو لم يموت ، وقولهم ادخله فيه قلنا إنما ادخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهة فهو كما لو قضى قبل الاجل

﴿مسئلة﴾ (ويصح ضمان الحال مؤجلاً وان ضمن المؤجل حالاً لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين)

خيفة والشافعي ولا نعلم عن أحد خلافهم فإن شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي ان الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط ان لا يؤدي ما على المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمت الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبه استثناء الكل

(فصل) وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ضمان اشتراط فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن نصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد منهم ضامن ثلثه فان قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه تلك الالف ولا شيء عليهما، وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالالف كله ان شاء، وان أدى احدهم الالف كله او حصته لم يرجع الا على المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن اصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كفل بنفسه لزمه ما عليهما ان لم يسلمها)

وجه ذلك ان الكفالة بالنفس صحيحة في قول اكثر اهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وان كانت ثابتة بالاجماع والاثرة، ومنهم

إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن، وبه قال الشافعي قال أحمد في رجل ضمن ماعلى فلان أنه يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريمه له بشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ما عندي شيء أعطيك فقال والله لا أفارقك حتى تعطيني أو تأتيني بحمير حمير إلى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «كم تستنظره؟» فقال شهراً فقال رسول الله ﷺ «فأنا أحل؟» فجاءه به في الوقت الذي قال النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «من أين أصبت هذا؟» قال من معدن قال «لا خير فيها» وقضاها عنه رواء ابن ماجه ولأنه ضمن ما لا يقدر مؤجلاً فكان مؤجلاً كالبيع، فان قيل فندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه؟ قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته بقصد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ويجوز ان يخالف ما في ذمة الضامن الذي في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجلاً. اذا ثبت هـ. إذا فكان الدين حالاً فضمنه إلى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهر فان قضاها قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية

من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بين فلن تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قول الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأنتني به الا أن يحاط بكم) ولان ماوجب تسليمه بمقد وجب تسليمه بمقد الكفالة كالمال، اذا ثبت هذا فانه متى تضر على الكفيل احضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا يفرم

ولنا عموم قوله عليه السلام «الزعيم غارم» ولانها أحد نوعي الكفالة فوجب بها الفرم كالكفالة بالمال (فصل) واذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يدينه أو بوجهه كان كفيلاً به وان كفل برأسه أو كيده أو جزءه لا تبقى الحياة بدونه أو بجزءه شائع منه ككفله أو ربهه صحت الكفالة لانه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله، وان تكفل بضو تبقى الحياة بعد زواله كيده ورجله ففيه وجهان (أحدهما) تصح الكفالة وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولانه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه اذا أضيف الى البعض كالطلاق والعتاق (والثاني) لا يصح لانه يمكن احضاره بدون الجملة مع بقائها وقال القاضي لا تصح الكفالة ببعض البدن ولا تصح الا في جميعه لان مالا يسري لا يصح اذا خص به عضو كالبيع والاجارة

(فصل) وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان الدين معلوماً أو مجهولاً وقال بعض أصحاب الشافعية لا تصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لحبه. ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا

التي تقول إنه اذا قضى دينه بتبر إذنه رجع به لان ما فيه هنا انه قضى بتبر اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك

(فصل) فان كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً لم يصر حالاً ولم يلزمه أداءه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزمه ولان المضمون عنه لو أزم نفسه تمجيل هذا الدين لم يلزمه تمجيله فبان لا يلزم الضامن أولى ولان الضامن التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلزم ما يلزم المضمون عنه، فلي هذا ان قضاء حالاً لم يرجع به قبل أجله لان ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها ان الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلاً فقد أزم بض ما يجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاءه الا عند أجله فاذا ضمنه مالا أزم ما لم يجب على المضمون عنه أشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقبه وجه آخر انه يصح ضمان المؤجل حالاً كما يصح ضمان الحال مؤجلاً قياساً عليه وقد ذكرنا الفرق بينهما بما يمتنع القياس ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل

لا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولا أنا قد بينا ان ضمان المجهول يصح وهو الزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالعمي والمجنون لانها قد يجب احضارهما بحكم الحاكم للشهادة عليها بالاتلاف واذن وليها يقوم مقام اذنها، وتصح الكفالة يدين المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا تصح. ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كل من والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليبه بامر الحاكم أو أمر من حبسه ثم ييده الى الحبس بالحقين جيبا والغائب يعرض اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو ان يعلم خبره فان لم يعلم خبره لزمه ما عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه ما عليه حتى يمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يدخل (فصل) ولا تصح الكفالة يدين من عليه حد سواء كان حقا لله تعالى كحد الزنا والسرقة او لآدمي كحد القذف والقصاص وهذا قول أكثر أهل العلم منهم شريح والحسن وبه قال اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى، واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع (لا كفالة في حدود الآدمي ولا لمان وقال في موضع يجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لانه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين. ولنا ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال «لا كفالة في حد» ولا نه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيثاق والحدود مبناه على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولانه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تذر عليه احضار المكفول به فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

دخلا على انه لاحظ لها ولانه عقد لا يفتر الى القبول فلم يدخله خيار كالتذر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا تلزم فيه خلافا، فان شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدي عن المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وحده كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر انه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل

(فصل) واذا ضمن رجلان عن رجل الفاضل اشتراك فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنفسه وان كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن لثلاثة فان قال واحد منهم انا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليها وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك واختراد وله مطالبة كل واحد منهم بالالف ان شاء وان أدى أحدهم الالف كله أو حصته منه لم يرجع الاعلى المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن أصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز

الكفالة به كدين الكتابة

(فصل) وتصح الكفالة حالة ومؤجلة كما يصح الضمان حالا ومؤجلاً ، واذا أطلق كانت حالة لان كل عقد يدخله الحلول اقتضى اطلاقه الحلول كالأمن والقبض ، فاذا تكفل حالاً كان له مطالبته باحضاره فان احضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه وان لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالصل المفقود عليه كالأجارة ، فان امتنع من تسلمه بريء لانه احضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالسلم فيه ، وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبريء لانه فعل ما وقع العقد على فعله فبريء منه وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه ، فان لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على احضاره وامتناع المكفول له من قبوله ، والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحكم أو غيره وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الاجل كالدين المؤجل ، فاذا حل الاجل فاحضره وسلمه بريء وان كان فائياً أو مرتدّاً لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المنع اليه واطادته ، وقال ابن شبرمة يجبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يتبر في وجوب ادائه امكان التسليم وان كان حالاً كالدين فاذا مضت مدة يمكن احضاره فيها ولم يحضره أو كانت

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الكفالة التزام احضار المكفول به)

وجه ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر اهل العلم منهم شريح ومالك والثوري والبيه وأبو حنيفة ، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالإجماع والائتر ومنهم من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بين فلتصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قوله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤنونا مؤثماً من الله لتأتقني به. الا ان يحاط بكم) ولان

ماوجب تسليمه بقصد وجب تسليمه بقصد الكفالة كالتال

(مسئلة) وتصح يبدن من عليه دين وبالاعيان المضمونة

تصح الكفالة يبدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان معلوماً أو كان مجهولاً ، وقال بعض الشافعية لا يصح عن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجهله

ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال طرض ولانا قد

الغيبية منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعي أن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع إمكانه حيسر وقد دللنا على وجوب النرم فيما مضى وان احضر المكفول به قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه وان كان فيه ضرر مثل ان تكون حجة الترم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه . منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال القاضي ان احضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في احضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل باحضاره فيه والا يرى كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا. ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو احضر المسلم فيه في غير هذا الموضع الذي شرطه ولانه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لغيبه شهوده أو غير ذلك وقد هرب منه ولا يقدر على امساكه ، ويفارق ما اذا أحضره قبل الاجل فانه محجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فاذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله وان وقمت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان المقد كالمسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به

بين ان الضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء قال كفاالة التي لاتعلق بالمال ابتداء اولى ، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانه قد يجب احضارهما مجلس الحاكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن ولبيها يقوم مقام ائتمها ويصح بيدن المجهوس والغائب وقال أبو حنيفة لا يصح

ولنا ان كل وثيقة صححت مع الحضور صححت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المجهوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم وامر من حبسه ثم يبيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو أن يعلم خبره وان لم يعلم خبره لزمه عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه عليه حتى يمضي مدة يمكنه الرد فيها ولا يفعل وتصح بالاعيان المضمونة كالنصبوب والعواري لانه يصح ضمانها وقد ذكرنا صحة ضمانها

(مسألة) (ولا يصح بيدن من عليه حد ولا قصاص سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة أو لآدمي كحد القذف والقصاص)

وهو قول العلماء منهم شريح والحسن واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في حدود الله تعالى واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفاالة في حد ولا لعان وقال

محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسليبه محبوساً لأن ذلك الحبس ينتمى استيفاء حقه وان كان محبوساً عند الحاكم فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليبه لأن حبس الحاكم لا ينتمى استيفاء حقه وإذا طالب الحاكم باحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يردّه إلى الحبس وان توجه عليه حق للكفول له حبه بلحق الاول أو حق المكفول له

(فصل) وان كفل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة وبهذا قال الشافعي لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جملة إلى الحصاد والجزاز والعطاء خرج على الوجين كالأجل في البيع والاولى صحتها هنا لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالتذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة وقد روى معنا عن أحمد في رجل كفل رجلاً آخر فقال : ان جئت به في وقت كذا والافاع عليه علي فقال لا أدري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه . فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسعاً أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه فأما ان قال وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح وان قال إلى الفند أو شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا في السلم (فصل) وإذا تكفل برجل إلى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو

في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لأنه حق لا دمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال «لا كفالة في حد» ولأنه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ، ولأن الكفالة استيثاق والحدود مباحة على الاسقاط والدرة بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولأنه حق لا يجوز استيفاءه من الكفيل اذا تضرر عليه احضار المكفول به فلا تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح بنير معين كأحد هذين) لأنه غير معلوم في الحال ولا في المال فلا يمكن تسليبه
 ﴿مسئلة﴾ (وان كفل بجزء شائع من انسان أو عضو أو كفل بالسان على أنه ان جاء به وإلا فهو كقيل
 بآخر أو ضامن ما عليه صح في أحد الوجين)

أما اذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يديه أو بوجهه كان كقيلاً به فان كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه ككفله أو ربه صحت الكفالة لأنه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله ، وقال القاضي تصح الكفالة ببعض البدن لان ما لا يسرى اذا حضر به عضو لم يصح كالبيع والاجارة ، وان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كاليد والرجل ففيه وجهان : (أحدهما) تصح الكفالة احضاره أبو الخطاب وهو أحد الوجين لاصحاب الشافعي لأنه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله أشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولأنه حكم يتعلق بالجملة

يوسف وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخاطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد

ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي ، ومبنى الخلاف هنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه ، وأما ان قال ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل بيدن فلان أو فانا ضامن لك مالك على فلان أو قال اذا جاء زيد فانا ضامن لك ما عليه أو اذا قدم الحاج فانا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن لان ذلك خطر فلم يجوز تعليق الضمان والكفالة به كعبيء المطر وهبوب الريح ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يجوز تعليقه على شرط ولا توقيته كالمهبة ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب تصح وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس ، فان قال كفلت بفلان ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل بفلان أو ضامن المال الذي على فلان لم يصح فيها عند

فثبت حكمه إذا أضيف الى البض كالمطابق والمناق (واثاني) لا يصح لان تسليعه بدون تسليم الجملة ممكن مع بقائها .

(فصل) اذا تكفل بإنسان على أنه ان جاء به والا فهو كفيل بأخر أو ضامن ما عليه لم يصح عند القاضي فيها لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط ، وقال أبو الخطاب : يصح فيها لانه ضمان أو كفالة فيصح تعليقه على شرط كضمان المهدة ، فان قال ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل بيدن فلان أو فانا ضامن لك المال الذي على فلان أو قال اذا جاء زيد فانا ضامن لك ما عليه أو اذا قدم الحاج فانا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة ، وهو مذهب الشافعي ومحمد ابن الحسن لان ذلك خطر فلم يجوز تعليق الضمان والكفالة به كعبيء المطر ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يجوز تعليقه على شرط ولا توقيته كالمهبة . وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يصح ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجوب فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس .

(فصل) وان قال كفلت بيدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطاً لا يلزم الوفاء به فيكون قاسداً وتفسد به الكفالة ويحتمل أن يصح لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه . فمضى هذا لان الكفالة الا ان يبريء المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفله بهذا الشرط فلا تثبت كفايته بدون شرطه ، وان قال كفلت لك بهذا التبريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أو وضنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان أصحهما البطلان لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالباع بشرط فسخ بيع آخر وكذلك لو شرط في الكفالة

القاضي لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط وقال أبو الخطاب يصح فيها فأما ان قال كفلت بأحد هذين الرجلين لم يصح في قولهم جميعا لانه غير معلوم في الحال ولا في المال

(فصل) فان قال كفلت بيد فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطا لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد الكفالة به ويحتمل أن تصح الكفالة لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه ، فلي هذا لا تلزمه الكفالة الا أن يبريء المكفول له الكفيل الاول لانه إنما كفلت بهذا الشرط فلا تثبت كفايته بدون شرطه ، وان قال كفلت لك بهذا التبريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أو ضمننت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان ، والاولى أنه لا يصح لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ ييم آخر ، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره لم يصح لما ذكرنا (فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين براءة الآخران لما ذكرنا في الضمان

أو الضمان ان يتكفل المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره صح لما ذكرنا .

(مسئلة) (الا برضا الكفيل وفي رضا المكفول به وجهان)

يبرر رضى الكفيل في صحة الكفالة لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاء ، ولا يبرر رضا المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه كالتشاهدة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يبرر رضاه فيها كالتذر فأما رضا المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يبرر كالتضامن (والثاني) يبرر وهو مذهب القاضي لان مقصودها احضاره فاذا تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولانه يجعل نفسه حقا عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو أقره الدين وقارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه

(مسئلة) (ومتى أحضره وسلمه براءة الا ان يحضره قبل الاجل وفي قبضه ضرر)

وجهة ذلك ان الكفالة تصح حالة ومؤجلة كالتضامن فان أطلق انصرف الى الحلول لان كل عقد يدخله الحلول اذا أطلق اقتضى الحلول كالتفن والضمان فاذا تكفل حالاً كان له مطالبة باحضاره فان احضره وهناك يدعائه ظالمه لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه ، وان لم تكن يدعائه لزمه قبوله فان قبله براءة من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفايته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المقود عليه كالأجارة فان امتنع من تسلمه براءة لانه أحضره بما يجب تسليمه عند غرضه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالمسلم فيه وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه أشهد على ابتاعه رجلين وبريء لانه

وان سلم المكفول به نفسه بريء كقبلاه لانه أني بما يلزم الكفيلين وهو احضار نفسه فبرئت ذمتها كما لو قضى الدين وان أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدي الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تحمل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انكأ أحد الرهنين من غير قضاء الحق ، وفارق ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لهما فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء فرطاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته ولذلك لو أبرىء المكفول به بريء كقبلاه ولو أبرىء أحد الكفيلين بريء وحده دون صاحبه

فصل ولو تكفل واحد لاثنتين فأبراه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر لان عقد الواحد مع الاثنتين بمنزلة المقدين فقد ألزم احضاره عند كل واحد منهما فاذا أحضره عند واحد بريء منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه (فصل) وتفترق صحة الكفالة الى رضی الكفيل لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ولا يعتبر رضی المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة ولانها ألزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر ، فأما رضاه المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالإضمان

فصل ما وقع المقدم على نفسه فبرىء منه ، وقال القاضي برفعه الى الحاكم فيسلمه اليه فان لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على احضاره ، وامتناع المكفول له من قبوله والاوّل أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزم دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره ، وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم احضاره قبل الاجل كالدين المؤجل فاذا حل الاجل فأحضره وسلمه بريء فان أحضر قبل الاجل ولا ضرر في تسلمه لزمه ، وان كان فيه ضرر مثل أن تكون حجة الغرم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم والدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالنظر في تلك المدة لم يلزمه قبوله كن سلسل المسط فيه قبل عمله أو في غير مكانه .

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليبه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة ، وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال القاضي ان أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض اصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل إذا أحضره فيه والا بريء كقولنا فيما إذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا

ولنا أنه سلم ما شرط تسليبه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو أحضر المسط فيه في غير الموضع الذي يشرطه ولانه قد يسلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لثبته شهوده او غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه ويخارق ما اذا سلمه قبل الاجل فانه مجمل الحق قبل أجله فزاده خيراً فتم لم

(والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لأن مقصودها احضارها وان تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولأنه يجعل لنفسه حقا عاياه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يحز كما لو لزمه الدين، وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه، وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة باذنه فأراد الكفيل احضاره لزمه الحضور معه لأنه شغل ذمته من أجله باذنه فكان عليه تخليصها كما لو استأجر عبده فرفضه باذنه كان عليه تخليصه اذا طلبه سيده، وان كانت الكفالة بغير اذنه نظرنا فان طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه لأن حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في طلبه وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه لأنه لم يشغل ذمته وإنما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يحز أن يثبت له بذلك حق على غيره، وان قال المكفول له احضر كفيك كان توكيلا في احضاره ولزمه أن يحضر معه كما لو وكل أجنبيا وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الاول، ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا فلا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للباشر دون الآخر لأنه كفل باختيار نفسه وإنما الامر ارشاد وحث على فعل خير فلم يلزمه به شيء.

يكن ضرر وجب قبوله فان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالمسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به محبوساً لأن ذلك الحبس يمنه استيفاء حقه وان كان محبوساً عند الحاكم سلمه اليه محبوساً لزمه تسليمه لأن حبس الحاكم لا يمنه استيفاء حقه واذا طالب الحاكم باحضاره احضره وحكم بينهما ثم برده الى الحبس فان توجه عليه حق للمكفول به حبسه بالحق الاول وحق المكفول له

(مسئلة) (وان مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه بريد الكفيل) اذا مات المكفول به بريد الكفيل وسقطت الكفالة، وبه قال شريح والشعبي وحاجد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا يسقط وبطالب بما عليه وهو قول الحكم ومالك والليث وحكي عن ابن شريح لأن الكفيل وثيقة بحق فاذا تضررت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالأرهن ولأنه تضرر احضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا ان الحضور سقط عن المكفول به بريد الكفيل كما لو بريد من الدين ولأن ما ألزمه من أجله سقط عن الاصل بريد الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه، وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه وفارق الأرهن فإنه غلق به المال فاستوفى منه وكذلك الحكم ان تلفت المكفول بها بفعل الله تعالى وان سلم المكفول به نفسه بريد الكفيل لأنه أتى بما يلزم الكفيل لاجله وهو احضار نفسه فبرئت ذمته كما لو قضى الدين

(فصل) واذا قال الكفيل فد بريد المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن

﴿ مثله ﴾ قال (فان مات بريء المتكفل)

وجتته أنه اذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء . وهذا قال شرح والعيني
وحامد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي ، وقال الحكم ومالك والليث يجب على الكفيل غرم ماعليه .
وحكي ذلك عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تمذرت من جهة من عليه الدين استوفي من
الوثيقة كالرهن ولأنه تمذر إحضاره فلزم كفيه ماعليه كما لو غاب

ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به بريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما ألزمه
من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه وفارق
ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه وبفارق الرهن فانه علق به المال فاستوفي منه

(فصل) اذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن عليه
دين حين كفله فأنكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه

عليه دين حين كفله فانكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه الدين
فان نكل نفي عليه ، ويحتمل أن لا يستحلف فيها اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل
مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاوّل أولى لان مادعاه محتمل
(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فسقط باسقاطه

كالدين ، وان قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوقاه الحق فهو كما لو اعترف
بذلك في الضمان وكذلك اذا قال له برئت من الدين الذي كفلت به ، وبرأ الكفيل في هذه المواضع دون
المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق فيها اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به والاوّل أصح لانه
يمكن براءته بدون قبض الحق بإبراء المستحق أو موت المكفول به فلما ان قال للمكفول به أبرأتك
عما لي قبلك من الحق أو برئت من الدين الذي قبلك فانه ببرأ من الحق وتزول الكفالة لانه
لفظ يقتضي السوم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وكفيه

(مسئلة) (وان تمذر احضاره مع بقاءه لزم الكفيل الدين أو عوض الدين)

مضى تمذر إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ماعليه وقال أكثرهم لا غرم عليه
ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » ولانه أحد نوعي الكفالة فوجب على
الغرم كالكفالة بالمال

(مسئلة) (وان غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره فان تمذر احضاره ضمن ماعليه)
اذا غاب المكفول به أو ارتد ولحق بدار الحرب لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي
فيه واعادته وقال ابن شبرمة يجبس في الحال لان الحق قد توجه عليه . ولنا أن الحق يعتبر في وجوب

اليمين فان نكل قضي عليه ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص مترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان مادماه محتمل

(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل ابرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فيسقط باسقاطه كالدين وإن قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه مترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به ، ويرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقراراً بقبض الحق وهذا قول محمد بن الحسن، وقيل يكون اقراراً بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به، والاول أصح لانه يمكن براءته بدون قبض الحق بابراء المستحق أو موت المكفول به، فأما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من الحق أو برئت

ادائه امكان التسليم وان كان حالاً كالدين فاذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره أو كانت الذية منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع امكاله أخذ بما عليه وقال أصحاب الشافعي ان كانت الذية منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللتنا على وجوب الغرم في المسئلة التي قبلها

(فصل) وان كفل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة وهذا قول الشافعي لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جهه الى الحصاد والحذاذ والمطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والاولى صحته ههنا لانه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالتذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة، وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفل رجلاً وقال ان جئت به في وقت كذا والا فاعليه علي فقال لا أدري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه، قضى على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسا أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه ، فأما ان قال وقت طلوع الشمس أو نحو ذلك صح وان قال الى الفصد او إلى شهر كذا تعلق بأوله علي ما ذكرنا في السلم. فان تكفل برجل الى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعلق الضمان بخاطر فلم يصح كما لو علقه بقدم زيد

ونان هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلت حبسي، ومبنى هذا الخلاف مهنا على الخلاف في ان هذا مقتضى الكفالة وقد دللتنا عليه

(مسئلة) (واذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك ان كانت الكفالة بأذنه أو طالبه صاحب الحق باحضاره والا فلا اذا كفل رجلاً بأذنه فأراد احضاره ليس له الى المكفول له لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من

من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفيل به فلان بريء وبريء كفيله

(فصل) واذا كان لذي على ذي خسر فكفيل به ذي آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه بريء الكفيل والمكفول عنه وقال أبو حنيفة اذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ويلزمهما قيمة الخمر لانه كان واجبا ولم يوجد اسقاط ولا استيفاء ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه فبقي بحاله ولنا أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر كما لو كان مسلما قبل الكفالة واذا برىء المكفول به بريء كفيله كما لو أدى الدين أو أبرأه منه ولانه لو أسلم المكفول له برئا جميعا وكذلك اذا أسلم المكفول به وان أسلم الكفيل وحده بريء من الكفالة لانه لا يجوز وجوب الخمر عليه وهو مسلم

(فصل) فاذا قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الآمر ولم يكن له ذلك كفالة ولا ضمانا الا أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له لان العادة أنه يستعرض من خليطه

أجله باذنه فلزمه تخليصها كما لو استمار عبده فرهنه باذنه فان عليه تخليصه اذا طلبه سيده ، وان كانت بنير اذنه فان طلبه المكفول له لزمه الحضور لان حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في ذلك وان لم يطالبه المكفول له لم يلزمه الحضور لانه لم يشغل ذمته وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال له المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه ان يحضر معه كما لو وكل غيره وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الاول واحتمل ان يكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا ولا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للباشر دون الآمر لانه كفيل باختيار نفسه وانما الآمر ارشاد وحث على فعل خير فلا يلزمه به شيء (فصل) ولو قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الآمر ولم يكن ذلك كفالة ولا ضمانا الا

أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له ولنا انه لم يقل أعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال اعط فلانا حيث يلزمه لانه لم يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداءه

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين بريء الآخر لما ذكرنا في الضمان وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلاه وان احضره أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقين انحلت من غير استيفاء فلم تتحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق بخلاف ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لها فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء كفيلاه لانها فرعاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته وكذلك لو أبرأ المكفول به بريء كفيلاه ولو أبرىء أحد الكفيلين وحده لم يبرأ الآخر

وإنما أنه لم يقل أعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطاً ولا يلزم إذا كان له عليه مال فقال أعطه فلانا حيث يلزمه لأنه لا يلزمه لاجل هذا القول بل لأن عليه حفا يلزمه أداؤه

(فصل) إذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع خفيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لأنه ألتف مال نفسه باختياره من غير ضمان، فإن قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لأنه لا يكرهه على إلقائه ولا ضمن له، وإن قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل ضمانه ذكره أبو بكر لأن ضمان مالم يجب صحيح وإن قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضمانه له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده إلا أن يتطوع بقتيمهم قال القاضي إن كان ضمان اشتراك فليس عليه إلا ضمان حصته لأنه لم يضمن الجميع إنما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمته حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وإن كان ضمان اشتراك وانفراد بان بقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا: سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيالين كل واحد منهما كفيال ضامن فأبها شاه أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قلت فإن مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الألف

(مسئلة) (ولو تكفل واحد غريمي لأبني فأبراه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر) لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فقد ألزم احضاره عن كل واحد منهما فإذا أحضره عند أحدهما بريء منه كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه

(فصل) وإذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع خفيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لأنه ألتف مال نفسه باختياره من غير ضمان، وإن قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لأنه لم يكرهه ولا ضمن له فإن قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان ذكره أبو بكر لأن ضمان مالم يجب صحيح، وإن قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضمانه له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده إلا أن يتطوع بقتيمهم، وقال القاضي إن كان ضمان اشتراك فليس عليه إلا ضمان حصته لأنه لم يضمن الجميع إنما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمه حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وإن كان ضمان اشتراك وانفراد بان بقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيالين كل واحد منهما كفيال ضامن فأبها شاه أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قال فإن مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الألف

كتاب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال الله تعالى (وان كثيرا من الخطاء ليعني بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وتقبل مآثمهم) والخطاء هم الشركاء ومن السنة ما روي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهما أن ما كان بنقد فأجزوه وما كان لنسيئة فردوه، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يقول الله أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبيها إن شاء الله تعالى، والشركة على ضربين شركة املاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود وهي أنواع خمسة شركة العنان، والابدان، والوجوه والمضاربة، والمفاوضة، ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه

باب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله (سبعاهم وتعالى فهم شركاء في الثلث) وقال تعالى (وان كثيرا من الخطاء ليعني بعضهم على بعض) الآية والخطاء هم الشركاء، ومن السنة ما روي ان البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجزوه وما كان لنسيئة فردوه . وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يقول الله عز وجل أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبيها إن شاء الله تعالى ، والشركة نومان شركة املاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود

(مسئلة) (وهي على خمسة أضرب أحدها شركة العنان والثاني شركة المضاربة وشركة الوجوه وشركة الابدان وشركة المفاوضة ، ولا يصح شيء منها الا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون

ويكون هو الذي يلبه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم ولنا ما روى الحلال باسناده عن عطاء قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الثراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا متفق فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علة بكونهم يربون كذلك رواء الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس انه قال : لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا مجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم وهم لا يحتاجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عندهم يهودي على شمبر أخذته لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى اليسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم ما ليس بطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولو هم يبيعها وخذوا أمانها فاما ما يشتره أو يبيعه من الحمر بما لا يشتره أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه ما لو اشترى به مينة أو عامل بالربا وما خفي أمره

هو الذي يلبه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم ولنا ما روى الحلال باسناده عن عطاء قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الثراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا متفق فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علة بكونهم يربون كذلك رواء الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا مجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم ينتشر بينهم وهم لا يحتاجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عندهم يهودي على شمبر أخذته لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى اليسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم الا الطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر رضي الله عنه ولو هم يبيعها وخذوا أمانها فاما ما يشتره أو يبيعه من الحمر بما لا يشتره أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه شراء المينة والمعامة بالربا وما خفي أمره ولم يدلم فهو مباح

فلم يعلم فالاصل اباخته وحله، فاما المجوسي فان احدى كره مشاركته ومعاملته قال ما أحب مخالطته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا قال حنبل قال عمي لا يشاركه ولا تضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته وإن فعل صح لان تصرفه صحيح

(مسئلة) قال (وشركة الابدان جائزة)

مضى شركة الابدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فإرزق الله تعالى فهو بينهم فان اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كاللحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز لمن عليه احدى في رواية أبي طالب فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والنقابين والخالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمر وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بشيء ، وفسر احدى صفة الشركة في الفرية فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان الفائل يختص به دون الغامين وهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالأحشاش والاعتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

الاصل فاما المجوسي فان احدى كره مشاركته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا قال حنبل قال عمي لا يشاركه ولا يضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته فان فعل صح لان تصرفه صحيح

(فصل) وشركة العنان أن يشترك اثنان بما لهما ليعملا فيه يديهما ويربحه لهما فينفذ تصرف كل واحد منهما فيما يحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر وانما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها بهذا الاسم فقيل سميت بذلك لانها يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسهما وتساويا في السير فان عنائهما يسكونان سواء وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال عنيت الي حاجبها اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه وقيل هي مشتقة من العانة وهي المعارضة يقال طانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وأعماله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأعماله وهذا يرجع الى قول الفراء

(مسئلة) (ولا تصح الا بشرطين أحدهما ان يكون رأس المال دراهم او دنانير)

ولا خلاف في أنه يجوز أن يحمل رأس المال دراهم أو دنانير اذا كانت غير متعوشة لانها قيم الاموال وأمان البياعات والناس يشتركون فيها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى زمننا هذا من غير نكير (فصل) ولا تصح بالعروض في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب

ولنا ما روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله قال : اشتركتنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أحيي . أنا وعمار بشيء . وجاء سعد بأسيرين ، ومثل هذا لا يفتني على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أقرم عليه وقال احمد اشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم ، فان قيل فالغنائم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان له أن يبدفها إلى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا ؟ قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أخذ شيئاً فهو له » فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق إلى أخذ شيء . فهو له ويجوز ان يكون شرك بينهم فيها بغيره من الاسلاب والتفل الا أن الاول أصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أحيي . أنا وعمار بشيء . وأما الثاني فان الله تعالى انما جعل النسيئة تبييه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأنزله الله تعالى (يسئلونك عن الاثقال قل الاثقال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ، وبدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم يخل إما ان يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أو لم يباحها لهم فكيف يشتركون في شيء . لغيرهم ؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لانهم اشتركوا في مباح وفيها ليس بصناعة وهو يمنع ذلك ولان السمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كلال ، وعلى أبي حنيفة

وحكاه عنه ابن المنذر وكره ذلك يحيى بن أبي كثير وابن سيرين والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أمثلتها : لا يجوز وقوعها على أمثلتها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو مثله وهذه لا مثل لها فيرجع عليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمتها فيؤدي إلى أن يشاركه في ثمن ملكه الذي ليس بربح ، ولا على قيمتها لان القيمة غير متعقبة القدر فيقتضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحدهما قبل يمه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له ، ولا يجوز وقوعها على أمثلتها لانها معدومة حال العقد ولا يملكها لأنه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع وان أراد ثمنها الذي يبيعها به فلها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان وهذا لا يجوز ، وقبه رواية أخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد قال أحد اذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمنازع فقال جائز فظاهر هذا صحة الشركة بها اختاره أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طائوس والاوزاعي وحماد بن ابي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفها في الماين جيباً وكون ربح الماين بينهما وهو حاصل في العروض كحصوله في الايمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالاعان ويرجع

أنها اشتركتا في مكسب مباح فصح كالأشتركتا في الخياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فانه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله (فصل) وتصح شركة الابدان مع اتفاق الصانع فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب لا تصح وهو قول مالك لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ويطلب به كل واحد منهما فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صانعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطلب بما لا قدرة له عليه ؟ وقال القاضي تصح الشركة لأنها اشتركتا في مكسب مباح فصح كالأشتركتا في الصنائع ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحقق فيها من الآخر فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك اذا اختلفت الصانعتان، وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه فالقاضي يحتل أن لا يلزمه ذلك لأنها كالوكيلين بدليل صحتهما في المباح ولا ضمان فيها وإن قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بسمله ، وبدل على صحة هذا أنه لو قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل صحة الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه (فصل) وإذا قال أحدهما انا أتقبل وأنت تعمل والأجرة ينسب وينك صحة الشركة وقال زفر لا تصح ولا يستحق العامل المسمى وإنما له اجرة المثل

كل واحد منهما عند المفاضلة بقيمة ماله عند المقد كما اتا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال اشبهت التقود ويرجع عند المفاضلة بمثلها وان لم تكن من ذوات الامثال لم يجز وجهاً واحداً لأنه لا يمكن الرجوع بمثلها، ووجه الاول انه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة فانه سلم ان المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولاها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له

(مسئلة) (وهل تصح بالمشوش والفلوس؟ على وجهين)

اختلف اصحابنا في الشركة بالمشوش من الأمان هل تصح ؟ على وجهين (أحدهما) لا تصح سواء قل الفس أو كثر وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة ان كان الفس اقل من النصف جاز وان كثر لم يجز لان الاعتبار بالغالب في كثير من الاصول

ولنا انها مشوشة شبه مالهو كان الفس أكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب لا يصح فان الفضة اذا كانت اقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا ان يكون الفس قليلاً لمصاحبة النقد. كسب الفضة في الدينار كالحبة ونحوها فلا اعتبار به لانه لا يمكن اتعزز منه ولا يؤثر في ربا ولا غيره (والثاني) أن الشركة تصح بناء على صحة الشركة في العروض وقد ذكرنا ذلك ، وحكم الفترة في الشركة بها كالحكم في العروض لان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت (المتنى والشرح الكبير) (١٥) (الجزء الخامس)

ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل بوجب الضمان على التقبل ويستحق به الربح فصار كتقبه المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزله منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح ويجوز تفاضلهما في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة، والمستأجر دفعا إلى كل واحد منها وإلى ايها دفعا يرى منها وان تلفت في يد احدهما من غير تفریط فهي من ضمانها سماً لانهما كالتوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منها من الاعمال فهو من ضمانها يطالب به كل واحد منها ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تنفقد الاعلى الضمان ولا شيء فيها تنفقد عليه الشركة حال الضمان فكانت الشركة تضمنت ضمان كل واحد منها عن الآخر ما يلزمه وقال القاضي يحتمل ان لا يلزم احدهما بالآخر لما ذكرنا من قبل، وما يتلف بمدي احدهما او تفریطه او تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده، وإن أقر احدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لان البدل له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بد من عاينه لانه لا بد له على ذلك (فصل) وان عمل احدهما دون صاحبه فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه احد في رواية اسحاق بن هانيء وقد سئل عن الرجلين بشركان في عمل الابدان فبأني احدهما بشيء ولا يأتي الاخر

العروض، ولا تصح الشركة بالفلوس وبه قال ابو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك، ويخرج الجواز اذا كانت نافقة فان احد قال لا ارى السلم في الفلوس لانه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وابي ثور لانها ممن فاشبهت الدراهم والدنانير، وفيه وجه آخر ان الشركة تجوز بها على كل حال وان لم تكن نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الاول انها تنفق مرة وتكسد اخرى فاشبهت العروض فاذا قلنا بصحة الشركة بها فانها ان كانت نافقة كان رأس المال مثلها وان كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا ولا جزافاً لانه لا بد من الرجوع به عند المفاضلة ولا يمكن مع الجهل به ولا يجوز بمال غائب ولا دين لانه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

﴿مسئلة﴾ (الشرط الثاني أن بشرط لكل واحد منها جزءا من الربح مشاعاً معلوماً كالنصف والثالث والربيع)

لانها أحد أنواع الشركة فاشترط علم نصيب كل واحد منها من الربح كالمضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطاه سواء شرطاً لكل واحد منها على قدر ماله من الربح أو أقل أو أكثر لان العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة وقد يتفاضلان فيه بقوة أحدهما وحذقه فجاز ان يجعل له حظاً

بشيء قال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين واخفق الاخران ولان العمل مضمون عليهما معاً وبضاهما له وجبت الاجرة فيكون لها كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقتصر له ثوباً فاستعان القصار بانسان فقتصر معه كانت الاجرة للقصار والمستأجر كذا هنا وسواء ترك العمل لمرض أو غيره فان طالب احدهما الآخر ان يعمل معه او يقم مقامه من يعمل فله ذلك فان امتنع فللاخر الفسخ، ويحتمل انه متى ترك العمل من غير عذر ان لا يشارك صاحبه في اجرة ما عمله دونه لانه انما شاركه ليعملا جميعاً فاذا ترك احدهما العمل فإولى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وانما احتل ذلك فيما إذا ترك احدهما العمل لعذر لانه لا يمكن التعرض منه

(فصل) فان اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجراها فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صح فاذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمهما ثم حملاه على البهيمن او غيرهما صح والأجرة بينهما على ما شرطاه لأن تقبلهما الحمل اثبت الضمان في ذمتهما ولهما ان يحملا بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة اللجوء، وإن اجراهما بأعينهما على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة ولكل واحد منهما أجر دابته لانه لم يحدد ضمان الحمل في ذمهما وانما استحق المشتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تفسخ الاجارة بموت الدابة

من الربح كالمضارب وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالكين لان الربح في هذه الشركة يبيع للمالك فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضل في الربح مع وجود العمل منها كالمضاربين لرجل واحد، وذلك أن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز أن يشترط له زيادة في الربح في مقابلة عمل المضارب، وفارق الوضيعة فانها لا تتعلق إلا بالمالك بدليل المضاربة

(مسئلة) (وان قالوا الربح يتنا فهو بينهما نصفين) لان إضافته اليها اضافة واحدة من غير ترجيح فاقضى التسوية كقوله هذه الدار بيني وبينك وكذلك في المضاربة اذا قالوا الربح يتنا

(مسئلة) (فان لم يذكر الربح لم يصح كالمضاربة) لانه المقصود من الشركة فلا يجوز الاخلال به فعمل هذا يكون الربح بينهما على قدر المالكين

(مسئلة) (وان شرطاً لاحدهما جزءاً مجهولاً لم يصح)

لان الجهالة تمنع تسليم الواجب ولان الربح هو المقصود في الشركة فلم يصح مع الجهالة كالتفنن والاجرة في الاجارة، وإن قال لك مثل ما شرط لفلان وهما يدلان صح وان جهلاء أو أحدهما لم يصح كالتفنن في البيع

التي اكرتاما ولان الشركة اما أن تنفقد على الضمان في ذمهما او على عملها وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذمهما ضمان ولا عملا بأبدانها ما يجب الاجر في مقابلته، ولان الشركة تنضم الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح، ولهذا لو قال اجر عبدك وتكون اجرته بيني وبينك لم تصح كما لو قال بع عبدك وئنه ينشأ لم يصح ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانها فان اطان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له اجر مثله لأنها منافع وفاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لفصا اداة ولا آخر بيت فاشتركا على ان يعمل بأداة هذا في بيت هذا ولا كسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقمت على عملها والصل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يشتملان في العمل المشترك فصارا كاللدايين اللتين أجزاهما لحمل الشيء الذي تقبلتا حمله، وان فسدت الشركة قسم ما حصل لهما على قدر اجر عملها واجر الدار والآلة وان كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء او لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فالحق على ان يعمل بالآلة او في البيت والاجرة بينهما جاز لا ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يربزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفاً شرطاً صح نص عليه في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي ما يدل على هذا، وكره ذلك الحسن والنخعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر واصحاب

(مسئلة) (وان شرطاً لأحدهما في الشركة والمضاربة دراهم معلومة أو ربح أحد الثوبين لم يصح) وجملة أنه متى جعل لضيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يجعل لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال القراض اذا جعل أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة، وبه قال مالك وأبو ثور والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، والجواب فيما إذا قال لك نصف الربح الا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة، وانما لم يصح لاهم بن (أحدهما) أنه اذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل ان لا يربحها فيأخذ من رأس المال وقد يربح كثيراً فيستغنى من شرطت له الدرهم (الثاني) ان حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تندر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الاجزاء فسدت كما لو جعل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به ولان التعامل في المضاربة متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما تواتى في طلب الربح لعدم قائمته منه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما اذا شرط له جزء من الربح.

(فصل) وكذلك الحكم اذا شرط لأحدهما ربح أحد الثوبين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه لانه قد يربح في ذلك المدين دون غيره فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وان دفع اليه ألفاً مضاربة وقال لك ربح نصفه لم يجوز وهذا قال الشافعي

الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لان الحمل الذي يستحق به الموضع منها ولعامل أجر مثله لان هذا ليس من أقسام الشركة إلا ان ندون المضاربة ولا تصح المضاربة بالمعروض ولان المضاربة تكون بالتجارة في الاعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالئها ، وقال القاضي يخرج ان لا يصح بناء على أن المضاربة بالمعروض لا تصح ، فعلى هذا إن كان اجر الدابة بينها فالاجر للمالك وان قبل حمل شيء فحمله عليها او حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالاجر والنعم له وعليه اجره مثلاً للمالك ولنا أنها عين تسمى بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض عاينها كالدرهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والارض في المزارعة وقولهم إنه ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا : نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فانه دفع العين المال إلى من يعمل عليها ببعض عاينها مع بقاء عينها وهذا يتبين أن يخرجها على المضاربة بالمعروض فاسد فان المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في ربة المال وهذا بخلافه ، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف ما رزقه الله تعالى أو ثلثه جاز ، ولا أرى لهذا وجهاً فان الاجارة بشرط لصحتها العمل بالمعروض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولان هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد

وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز كما لو قال لك نصف ربحه ولان ربح نصفه هو نصف ربحه ، ووجه الاول أنه شرط لاحدهما ربح بعض المال دون بعض فلم يجز كما لو قال لك ربح هذه الحميئة ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فانه لا يؤدي الى انفراجه بربح شيء من المال

مسئلة (وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة) قياساً على الشركة

مسئلة (اولاً بشرط أن يخلط المالكين ولا أن يكونا من جنس واحد)

لا يشترط اختلاط المالكين في شركة العنان اذا عيناها أو احضراهما وبه قال أبو حنيفة ومالك إلا أن مالكاً شرط أن تكون أيديهما عليه بان يجعلاه في حانوتها أو في يدوكليها وقال الشافعي لا يصح حتى يخلط المالكين لانهما إذا لم يخلطهما قال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه ويزيد له دون صاحبه فلم تنفد الشركة كما لو كان من المسكيل

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولانه عقد على التصرف فلم يشترط فيه خلط المال كالوكالة ولنا على مالك فلم يكن من شرطه ان تكون أيديهما عليه كالوكالة وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لان الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما ، وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالكين فهو من ضمان صاحبه

بالاجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار احمد إلى ما يدل على تشبيهه مثل هذا بالمزارعة فقال: لا بأس بالتوب بدفع الثلث والرابع لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خبير على الشطر وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة ولا إلى الاجارة ونقل ابو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الفئيمة أرجو أن لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله إذا كان على النصف والرابع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل احمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو ربه فجائز، والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة، وإن دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قصاناً بينهما وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب، وإن دفع غزلاً إلى رجل يتسجه ثوباً بثلث ثمنه أو ربه جاز نص عليه ولم يجز مالك وأبو حنيفة والشافعي شيئاً من ذلك لأنه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازها، وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز نص عليه، وعنه الجواز، والصحيح الاول، وقال ابو بكر هذا قول قديم وماروي غير هذا فعليه المتمد، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يقول لا بأس بالتوب بدفع الثلث والربع وستل عن الرجل يعطي التوب بالثلث ودرهم ودرهمين قال أكرهه لأن هذا شيء لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء راء جائزاً لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خبير على الشطر قيل لابي عبد الله فإن كان النسيج لا يرضى حتى زاد على الثلث درهماً قال فليجعل له ثلثاً

ولنا أن الوضيمة والضمان احد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكالو اختلطاً (فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دينار نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين، وقال الشافعي لا تصح الشركة الا ان يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالكين شرط ولا يمكن الا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك ولنا انها من جنس الأمان فصحت الشركة فيما كالجنس الواحد، فعلى هذا متى تفاضلا ربح هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه احمد وقال كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي متى أواد المفاضلة قوما المتباع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه ولنا ان هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الايمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحداً.

(فصل) ولا يشترط تساوي المالكين في التقدر وهو قول الحسن والشمسي والنخعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك لأن صاحب المال القليل ان أخذ نصف الربح أخذ مالا يملكه وان أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل بملكه لاستوائهما في العمل ولنا أنها مالان من جنس الايمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا (مسئلة) وما يشترطه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما)

وعشرًا ثلثًا ونصف عشر وما أشبهه، وروى الأثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وأيوب وبسلي بن حكيم أنهم أجازوا ذلك، وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عجيل وقالوا لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينها نصيبين فالصيد كله للصياد ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وقياس ما نقل عن أحمد صفة الشركة وما رزق بينها على ما شرطاه لأنها عين تمي بالعمل فيها فصح دفعها ببعض عاينها كالارض

(فصل) قال ابن عجيل بنى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان وهو أن يعطي الطحان أقمزة معلومة يطحنها بقبز دقيق منها، وعلته المنع أنه جعل له بعض معموله أجرًا لعمه فيعير الطحان مستحقًا له عليه وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته، وقياس قول أحمد جوازه لما ذكرناه عنه من المسائل (فصل) فإن كان لرجل دابة ولآخر أكاف وجوانف فاشتركا على أن يؤجرهما والاجرة بينهما نصفان فهو فاسد لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في مناقعها إذ تقديره أجر دابته لتكون أجرها بينما وأوثر جوائفها لتكون أجرها بينما، وتكون الاجرة كلها لصاحب البهيمة لأنه مالك الاصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لأنه استوفى منافع ملكه بقده، هذا إذا أجزا الدابة بما عليها من الاكاف والجوانف في عقد واحد فأما لو أجز كل واحد منهما ملكه منفردا فلكل واحد منها أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر يتنا فان الاجر لصاحبه وللآخر أجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

شركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما يقدم المال الى صاحبه آمنه وبأذنه له في التصرف وكه ومن شرط صحتها أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فعلى هذا ما يشتره كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما لان العقد وقع على ذلك فاما ما يشتره لنفسه فهو له والقول قوله في ذلك لانه أعلم بنيتة

(مسئلة) وان تلف أحد المالين فهو من ضمانهما اذا خلطا المال وان لم يخلط فكذلك

لان العقد افتضى ان يكون المالان كالمال الواحد فكذلك في الضمان كحال الخلطة وقال أبو حنيفة متى تلف احد المالين فهو من ضمان صاحبه وقد ذكرنا ما يدل على خلافه

(مسئلة) (والوضيعة على قدر المال)

الوضيعة هي الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان متساويا في القدر فالخسران بينهما نصيبين وان يكن اثلاثا، فالوضيعة اثلاثا قال شيخنا لا نعلم في ذلك خلافا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيها في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك او لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به او غير ذلك، والوضيعة في المضاربة على المال خاصة لاشيء على العامل منها لان الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو

(فصل) فان اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول أحمد فانه قد نص في الدابة يذهبها الى آخر يعمل عليها على أن لها الاجرة على الصحة وهذا مثله لانه دفرد ابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تسمى بالعمل عليها فهي كالهيبة فعل هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولا يها وكلا العامل في كسب مباح بالة دفهاها اليه فأشبه ما لو دفع اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحى ومن آخر بطل ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي المقدم فاسد في المستلثين جريا وهو ظاهر قول الشافعي لان هنا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالها العروض ولان من شرطها عود رأس المال سلبا بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكامله والراوية هنا تخلق وتقص، ولا اجارة لأنها تقتصر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما عرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فتمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبه اجر المثل لانه استعمل ملكها بموضع لم يسلم لها فكان لها اجر المثل كعائر الاجارات الفاسدة، وأما في المسئلة الثانية فاتهم إذا طحنوا لرجل طعاما بأجرة نظرت في عقد

عخص بملك ربه لا شيء فيه للعامل فيكون تقصه من ماله دون غيره وأما يشتركان فيها يحصل من التنازل فأشبه المساقاة والزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيها يحدث من الزرع والخمر وان تلف الشجر أو هلك شيء من الارض يفرق أو غيره لم يكن على العامل شيء

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وبيجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشترى ويقبض ويقبض ويطالب بالدين ويخاصم فيه ويحيل ويحتال ويرد بالعيب ويفر به ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما) ويجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشترى مساومة ومراجعة وتولية ومواضمة كيف رأى المصلحة لان هذه مادة التجار، وله ان يقبض المبيع والنهن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالنصيب فيما يليه أو وليه صاحبه، وأنه ان يقر به كما يقبل اقرار الوكيل بالعيب على موكله نص عليه أحمد وكذلك ان أقر بالنهن أو بضمه او اجرة المنادي أو الحمال لان هذا من توابع التجارة فهو كتسليم المبيع واداء ثمنه، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة. بمطلق الشركة لان مبنها على الوكالة والامانة على ما ذكرنا، فيتصرف كل واحد منها في المالاين بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، في الافالة وجهان أصحهما انه لا يملكها لانها ان كانت يباعا فقد أذن له فيه وان كانت فسخاً ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة فذلك كالرد بالعيب والآخرا يملكها لأنها قد دخلت فلا يدخل في الاذن في التجارة وله ان يستأجر من مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت بحري الاعيان فصار كالشراء والبيع وله المطالبة بالاجر لها وعابها لان حقوق المقدم لا تختص المقدم

الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نوام فالأجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا فالاجر بينهم ارباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طعن ربه بربع الاجر ويرجع كل واحد منهم على أصحابه ربع أجر مثله ، وان قال استأجرت هذا الدكان والبئيل والرحى وهذا الرجل بكذا وكذا لطحن كذا وكذا من الطعام صح والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجوه وفي الآخر يكون بينهم ارباعا بناء على ما اذا تزوج اربعا بهم واحد أو كاتب أربعة أعبد بموض واحد هل يكون الموض ارباعا أو على قدر قيمتهم ؟ على وجهين .

(مسئلة) قال (وان اشترك بدنان بمال احدهما أو بدنان بمال غيرها أو بدن ومال أو مالان وبدن صاحب أحدهما أو بدنان بمالها تسارى المال أو اختلف فكل ذلك جائز) ذكر أصحابنا الشركة الجائزة اربعا وقد ذكرنا نوعا منها وهو شركة الابدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الحرقى في خمسة أقسام (ثلاثة منها المضاربة) وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال

(فصل) فان ردت السلعة عليه بيب فله ان يقبلها وان يعطي أرض العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لان ذلك قد يكون أحظ من الرد

(مسئلة) (وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يزوجه ولا يستق على مال ولا غيره لان الشركة انعقدت على التجارة وليست هذه الاشياء تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ولا يهب ولا يقرض ولا يحاي لان ذلك ليس بتجارة

(مسئلة) (ولا يضارب بمال ولا يأخذ به سفنجة ولا يعطيها الا بأذن شريكه)

ليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يفضه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقا ويستحق ربحه لغيره وليس له ان يحاط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن إيجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ، وليس له ان يأخذ بمال سفنجة ولا يعطيها لان فيه خطرا فان أذن شريكه في ذلك جاز لانه بصير من التجارة المأذون فيها ، ومعنى قوله يأخذ به سفنجة أنه يدفع الى السان شيئا من مال الشركة ويأخذ منه كتابا الى بلد آخر ليستوفي منه ذلك المال ، ومعنى قوله يعطيها أنه يأخذ من إنسان بضاعة ويعطيها بمن ذلك كتابا الى بلد آخر ليستوفي ذلك منه فلا يجوز لان فيه خطرا على المال

(مسئلة) (وهل له أن يودع أو يبيع لسانه أو يضع أو يوكل فيما يتولى مثله بنفسه أو يرهن أو يرهن ؟ على وجهين)

أومالان وبدن صاحب أحدهما (وقسم منها شركة الوجوه) وهو إذا اشترك بدنان مال غيرهما فقال القاضي معنى هذا القسم أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في الربح مال غيرهما إلا إذا اخذا المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما وهذا محتمل والذي قلناه وجهه أن كونهما اشتركا فيما بأخذان من مال غيرهما واخترنا هذا التفسير لأن كلام الحرفي بهذا التقدير يكون جازماً لآل أنواع الشركة الصحيحة وعلى تفسير القاضي يكون مخالفاً لآل منها وهي شركة الوجوه ويكون هذا المذكور نوعاً من المضاربة ، ولأن الحرفي ذكر الشركة بين اثنين وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة وهو خلاف ظاهر قول الحرفي (واقسم الخامس) إذا اشترك بدنان بمالهم وهذه شركة الضمان وهي شركة منققة عليها فأما شركة الوجوه فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو ثلثاً أو رابعاً أو نحو ذلك ويديمان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما فهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتره أو قدره أو وقته أو ذكر صنف المال أولم يبين شيئاً من ذلك بل قال ما اشترت من شيء فهو لثنا ، قال أحمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رؤوس أموالهما على أن ما يشتره كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قاله الثوري ومحمد بن الحسين وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صفاً من الثياب وقال مالك والشافعي بشرط ذكر شرائط الوكالة لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شرائط الوكالة

اختلفت الرواية في الإيداع والابضاع على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عادة التجار وقد تدعوا الحاجة إلى الإيداع (والثانية) لا يجوز لأنه ليس من الشركة وفيه غرر ، والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المئاع إلى الحمل ، وهل له أن يبيع نساء ؟ يخرج على الروايتين في الوكيل والمضارب (أحدهما) له ذلك لأنه عادة التجار والربح فيه أكثر (والأخرى) لا يجوز لأن فيه تعريضاً بالمال ، فإن اشترى شيئاً بقدر عنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى شيئاً من ذوات الأمتال وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة وبيعها له وضمانه عليه لأنه استدأه على مال الشركة وأيسر له ذلك لما نذكره ، قال شيخنا والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز لأنه يمكنه أداء الثمن من مال الشركة أشبه ما لو كان عنده نقد ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز عنه وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على وجهين بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بقدر الشركة ما هو أخص منه ودونه لأن التوكيل أخص من عقد الشركة فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله لأن لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل ، وهل لأحدهما أن يرهن أو يرهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين أصحهما أن له ذلك عند الحاجة لأن الرهن يراد للإيفاء والارتهان يراد

وانا أنهما اشتركا في الاتباع واذن كل واحد منهما للأخر فيه فصح وكان ما يتبا يمانه بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا وان سلمنا ذلك فانما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلية في ضمن الشركة فلا يثبت فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فان في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا هنا ، فلي هذا اذا قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان او اطلق الوقت فقال نعم او قال ما اشتريت انا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لانه اذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلا له في شراء النافع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المنافع أو أطلق ، وكذلك اذا قالا ما اشتريناه أو ما اشتراه احدنا من تجارة فهو بيننا فهو شركة صحيحة، وهما في تصرفهما وما يجب لهما وعليهما وفي اقرارهما وخصوصيتها وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل لانه وكيله، وسميت هذه شركة الوجوه لأنها يشتركان فيها بشريان مجاهدا والجاه والوجه واحد يقال فلان وجهه اذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيها) وفي بعض الآثار أن موسى عليه السلام قال يا رب ان كان قد خلق جاهي عندك فاسئلك بحق النبي الامي الذي تبعته في آخر الزمان فأوحى الله تعالى اليه : ما خلق جاهك عندي وانك عندي لوجه.

الوجه هذا لا يمانه
لما في مسئلة حسنة
شركة

للاستيفاء وهو عمك الايفاء والاستيفاء فلك ما يراد لهما، والثاني ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين ان يكون بمن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص المائد فكذلك ما يراد له وهل له السفر؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة

(فصل) فان قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما نفع في التجارة من الابضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخطه بماله والسفر به والابداع والبيع نساء والرهن والارتهان والائالة ونحو ذلك لانه قوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة، فاما التمليك بغير عوض كالهبة والخطيطة لغير فائدة والقرض والعتق ومكاتبه الرقيق ونزويهم ونحوه فليس له فعله لانه انما قوض اليه العدل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(مسئلة) ١ وليس له ان يستدين على مال الشركة فان فعل فهو عليه وربحه له، الا أن يأذن شريكه اذا استدان على مال الشركة لم يجز له ذلك فان فعل فهو له له ربحه وعليه وضيعته، قال أحمد في رواية صالح من استدان في المال بوجهه الفأ فهو له ربحه له والوضيعة عليه، وقال القاضي اذا استقرض شيئاً لزمها وربحه لهما لانه تمليك مال بما لا يشبه الصرف ومنصوص أحمد يخالف هذا لانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي اشترك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم اليها الفأ من ماله، ويفارق الصرف فانه بيع ولابد العين بعين فهو كبير الثياب بالدرهم فان أذن شريكه في ذلك جاز كبقية افعال التجارة المأذون فيها

(فصل) القسم اثنان ان يشترك بدنان بما لهما وهذا النوع الثالث من أنواع الشرك وهي شركة العنان، ومعناها أن يشترك رجلان بما لهما على أن يعمل فيهما بإبدانها والربح بينهما وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر، وأما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان فقبل سميت بذلك لانهما يتساويان في ائمال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسهما وتساويا في السير فان عتائهما يكونان سواء، وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض بقال عنت لي حاجة اذا عرضت تسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له ان يشارك صاحبه، وقبل هي مشتقة من العانة وهي المعارضة يقال عانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وافضاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه ماله وفضاله وهذا يرجع الى قول الفراء

(فصل) ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدرهم والدنانير فلها قيم الاموال وأمان اليامات والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ الى زماننا من غير تكبير، فاما العروض فلا يجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية ابي طالب وحرب وحكام عنه ابن المنذر، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن ابي كثير والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي لان اشركة اما ان تقع على اعيان العروض او قيمتها أو اعيانها: لا يجوز وقوعها على اعيانها لان اشركة تقتضي الرجوع عند المفاعة برأس المال أو مثله وهذه لا مثل لها فيرجع اليه وقد تزيد قيمة جنس احدهما دون الآخر

(مسئلة) (وان اخر حقه من الدين جاز)

اذا كان لهما دين حال فأخر احدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا يجوز لنا انه اسقط حقه من المطالبة فصح ان يفردهما به كالأبراء

(مسئلة) (وان تقاسموا الدين في الذمة لم يصح) نص عليه في رواية حنبل لان الذمة لا تكافأ ولا تعادل والقسمة تقتضي التعديل فاما القسمة بغير تعديل فهي بمنزلة البيع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسموا ثم توى بعض المال رجح الذي توى ماله على الذي لم يتو وبه قال ابن سيرين والتخفي ونقل حرب جواز ذلك لان الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الاعيان وبه قال الحسن واسحاق، فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وهذا اذا كان في ذم فاما في ذمة واحدة فلا يمكن القسمة لان القسمة افراز حق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة

(مسئلة) (وان أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه) لانه تبرع فلزم في حقه دون صاحبه كالصدقة

(مسئلة) (وكذلك ان أقر بمال سواء أقر بين أو دين) لان شريكه انما أذن في التجارة وليس الاقرار داخلا فيها، وقال القاضي يقبل اقراره على مال الشركة لان للشريك أن يشتري من غير أن يسلم الثمن في المجلس فلو لم يقبل اقراره بالثمن لضاقت أموال الناس وامتنعوا من معاملته ولان ذلك مما يحتاج اليه في البيع أشبه الاقرار بالعب

فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمته فيؤدي إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لأن القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يظوم الشيء بأكثر من قيمته ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيده فيشاركه الآخر في العين للملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لأنها معدومة حال المقد ولا يملكها ولأنه إن أراد تخمها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به قلنا تصير شركة مملوكة على شرط وهو بيع الاعيان ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية أخرى إن اشترى من المضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت المقد رأس المال قال أحد إذا اشترى في العروض يقسم الربح على ما اشترط، وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن المضاربة بالمتاع قال جائز، فظاهر هذا صحة الشركة بها، اختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طائوس والأوزاعي وحامد بن أبي سليمان لأن مقصود الشركة جواز تصرفها في المالاين جميعا ويكون ربح المالاين بينهما وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأمان فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفاسدة بقيمة ماله عند المقد كما اتا جملنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي إن كانت العروض من ذوات الامثال كالحبوب والادهان جازت الشركة بها في أحد الوجهين لأنها من ذوات الامثال اشبهت التقود ويرجع عند المفاسدة بثمنها وإن لم تكن من ذوات الامثال لم يجز وجها واحدا لأنه لا يمكن الرجوع بثمنها

(مسئلة) (وعلى كل واحد منهما ان يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وحزم الكيس واحرازه) لأن اطلاق الاذن يحمل على العرف، والعرف ان هذه الامور يتولاه بنفسه (فان استأجر من يفعل ذلك فالاجرة عليه) في ماله لأنه بهذا عوضا عما يلزمه (وما جرت العادة ان يستتب فيه) كحمل المتاع ووزن ما ينقل والنداء (فله ان يستأجر من يفعله) من مال القراض لأنه العرف

(مسئلة) (فان فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين) أحدهما لا يستحقها نص عليه لأنه تبرع بما لم يلزمه فلم يكن له أجر كالأجر التي تستحق على زوجها خادما إذا خدمت نفسها وفيه وجه آخر ان له الاجرة لأنه فعل ما يستحق الاجرة فيه فاستحقها كالأجنبي

(فصل) قال المصنف رضي الله عنه (والشروط في الشركة ضربان صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجر الا في نوع من المتاع أو بلد بينه أولا يبيع الا بتقد معلوم أو لا يسافر بالمال أو لا يبيع إلا من فلان أو لا يشتري إلا من فلان)

فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أولا يعم أو الرجل بما أكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بينه أو سامة بينهما أو مالا يعم وجوده كاليافوت الاحمر والحليل البلق لم يصح لأنه يهوت مقصود الشركة والمضاربة وهو الثقل وطلب الربح فلم يصح كما لو شرط أن لا يبيع ويشتري الا من فلان أو ان لا يبيع الا بثمن ما اشتري به

ولنا أنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثله كالمضاربة وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له (فصل) والحكم في النقرة كالحكم في العروض لأن قيمتها تزيد وتنقص وهي كالعروض وكذلك الحكم في المشوش من الائمان قل المش أو كثر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان المش أقل من النصف جاز وإن كثر لم يجز لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول ولنا أنها مشوشة فأشبه ماله ما لو كان المش أكثر ولأن قيمتها تزيد وتنقص أشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب ليس بصحيح فإن الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا أن يكون المش قليلاً جداً لمصلحة النقد كسبر الفضة في الدينار مثل الحبة ونحوها فلا اعتبار به لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في الربا ولا في غيره

(فصل) ولا تصح الشركة بالفلوس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فإن أحمد قال لا أرى السلم في الفلوس لأنه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لأنها ممن فجازت الشركة بها كالدرهم والدنانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال نافقة كانت أو غير نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الأول أنها تنفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض فإذا قلنا بصحة الشركة فيها فإنها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

ولنا أنها شركة خاصة لا تمنع الربح بالكلية نصحت كما لو شرط أن لا ينجر إلا في نوع يمر وجوده ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بينه وسبعة بينها كالوكالة، قولهم إنه بمنع المقصود ممنوع وإنما يقله وتقلبه لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع، ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال فإنه بمنع الربح بالكلية وكذلك إذا قال لا تبع إلا من فلان ولا تشتري إلا منه فإنه يمنع الربح أيضاً فإنه لا يشتري ما باعه إلا بدون منعه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع إلا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك

(مسئلة) (وناسد مثل ان يشترط ما يعود بمجالة الربح أو ضمان المال أو ان عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله أو ان يوليها مختار من السلع أو يرتفق بها أو ان لا يفسخ الشركة مدة بينها، فما يعود بمجالة الربح يفسد به العقد ويخرج في سائرهما روايتان)

الشروط الفاسدة في الشركة والمضاربة تنقسم ثلاثة أقسام :

(أحدها) ما ينافي مقتضى النقد مثل ان يشترط لزوم المضاربة أو ان لا يعزله مدة بينها أو ان لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو لا يبيع إلا ممن اشتري منه أو شرط أن لا يشتري أو لا يبيع أو ان يوليها

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزافاً لأنه لا بد من الرجوع به عند المفاصلة ولا يمكن مع الجهل والجزاف ولا يجوز بمال غائب ولا بد لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير لمن عليه أحد وبه قال الحسن وابن سيرين وقال الشافعي لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالكين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ونحن لا نلتزم بذلك، ولأنهما من جنس الأمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، ومتى تفاصلا يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل لمن عليه أحد فقال يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه وقال كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي إذا أراد المفاصلة فوما التاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الأمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كالأموال كان الجنس واحداً (فصل) ولا يشترط تساوي المالكين في القدر وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك ولنا أنها مالان من جنس الأمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا

ما يختار من السلم أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لأنها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع القسح الجائز بحكم الأصل .

(القسم الثاني) ما يعود بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربحاً أخذ الكسبين أو أحد الألفين أو أحد العبدين أو أحد السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشترطه أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ينصه فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منها من الربح أو إلى فواته بالكلفة ومن شرط المضاربة والشركة كون الربح معلوماً .

(القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة القدر ولا مقتضاء مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو فرضاً أو أن يخدمه في شيء يمينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب أو يستخدم العبد أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا بعضها في غير هذا الموضع معلوماً متى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة والشركة لأن الفساد لمعنى في العوض المقود عليه فأفسد المقدر كما لو جعل رأس المال خمراً أو خنزيراً ولأن جهالة تمتع من التسليم فيفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب، وما عدا هذا من الشروط الفاسدة فالتصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن المقدر صحيح ذكره عنه الأئمة وغيره ولأنه

(فصل) ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناها وأحضرهما وهذا قال أبو حنيفة ومالك إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلا في حانوت لها أو في يد وكيلهما وقال الشافعي لا يصح حتى يختلط المالين لأههما إذا لم يختطاهما فالكل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه أو يزيد له دون صاحبه فلم تمقد الشركة كما لو كان من المكبل.

ولأنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالضاربة ولأنه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة، وعلى مالك فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة، وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه بمنوع بل يتلف من مالها وزيادته لها لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منها وزيادته لها وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

ولأن الوضيمة والضمان أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلط.

(فصل) ومتى وقعت الشركة فاسدة فانها يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله نص عليه أحمد في المضاربة واختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن المسمى يحفظ في العقد الفاسد كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري إلا أن يكون مال كل واحد منهما مبرأ ويرجعه معلوماً فيكون له ربح ماله، ولو ربح في جزء منه ربحاً متبرأً وباقه مختلط

عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح والمناق، وفيه رواية أخرى أن العقد يبطل ذكرها القاضي وأبو الخطاب لأنه شرط فاسد فأبطل العقد كالزراعة إذا شرط البذر من العامل وكالشروط الفاسدة في البيع، ودليل فساد هذه الشروط أنها ليست من مصلحة العقد ولا يقتضيها العقد فان مقصوده الربح فكيف يقتضي الضمان ولا يقتضي مدة معينة؟ لأنه جائز

(مسئنة) (وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين)

لأن التصرف صحيح لكونه باذن رب المال والوضيمة عليه لأن كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده ويقسم الربح على قدر المالين لأنه ناء المال ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله يسقط منها أجرة عمله في ماله ويرجع على الآخر بقدر ما بقي له فان تساوى مالاها وعملها تقاس الدينان واقتسما الربح نصفين وان فضل أحدهما صاحبه يقاس دين القليل بمثله ويرجع على الآخر بالفضل والوجه الثاني ذكره الشريف أبو جعفر أنها يقتسمان الربح على ما شرطاه لأنه عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولاً فوجب المسمى في فاسده كالنكاح

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجزونه والحجر عليه لسفهه وبالفسخ من أحدهما لأنه عقد جائز تبطل بذلك كالوكالة وان عزل أحدهما صاحبه انزل الموزول فلم يكن له أن يتصرف الا في قدر نصيبه، وللمازل التصرف في الجميع لأن الموزول لم يرجع عن اذنه

كان له ما يميز من ربح ماله وله حصته باقي ماله من الربح ، واحتار الشريف أبو جعفر انهما يقتسمان الربح على ما شرطاه ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله وأجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها قال لأن احد قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما اشترطاه واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح والمذهب الاول قاله القاضي وكلام احمد محمول على الرواية الاخرى في تصحيح المضاربة بالعروض لان الاصل كون ربح مال كل واحد لا الكلاية بماؤه وإنما ترك ذلك بالمقد الصحيح فاذا لم يكن المقصد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الاصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله

(فصل) وشركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه ائنه وبأذنه له في التصرف وكله ، ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فان اذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها وان عين له جنساً أو نوعاً أو بئد التصرف فيه دون غيره لانه متصرف بالأذن فوقه عليه كالوكيل ، ويجوز لكل واحد منهما ان يبيع ويشترى مساومة ومراجعة وتولية ومواوضة وكيف رأى المصلحة لان هذا عادة التجار وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضها ويتخاضم في الدين

هذا إذا نض المال وان كان عرضاً فذكر القاضي ان ظاهر كلام احمد أنه لا ينزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذا عزل له رب المال ، وينبغي ان يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال ، وذكر أبو الخطاب انه ينزل مطلقاً وهو مذهب الشافعي قياساً على الوكالة ، فلي هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع قسم ولم يبيع ، فان قيل أليس إذا فسخ رب المثل المضاربة فطلب العامل البيع أوجب اليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع ، قال شيخنا وهذا إنما يصح اذا كان الربح على قدر المائتين أما اذا زاد ربح أحدها عن ماله فانه لا يستدرك ربحه بالقسمة فيتعين البيع كالمضاربة .

(فصل) اذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله ان يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف لان هذا إتمام للشركة وليس بإبدائها فلا تعتبر شروطها ، وله المطالبة بالقسمة فان كان مولياً عليه قام وليه مقامه في ذلك الا انه لا يفضل الا ما فيه المصلحة للمولى عليه ، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالموصى له كلوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للموصى الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه اليهم فيعزل نصيبه ويفرقه عليهم فان كان على الميت دين تعلق بركته فليس للوارث امضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاء من غير مال الشركة فله الأتمام وان قضاء منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعب فيها وليه هو وفيها ولي صاحبه ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت مجرى الايمان فصار كالشراء والبيع ، والمطالبة بالاجر لها وعليهما لان حقوق العقد لا تخص العاقد .

(فصل) وليس له ان يكاتب الرقيق ولا يحتق على مال ولا غيره ولا يزوج الرقيق لان الشركة تستعد على التجارة وليست هذه الانواع تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ، وليس له أن يفرض ولا يجابي لانه تبرع وليس له التبرع ، وليس له أن يشارك مال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره وليس ذلك له وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن ايجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يحطي به سفتجة لان في ذلك خطراً لم يؤذن فيه وليس له أن يستدين على مال الشركة فان فعل فذلك له ، وله ربحه وعليه وضيقه ، قال احمد في رواية صالح فبين استدان في المال بوجه ألفاً فهو له وربحه له والوضيعة عليه ، وقال القاضي إذا استقرض شيئاً لزمها وربحه لها لانه تملك مال مال فهو كالصرف ونص احمد يخالف هذا ولانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم اليها ألفاً من ماله ، ويفارق الصرف لانه يبيع وإبدال عين بغيره فهو كبيع الثياب بالدراهم ، وليس له أن يقر على مال الشركة فان فعل لزم في حقه دون صاحبه سواء أقر بدين أو دين لان شريكه إنما أذن في التجارة

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني المضاربة وهي أن يدفع ماله الى آخر يتجر فيه والربح بينهما) فاهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من انضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله) ويحتمل ان يكون من ضرب كل واحد منهما بسهم في الربح ويسميه اهل الحجاز القراض ، قيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وهنأ من العامل السل ومن الآخر المال فتوازننا ، ويشق بلفظ المضاربة والقراض وبكل ما يؤدي معناها لان القصد المعنى لجواز بكل ما دل عليه كالكفالة وهي مجتم على جوازها في الجملة . ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبد الله عن ابيه عن جده ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق ، وروي مالك عن زيد بن أسلم عن ابيه ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب خرجا في جيش الى العراق فتسافرا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعاً وقدما به الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر اخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلف كان ضيانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ؟ قال قد جعلته وأخذ منها نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن الملاء بن عبد الرحمن عن ابيه عن جده أن عثمان قارضه وهن قتادة

وليس الاقرار داخل فيها ، وإن أقر بسبب في عين باعها قبل إقراره ، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالنسبة نص عليه أحد وكذلك إن أقر ببيعة ثمن البيع أو بمجيئه أو بأجر للمنادي أو الخالد وأشباه هذا ينبغي أن يقبل لأن هذا من توابع التجارة فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه ، وإن ردت السلعة عليه بسبب فله أن يقبلها وله أن يعطي أرض الميب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لأجل السبب لأن ذلك قد يكون أحظ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديناً لها عن غيرها لم يزم في حقه وبطل في حق شريكه لأنه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه وإن كان لها دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز ولنا أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن يفرد أحدهما به كالأبراء

(فصل) وهل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ يخرج على روايتين بناء على الوكيل والمضارب وسنذكر ذلك ، وإن اشترى نساء بتقد بجنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى بشيء من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدي بما في يديه فلا يبغي إلى الزيادة في الشركة وإن لم يكن في يده نقد ولأ مثلي من جنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالعراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لأنه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك على ما أسلفناه ، والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة فأشبهه ما لو كان عنده نقد ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه ، وهل له أن يضع أو يودع ؟ على روايتين

عن الحسن أن علياً قال إذا خالف المضارب فلا ضمان لها على ما شرطنا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولم يعرف لهم في الصحابة مخافة فكان اجابا ولأن الناس حاجة إلى المضاربة فإن الدرهم واندانير لا تنمي إلا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا كل من يحسن التجارة له مال فاحتجج اليها من الجانبين فشرعت لدفع الحاجتين

(فصل) ومن شرط صحتها تقدير نصيب العامل لأنه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ، فلو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر سهم العامل فالربح كله لرب المال والوضعية عليه وللعامل أجر مثله نص عليه أحد وهو قول اشوري والثاقفي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وابن سيرين والأوزاعي الربح بينهما نصين كالو قال والربح بيننا فانه يكون بينهما نصين كذا هذا ، ولنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً فلم تصح للمضاربة كالو قال ولك جزء من الربح ، فاما إذا قال الربح بيننا فان المضاربة تصح وتكون بينهما نصين لأنه أضافه اليهما أخافة واحدة فلم يربح أحدهما على الآخر فاقضى النسبة كما لو قال هذه الدار بيني وبينك (مسئلة) (فان قال خذها فأنجز به والربح كله لي فهو بضاع) لأنه قرن به حكماً لا بضاع فأنصرف إليه (مسئلة) (وان قال والربح كله لك فهو فرض) لا فرض لان قوله خذها فأنجز به يصلح لها

(إحداهما) له ذلك لانه عادة التجار وقد تدبوا الحاجة إلى الابداع (والثانية) لا يجوز لانه ليس من الشركة وفيه غرر والصحيح أن الابداع يجوز عند الحاجة اليه لانه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمل ، وفي التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لانه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بمقد الشركة ما هو أخص منه ودونه لان التوكيل أخص من عقد الشركة فان وكل أحدهما ملك الآخر عز له لان لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالمرزول، وهل لاحدهما أن يرهن بالدين الذي عليها أو يرهن بالدين الذي لها على وجهين (أصحها) أن له ذلك عند الحاجة لان الرهن يراد للإيقاع والادمان يراد للاستيفاء وهو يملك الإيقاع والاستيفاء فملك ما يراد لهما (والثاني) ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لسكون التخص من حقوق العقد وحقوق العقد لا يخص الماقد فكذلك ما يراد له ، وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان تذكرهما في المضاربة ، فاما الاقالة فالاولى انه يملكها لانها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد باليب إذا رأى المصلحة فيه فكذلك يملك الفسخ بالاقالة إذا كان الحظ فيه فانه قد يشتري ما يرى أنه قد عين فيه ، وبمقتل أن لا يملكها إذا فسخا هو فسخ لان الفسخ ليس من التجارة ، وان قال له اعمل بربك جاز له أن يمسك كل ما يقع في التجارة من الابضاع والمضاربة بالسال والمشاركة به وخطه بماله

وقد قرن به حكم القرض فانصرف اليه وان قال مع ذلك فلا ضمان عليك فهو قرض شرط فيه نفى الضمان فلا يتنفي شرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك

(مسئلة) (وان قال خذ مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال والربح كله لي كان إضاعاً صحيحاً لانه أثبت له حكم الإضاع فانصرف اليه كما لو قال انجز به والربح كله لي ، وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في صورتين لانها دخلا في القراض فإذا شرطه لاحدهما فسكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يتم صحة العقد

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كالمو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما ، ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة لان التلفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإضاع والقرض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لان الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب

(مسئلة) (ولو قال لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال) إذا قدر نصيب العامل فقال لك ثلث الربح أو درهمه أو جزء معلوم صح والباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله اكونه نأؤه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فشرط له استحققه وما بقي فرب المال بحكم الاصل

(مسئلة) (وان قال ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان)

والسفر به والإيداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاقالة ونحو ذلك لأنه فوض إليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجازله كل ما هو من التجارة ، فأما ما كان تملكاً بغير عوض كاهبة والحطيطة لنير قائدة والغرض والتمق ومكاتبه الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لأنه إنما فوض إليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(فصل) وإن أخذ أحدهما بالامضاربة فربحه له ووضيعة عليه دون صاحبه لأنه يستحق ذلك في مقابلة عمله وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا في المضاربة إذا ضارب لرجل آخر رد ما حصل من الربح في شركة الاول اذا كان فيه ضرر على الاول فيجزيه هنا مثله

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشركين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما لأنها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة ، وإن عزل أحدها صاحبه انزل الميزول فلم يكن له أن ينصر الا في قدر نصيبه وللمازل التصرف في الجميع لان الميزول لم يرجع عن اذنه ، هذا اذا كان للمال ناضا وإن كان عرضاً فذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه لا ينزل بالمزول وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذا عزله رب المال وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المذول وذكر أبو الخطاب أنه ينزل مطلقاً وهو مذهب الشافعي لأنه عقد جائز فأشبهه الوكالة ، فلي هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وإن طلب أحدهما القسمة والآخر اليمين أحيب طالب القسمة دون طالب البيع ، فإن قيل ليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب

أحدهما لا يصح لان العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء فتكون المضاربة (قاسدة) والثاني يصح ويكون الباقي للعامل وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لا يستحقه غيرهما فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ كما علم ذلك من قوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب فلي ان الباقي له لأنه لو قال أوصيت بـ هذه المائة لزيد وعمرو ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمرو وكذا هنا وهي أصح

(فصل) فإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن الباقي صح وكان لرب المال لاه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذا اذا ذكر البض وترك البض ، وإن قال خذ هذه مضاربة على الثلث أو قال بالثلث صح وكان تقدير التصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله لان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعامل وهو يقل ويكثر وإنما تقدر حصته بالشرط فكان الشرط له وهو مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان احتافاني الجزء المشروط فهو للعامل قليلا كان أو كثيراً) لما ذكرنا واليمين على مدعيه لأنه يحتمل خلاف ما قاله فيجب اليمين لنفي الاحتمال كما يجب على المنكر لنفي ما يدعيه المدعي (فصل) وان قال خذ مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وله خمسة أسباع الربح لان

العامل البيع أوجب إليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظفر الربح الا بالبيع فاستحقه العامل لو قوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدرکه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع

(فصل) فان مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقم على الشركة وبأذن له الشريك في التصرف وله المطالبة بالقسمة فان كان مولياً عليه قام وليه مقامه في ذلك إلا أنه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولي عليه، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للموصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه انهم فيمزل لصيهم ويفرقه بينهم وان كان على الميت دين تعاقى بتركته فلبس للوارث إضاء الشركة حتى يقضى دينه فان قضاء من غير مال الشركة فله الأتمام وان قضاء مده بطلت الشركة في قدر ما قضى

(فصل) القسم الثالث أن يشترك بدن ومال وهذه المضاربة وتسمى قراضاً أيضاً ومناها ان يدفع رجل ماله الى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه فأهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله) ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح

هذا معناه وان قال لك ثلث الربح وربع ما بقي فله النصف وان قال لك ربع الربح وربع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وسواء عرفا الحساب أو جهلاء لان ذلك أجزاء معلومة مقدرة أشبه ما لو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفعل كذبنا

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا الى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لها جزءاً من الربح بينهما نصفين صح وان قال لك كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو بينهما فهو بينهما نصفان لان اطلاق قوله لك كما يقتضي التسوية كما لو قال لعامنه الربح يتنا ، وان شرط لاحدهما ثلث الربح وللآخر ربهه والباقي له جاز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لانهما في العمل بأبدانهما فلهما يحجز تفاضلها في الربح كشرطي الأبدان

ولنا ان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز ان يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كالواحد وانهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فجاز تفاضلها في العوض كالأجيرين ، وشركة الأبدان كسكتنا لا يجب التساوي فيها ثم الفرق بينهما ان ذاك عقد واحد وهذان عقدان

(فصل) وان قارض اثنان واحداً بالثب لها جاز فان شرطاً له ربحاً متساوياً منها جاز وكذلك ان شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما له ، وان شرطاً كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي عن أبي حنيفة وأبي ثور

بسم ، وبسبه أهل الحجاز القراض ف قيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب إذا قطعه فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض اشعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بمعمره وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازننا . وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يسد به في العراق وروي مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهما خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعا وقدماه به الى المدينة فباعاه وربحاه فيه فأراد عمر أخذ رأس المال وأربح كله فقالا لو تلف كان ضيانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يأمر المؤمنين لو جعلته قراضا ؟ قال قد جعلته واخذ منها لصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة عن الحسن أن علياً قال : اذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطوا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا يخالف لهما في الصحابة فحصل اجماع ولان بالناس حاجة الى المضاربة فان الدرام والدنانير لا تصي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولان كل من يحسن التجارة له رأس مال فاحتيج اليها من الجانبين فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين . اذا ثبت هذا فانها تنعقد بلفظ

ولنا أن احدهما يحصل له من ربح ماله النصف والآخر الثلثان فاذا شرط التساوي فقد شرط احدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يحز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) اذا شرط جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لبيد احدهما أو لبيدهما صح وكان مشروطاً لسيدته فاذا جلا الربح بينهما وبين عبد احدهما اثلاثاً كان لصاحب البيد الثلثان وللآخر الثلث وان شرطاه لأجنبي أو لولد احدهما أو امرأته أو قريبه وشرطاه عليه عملاً صح العامل صح وكانا تاملين وان لم يشرطاه عليه عملاً لم تصح المضاربة وبه قال الشافعي ، وحكي عن اصحاب الرأي انه صحيح ، والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو قريب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ما يشرطه ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجنب لا يستحق شيئاً لان الربح انما يستحق بمال أو عمل وليس له واحد منهما وما شرط لا يستحقه فرجع الى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود الى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دارم معلومة وان قال لك الثلثان على أن تعطني امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيها ذكرنا

المضاربة والقراض لأنهما لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناها لأن المقصود المعنى فجاء بما دل عليه كلفظ التملك في البيع

(فصل) وحكمها حكم شركة العنان في أن كل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله وما منع منه الشريك منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهنا مثله وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز ههنا على ما فصلناه

(فصل) القسم الرابع أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربعه وذلك لأنه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه وحصة مال شريكه أربعة أسهم، للعامل سهم وهو الربح، فإن قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع؟ قلنا اتما منع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها بمنع من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل فإنها لا تمنع من التصرف فلا تمنع من صحة المضاربة، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط فالصاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لأن المضاربة اتما تحصل إذا كان الربح بينهما فاما إذا قال ربح مالك و ربح

(فصل) وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وفيما يلزمه فعله وفي الشروط كما جاز للشريك عمله جاز للمضارب وما منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهنا مثله، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز ههنا على ما فصلناه لأنها في معناها **مسئلة** (وإذا فسدت فالربح لرب المال وللعامل الاجرة وعنه له الأقل من الاجرة أو ما شرط له من الربح) الكلام في المضاربة التاسدة في فصول ثلاثة (أحدها) أنه إذا تصرف العامل فخذ تصرفه لأنه أذن فيه رب المال فإذا بطل عقد المضاربة بقي الاذن فملك به التصرف كالوكيل، فإن قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ثم تصرف فيه لم ينفذ مع ان البائع قد اذن له في التصرف؟ قلنا لأن المشتري يتصرف من جهة المملك لا بالأذن فان اذن البائع كان على انه ملك الأذن له فإذا لم يملك لم يصح وههنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرط من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لأنه أذن له في تصرف ما يقع له

(الفصل الثاني) ان الربح جميعه لرب المال لأنه تمام ماله وأما يستحق العامل بالشرط فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق به شيئاً ولكن له أجر مثله نص عليه وهو مذهب الشافعي واختار الترمذي أبو جعفر ان الربح بينهما على ما شرط له واحتج بما روي عن أحمد أنه قال إذا اشتركا في المروض قسم الربح على ما شرطوا قال وهذه شركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة

مالي لي فقبل الآخر كان إضاطا لاغير وبهذا كله قال الشافعي ، وقال مالك لا يجوز ان يضم الي القراض شركة كما لا يجوز ان يضم اليه عقد اجارة . ولنا انهما لم يجعلا أحد المقدين شرطا فلا خرظم منع من جمعها كالو كان المال متبعا

(فصل) اذا دفع اليه الفاء مضاربة وقال أضف اليه الفاء من عندك وأبحر بها والريح يتنا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان الشركة اذا وقعت على المال كان الريح تابعا له دون العمل . ولنا انهما تساويا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز ان يفرد بزيادة الريح كالو لم يكن له مال قولهم ان الريح تابع للمال وحده ممنوع بل هو تابع لها كما انه حاصل بها فان شرط غير العامل لنفسه ثلثي الريح لم يجز وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا أنه اشترط لنفسه جزءا من الريح لامقابل له فلم يصح كالو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان لان فيها عملا منها فجاز ان يتفاضلا في الريح لتفاضلهما في العمل بخلاف مستثنى وان جعلا الريح بينهما نصفين ولم يقولا مضاربة جاز وكان إضاطا كما تقدم وان قالوا مضاربة فسد العقد لما سنذكره انشاء الله تعالى

(فصل) القسم الخامس ان يشترك بدنان بمال احدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منها مثل ان يخرج احدهما الفاء ويمتلك فيه مما والريح بينهما فهذا جائز ونس عليه احد في رواية أبي

فيثبت المسمى في فاسده كالتكاح قال والاجر له وجعل احكامها كاحكام الصحيحة وقد ذكرنا ذلك قال القاضي ابو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام احد محمول على انه صحح الشركة بالمعروض ، وحكي عن مالك انه يرجع الى فراض المثل وحكي عنه ان لم يربح فلا اجر له ، ومقتضى هذا انه ان ربح فله الاقل مما شرط له او اجر مثله وعن احد مثل ذلك لان الاجرة ان كانت اكثر فقد رضي باسقاط الزائد منها عن التسمية لرضائه به وان كانت اقل لم يستحق اكثر منها لفساد التسمية بفساد العقد لانه لو استحق اجر المثل لتوسل الى فساد العقد وأدى الى الخسران والمشهور الاول لان تسمية الريح من نواج المضاربة او ركن من اركانها فاذا فسدت فسدت اركانها وتواجها كالتصلاة ، ومنع وجوب المسمى في التكاح الفاسد واذ لم يجب له المسمى وجب اجر المثل لانه انما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له وجب رد عمله اليه وهو متمتع فتجب قيمته وهي اجر مثله كالو تباعا فاسدا وتفاضوا تلف احد الموضين في يد قابضه وجب رد بدله ، فلي هذا له اجر المثل سواء ظهر في المال ربح أو لم يظرفان رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا لانه تبرع بعمله أشبه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جيل أو اخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) ان لا يضم ما تلف بغير تعديده وتفريطه لان ما كان المقبوض في صحبه

الحلث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بسمه في مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة، وقال أبو عبد الله بن حامد والفاضي وأبو الخطاب اذا شرط ان يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر، قال: ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلى بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب فاذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لان يده عليه فيمخاف موضوعها، وتأول الفاضي كلام أحمد والخزفي على أن رب المال عمل من غير اشتراط

ولما أن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينقرد به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالمال وقولهم إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر الصحابة ومنه بعضهم وهو قول الفاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) الجواز لان عمل الغلام مال سيده فصح ضمه إليه كما يصح أن يضم إليه هبمة يعمل عليها (فصل) وأما شركة المفاوضة فنوطان (أحدهما) أن يشركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجعما

مضمونا كان مضمونا في فاسده ومالم يضمن في صحيحه لم يضمن في فاسده، وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلا يضمن في فاسده كالوكالة ولانها اذا فسدت صارت اجارة ولا يضمن الاجير ما تلف بشير فعله ولا تدببه كذلك هنا (مسئلة) (وإن شرطنا بقيت المضاربة فهل تفسد؟ على روايتين)

وتأقيتها ان يقول ضاربتك على هذه الدرهم سنة فاذا مضت السنة فلا تبهر ولا تفتقر (احدهما) يصح قال منها سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا الفاً مضاربة شهراً فاذا مضى شهر تكون قرصاً قال لا بأس به قلت فاذا جاء الشهر وهي متاع قال اذا باع المتاع يكون قرصاً وهذا قول أبي حنيفة (وانثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص السكري لأمر ثلاثة (أحدها) أنه عقد يقع مطلقاً فاذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) أنه ليس من مقتضى العقد ولا فيه له مصلحة أشبه اذا شرط ان لا يبيع، ويان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضي ان يكون رأس المال ناضجاً فاذا منعه البيع لم يفسد (الثالث) أن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحفظ في تبقية المتاع ويومه بعد السنة فيمنع ذلك بحضبها

ولنا أنه تصرف بتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة والمعنى الاول الذي ذكره

بين شركة العنان والوجوه والابدان فيصح ذلك لان كل نوع منها يصح على اقراره فصح مع غيره (والثاني) أن يدخل بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من مبرات أو مجده من ركاز أو لفظة ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من ارش جناية وضمان نصب وقيمة متلف وغرامة الضمان أو كفالة فهذا فاسد وهذا قال الشافعي ، وأجازة اشوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي أن يكونا حريين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة سواء وأن يخرج جميع ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير. واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إذا تفاوضم فأسنوا المفاوضة» ولأنها نوع شركة يختص باسم فكان فيها صحيح كشركة العنان

ولنا انه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولانه تقدم برد الشرع بمثله فلم يصح كما ذكرنا ولان فيه غرراً فلم يصح كبيع الفرر، وبيان غرره أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخل فيه الا كتاب النادرة ، والخبر لا يعرفه ولا رواء أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا المقدم فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجارلوا فان التجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فان اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كبيع المابذة والملامسة وسائر اليعوج الفاسدة وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا .

يطلب بالوكالة والوديعة والثاني والثالث يطلب بتخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب المال منعه من التصرف في كل وقت اذا رضي ان يأخذ بماله عرضاً فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال اذا اقتضت السنة فلا تشر شيئا وقد سلموا صحة ذلك

(مسئلة) وان قال به هذا المرض وضارب بشنه أو قبض وديعتي وضارب بها أو اذا قدم الحاج فضارب بهذا صح في قولهم جميعا ويكون وكيلاً في بيع المرض وقبض الوديعة مأذوناً له في التصرف مؤتمناً عليه فجاز جمله مضاربة كما لو قال قبض ائمال من غلامي فضارب به ، وأما اذا قال اذا قدم الحاج فضارب بهذا صح) لانه اذن في التصرف فجاز تحليقه على شرط مستقبل كالوكالة

(فصل) فان كان في يد انسان وديعة فقال له رب الوديعة ضارب بها صح وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذه الاصل وقارقي الدين فانه لا يصير ملكاً للقرم الا قبضه ، فأما ان كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجوز ان يضارب عليها لما تذكره

﴿مسئلة﴾ قال (والربح على ما اصطالحا عليه)

يعني في جميع أقسام الشركة ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضنة قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجتمعان عليه بعد أن يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء ولأن استحقاق المضارب الربح بحسبه فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير كالأجرة في الإجارة وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة ، وأما شركة الشان وهو أن يشارك بدينان بمالهما فيجوز أن يجعل الربح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما في المال وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي من شرط صحبها كون الربح والخسران على قدر المالين لأن الربح في هذه الشركة تبع للمال بدليل أنه يصح عقد الشركة وإطلاق الربح فلا يجوز تنييره بالشرط كالوضعية

ولنا أن العمل بما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب ، يحققه أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما حصص من الربح إذا كان مفردا فكذلك إذا اجتمعا وأما حالة الإطلاق فإنه لما لم يمكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصير إليه كالمضاربة يصار إلى الشرط فإذا عدم وقال الربح بيننا كان بينهما نصفين ، وفارق الوضعية فإنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة ، وأما شركة الأبدان فهي معقودة على العمل المجرد وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال منصوب فضارب الناصب به صح لأنه مال لرب المال يصح يمه لفاصبه ولن يقدر على أخذه منه فأشبهه الوديمة فإذا ضارب به سقط ضمان النصب لعقد المضاربة وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان النصب إلا بدفعه ثمنا وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا يبا في الضمان بدليل ما لو تعدى فيه

ولنا أنه مسك للمال باذن مالك لا يختص بنفسه ولم يعد فيه فأشبهه ما لو قبضه وقبضه إياه

﴿مسئلة﴾ (وان قال ضارب بالدين الذي عليك لم يصح) نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل دينه على رجل مضاربة وعن حفصنا ذلك عنه عطاء والحكم وحامد ومالك والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي ، وقال بعض أصحابنا يحتمل أن يصح لأنه إذا اشترى شيئا للمضاربة فقد اشترى باذن رب المال ودفع الثمن إلى من أذن له في دفع ثمنه إليه فتراذمته منه وبصير كما لو دفع إليه عرضا وقال به وضارب بثمنه وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال إن الشراء لرب المال وللمضارب أجر ثمنه

فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل كما ذكرنا في شركة النان بل هذه أولى لألفادها على العمل المجرد، وأما شركة الوجوه فكلام الحرقى بسومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل وهو قياس المذهب لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذلك هذه ولاها تنمقد على العمل وغيره فجاز ما اتفقا عليه كشركة النان، وقال القاضي الربح بينهما على قدر ملكيتهما في المشتري لأن الربح يستحق بالضم إن الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح .

ولنا أنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات وقول القاضي لا مال لهما يسلان فيه قلنا إنا يشتركان ليملا في المستقبل فيما يتخذانه مجاههما كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي فكذا هنا، وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشرك مالان وبدن صاحب أحدهما مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز لأنه مضارب لصاحبه في القف وللعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف، وأن شرطا له دون نصف الربح لم يجز لأن الربح يستحق بمال وعمل وهذا الجزء الزائد إلى النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه، وإن جملا الربح بينهما نصفين فليس هذا

لأنه علقه على شرط، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط والمذهب الأول لأن المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغيره بقضه ولم يوجد القبض هنا، فإن قال له أعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بين ذلك المال شيئا للمضاربة وقع الشراء له لأنه اشترى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له وإن اشترى في ذمته فكذلك لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) ومن شرط صحة المضاربة كون رأس المال معلوم المقدار فإن كان مجهولا أو جزافا لم تصح وإن شاهدها وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور وأصحاب الرأي تصح إذا شاهدها والقول قول العامل مع يمينه في قدره لأنه أمين رب المال والقول قوله فيما في يده فقام ذلك مقام المعرفة به ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهدها ولأنه لا يدري بكم يرجع عند المفاضة ويضفي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم تصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يعطل بالسلم وبما إذا لم يشاهده

(فصل) ولو حضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيها أو اختلف لأنه عقد تمتع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع (مسئلة) (وإن أخرج مالا ليممل فيه هو وآخر والربح بينهما صح) ذكره الحرقى ونص عليه أحمد في رواية أبي الحارث وتكون مضاربة لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح

شركة ولا مضاربة لان شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضي أن للعامل لصياً من الربح في مقابلة عمله ولم يجمل له هنا في مقابلة عمله شيئاً وإنما جملا الربح على قدر المالكين وعمله في نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك اجضاعاً وهو جائز ان لم يكن ذلك عوضاً عن قرض فان كان العامل اقترض الالف أو بعضها من صاحبه لم يجز لانه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه وذلك غير جائز ، واما اذا اشرك بدنان مال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويحصلان جميعاً فيه فان للعامل الذي لامال له من الربح ما اتفقا عليه لانه مضارب محض فأشبهه الوالم بعمله معرب المال، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اسطاحا عليه في جميع أنواع الشركة واه ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة تلي ما شرحنا (فصل) ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ولو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئاً من الربح فالربح كله ارب المال والوضيمة عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصفين لانه لو قال والربح بيننا لكان بينهما نصفين فكذلك اذا لم يذكر شيئاً.

ولنا أن المضارب انما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً فلم تصح المضاربة به كما لو قال ولك جزء من الربح فاما اذا قال والربح بيننا فان المضاربة تصح

بعمله في مال غيره وهذا حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبدالله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب اذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والشافعي والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال الى العامل ويحتمل بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال الى المضارب فاذا شرط عليه العمل فيه لم يسلمه فيخالف موضوعها وتناول القاضي كلام احمد والحرقني على أن رب المال عمل فيه من غير اشتراط والاول أظهر لان العمل أحد ركعتي المضاربة فجاز أن يتفرد به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالمال وقولهم ان المضاربة تقتضي تسليم المال الى العامل ممنوع انما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله الى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليمه الى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر أصحابه ومنه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصح ضمه اليه كما يصح ان يضم اليه بيتته يحمل عليها والثاني لا يجوز لان يد العبد كيد سيده

(فصل) وان اشرك مالان يدين صاحب احدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لاحدهما الف وللآخر الفان قاذن صاحب الالفين لصاحب الالف

ويكون بينهما نصفين لانه أضافه اليها اضافة واحدة لم يرجح فيها أحدها على الآخر فانضى التسوية كما لو قال هذه الدارين وبينك ، وان قدر نصيب العامل فقال ولك ثلث الربح أو ربه أو جزءه ، ملوماً أي جزءه كان فالباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه نماء وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحقه وما بقي فلرب المال بحكم الاصل ، وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان العامل إنما يستحق بالشرط ولم بشرطه شيء فتكون المضاربة فاسدة (والثاني) يصح ويكون الباقي للعامل وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لها لا يستحقه غيرها فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ كما علم ذلك من قول الله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثته أبواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الأب فعلم أن الباقي له ولانه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمر ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمرو وكذا هنا ، وإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن السدس صح وكان لرب المال لانه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه ، وإن قال خذ مضاربة على الثلث أو النصف أو قال بالثلث أو الربع صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله فان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل والعمل يكثر ويقل وإنما تقدر حصته بالشرط فكان الشرط له ، ومتى شرط لأحدهما شيئاً واختلفاً في الجزء المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل قليلاً كان

أن يتصرف فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الالف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الالفين ثلاثة أرباعها وللعامل ربه وذلك لانه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم للعامل سهم وهو الربح ، فان قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع اقلنا إنما تمتع الاشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها تمتع من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل فلها لا تمتع من التصرف فلا تمتع صحة المضاربة وان شرط له امل ثلث الربح فقط قال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لان المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما فلماذا قال ربح مالك لك وربح مالي لي فقبل الآخر كان لبضاعة لا غير وبهذا كله قال الشافعي وقال مالك لا يجوز أن يضم الى القراض شركة كما لا يجوز أن يضم اليه عقد إجارة . ولنا أنهم لم يجملوا أحد العقدتين شرطاً للآخر فلم يمنع من جمعها كما لو كان المال متبرراً

(فصل) إذا دغم اليه الفاضل مضاربة وقال أضف اليه الفاضل من عندك واتجر بهما والربح بيننا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضاً وقال أصحاب الشافعي لا يجوز لان الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعاً له دون العمل

ولنا أنها تساوي في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز أن يتفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له

أو كثيراً لذلك وإن قال خذ مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وكان له خمسة أنساع لأن هذا معناه وإن قال لك ثلث الربح وربيع ما بقي فله النصف وإن قال لك ربيع الربح وربيع ما بقي فله ثلاثة أعنان ونصف ممن وسواء عرفاً الحساب أو جهلاً لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة فأشبهه ما لو شرط الحسين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

(فصل) وإن قال خذ مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لأنه مجهول ولا تصح المضاربة إلا على قدر معلوم ، وإن قال خذ ذلك مثل ما شرط للفنان وهما يلمان ذلك صح لانهما أشارا إلى معلوم عندهما وإن كانا لا يلمان أو لا يلمه أحدهما فسدت المضاربة لأنه مجهول .

(فصل) وإن قال خذ هذا المال فأنجز به وبيع كل له كان قرضاً لا قرضاً لأن قوله خذ فأنجز به يصلح لهما وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه ، وإن قال مع ذلك ولا ضمان عليك فهذا فرض شرط فيه نفى الضمان فلا يتقي بشرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك ، وإن قال خذ فأنجز به والربح كله لي كان إرضاعاً لأنه قرن به حكم الإرضاع فانصرف إليه فإن قال مع ذلك و عليك ضمانه لم يضمنه لأن المقدم يقتضي كونه أمانة غير مضمونة فلا يزول ذلك بشرطه ، وإن قال خذ مضاربة والربح كله لك أو كله لي فهو عقد قاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال والربح

مال قولهم إن الربح تابع للمال وحده ممنوع بل تابع لهما كما أنه حاصل بهما فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز ، وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا أنه شرط لنفسه جزء من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربيع مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان لأن فيها عملاً منهما فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وإن جملا الربح بينهما نصفين ولم يقولوا مضاربة جاز وكان إرضاعاً كما تقدم وإن قالوا مضاربة فسدت المقدم لما ذكرنا

(فصل) وقد ذكرنا أن حكم المضاربة حكم الشركة فيها للعامل أن يفعله أولاً يفعله والذي اختلف فيه في حق الشريك فكذلك في حق عامل المضاربة وهل له أن يبيع نساء إذا لم ينعنه فيه روايتان (أحدهما) ليس له ذلك وبه قال مالك وابن أبي ليلى والشافعي لأنه نائب في البيع فلم يجز له ذلك بنبر إذن كالوكيل ، بتحقيق ذلك أن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسبة تمرير بالمال والثانية يجوز له ذلك وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لأن أذنه في التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولأنه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر والحكم في الوكالة ممنوع ، ثم الفرق بين الوكالة المطلقة والمضاربة أن الوكالة المقصود منها تحصيل الثمن بحسب ولا تختص بقصد الربح فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى ولأن الوكالة المطلقة في البيع

كأنه لي كان ابضاعاً صحيحاً لأنه أثبت له حكم الابضاع فانصرف إليه كائني قبلها وقال مالك بكون مضاربة صحيحة في صورتين لأنها دخلت في القراض فإذا شرط لأحدهما فسكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد .

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما يناق مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة التمان لأحدهما، وبغارق ما إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقراض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب .

(فضل) ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لها جزءاً من الربح بينهما نصفين جاز وإن قال لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو كان بينهما نصفين لأن إطلاق قوله بينهما يقتضي التسوية كما لو قال لعامنه والربح بيننا وإن شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه وجعل الباقي له جاز وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لأنها شريكان في العمل بإبدانها فلا يجوز تفاضلها في الربح كشرطي الأبدان

ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو اشترط ولأهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه فجاز تفاضلها في عوض كالأجيرين ولا تسلم وجوب التساوي في شركة الأبدان بل هي كسثلتنا في جواز تفاضلها ثم الفرق بينها إن ذلك عقد واحد وهذان عقدان

تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة فلم يجوز تأخيره بخلاف المضاربة، فان قال له اعمل برأيك أو تصرف كيف شئت فله البيع نساء وقال الشافعي ليس له ذلك لأن فيه تفريراً أشبه ما لو لم يقل له ذلك ولنا أنه داخل في عموم لفظه وقريئة حاله تدل على رضاه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فإذا قلنا له البيع فاليوم صحيح ومهما فات من الثمن لا يضمنه إلا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيضمن الثمن المتكسر على المشتري وإن قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لأنه فعل مالم يؤذن له فيه فهو كالبيع من الأجنبي إلا على الرواية التي نقول يقف بيع الأجنبي على الإجازة فهما مثله ، ويحتمل كلام الحارثي صحة البيع فانه قال إذا باع المضارب نساء بغير إذن ضمن ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه وإن قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تضرع عليه استرجاعه بتلف المبيع أو امتناع المشتري من رده إليه وإن قلنا بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضاً لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل أن يضمن الثمن لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع ، فملى هذا أن نقص عن القيمة فقد أتقل الوجوب إليه بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وان قارض اثنان واحداً بالثمن لهما جاز واذا شرطاً له ربحاً متساوياً منها جاز وان شرطاً أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما لصاحبه وان شرطاً كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي ذلك عن أبي حنيفة وأبي ثور

ولنا أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان فإذا اشترطوا التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بشرط عمل فلم يجز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) واذا شرطاً جزءاً من الربح للغير العامل نظرت فإن شرطاً لبيد أحدهما أو لبيدتهما صح وكان ذلك مشروطاً لسيده فإذا جملا الربح بينهما وبين عبيدهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث، وإن شرطاً لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطاً عليه عملاً مع العامل صح وكانا عاملين، وإن لم بشرطاً عليه عملاً لم تصح المضاربة وبهذا قال الشافعي وحكي عن أصحاب الرأي أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال سواء شرطاً لتقريب العامل أو لتقريب رب المال أو لأجنبي لأن العامل لا يستحق إلا ما شرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الأصل والأجنبي لا يستحق شيئاً لأنه إنما يستحق الربح بمال أو عمل وليس هذا واحداً منهما فإشراط لا يستحقه ف يرجع إلى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود إلى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دوام معلومة وإن قال لك

(فصل) وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهو مذهب الشافعي لأن في السفر تشريهاً بالمال وخطراً ولهذا يروى: إن المسافر وماله على قلت الاماوى الله. أي هلاك ولا يجوز له التفرير بالمال بغير إذن مالكه (والثاني) له السفر إذا لم يكن مخوفاً قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهو قول مالك وحكي عن أبي حنيفة لأن الاذن المطلق يتصرف إلى ما جرت به العادة والمادة جارية بالتجارة سفرهاً أو حضراً ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فلك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق، فإما أن أذن فيه أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تبين ذلك وجاز مع الاذن وحرم مع النهي، وليس له السفر في موضع مخوف على كلا الوجهين وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في المربق مخوف ولا إلى بلد مخوف فإن فعل فهو ضامن بما يتلف لأنه تمدى بفعله ما ليس له فعله

(فصل) وليس للمضارب البيع بدون ثمن المثل ولا إن بشرى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله فإن فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص كالكيل ولأن الضرر ينجر بضمان النقص، قال شيخنا والقياس بطلان البيع وهو مذهب الشافعي لأنه بيع لم يؤذن فيه أشبه ببيع الاجنبي، فلي هذا إن تمدد رد المبيع ضمن النقص أيضاً وإن أمكن رده وجب أن كان باقياً أو

الثالث على أن تعطى امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان قاسداً والخسران في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرناه

(فصل) والخسران في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح الا أنها إذا أطنانها ولم يذكر الربح كان بينهما على قدر المالكين ، وفي شركة الوجوه يكون على قدر ملكيتها في المشتري لانها أصلاً يرجعان اليه ويتقدر الربح به بخلاف المضاربة فإنه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال والعمل لكون أحدهما من غير جنس الآخر فلا يعلم قدره منه ، وأما شركة الإبدان فلا مال فيها يتقدر الربح به فيحتدل أن يتقدر بالعمل لان عمل أحدهما من جنس عمل الآخر فقد تساوى في أصل العمل فيكون ذلك أصلاً يرجع اليه ويحتدل أن لا يتقدر به لان العمل يقل ويكثر ويتفاضل ولا يوقف على مقداره بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة والله أعلم

(مسألة) قال (والوضعية على قدر المال)

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان مالهما متساويًا في القدر فالخسران بينهما نصفين وإن كان أثلاثًا فالوضعية أثلاثًا لا نعم في هذا خلافاً بين أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما ، وفي شركة الوجوه تكون الوضعية على قدر ملكيتها في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضعية لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به أو غير ذلك

قيمه ان تلف ولرب المال مطالبة من شاء من العامل والمشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لان التلف حصل في يده اما ما يتعابن الناس بينه فلا يمنع منه لانه لا يمكن اتحصر منه واما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل يعين المال فهو كالمبيع وان اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال الا أن يجزئه فيكون له هذا ظاهر كلام الحرفي ، وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع اني اشترىه لتلان فالبيع باطل أيضاً

(فصل) وهل له ان يبيع وبشري بغير نقد البلد؟ على روايتين اصحهما جوازه اذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضاً بمرض وبشتره به فان قلنا لا يملك ذلك ففعل فحكه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل ، وان قال اعلم برأيتك فله ذلك وهل له المزارعة يحتدل ان لا يملكها لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل الفأ وقال اشترى فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا ان قوله اشترى بما شئت دخلت فيه المزارعة لانها من الوجوه التي يتنى بها الفأه فبلى هذا لو توى المال في المزارعة لم يلزمه ضمانه

والوضيعة في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شيء للعامل فيه فيكون قصه من ماله دون غيره وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة والمزارعة فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بخرق أو غيره لم يكن على العامل شيء.

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم)

وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن بشرط نفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما نفسه دراهم معلومة وعن حفظنا ذلك عنه مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيها لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيها إذا شرط دراهم مفردة وإنما لم يصح ذلك لمضين (أحدهما) أنه إذا شرط دراهم معلومة احتل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً وقد يربح كثيراً فيستتر من شرطت له الدرهم (والثاني) أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تضمن كونها معلومة بالقدر فإذا جبرت الأجزاء

(فصل) وله أن يشتري المغيب إذا رأى المصلحة فيه لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المغيب فإن اشتراه يظنه ساهاً فبان مغيباً فله فعل ما يرى فيه المصلحة من رده أو إمساكه وأخذ الأرض فإن اختلف العامل ورب المال في الرد قطبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لأن المقصود تحصيله فيحمل الأمر على ما فيه الحظ، وأما التبريك إذا اختلفا في رد المغيب فلتطالب الرد نصيبه وللآخر إمساكه نصيبه إلا أن لا يعلم البائع أن الثراء لها فلا يلزمه قبول رد بعضه لأن ظاهر الحال أن المقدمين عليه فلم يجز إدخال الضرر على البائع بتبويض الصفقة عليه، ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساكه البعض فإن حكمه حكم ماله أو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال) لأن فيه ضرراً ولأنه لاحظ للتجارة فيه فإن اشتراه بأذن رب المال صح لأنه يصح شراؤه بنفسه فإذا أذن لغيره فيه جاز وبتق عليه وتفسخ المضاربة في قدر ثمنه، وإن كان في المال ربح العامل بحصته منه فإن كان بغير إذن رب المال احتل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عيناً لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فهو كما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولأن الأذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه وليس هذا كذلك، وإن كان اشتراء في الذمة وقع الشراء للمعاقد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة فإن فعل ضمن وهذا قول الشافعي وأكثر الفقهاء، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء

فسدت كما لو جهل القدر فيما بشرط أن يكون معلوما به ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم ثباته فيه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح (فصل) وإن دفع إليه الفين مضاربة على أن كل واحد منهما ربح ألف أو على أن لأحدهما ربح أحد التوبين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بينه ونحو ذلك فقد شرط والمضاربة لانه قد يربح في ذلك المعين دون غيره وقد يربح في غيره دونه فيختص أحدهما بالربح وذلك يخالف موضوع التركة ولا نعلم في هذا خلافاً وإن دفع إليه ألفاً وقال لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز لأن نصف ربحه هو ربح نصفه فجاز شرطه كما لو عبر عنه بيارته الأخرى. ولنا أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض وكذلك جعل الآخر فلم يجز كما لو قال لك ربح هذه الخمسمائة ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فإنه لا يؤدي إلى إغراءه بربح شيء من المال

(مسئلة) (قال والمضارب اذا باع بنسيئة بغير امر ضمن في إحدى الروايتين والأخرى لا يضمن)

وجملة ان المضارب وغيره من الشركاء اذا نص له على التصرف فقال نقداً أو نسيئة أو قال بنقد

لأنه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال عقده وبتق على رب المال وتفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل الضمان على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لأن مال المضاربة تلف بسببه ، ولا فرق في الائلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل ويضمن قيمته في أحد الوجهين لأن الملك ثبت فيه ثم تلف أشبهه مالو أنلفه بفعله والثاني يضمن الثمن الذي اشتراه به لأن التفریط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيها يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر إن لم يعلم العامل أنه يتق على رب المال لم يضمن لأن التلف حصل لعنى في المبيع لم يعلم به فلم يضمن كما لو اشترى مبيعاً لم يعلم عيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وإن علم

(مسئلة) (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها)

لأنه ملكها فإن كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق فيه وجهان يذكران فيما بعد إن شاء الله تعالى ، فإن قلنا يلزمه رجوع به على العامل لانه سبب تفريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع ، وإن اشترى زوج ربة المال صح وانفسخ النكاح لأنها ملكت زوجها. وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء إلا أن يكون ما ذمها لأن الإذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حفظ وهذا الشراء يضرها لانه يفسخ نكاحها وتسقط حصتها من النفقة والكسوة فليرجع ككراه أهلها ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى أجنبيّاً ولا ضمان على العامل فيما

البلد أو ذكر نقدا غيره جاز ولم يحز مخالفته لانه متصرف بالاذن فلا يتصرف في غير ما اذن له فيه كالوكيل ولان ذلك لا يمنع مقصود المضاربة وقد يطلب بذلك الفائدة في العادة، وإن اطلق فلا خلاف في جواز البيع حالا، وفي البيع نسبة روايتان (أحدهما) ليس له ذلك وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يحز له البيع نسبة بغير اذن صريح فيه كالوكيل، وذلك لان النائب لا يجوز له التصرف الاعلى وجه الحفظ والاحتياط وفي التسيئة تقرير بالمال وقربنة الحال قيد مطلق الكلام فيصير كانه قال به حالا (والثانية) انه يجوز له البيع نساء وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة يتصرف الى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولانه يقصده الربح والربح في النساء اكثر وبفارق الوكالة المطلقة فلها لا تختص بقصد الربح وأما المقصود تحصيل الثمن فحسب فاذا اركن تحصيله من غير خطر كان اولى ولان الوكالة المطلقة في البيع تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزة فلم يحز تأخيره بخلاف المضاربة وان قال له اعمل برأيك فله البيع نساء وكذلك اذا قال له تصرف كيف شئت وقال الشافعي ليس له البيع نساء في الموضعين لان فيه نحررا فلم يحز كما لو لم يقل له ذلك. ولنا انه داخل في عموم لفظه وقربنة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فاذا قلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهاقات من الثمن لا يلزمه ضمانه الا ان يفرط ببيع من لا يوثق به او من لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لانه فعل

بغوث من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود الى المضاربة وأما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بين المال .

(فصل) وان اشترى المأذون له من يمتق على رب المال باذنه صح وعق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يديه وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق الى الفرمان لانه الذي أنلف عليهم بالعتق وان ناه عن الشراء فالشراء باطل لانه ملك بالاذن وقد زال بالتهي وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من يصح أن يشتره السيد يصح شراء المأذون له كالأجنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافاً على السيد فان إذنه يتناول ما فيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق حامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين، وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح؟ على وجهين أيضاً كشراء من يمتق بالشراء

(مسئلة) (وان اشترى المضارب من يمتق عليه صح الشراء)

فان لم يظهر في المال ربح لم يمتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى ملك الربح؟ فان قلنا ملكه بالنسبة لم يمتق منه شيء لانه ملكه وان قلنا ملكه بالظهور ففيه وجهان: (أحدهما) لا يمتق وهو قول أبي بكر لانه لم يتم ملكه عليه اكون الربح وقاية لرأس المال فلم يمتق

مالم يؤذن له فيه فاشبه البيع من الاجنبي الا على الرواية التي تقول يقف بيع الاجنبي على الاجازة فهنا مثله ويحتمل قول الخرقي صحة البيع فانه إما ذكر الضمان ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم الثامل ضمان لان ذهاب الثمن حصل بتفريطه فان قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه إما تلف المبيع أو امتناع المشتري من رده اليه ، وإن قلنا بصحته احتمل ان يضمنه بقيمته ايضا لانه لم يفت بالمبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل ان يضمن الثمن لانه وجب بالمبيع وفات بتفريط البائت وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه بدليل انه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وليس له السفر بالمال في أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي لان في السفر تعريراً بالمال وخطراً ولهذا يروى: ان المسافر وماله لعل قلت إلا ما وفق الله تعالى . اي هلاك ولا يجوز له التعرير بالمال بغير إذن مالكه والوجه الثاني له السفر به اذا لم يكن مخوفاً قال القاضي قياس المذهب جواز بناء على السفر بالوديعة وهذا قول مالك ويحكى ذلك عن ابي حنيفة . لان الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فلك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق . فأما إن اذن في السفر أو نهى عنه

لذلك (والثاني) يمتنع به حصوله من الربح ان كان مسرعاً ويقوم عليه باقيه ان كان موسراً لانه ملكه بقوله فمتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة اسكن عديم يستسمى في بقيته ان كان مسرعاً ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والبد باق في التجارة فهو كالمال وكان الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا انهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يمتنع عليه كشرى بكي الثمان

(فصل) وليس للمضارب أن يشترى بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فاذا كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بربيعين الالف فالشراء فاسد لانه اشترى بمال يستحق تسليته في البيع الاول، وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والبد له لانه اشترى في ذمته لغيره بغير إذنه في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال اعلى روايتين ومذهب الشافعي كنهو ما ذكرنا

(فصل) وليس للمضارب وطء أمة المضاربة سواء ظهر ربح أو لا فان فعل فعله المهر والتزوير وان علفت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لأنها علفت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له لذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو ذلك قال سفيان واسحاق وقال القاضي إن لم يظهر ربح فله الحد لانه وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص

أو وجدت قرية دالة على احد الامرين تبين ذلك وثبت ما امر به وحرم ما نهى عنه ، وليس له السفر في موضع عوف على الوجوهين جميعا وكذلك لو اذن له في السفر مطلقا لم يكن له السفر في طريق عوف ولا الى بلد عوف فان فعل فهو ضامن لما يتلف لانه متعمد بفعل ما ليس له فعله ، وان سافر في طريق آمن جاز ونفقته في مال نفسه وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الراي ينفق من المال بالمعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته منه كأجر الحمال . ولنا ان نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وعن الطب ولانه دخل على انه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولانه لو استحق النفقة انضى الى أن يختص بالربح اذا لم يربح سوى ما نفقه ، فلما إن اشترط له النفقة فله ذلك وله ما قدر له من ما كول وملبوس ومركوب وغيره قال احمد في رواية الا نرم احب الي أن يشترط نفقة محدودة وان أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من المأكل ولا كسوة له قال احمد اذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكنسي قال لا انما له النفقة وان كان سفره طويلا يحتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام احمد جوازها لانه قيل له فلم يشترط الكسوة الا انه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه الى كسوة فقال إذا اذن له في النفقة فصل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه وقال القاضي وأبو الخطاب اذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكل

عن احمد أن عليه التعزير فقط لان ظهور الربح ينهي على التقويم وهو غير متحقق لاحتمال أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في دره الحد فانه يدرأ بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها إن كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لانها ملكة فان أحبلها صارت أم ولد له وولده حر لذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فلعامل حصته منه وليس لواحد منها زواج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبه البذل لذلك وان اتفقا عليه جاز لان الحق لهما

(فصل) وليس للمضارب دفع المال بمضاربة بغير اذن نص عليه احمد في رواية الا نرم وحرب وعبد الله ، وخرج القاضي وجوبه في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل ولا يصح هذا التخريج والقياس لانه انما دفع اليه المال هنا ليضارب به ودفعه الي غيره مضاربة يخرجها عن كونه مضارباً له بخلاف الوكيل ولان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز ايجاب حق في مال الانسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا يعلم عن غيرهم خلافهم فان فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالنائب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وبزد بدله إن تلف أو تمرد رده فان طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم الحال لم يرجع عليه بشيء لانه دفعه اليه على

أوملبوس بالمعروف، وقال أحمد ينفق على معنى ما كان يتفق على نفسه غير متعد بالثقة ولا مضرب بالمال ولم يذهب أحمد إلى تقدير الثقة لأن الأسعار تختلف وقد تقل وقد تكثر، فإن اختلفا في قدر الثقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت إلى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالثقة على قدر المالكين لأن الثقة إنما كانت لأجل السفر والسفر للمالكين فيجب أن تكون الثقة مقسومة على قدرها إلا أن يكون رب المال قد شرط له الثقة مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر بما بذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فأخذ ماله فطالبه المالك بالثقة الرجوع إلى بلده لم يكن له لأنه إنما يستحق الثقة مادام في الفراض وقد زال فزالت الثقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه، وقد قيل له ذلك لأنه كان شرط له ثقة ذهابه ورجوعه وغيره بتفسيره إلى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا أنه مستحق للثقة ذاهبا وراجعا فإذا قطع عنه الثقة تضرر بذلك (فصل) وحكم المضارب حكم الوكيل في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المشل ولا يشتري بأكثر منه مما لا يتعين الناس بمثله فإن فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص لأن الضرر يتجبر بضم النقص، والقياس أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي لأنه يبيع لم يؤذن له فيه فأشبهه يبيع الأجنبي، فعلى هذا أن تمدد رد المبيع ضمن النقص أيضا وإن أمكن رده وجب رده إن كان بإفيا

وجه الامانة وإن علم رجم عليه لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان وقد تلف تحت يده فاستقر عليه ضمائه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول وإن لم يعلم فكذلك في أحد الوجهين لأن التلف حصل بيده فاستقر الضمان عليه، وإثاني يرجع عليه لأنه غره أشبه المغرور بخرقة أمة وإن ربح فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الأول لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجره مثله ؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عمل في مال غيره بموضع لم يسلم له فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) لا شيء له لأنه عمل في مال غيره بموضع أشبه الغاصب، وفارق المضاربة لأنه عمل في ماله بإذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه إن اشترى في الذمة يكون الربح له لأنه يبيع في الشراء في ذمته مما لم يقع الشراء فيه لغيره فأشبهه ماله ينتد الثمن من مال المضاربة، قال الشريفي أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ويحتمل أنه إن كان مائلا بالحال فلا شيء للعامل كالمضارب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على الغاصب الأول لأنه غره واستعمله بموضع لم يسلم له فكان أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن اشترى في الذمة ثم نفذ المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب إلى آخر على أن لرب المال النصف والآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لأن رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع

أو قيمته ان كان تالفا ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالتمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لان النصف حصل في يده وأما ما يتفان الناس بمثله فغير ممتوع منه لانه لا يمكن التحرز منه وأما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بين المال فهو كالبيع وان اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال الا أن يجزئه فيكون له هذا ظاهر كلام الحرفي، وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وان صرح للبائع اني اشترته لفلان فالبيع باطل أيضا

(نصل) وهل له ان يبيع ويشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين (الاولى) جوازه اذا رأى المصلحة فيه والبيع حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضا بمرض ويشترى به فان قلنا لا يملك ذلك فعليه تحسكه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل وإن قال له اعمل برأيك فله ذلك وهل له الزراعة؟ يحتمل أن لا يملك ذلك لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل ألفا وقال انجز فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا ان قوله انجز بما شئت دخلت فيه المزارعة لانها من الوجوه التي ينتهي بها النماء وعلى هذا لو توى المال كله في المزارعة لم يلزمه ضابنه

(فصل) وله ان يشتري المبيع اذا رأى المصلحة فيه لان المقصود الربح وقد يكون الربح في المبيع

اليه أكثر منه والساملان على ما انفقا عليه وهذا قول الشافعي القديم وليس هذا موافقا لأصول المذاهب ولا نص احمد فان احمد قال لا يطيب الربح لمضارب ولا المضارب الاوّل ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منها والثاني عمل في مال غيره بغير اذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفع اليه الفاصب مضاربة ولانه لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فاشترطه له غيره بغير اذنه أولى.

(فصل) فان أذن رب المال في ذلك جاز نص عليه احمد ولا يلزم فيه خلافاً ويكون المضارب الاوّل وكيل رب المال في ذلك فان دفعه الى آخر ولم بشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً وإن شرط لنفسه شيئاً لم يصح لانه ليس من جهة مال ولا عمل والربح انما يستحق لواحد منهما فان قال اعمل برأيك أو بما أراك الله تجاز له دفعه مضاربة نص عليه لانه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لان قوله اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة ولهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناولها اذنه (فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فان فعل ولم يميز ضمنه لانه امانة فهو كقوديمة فان قال له اعمل برأيك جاز ذلك وهو قول مالك والثوري واصحاب الرأي وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان ان فعله لان ذلك ليس من التجارة

ولنا انه قد يرى الخلط أصح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القوز في المشاركة به ليس له فعلها إلا ان يقول له اعمل برأيك فيملكها

فإن اشتراء يظنه سابقاً فإن مبيعاً فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالميب أو اسماً كالأخذ ارش
الميب فإن اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ
لأن المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الأمر على ما فيه الحظ وأما الشركان إذا اختلفا في رد الميب
فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر امساك نصيبه إلا أن يكون البائع لم يعلم أن الشراء لها جيباً فلا يلزمه
قبول رد بعضه لأن ظاهر الحال أن المقدمين وليه فلم يجوز ادخال الضرر على البائع بتبويض الصفقة
عليه ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وامساك البعض كانت حكمه حكم ما لو أراد
شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) وليس له أن يشتري من يتق على رب المال بغير إذنه لأن عليه فيه ضرراً فإن اشتراء
بأذن رب المال صح لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه فإذا أذن لغيره فيه جاز ويتق عليه وتفسخ المضاربة
في قدر ثمنه لأنه قد تلف ويكون محسوباً على رب المال فإن كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة
وإن كان في المال ربح رجح العامل بمحضته منه وإن كان بغير إذن رب المال احتدل أن لا يصح الشراء
إذا كان الثمن عيناً لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه
ولأن الأذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك وإن كان اشتراء
في الذمة وقع الشراء للمائد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة وإن فعل ضمن وهذا قال الشافعي

(فصل) وليس له شراء خمر ولا خنزير سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلماً فإن فعل نصيبه الضمان
وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها لأن الملك عنده
ينتقل إلى الوكيل وحقوق المقدم تتعلق به وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها ولا يصح بيعه لأنه
يبيع ما ليس بمالك له ولا موكله

ولنا أنه إن كان العامل مسلماً فقد اشترى خمرأً ولا يصح أن يشتري خمرأً ولا يبيعه وإن كان ذمياً
فقد اشترى للعالم مالا يصح أن يملكه ابتداءً فلا يصح كالمو اشتري الخنزير ولأن الخمر محرمة فلم يصح
شراؤها له كالخنزير والميتة ولأن مالا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كاللينة والدم وكلما جاز في الشركة جاز في
المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع في إحداها منع منه في الأخرى، لأن المضاربة شركة
ومبنى كل واحد منهما على الوكالة والأمانة

(مسئلة) (وليس للمضارب أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول فإن فعل رد نصيبه
من الربح في شركة الأول)

وجه ذلك أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر بأذن الأول جاز
وكذلك إن لم يأذن ولم يكن عليه ضرر بغير خلاف علمناه فإن كان فيه ضرر على الأول ولم يأذن مثل
أن يكون المال الثاني كثيراً يستوعب زمانه فيفسده عن التجارة في الأول أو يكون المال الأول كثيراً

وأكثر الفقهاء وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء لانه مال منقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال اعتاقه ويعتق على رب المال وتفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل ضمانه على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لان مال المضاربة تلف بسببه ولا فرق في الائتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل وفيها بضنه وجهان (أحدهما) قيمته لان الملك ثبت فيه ثم تلف فأشبهه ما لو أنفقه بعتله (والثاني) الثمن الذي اشتراه به لان التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيها يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فلعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يكن العامل طالبا بانه يعتق على رب المال لم يضمن لان التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم يضمن كما لو اشترى مبيعا لم يعلم بسببه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وان علم

(فصل) وان اشترى امرأة رب المال صح الشراء وان خ انكح فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان ذكرناهما في غير هذا الموضوع فان قلنا يلزمه رجم به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع وان اشترى زوج دية المال صح الشراء وانفسخ النكاح لأنها ملكت زوجها وبهذا قال أبو حنيفة وقال القاضي لا يصح الشراء اذا كان يغير اذنها لان الاذن إنما يتناول شراء مالها فيه حظ وشراء زوجها بضرها لانه يفسخ نكاحها ويضر بها ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كسرها ابها

متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافسه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك ولنا أن المضاربة على الحظ والبناء فاذا فعل ما يمنعه لم يجز له كما لو أواد التصرف بالنين وفارق مالا ضرر فيه فلي هذا ان فعل وربح رد الربح في شركة الاول وليقسامته فينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منه نصيبه وبأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى لانه استجق حصته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالمقد الاول فكان بينهما كربح المال الاول فأما حصة رب المال الثاني من الربح فيدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولانا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاخص الضرر برب المال الثاني ولم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما اتفع اذا كان قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ولانه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال والمضارب أجر مثله وان حكمتا بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى المقدم ووجب الشرط قال شيخنا: والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الاولى من ربح الثانية شيئا لانه إنما يستحق بمال أو عمل ولم يوجد واحد منهما وتمدي المضارب إنما هو بترك العمل واجتماعه عن المال الاول وذلك لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو أجر نفسه أو ترك

ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى اجنبيا ولا ضمان على العامل فيها
فوت من المهر وسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود إلى المضاربة وإنما هو بسبب آخر ولا فرق
بين شرائه في الذمة أو بين المال

(فصل) وإن اشترى المأذون له من يتق على رب المال بأذنه صح وعق فان كان على المأذون له
دين يستغرق قيمته وما في يده وقتنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى المراه
لأنه الذي ألتف عليهم بالتق وإن نهاء عن الشراء فانتزاع باطل لأنه يملك بالأذن وقد زال بالتهي
وإن أطلق الأذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لأن من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون
له كالأجنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا اذن له في التجارة ولم يدفع إليه مالا وقال القاضي لا يصح لأن
فيه اتلافاً على السيد فان اذنه يتناول ماله حفظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق حامل المضاربة لأنه
يضمن القيمة فيزول الضرر ولاشائمي قولان كالوجهين وإن اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال
فهل يصح على وجهين أيضا كشرائه من يتق بالشراء

(فصل) وإن اشترى المضارب من يتق عليه صح الشراء فان لم يكن ظهر في المال ربح لم يتق
منه شيء وإن ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا يملكه بالقيمة
لم يتق منه شيء لأنه ما يملكه وإن قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان (أحدهما) لا يتق وهو قول أبي

التجارة للمب أو اشتغال بهم أو غير ذلك ولأنه لو أوجب عوفاً لاوجب شيئاً مقدراً لا يختلف ولا
يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) فان دفع إليه مضاربة واشترط النفقة لم يجز أن يأخذ لغيره بضاعة ولا مضاربة وإن لم
يكن على الاول ضرر لقول أحد إذا اشترط النفقة صار أجراً له فلا يأخذ من أحد بضاعة فلها تشبهه
عن المال الذي يضارب به، قيل له وإن كانت لا تشبهه قال ما يجزيني أن يكون إلا بأذن صاحب المضاربة
فإنه لا بد من شغل قال شيخنا هذا والله أعلم على سبيل الاستحباب وإن فصل فلا شيء عليه لأنه
لا ضرر على رب المضاربة فيه، وإن أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه
وأجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه له

(فصل) إذا أخذ من رجل مائة قراضاً ثم أخذ من آخر مثلها فاشترى بكل مائة عبداً فاختلط
البيدان ولم يميزاً اصطلاحاً عليها كما لو كانت لرجل حنطة فانتالت عليها أخرى، وذكر القاضي في
ذلك وجهين أحدهما يكونان شريكين فيها كما لو اشتركا في عقد البيع فباعان ويقسم بينهما فان كان
فيهما ربح دفع إلى العامل حصته والباقي بينهما نصفين والثاني يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال
والربح له والحسبان عليه ولاشائمي قولان كالوجهين والاول أولى لأن ملك كل واحد منها ثابت
في أحد البيدين فلا يزول بالاشتيا عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب

بكر لانه لم يتم ملكه عليه لان الربح وقاية لرأس المال فلم يتفق لذلك (والثاني) يتفق بقدر حصته من الربح ان كان مصراً ويقوم عليه باقية إن كان موسراً لانه ملكه بعهه فينتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندم يستسعى في بقية ان كان مصراً ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والبد باق في التجارة فهو كالمال كان الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين لأنه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا أنها شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يتفق عليه كشرى العنان (فصل) وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فان كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بين الألف فالشراء فاسد لانه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الاول وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والبد له لانه اشترى في ذمته لغيره مالم بأذن له في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنعوم اذ كرنا (فصل) وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان فعل فعليه المهر والتعزير وإن علفت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علفت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له كذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو هذا

ولانا لو جعلناها للمضارب أدى الى أن يكون تفريطه سبباً لاقراده بالربح وحرمان المتعدى عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناها شريكين أدى الى ان يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضا وليس له مال ولا عمل

(فصل) اذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة وناقع وإياس والشعبي والنخعي وحاد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان فالناصب ولا نقول بمشاركة في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة وناقع، وعن أحمد أنها يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحاد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي، وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها وقال القاضي ان اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وان اشترى بعين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين والاخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازته صح والابطال والمذهب الاول نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقال أبو بكر لم يروانه يتصدق بالربح الا حبل

قال سفيان واسحاق وقال القاضي ان لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطيه في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص عن احمد أن عليه التعزير لان ظهور الربح ينبي على التقويم والتقوم غير متحقق لانه محتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء الحد لانه يدرأ بالشبهات (فصل) وليس لرب المال وطه الامة أيضاً لانه ينقصها ان كانت بكرأ وبمريضها للخروج من المضاربة والنصف فان فعل فلا حد عليه لانها مملوكة وان علفت منه صارت أم ولده وولده محرر كذلك وتخرج من المضاربة ونحسب قيمتها وبنصف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللمامل حصته منه .

(فصل) واذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة فاشترى جارية ليسرى بها خرج منها من المضاربة وصار قرضاً في ذمته لان استباحة البضع لا تحصل الا بملكه لقول الله تعالى إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم .

(فصل) وليس لواحد منها تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبه الصبد لذلك فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لها لا يخرج عنها.

(فصل) وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبد الله قال إن أذن له رب المال وإلا فلا ، وخرج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير اذن الموكل ولا يصح هذا التخريج وقياسه على الوكيل بمتنع لوجهين (أحدهما) أنه إنما

واحتج أحمد بحديث عروة البارقي وهو ماروي أبو الوليد عن عروة بن الجعد قال عرض النبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة» فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحقت أسوتهما أو أفودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فحقت بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاةكم قال «وكيف صنعت؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» رواه الاثرم ولانه تمام مال غيره بغير إذن مالكه فكان للمالك كما لو غصب حنطة فزرعها ، فاما المضارب ففيه روايتان (أحدهما) لا شيء له لانه عقد عقد ألم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء ، كالتناصب وهذا اختيار أبي بكر (والثانية) له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق المامل عوضاً كما لو عقده بأذنه ، وفي قدر الاجر روايتان (أحدهما) أجر مثله ما لم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان أجر المثل أقل فلم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما أمر به ، فان قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته ونقد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بين المال فلي روايتين

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما حرت المادة أن يتولاه المضارب من نشر الثوب وطيه

دفع اليه المال هنا ليضارب به وبدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضارباً به بخلاف الوكيل (الثاني) ان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز لإيجاب حق في مال انسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فان عمل فلم يتلف المال ولا ظم فيه ربح رده إلى مالكة ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالنائب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن كان نالفاً أو تصدراً رده ، فان طالب الأول وضمنه قيمة اتالف ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه بشيء ، لانه دفعه اليه على وجه الأمانة وإن علم بالحال رجح عليه لانه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الاول ، وإن لم يعلم فهل يرجع على الاول؟ على وجهين (أحدهما) يرجع عليه لانه غره فأشبهه ما لو غره بحرية أمة (والثاني) لا يرجع لان التلف كان في يده فاستقر الضمان عليه وإن ربح في المال فالربح للمالكة ولا شيء للمضارب الاول لانه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل لثاني أجر منه؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لانه عمل في مال غيره بموضع لم يسلم له فكان له اجر مثله كالمضاربة الفاسدة والثانية لا شيء له لانه عمل في مال غيره بغير اذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كالنائب، وفارق المضاربة لانه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بيمين المال أو في الذمة ويحتمل أنه اذا اشترى في الذمة يكون الربح له لانه ربح فيها اشترى في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبهه ما لو لم ينقد

وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وخنقه واحرازه ونحو ذلك ولا أجر له عليه لانه استحق الربح في مقابلته وان استأجر من يفعل ذلك فلا اجر عليه خاصة لان العمل عليه فاما مالا يلبه في العادة كالتداء على المتاع ونقله الى الحان فليس على العامل عمله وله ان يكتري من يعمه نص عليه أحمد لان العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى الصرف فان فعل العامل مالا يلزمه متبراً فلا أجر له وان فعله ليأخذ عليه أجراً قصص احمد على أنه لا شيء له، وخرج أصحابنا وجهاً أن له الاجر بناء على الشريك اذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك؟ نلى روايتين وهذا مثله ، قال شيخنا والصحيح أنه لا أجر له في الموضعين لانه عمل في مال غيره عملاً لم يجمل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي

(فصل) وإذا نصب مال المضاربة أو مرق فهل للمضارب المطالبة به؟ على وجهين (أحدهما) ليس له ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا يدخل فيه الحصومة (والثاني) له ذلك لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالحصومة والمطالبة سبباً اذا كان غائباً عن رب المال فانه حينئذ لا يكون مطالباً به الا المضارب فان تركه ضاع ، فعلى هذا ان ترك الحصومة وانطلب به في هذه الحال ضمن لأنه ضيحه وفرط فيه فأما ان كان رب المال حاضراً وعلم الحال فانه لا يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

الغن من مال رب المال قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ويحتمل انه إن كان طالباً بالحال فلا شيء للعامل كالتصايب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الاول لانه غره واستتمه بوض لم يحصل له فوجب أجره عليه كما لو استتمه في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بين المال فالمشراء باطل وإن كان اشترى في الذمة ثم فقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب الى آخره على أن يكون لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لان رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع اليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول قديم للشافعي وليس هذا موافقاً لأصول المذهب ولا نص أحمد فان أحمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولان المضارب الاول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة الا بواحد منها والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير اذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفعه اليه الفاضل مضاربة ولانه اذا لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة انقاسه فأ شرطه له غيره بغير اذنه أولى

(فصل) وان اذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك نص عليه احمد ولا تعلم فيه خلافاً ويكون العامل الاول وكيلاً لرب المال في ذلك فاذا دفعه الى آخر ولم بشرط نفسه شيئاً من الربح كلف صحيحاً وان شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح لانه ليس من جهة مال ولا عمل

(فصل) واذا اشترى المضارب عبداً قتلته عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر لرب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على ما شرطاه لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في العبد ربح فالتقصاص اليهما والمصالحة كذلك لكونها شريكتين فيه والحكم في انقاس المضاربة وبقاتها على ما تقدم

(مسئلة) (وليس لرب المال ان يشترى من مال المضاربة شيئاً لنفسه وعنه يجوز)

اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وأبو حنيفة لانه قد تعلق به حق المضارب فجاز شراؤه كما لو اشترى من مكاتبه .

ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله، وقارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولا تجب زكاته عليه وله أخذ ما فيه شفعة منه

(مسئلة) (وكذلك شراء السيد من عبده المأذون)

لا ذكرنا ويحتمل ان يصح اذا استقرت الديون لان اضرارها يأخذون ما في يده ولان الدين اذا تعلق برقبته

والربح إنما يستحق بواحد منها وان قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه لأنه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لان قوله اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناولها اذنه (فصل) وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله فان فعل ولم يتميز ضمه لأنه أمانة فهو كالوديعة فان قال له اعمل برأيك جاز له ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان ان فعله لان ذلك ليس من التجارة

ولنا انه قد يرى الخلط أصح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها الا أن يقول اعمل برأيك فيملكها

(فصل) وليس له ان يشتري خرا ولا خزيرا سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما والاخر ذميا فان فعل فعليه الضمان وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان العامل ذميا صح شراؤه للخمر ويصح إياها لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به ، وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها لان الملك فيها ينتقل الى الوكيل ولا يصح بيعه لانه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله

ولنا انه ان كان العامل مسلما فقد اشترى خرا ولا يصح ان يشتري خرا ولا يبيعه وان كان ذميا فقد اشترى المسلم ما لا يصح ان يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخزير ولان الحزب محرمة فلا يصح شراؤها له كالحزير والميتة لان ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كاليتة والدم وكل ما جاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع منه في أحدهما منع منه في الاخرى لان المضاربة شركة ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والامانة

صار مستحقا للثمن فصح شراء السيد منه كبقية الثمن والاول اولى لان ملك السيد لم يزل عنه وان تعلق حق الثمن به كالمبدل الجاني

(فصل) فان اشترى المضارب من مال المضاربة لنفسه ولم يظهر ربح صح نص عليه احمد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لانه شريك ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كسواء الوكيل من موكله وأما يكون شريكا اذا ظهر الربح لانه إنما شارك في الربح دون أصل المال فان ظهر ربح فشرائه كسواء أحد الشريكين من شريكه

(مسئلة) (وان اشترى أحد الشريكين لصيب شريكه صح)

لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه ان لم يكونا بسلطان كيله فلا بأس وان علما كيله فلا بد من كيله يعني ان من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وان باعه إياه بالكيل والوزن جاز

(مسئلة) (وان اشترى الجميع بطل في نصيبه لانه ملكه)

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على

الاول فإذ فعل ورجح رده في شركة الاول)

وجه ذلك انه اذا أخذ من انسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الاول جاز وان لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا بغير خلاف وان كان فيه ضرر على رب المال الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيرا يحتاج الى ان يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الاول ويكون المال الاول كثيرا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز له ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافعها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالاجير المشترك وتنا ان المضاربة على الحظ والنماء فإذا فعل ما تمنه لم يكن له كما لو أراد التصرف بالعين، وفارق مالا ضرر فيه فعمل هذا اذا فعل ورجح رد الربح في شركة الاول وبقتسائه فلينظر اربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسه لرب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحضت بالعقد الاول فكان بينهما كرجح المال الاول، فأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع اليه لان المدوان من المضارب لا يستحق رب المال الثاني ولانا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني فلم يلحق المضارب شيء من الضرر والمدوان منه بل ربما انتفع اذا كان قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ، ولانه لا يخلو اما ان يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال والمضارب أجر مثله وان حكما بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط، والنظر يقتضي ان لا يستحق رب المضاربة الاولى من رب الثانية شيئا لانه إنما يستحق بمال أو عمل وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل وتعدى

وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تقريب الصفة ويتخرج أن يصح في الجميع بناء

على صحة شراء رب المال من مال المضاربة

(فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه دارا ليعرض فيها مال الشركة أو غرار جاز لمن عليه أحمد في رواية صالح وان استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته جاز لان ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز ان يستأجر له الحيوان كمال الاجني ، وفيه رواية أخرى لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايقاع العمل في المشترك لان لصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة، والدار والفرائر لا يشتر فيها ايقاع العمل إنما يجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المقود عليه

(مسألة) (وليس للمضارب نفقة إلا بشرط سواء كانت تجارته في الحضر أو السفر)

المضارب أما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وهذا لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه او آجر نفسه او ترك التجارة للعب او اشتغال بغيره او غير ذلك ولو اوجب عوضا لاوجب شيئاً مقدراً لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) وان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة فكله رجل في أن يأخذ له بضاعة او مضاربة ولا ضرر فيها فقال احمد اذا اشترط النفقة صار أجيراً له فلا يأخذ من أحد بضاعة فأنه تنفذه عن المال الذي يضارب به، قيل فان كانت لا تنفذه ؟ فقال ما يعين ان يكون إلا باذن صاحب المضاربة فانه لا بد من شغل. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه (فصل) وان اخذ من رجل مضاربة ثم اخذ من آخر بضاعة او عمل في مال نفسه او انجز فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه

(فصل) اذا اخذ من رجل مائة قراضاً ثم اخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبداً فاقتطع الصبدان ولم يميزا فانها يصطلحان عليهما كما لو كانت لرجل خنطة فانالت عليه أخرى وذكر القاضي في ذلك وجيهين (أحدهما) يكونان شريكين فيها كما لو اشتركا في عقد البيع فيأطان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما اصفين (والثاني) يكونان للعامل وعليه اداء رأس المال ، والربح له والخميران عليه وللشافعي قولان كالوجهين ، والاوّل أولى لان ملك كل واحد منهما ثابت في أحد الصبدين فلا يزول بالاشتباه عن جيبه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب ولاتا لو جعلناهما للمضارب أدى الى أن يكون تخریطه سبباً لانه لا يرضاه بالربح وحرمان المتعدى عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناهما شريكين أدى الى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له فيه مال ولا عمل .

وهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي بنفق من المال المعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته فيه كأجر الحمل

ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب ومن الطبيب لانه دخل على أنه لا يستحق من الربح الا الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولأنه او استحق النفقة أفضى الى أن يخص بالربح اذا لم يربح سوى النفقة ، فأما ان شرط له النفقة صح وله ذلك لقول رسول الله ﷺ « المؤمنون على شروطهم » فان قدر له ذلك فحسن لان فيه قطع المنازعة وزوال الاختلاف قال أحمد في رواية الاثرم أحب إلي ان يشترط نفقة محدودة وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره وان أطلق صح بص عليه ، وله نفقته من المأكول خاصة ولا كسوة له قال احمد اذا قال له نفقته فانه بنفق قيل له فيك تسى ؟ قال لا انما له النفقة فان كان سفره طويلاً يحتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لانه قيل

(فصل) إذا تمدى المضارب وفعل ما ليس له فيه أو اشترى شيئاً نهي عن شرائه فهو ضامن المال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة وناقع وأياس والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري

ولنا أنه متصرف في مال غيره بنهر أذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركة في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالاً يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة وناقع، وعن أحمد أتباعان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحماد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الأوزاعي وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه لأنه نوع تعد فلا يمنح كون الربح بينهما على ما شرطاه كالمال لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها وقال القاضي إذا اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وإن اشترى بين المال فاشترى باطل في إحدى الروايتين والأخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازته صح وإلا بطل، والمذهب الأول نص عليه أحمد في رواية الأثرم وقال أبو بكر لم يرو أنه يتصدق

له فلم يشترط الكسوة إلا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه إلى الكسوة فنقال إذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصد هذا معناه. وقال القاضي وأبو الخطاب إذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول وملبوس بالمعروف وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة لأن الأسمار تختلف وقد تقل وقد تكثر

(مسئلة) (فإن اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله لأنه المادة فيصرف الإطلاق إليه كما أنصرف إليه في الإطعام في الكفارة، فإن كان معه مال لنفسه أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالكين لهما لأجل السفر والسفر للمالكين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرها إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر في ذلك الموضع أو في غيره وقد نض للمال فأخذ ماله فطالبه المامل بنفقة الرجوع إلى بلده لم يكن له ذلك لأنه إنما استحق النفقة مادام في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه وقيل له ذلك لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغره بتسفيره إلى الموضع الذي أذن له فيه مستقداً أنه مستحق للنفقة ذهاباً ورجوعاً فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك

(مسئلة) (فأذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضاً نص عليه أحمد لأن البضع لا يباح إلا بملك أو تكاح لقوله سبحانه (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فأنهم غير ملومين)

بالربح إلا حنبل واحتج احمد بحديث عروة البارقي وهو ما روى أبو ليلى عن عروة بن الجعد قال : عرض للنبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة ائت الجلب فاشتر لنا ثاة» فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت ثاتين بدينار فبعت أسوتهما أو أنودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منها ثاة بالدينار فبعت بالدينار وبالشاة ففقت يارسول الله ﷺ هذا ديناركم وهذه ثاتكم قال «وكيف صنعت؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» رواه الاثرم ولأنه ثاة مال غيره بغير إذن مالكة فكان لما ملكه كما لو غصب حنطة فزرعها، فاما المضارب فبغير روايتان (احداهما) لاشيء له لانه عقد عقداً لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالفاسب وهذا اختيار أبي بكر والثانية له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده باذن وفي قدر الاجر روايتان (احداهما) أجر مثله مالم يحط بالربح لأنه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لأنه ان كان الاقل المسمى فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان الاقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما رضي به وان قصد الشراء لنفسه فلا

ولم يوجد التكاح فتعين الملك وبخرج ثمنها من المضاربة ويكون قرضاً في ذمته لما ذكرنا

(مسئلة) وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه، ومتى كان في المال خسيران وربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الربح والخسيران في مرة واحدة أو الخسيران في صفقة والربح في الاخرى أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى لان الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً (فصل) وفي ملك العامل نصيبه من الربح قبل القسمة روايتان (احداهما) بملكه ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة (والاخرى) لا بملكه ذكرها أبو الخطاب وهو قول مالك وللشافعي قولان كالروايتين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لا خص بربحه ولو جب أن يكون شريكاً لرب المال كشرطي العنان، ووجه الاول ان الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو ان يكون له جزء من الربح فاذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة بظهورها وقياساً على كل شرط صحيح في عقد ولانه مملوك ولا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقاً ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولأنه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمنع أن يملكه ويكون رقابة لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا اتممت اختصاصه بربحه ولانه لو احتس بربحه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه، قال أحمد في المضارب يطاء جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده وفيه دليل على انه يملك الربح بالظهور وهذا ظاهر المذهب (فصل) إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة لم ينقص رأس

أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب إن اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له رواية واحدة وإن اشترى بين المال فلي روايةين .

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من ثمر الثوب وطيه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الفمن وانقاده وشد الكيس وختمه واحرازه في الصندوق ونحو ذلك ولا أجر له عليه لأنه مستحق للربح في مقابلته فإن استأجر من يفعل ذلك فلا أجر عليه خاصة لأن العمل عليه، فأما ما لا يلبه العامل في العادة مثل التداء على المتاع ونقله إلى الخان فليس على العامل عمله وله أن يكتري من يسهل له عليه أحد لأن العمل في المضاربة غير مشروط بشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فإن فعل العامل ما لا يلزمه فله متبرعا فلا أجر له وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضاً في النصوص عن أحمد وخرج أصحابنا وحجها إن له الأجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك ؟ على روايةين وهذا مثله، والصحيح أنه لا شيء له في الموضوعين لأنه عمل في مال غيره عملاً لم يجعله في مقابلته شيء فليستحق شيئاً كالأجنبي (فصل) وإذا سرق مال المضاربة أو غصب فعلى المضارب طلبه والمخاصمة فيه في أحد الوجهين وفي

المال بالخمران لأنه قد يربح فيجبر الخمران لكنه ينتقص بما أخذه رب المال وهي العشرة ونسبها من الخمران وهو درهم ونسب ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية أسباع درهم فإن كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخمران وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أسباع ولذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح خمسين فأخذها رب المال بقي رأس المال مائة وثمانين وثلاثاً لأنه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحقتها من الربح ثلاثة وثلث، ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فبقي نصفه وإن كان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسون وثلث لاله أخذ ربع المال وسدسه بقي ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا فإن أخذ ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لأن ما أخذه رب المال انصرفت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقتها إياه وقد أخذ منه الربح عشرة لأن سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينها وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

(مسئلة) (فإن اشترى سلعتين فربح في أحدهما وخسر في الأخرى أو تلفت جبرت الوضعية من الربح)

إذا دفع إلى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبداً فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخمران من الربح ولا يستحق المضارب شيئاً إلا بعد كمال الاثنين وبه قال الشافعي إلا أنها

الآخر ليس عليه ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة والاول أولى لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سببا اذا كان غائبا عن رب المال إما اسفر المضارب أو رب المال فانه لا يطالب له الا المضارب فان تركه ضاع، فبلى هذا ان ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال غرمه لانه ضيعه وفرط فيه، وان كان رب المال حاضراً وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

(فصل) واذا اشترى للمضاربة عبداً فقتله عبد لسببه ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر الى رب المال ان شاء اقتصر وان شاء عفا على غير مال ويطلق المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح ينسبها على شرطها لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في البذر ربح فالنقصان اليها والمصلحة كذلك لكونها شريكتين فيه والحكم في انقضاء المضاربة وبقاتها على ما تقدم

اذا تلف أحد العبدین فان أصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً ان اتالف من رأس المال لانه بدل أحد الالفين ولو تلف أحد الالفين كان من رأس المال فكذلك بدله

ولنا ان تلفه بعد ان دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال ديناراً فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان نجبر خسارة احدهما بربح الأخرى نجبر تلفها به كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا

(مسئلة) (وان تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انقضت فيه المضاربة)

وكان رأس المال الباقي خاصة وتال بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي ان اتالف من الربح لان المال انما يصير قراضاً بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف أو بعده

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالتقدم من التصرفات المؤدية الى الربح

(فصل) إذا دفع اليه ألفاً مضاربة ثم دفع اليه ألفاً أخرى واذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصار مضاربة واحدة كما لو دفعها اليه جميعاً، وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجوز ان حكم الاول استقر وكان ربحه وخسرانه مختصاً بضم الثاني اليه بوجب جبر خسران أحدهما

بربح الآخر فاذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نص الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المنع وان لم ياذن في ضم الثاني الى الاول لم يجوز نص عليه أحد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول

ولنا انه أفرد كل واحد بمقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه فلا يجبر وضعية أحدهما

بربح الآخر كما لو ناه عن ذلك

(مسئلة) قال (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال)

يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضيمة من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في أخرى أو أحدهما في سفره والآخر في أخرى لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً، وأما ملك العامل نصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذي ذكره القاضي مذهبا وبه قال أبو حنيفة، وحكي أبو الخطاب رواية أخرى أنه لا يملكه الا بالقسمة وهو مذهب مالك وللشافعي قولان كاللذهبيين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه ولو جب أن يكون شريكاً لرب المال كشرطي المنان ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فاذا وجد يجب أن يملكه

(مسئلة) (وان تلف المال ثم اشترى سلعة المضاربة به فهي له ومنها عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك إلا أن يجيزه رب المال)

وذلك لانه اشتراها في ذمته وليست من مال المضاربة فاخصت به لانه لو صح شراؤه للمضاربة لكان مستدينا على غيره والاستدانة على الانسان بغير إذنه لا تجوز، فان أجاز له رب المال جاز في إحدى الروايتين والثمن عليه لان من اشترى شيئاً بغيره بغير إذنه وقف على إجازته فان أجاز له فهو له والا فهو للمشتري وهذا كذلك، والثانية هو للعامل على كل حال لان هذا زيادة في مال المضاربة فلا تجوز (مسئلة) (فان تلف بهد الشراء فالمضاربة بحالها والثمن على رب المال)

لانه دار في التجارة ويصير رأس المال هذا الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هو التالف حكى عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء فلم اشترى عبدين بمائة فتلف أحدهما وباع الآخر بخمسين فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين بقي رأس المال خمسين لان رب المال أخذ نصف الال الموجود فسقط نصف الجبران، ولو لم يتلف الصبد وباعها بمائة وعشرين فأخذ رب الال ستين ثم خسر العامل فيها مائة وعشرين فله من الربح خمسة لان سدس ما أخذه رب المال ربح للعامل نصفه وقد انفسخت المضاربة فيه فلا يجبر به خسران الباقي ويبقى رأس المال خمسين فان اقتسما الربح خاصة ثم خسر عشرين فعلى العامل رد ما أخذه وبقي رأس المال تسعين لان العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال

بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة لظهورها وقياساً على كل شرط صحيح في عقد ولأن هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك ورب المال ولا يملك اتفاقاً ولا تثبت أحكام المالك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولأنه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالاً كما كأحد شريكي الضمان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كمنصيب رب المال من الربح وهذا امتنع اختصاصه بربحه ولأنه لو اختص بربح لصيبه لا استحق من الربح أكثر مما شرط له لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ثم قال أحمد إذا وطئ المضارب جارية من المضاربة فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور

(فصل) وإذا دفع إلى رجل مائة مضاربة بخمسة عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة فإن الخسران لا ينقص به رأس المال لأنه قد يربح فيجبر الخسران ولكنه ينقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع دراهم وبقي رأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانية أضع درهم

(فصل) ومما بقي العقد على رأس المال وجب جبر خسارته من ربحه وإن اقتسما الربح قال الأثر سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضرب مراراً فقال يرد الوديعة على الربح إلا أن يقبض المال صاحبه ثم يردده إليه فيقول أعمل به ثانية فأرجع بعد ذلك لا يجبر به وضيعة الأولى فهذا ليس في نفسه منه شيء وأما ما لم يدفع حتى يحتسباً حساباً كالقبض كقول ابن سيرين، قيل وكيف يكون حساباً كالقبض؟ قال يظهر المال يني ينقص ويحجب فيحتسبان عليه فإن شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان إلا على المتاع لأن المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. قال أبو طالب قيل لآدم رجل دفع إلى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فقبضت ألف غشابه صاحبها ثم قال له أذهب فاعمل بها فربح؟ قال يقاسمه ما فوق الألف يني إذا كانت الألف ناضجة حاضرة إن شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها إليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح وأخذ أحدهما شيئاً باذن الآخر والمضاربة بحالها ثم خسر المضارب رد ما أخذ من الربح لا تاتينا أنه ليس يربح ما لم تجبر الخسارة والله أعلم

(مسئلة) (وإذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء إلا بأذن رب المال)

لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً لثلاثة أمور، أحدها أن الربح وقاية لرأس المال فلا يؤمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابر له فيخرج بذلك عن كونه ربحاً، الثاني أن رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه الثالث، أن ملكه غير مستقر عليه لأنه معرض أن يخرج عن يديه لجبران خسارة المال فإن أذن رب المال في ذلك جاز لأن الحق لا يخرج عنها

(مسئلة) (وإذا طلب العامل البيع فإبى رب المال أجبر أن كان فيه ربح وإلا فلا)

وان كان أخذ نصف التسمين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فسقط نصف الحمران وان كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أنساع وكذلك اذا ربح المال ثم أخذ رب المال بفضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال لبقى رأس المال ثلاثة وعشرون وثلاثا لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلاثان وحفظها من الربح ثلاثة وثلاثون ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فبقى نصف المال وان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسين وثلاثا لانه أخذ ربع المال وسدسه فبقى ثلثه وربعه وهو ما ذكرناه وان أخذ منه ستين ثم خسر في الباقي تصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لان ما أخذه رب المال انسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه حمران ما بقي في يده لغارته إياه وقد أخذ من الربح عشرة لان سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينها وان لم يرد الاربعين كلها بل رد منها الى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

وجملة ذلك ان المضاربة من العقود الجائزة تفسخ بفسخ احدها ايها كان ويموته والحجر عليه لسفه كالكالة ، ويستوي في ذلك ما قبل التصرف وبمده فان انسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه وبه فان كان فيه ربح فبها على ما شرطنا فان انسخت والمال عرض فانقضا على يده او قسمه جاز لان الحق لها فجاز ما اتفقا عليه وان طلب العامل البيع فان رب المال وقد ظهر في المال ربح اجبر رب المال على البيع وهذا قول الثوري واسحاق لان حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على بيعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر لانه ربما زاد فيه واغاب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ ولنا أن المضارب انما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم الا بالتقوم الا ترى أن المستبر إذا غرس أو بنى أو اشتري كان للغير والشفيح أن يدفع ما قيمة ذلك إلى مستحق الارض ؟ فهنا أولى وما ذكرناه من احتمال الزيادة بزيادة واغاب على القبة فانما حدث ذلك به بفسخ العقد فلا يستحقها العامل (مسئلة) (وإن انسخ الفراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو طلب البيع فله ذلك) أما إذا رضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً فله ذلك لأنه أسقط البيع عن المضارب وأخذ العروض بشئها الذي يحصل من غيره، وأما إذا طلب البيع وأبى العامل فقيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل عليه وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضاً كما أخذه (والثاني) لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح وأسقط العامل حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنياً من المال فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده نزلت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو بالعكس فهو كالمال عرضاً على ما شرحه وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينها ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه المال على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح -

(فصل) إذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الأخرى وبه قال مالك والاوزاعي وأبو حنيفة لأنه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه وكما لو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه وفارق المكاتب فإن السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكبه، وله أخذ ما فيه شفعة بها، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال ويحتمل أن يصح إذا استترفته الديون لأن الغرماء يأخذون ما في يده والصحيح الأول لأن ملك السيد لم يزل عنه وإن استحق أخذه كمال المغلس

(فصل) وإن اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح نحن عليه أحمد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وإسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لأنه شريك. ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً

(مسئلة) (وإن كان ديناً لزم العامل تقاضيه) سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يلزمه إلا أن يظهر ربح لأنه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

ولنا أن المضاربة تقتضي رد المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر ربح وكما لو كان رأس المال عرضاً، ويفارق الوكيل فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فإن اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله إليها على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منها إلى حقه لا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) إذا مات أحد المتقارضين أو جن انفسخ القراض وقد ذكرناه فإن كان رب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحسنه من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاع وهذه الأشاعة لا تمنع لأن الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف؛ وإن كان المال عرضاً وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لأنه قال في رواية علي بن سعيد إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ويشترى إلا باذن الورثة، فظاهر هذا إبقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لأن هذا إتمام للقراض لا ابتداء له ولأن القراض إنما منع منه في العروض لأنه يحتاج عند المفارقة إلى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجوده بالان رأس المال غير العروض وحكمه باقي ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي؟ وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لأن القراض قد يطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عرض، قال شيخنا وهذا الوجه أقيس لأن المال لو كان ناضاً كان ابتداء قرض وكانت حصة العامل من الربح شركة يختص بها دون رب المال

إذا ظهر ربح لانه إنما يشارك رب المال في الربح لا في أصل المال ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين على ما سذكره

(فصل) وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لانه ملكه وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجوب بناء على فريق الصفة، وتخرج الصحة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه، وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه: إن لم يكونا بملكان كيه فلا بأس وإن علمنا كيه فلا بد من كيه يعني أن من علم مبلغ شيء لم يمه صبرة وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز (فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليجرز فيها مال الشركة أو غيرها جاز نص عليه أحمد في رواية صالح، وإن استأجره لتقل الطعام أو غلامه أو دابته فبه روايتان (إحداهما) الجواز لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان كمال الاجني (والاخرى)

وإن كان المال ناقصاً بتجسار أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوز فابتداء القراض هنا وبناء على القراض لصارت حصة المضاربة من الربح غير مختصة به وحسبها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فما إذا كان المال ناقصاً وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف وكلام أحمد محمول على أنه يبيع ويشتري بأذن الورثة كبيعهم وشرايتهم بعد انقضاء القراض، فاما إن مات العامل أو جن وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه أو وليه والمال ناض جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال، وإن كان عرضاً لم يجز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم العروض وبجمل رأس المال قيمتها يوم العقد لأن الذي كان منه السلم قد جن أو مات وذبح عمله ولم يخلف أصلاً يني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن مال القراض موجود ومناقصه موجودة فأمكن استدامة النقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناقصاً جاز ابتداء القراض فيه فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد وارثه فإذا لم يرض ببيعه رفضه إلى الحاكم لبيعه فإن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ وأما البيع فالحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا انفسخت المضاربة ورب المال حي

(مسئلة) (وإن قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجر التل)

إذا قارض في مرضه صح لانه عقد يتنهي فيه الفضل أشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له وإن زاد على أجر مثله ولا يحسب به من ثمنه لأن ذلك غير مستحق من رب المال وإنما حصل بعلم المضارب فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ولا يزاحم به أصحاب الوصايا لانه لو أقرض المال كان الربح كله للمقرض فبعضه أولى وهذا بخلاف ما لو حابى الاجير في الاجرة فإنه يحسب بما حاباه من ثمنه لأن الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر التل احتمل أن لا

لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالمثل ولا يمكن ايقاف العمل في المشترك لان لصيب المستأجر غير متبذ من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة ، والدار والاراض لا يعتبر فيها ايقاع العمل أما تجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المقود عليه

(مسئلة) (قال واذا اشترى سلعتين فربح في احدهما وخسر في الاخرى جبرت الوضعية من الربح)

وجهه انه اذا دفع الى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبدا فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئا إلا بعد كمال الاقين وبهذا قال الشافعي الا فيما اذا تلف احد البدين فان اصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً ان الثالث من رأس المال لانه بدل احد الاقين ولو تلف أحد الاقين كان رأس المال فكذلك بدله، ولنا انه تلف بعد ان دار في القراض وتحرف

يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ملكها كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة من عينه والربح لا يخرج من عين المال إنما يحصل بالتغليب

(مسئلة) (ويقدم به على سائر الثمرة اذا مات رب المال) لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه ولان حقه متعلق بين المال دون الذمة فكان متقدماً على المتعلق بالذمة كحق الجارية أو كالتربهن (مسئلة) (وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته)

وكذلك الوديعة ولصاحبه أسوة الثراء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن في ذمته وهو حي ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فانه يحتمل أن يكون المال قد هلك

ولنا أن الاصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان ديناً كالوديعة اذا لم يعرف عينها وكذا اذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه ولأنه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاؤه ولم يوجد ما يعارض ذلك وبخالفه ولا سبيل الى اعطائه عيناً من التركة لأنه يحتمل أن تكون غير ملك المضاربة فلم يبق إلا تعلقه بالذمة

(فصل) قال رضي الله عنه (والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران) لانه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفسه أشبه الوكيل بخلاف المستعير فان قبضه لمنقته خاصة والقول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو بفضه أو خسارة فيه ولا ضمان عليه في ذلك كالوكيل والقول قوله فيما يدعي عليه من خيانة أو تغريب وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للقراض لان الاختلاف ههنا في نيته وهو أعلم بها لا يطلع عليها غيره فكان القول قوله فيما نواه كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكتابة الطلاق ولانه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل، ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت هبتك عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله لان الاصل عدم النهي ولا يعلم في هذا كله خلافاً وكذلك القول قوله في

في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال دينارا واحدا فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى فغير تلفها به كما لو كان رأس المال دينارا ولأنه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا، فلما ان تلف أحد الألفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف وكان رأس المال الباقي خاصة، وقال بعض الشافعية مذهب الشافعي أن الثالث من الربح ورأس المال الألفان معا لأن المال إنما يصير قراضا بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده

ولنا أنه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لأنه دار في التجارة وشرع فيها قصد بالمقد من التصرفات المؤدية إلى الربح .
(فصل) وإذا دفع إليه الفاء مضاربة ثم دفع إليه ألفا آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جاز وصاروا مضاربة واحدة كما لو دفعهما إليه مرة واحدة، وإن كان بعد التصرف في الأول في شراء المتاع لم يجز لأن حكم الأول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصا به فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر، فإذا شرط ذلك في الثاني فسد فأن نص الأول جاز ضم الثاني إليه لزوال هذا المعنى وإن لم يأذن له في ضم الثاني إلى الأول لم يجز له ذلك نص عليه أحمد وقال إسحاق له ذلك قبل أن يتصرف في الأول

قدر رأس المال كذلك قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر وقال أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم وبه تقول لأنه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر .
مسئلة () والقول قول رب المال في رده إليه مع يمينه (نص عليه أحمد وأصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قول العامل لأنه أمين ولأن معظم النفع لرب المال فالعامل كلودع وينبغي أن يخرج لنا مثل ذلك بناء على دعوى الوكيل الرد إذا كان يجعل، ووجه الأول أنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالستير ولأن رب المال منكر والقول قول المنكر والمودع لا نفع له في الوديعة وقولهم إن معظم النفع لرب المال ممنوع وإن سلم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه لم يأخذه نفع رب المال .

(مسئلة) (وفي الجزء المشروط للعامل) إذا اختلفا فيما شرط للعامل ففيه روايتان (إحداهما) القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن منصور وسندي وبه قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل والقول قول المنكر (والثانية) أن العامل أن ادعى أجر المثل أو ما يتماثل الناس به فالقول قوله لأن الظاهر صدقه وإن ادعى أكثر فالقول قول رب المال فيما زاد على أجر المثل كالزوجهين إذا اختلفا في الصداق وقال الشافعي يتحالفان لأنهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالشاهدين

ولنا انه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضعة أحدهما بربيع الآخر كما لو نهاه عن ذلك

(فصل) قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن المضارب بربيع ويضع مراراً فقال يرد الوضعة على الربيع الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فاربيع بعد ذلك لا تجبر به وضعة الاول فهذا ليس في نفسه منه شيء وأما ما لم يدفع اليه حتى يحسب حساباً كالتقبض كما قال ابن سيرين ، قيل وكيف يكون حساباً كالتقبض ؟ قال يظهر المال حتى ينض ويحجى فيحسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه ، قيل له فيحسبان على المتاع ؟ فقال لا يحسبان الا على التناض لان المتاع قد ينحط سره ويرتفع ، قال أبو طالب قيل لا أحد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربيع ؟ قال يقاسه ما فوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالتقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ، ولو ان رب المال والمضارب اتفقا على الربيع أو أخذ أحدهما منه شيئاً باذن صاحبه والمضاربة بمالها ثم سافر المضارب به فخرس كان على المضارب رد ما أخذه من الربيع لا تاتينا انه ليس بربيع ما لم تنجبر بالخسارة

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن الميمن على المدعى عليه» ولأنه اختلاف في المضاربة فلم يتعاقبا كسائر ما قدمنا اختلافها فيه والمتبايعان يرجعان على رهوس امولها بخلاف ما نحن فيه

(مسئلة) (وان قال أذنت لي في البيع لساء وفي الشراء بخمسة فأنتكروه رب المال وقال انما أذنت لك في البيع نقداً وفي الشراء بأربعة فالقول قول العامل)

نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقيل القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته . ولنا أنها اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال هيتك عن شراء عبد فأنتكروا انتهى .

(مسئلة) (وان قال رجعت الفأتم خسرتها أو تلفت قبل قوله) لانه أمين يقبل قوله فقبل في الخسارة كالوكيل :

(مسئلة) (وان قال غلطت أو نسيت لم يقبل قوله) لانه مقر بحق لا آدمي فلم يقبل قوله في الرجوع عنه كما لو أقر بان رأس المال الف ثم رجع ولو ان العامل خسرت فقال لرجل أقرضني ما أتمم به رأس المال لاعرضه على ربه فاني أخشى ان يزعجه مني ان علم بالخسارة فافرضه ففرضه على رب المال فقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ، ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا شهادة المقرض له لانه يجبر الى نفسه فعلاً وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال وأقر أنه له ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) وإذا قارض في مرضه صح لانه عقد ينتهي به الفضل فأشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له من الربح وان زاد على شرط مثله ولا يحتسب به من ثلثه لان ذلك غير مستحق من مال رب المال وإنما حصل بصل المضارب في المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حاجب الاجير في الاجر فانه يحتسب بما حاجبه من ثلثه لان الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر التل احتمل ان لا يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ما كسبها كالمضاربة واحتمل ان يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه والربح لا يخرج عن بين المال إنما يحصل بالتقليب

(فصل) وإذا مات رب المال قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئاً من نصيبه لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه وليس لرب المال شيء من نصيبه فهو كالشريك بماله ولان حقه متعلق بين المال دون الدمة فكان مقدماً كحقوق الجنابة ولانه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق كحقوق الرهن

(فصل) وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بينه صار ديناً في ذمته ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ولم يمل حدوث ذلك بالموت فانه يحتمل ان يكون المال قد هلك

(فصل) وإذا دفع رجل الى رجلين مالا قراضاً على النصف قضى المال وهو ثلاثة آلاف فقال رب المال رأس المال الفان تصدقه احدهما وقال الآخر بل هو الف فالقول قول المنكر مع بينه فاذا حلف أنه الف فالربح الفان ونصيبه منهما خمسمائة يبقى الفان وخمسمائة يأخذ رب المال الفين لان الآخر بصدقه يبقى خمسمائة ربحاً بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانه اثلاثاً لرب المال ثلثها وللعامل ثلثها وذلك لان نصيب رب المال نصف الربح ونصيب العامل ربه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف فبما زاد على قدر نصيبه كالثالث منها والثالث يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

(فصل) إذا دفع الى رجل الفاً يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضاً لي وبعه كله وقال رب المال كان قرضاً ربحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فكان القول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسم الربح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرط له من الربح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله كما أن القول قول رب المال في ماله فاذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط إنما عمل لمرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، فان أقام كل واحد منهما يرضه

وثنا ان الاصل بقاء المال في يده واحتلاطه بمجتمعة التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان ديننا كالوديعة اذا لم تعرف عينها ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاؤه ولم يوجد ما يارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عيناً من هذا المال لانه يحتمل ان يكون من غير مال المضاربة فلم يبق الا تعلقه بالذمة

مسئلة قال (واذا تبين للمضارب ان في يده فضلاً لم يكن له اخذ شيء منه الا باذن رب المال)

وجمته ان الربح اذا ظهر في المضاربة لم يجز للمضارب اخذ شيء منه بغير اذن رب المال لان في هذا بين اهل العلم خلافاً وانما لم يملك ذلك لأمور ثلاثة (أحدها) ان الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الحسran الذي يكون هذا الربح جابراً له فيخرج بذلك عن ان يكون ربها (الثاني) ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه (والثالث) ان ملكه عليه غير مستقر لانه برض ان يخرج عن يده بمجرد خسارة المال وان اذن رب المال في اخذ شيء جاز لان الحق لها لا يخرج عنها

(فصل) وان طلب أحدهما فسمه الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول المنتع لانه ان كان رب المال فلا يأمن الحسran في رأس المال فيجبره بالربح وان كان العامل فانه لا يأمن ان يلزمه رد

بدعواه فنص أحمد في رواية منها أنها تعارضان ويقسم المال بينهما نصين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً احتمل أن يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلم يستحق زيادة وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضاً فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه وكان للعامل أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قراضاً وقال العامل كان قراضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) وإذا شرط المضارب النفقة ثم ادعى انه اتفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه او قد رجع الى مالكه وبه قال ابو حنيفة اذا كان المال في يديه وليس له ذلك بعد رده .

ولنا انه امين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقياً في يديه وكالوصي اذا ادعى النفقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه احدهما بالآخر بالف وقال له اقبض ثمنه وادعى المشتري أنه قبضه وصدقه الذي لم يبع برى المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع قبضه وكيله حقه فبرى المشتري منه كما لو أقر بقبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري

ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وان تراضيا على ذلك جاز لان الحق لها وسواء انقفا على قسمة جميعه أو بعضه أو على ان يأخذ كل واحد منها شيئا مملوما ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد اقل الامرين مما أخذه أو نصف خسران المال اذا اقتسما الربح نصفين وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق، وقال أبو حنيفة لا يجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر اذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله

ولنا على جواز القسمة ان المال لها فجاز لها ان يقسما بعضه كالشريكين أو نقول انهما شريكان فجاز لها قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكي الثمان

(فصل) والمضاربة من العقود الجائزة تنفسح بفسخ أحدهما أيها كان وبموته ووجونه والحجر عليه لسفه لانه متصرف في مال غيره بإذنه فهو كالوكيل، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبمده فاذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسمها الربح على ما شرطاه، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز لان الحق لها لا يمدومها، وان طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع وهو قول اسحاق والثوري لان حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكة كذلك فلم يجبر على

فان خاصه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيبى من الثمن فأنكر فالتقول قوله مع يمينه فان كان للمدعى يمينه حكم بها ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجبرها الى نفسه نعماً وان خاصم البائع المشتري فالتقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه يقر انه يأخذه ظلماً فلا يستحق مشاركته فيه وان كانت للمشتري يمينه حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجبرها الى نفسه نعماً ومن شهد شهادته يجبرها الى نفسه نعماً بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائم نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتى قبلها وان لم يأذن له فيه لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائم لم يوكفه في القبض فقبضه لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي، ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع بقدر نصيبه لا غير لانه مقر ان شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه من غير عيب لان المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فثمريكه مشاركته فيما قبض لان الدين لها ثابت بسبب واحد فاقبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثاً وله ان لا يشاركه وبطالب المشتري بحقه كله ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي يتفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد نصيبه في

بیمه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر على البيع لانه ربما زاد فيه زائد أو رغب فيه رغب فزاد على من المثل فيكون للعامل في البيع حظ

ولنا أن المضارب إنما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى أن المستبر اذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمبر والشفيع أن يدفعما قيمة ذلك لانه مستحق للارض فهنا أولى وما ذكره من أحمال الزيادة بزيادة مزاید أو رغب على قيمته قائما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل، وان طلب رب المال الليم وأبى للعامل ففبه وجهان (أحدهما) يجبر العامل على الليم وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناخا كما أخذه (والثاني) لا يجبر اذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال فأشبه الوكيل اذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دأير فصار درام أو درام فصار دأير فهو كما لو كان عرضا على ما شرح، واذا نص رأس المال جميعه لم يلزم السائل أن ينص له الباقي لانه شركة بينها ولا يلزم الشريك أن ينص مال شريكه ولانه إنما لزمه أن ينص رأس المال ليرد اليه رأس ماله على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح

(فصل) وان انفسخ افراض والمال دين لزم العامل تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان ظهر ربح لزمه تقاضيه وان لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

صفقة، وبخالف الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبييضه وههنا يتبييض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه، فان قلنا له مشاركته فيما قبض فضليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من الفاض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضاً أنه ما قبض منه شيئاً وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقر ان المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظمناً فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره، وإن خاصم المشتري شريك البائع وادعى عليه انه قبض الثمن منه وكانت له ينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلاً لانه لا يجبر الى نفسه نقماً ولا يدفع عنه ضرراً لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكر بعض أصحابنا، قال شيخنا وضدي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري فاذا لم يكن ينة فحلف اخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فنصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما

ولنا أن المضاربة تقتضي ردد رأس المال على صفته والديون لا تجرى مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر في المال ربح وكما لو كان رأس المال عرضاً ويقارق الوكيل فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع المروض، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فإن اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله إليها على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منها إلى حقه منه ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) وأي المتقارضين مات أو جن اقتسخ القراض لأنه عقد جائز فاقسخ بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل فإن كان الموت أو الجنون برب المال فأراد الوارث أو وليه إنعامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحسنه من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة وهذه الاشاعة لا تمنع لأن الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف، فإن كان المال عرضاً وأرادوا إنعامه فظاهر كلام أحد جوازه لأنه قال في رواية على بن سعيد إذا مات رب المال لم يحجز للعامل أن يبيع ولا يشتري إلا باذن الورثة، فظاهر هذا بقاء العامل على قراضه وهو مخصوص الشافعي لأن هذا أعام للقراض لا ابتداء له ولأن القراض إنما منع منه في المروض لأنه يحتاج عند المفارقة إلى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود هنا لأن رأس المال غير المروض وحكمه باق.

الاتفاق دون الآخر ثم إن مالك نصفه والناصب بالابد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الناصب، وإن وكل الشريك الناصب أو وكل الناصب الشريك في البيع فباع البدك صفقة واحدة بطل في نصيب الناصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تقريب الصفقة وقد بطل البيع في بعضها فيبطل في سائرهما بخلاف ما إذا باع المالك والناصب فلهما عقدان لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو أن الناصب ذكر المشتري أنه وكيل في نصفه لصح في نصيب الآذن لكونه كالعقد المنفرد.

(فصل) إذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غير ذلك فقبض أحدهما منه شيئاً فلا آخر مشاركته فيه في ظاهر المذهب وعن احمد ما يدل على أن لأحدهما أخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذ وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد بعث أنا وصاحبي متاعاً بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقتك خاتمة وأنا أعطي شريكك بعد؟ قال لا يجوز قيل له فإن أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟ قال يجوز، قيل فقد قال ابو عبيد يجوز أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه فذكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وابو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو لصيبه قال فرأيت قد احتج له وأجازه قال أبو بكر الصملي عندي على ملووا حنبل وحرب أنه لا يجوز أن يكون نصيب

ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض وهذا الوجه أقيس لأن المال لو كان ناضاً كان ابتداء قراض وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال، وإن كان المال ناضاً بمساراة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءً على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فإذا كان المال ناقصاً وهذا لا يجوز في القراض باختلاف، وكلام أحد يحمل على أنه يبيع ويشترى بأذن الورثة كبيعه وشراؤه بهذا انفساخ القراض. فأما إن مات العامل أو جن وأراد ابتداء القراض مع وارثه أو وليه فإن كان ناضاً جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال وإن كان عرضاً لم يجز ابتداء القراض إلا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم أمروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد لأن الذي كان منه انعمل قد مات أو جن وذهب عمله ولم يخلّف أصلاً يبي عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن المال المقارض عليه موجود ومنافسه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك فإن لم يندنا لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد مورثه فإذا لم يرض ببيعه رضه إلى الحاكم لبيسه فأما إن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ فأما البيع فإن الحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا فسخت المضاربة ورب المال حي

الفايض له فيما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، ولنغير الفايض الرجوع على الفايض بمحضته من الدين سواء كان المال باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره، وله أن يرجع على الغريم لأن الحق ثبت في ذمته لها على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه ثبت في أحد الطرفين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للفايض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيتك نصف ما قبضت بل الحيرة إليه من أيها شاء قبض فإن قبض من شريك شيئاً رجح الشريك على الغريم بمنزلة فإن هلك المتقبوض في يد الفايض تمين حقه فيه ولم يضمه للشريك لأنه قدر حقه فما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته ثبوته في الأصل مشتركاً وإن أبرأ أحد الشركيين من حقه بريء منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع على غيره بشيء وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبض من الدين شيئاً اقتسم على قدر حقه في الباقي للبريء أربعة أنساعه وللشريك خمسة أنساعه فإن قبض نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي وما بقي بينهما على ثمانية للبريء ثلاثة أنساعه وللآخر خمسة أنساعه فما قبض بعد ذلك اقتسم على هذا، وإن اشترى أحدهما بنصيبه ثوباً أو غيره فلا يخر لإبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن

(فصل) إذا تلف المال قبل الشراء انقضت المضاربة لزوال المال الذي تعلق المقدم به وما اشترى بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له والتمن عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك وهل يقف على اجازة رب المال، على روايتين (أحدهما) أن اجازة فالتمن عليه والمضاربة بحالها وإن لم يجزه لزم العامل (والثانية) هو للعامل على كل حال فإن اشترى للمضاربة شيئاً فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق وبليزم رب المال الثمن ويصير رأس المال الثمن دون التألف لأن الأول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هذا والتألف وحكي ذلك عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن

ولنا إن التألف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء، ولو اشترى عبدان مال المضاربة فتلف أحد العبدان كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه لأنه تلف بعد التصرف فيه، وإن تلف العبدان كلاهما انقضت المضاربة لزوال مالها كله فإن دفع إليه رب المال بعد ذلك ألقاها بالتألف وأمس المال ولم يضم إلى المضاربة الأولى لأنها انقضت لذهاب مالها

(مسئلة) (قال وإذا اتفق رب المال والمضارب على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما

كان الربح بينهما والوضيعة على المال)

وجهه أنه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل لأن فيه خلافاً

أجاز البيع لبلاك نصف الثوب أتى على بيع الفضولي هل يقف على الاجازة أو لا؟ وإن أخر أحدهما حتى من الدين جاز لأنه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والأولى أن له الرجوع لأن الدين الحلال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه، وأما إذا قلنا بالرواية الأخرى وأن ما قبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها أن ما في الذمة لا ينتقل إلى المدين إلا بتسليمه إلى غيره أو وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله فلا يثبت له فيه حق ويكون لفأبضه ثبوت يده عليه بحق فأشبهه ما لو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبهه نسيه بالبراء ولأنه لو كان لغير الغايض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولأن هذا القبض إن كان بحق لم يشاركه غيره فيه كما لو كان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لأن حقه في الذمة لا في العين فأشبهه ما لو اخذ صاحب منه مالا، فقل هذا ما قبضه الغايض بمخمس به وليس لشريكه الرجوع عليه، وإن اشترى بنصيبه شيئاً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء، وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ التريم مما زاد على حقه (فصل) إن اتفقت شركة الوجوه وقد اختلفت في تفسيرها قال الحارثي وهو أن يشرك اثنان بمال غيرهما وقال القاضي منها أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في

والعقد صحيح نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد أن العقد يفسد به وحكي ذلك عن الشافعي لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم والمذهب الأول ولنا أنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به كما لو شرط لزوم المضاربة ، وبفارق شرط الدراهم لأنه إذا فسد الشرط تبثت حصته كل واحد منها في الربح بمجولة

(فصل) والشروط في المضاربة تنقسم قسمين صحيح وفاسد : فالصحيح مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال أو أن يسافر به أو لا يتجر إلا في بلد بيته أو نوع بيته أو لا يشتري إلا من رجل بيته فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يسم وجوده أولاً يسم والرجل عن يكثر عنده المتاع أو يقل وبها قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بيته أو سلمة بينها أو ما لا يسم وجوده كالياقوت الأحمر والحلج البلق لم يصح لأنه يمنع مقصود المضاربة وهو التغليب وطلب الربح فلم يصح كما لو اشترط أن لا يبيع ويشتري إلا من فلان أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشتري به

الربح بمال غيرها لأنها إذا أخذ المال بجاهها لم يكونا شركين بملك غيرهما وهذا محتمل ، وقال غيره منها أنها اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما وحلوا كلام الحنفي على ذلك ليكون كلامه جامعاً لأنواع الشركة ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة ويكون الحنفي قد أحل هذا نوع من أنواع الشركة وهي شركة الوجوه على تفسير القاضي فأما شركة الوجوه على ما ذكره شيخنا في الكتاب المشروح فهي أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما يشتريانه فهو بينهما لصفين أو ثلاثاً أو نحو ذلك وبينان ذلك فاقسم الله من الربح فهو بينهما فهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو ذكر صنف المال أو لم يبين شيئاً من ذلك بل قال ما اشترت من شيء فهو بيننا ، قال أحمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بشيء من أموالهما على أن ما يشتريه كل واحد منهما بينهما فهو جائز وهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وابن المنذر وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفاً من الثياب ، وقال مالك والشافعي بشرط ذكر شرائط الوكالة لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شروط الوكالة لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه ولنا أنها اشتركا في الأبيع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان يتبايان بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة وقولهم أن الوكالة لا تصح حتى يقدر الثمن والنوع ممنوع وإن سلم فأنما يشترط في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يشترط فيها ذلك بدليل المضاربة وركبة الصانعان في ضمنها توكيلا ولا يشترط فيها شيء من هذا كذا هنا ، فلي هذا أن قال لرجل ما اشترت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان أو اطلق الوقت فقال فم أو قال ما اشترت أنا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جازو كانت شركة صحيحة لأنه لا يذنب له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو اطلق وكذلك لو قال ما اشتريناه

ولما أنها مضاربة خاصة لا يمنع الربح بالسكينة فصحت كما لو شرط أن لا يتجر الا في نوع يعم وجوده ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بينه وسلطة بينها كالوكالة وقولهم انه يمنع المقصود ممنوع وإنما يفعله وتقلبه لا يمنع الصحة كتخصيصه بالتسويق ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع الا برأس المال فانه يمنع الربح بالسكينة وكذلك إذا قال لا تبع الا من فلان ولا تشترا الا من فلان فانه يمنع الربح أيضا لانه لا يشتري ما باعه الا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع الا بمن اشتريت منه لم يصح لذلك

(فصل) ويصح تأقيت المضاربة مثل ان يقول ضاربتك على هذه البرام سنة فاذا انقضت فلا تبع ولا تشترا قال مهنا سألت أحد عن رجل أعطى رجلا ألفا مضاربة شهرا قال اذا مضى شهر يكون فرضا قال لا بأس به قلت فان جاء الشهر وهي متاع اقال اذا باع المتاع يكون فرضا وقال أبو الخطاب في صحة شرط التأقيت روايتان (احدهما) هو صحيح وهو قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص المكبري لثلاثة معان (أحدها) انه عقد يقع مطلقا فاذا شرط قطعه لم يصح كالتكاح (الثاني) ان هذا ليس من مقتضى العقد ولا له فيه مصلحة فأشبهه ما لو شرط ان لا يبيع، ويان انه ليس من مقتضى العقد انه يقتضي ان يكون رأس المال ناضا فاذا منعه البيع لم

أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو يتنا فكل واحد وكيل صاحبه كقيل عنه بالثمن لان مبناها على الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتره ويبيعه كقيل عنه بذلك

﴿ مسألة ﴾ (والمالك بينهما على ما شرطاه) لقول رسول الله ﷺ المؤمنون على شروطهم، والوضعية على قدر ملكيها قياساً على شريكي الشان لأنها في مضاهها، والربح بينهما على ما شرطاه لذلك، ويحتمل أن يكون على قدر ملكيها قاله القاضي لان الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقمت عليه خاصة إذ لا مال لها فيشتركان على العمل فيه والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح

ولما هما شريكان في العمل والمال فجاز تفاضلهما في الربح مع تساويهما في المال كشريكي الشان

﴿ مسألة ﴾ (وهما في التصرفات كشريكي الشان)

بني فيما يجب لها وعليها وفي إقرارها وخصومتها وغير ذلك على ما ذكرناه وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل لانه وكيله، وسميت شركة الوجوه لأنها اشتركا فيما يشتران بمجاههما والجاه والوجه واحد يقال فلان وجهه إذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجهياً)

(فصل) الرابع شركة الابدان وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما فهي شركة صحيحة فهي أن يشتركا اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه من المباح كالخطب والحفيش والتجار الأخوذة من الحبال والاصطياد والمادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه احمد في رواية أبي طالب فقال

ينص (الثالث) ان هذا يؤدي الى ضرر بالعدل لانه قد يكون الربح والحفظ في بقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها

ولنا انه تصرف يتوقت بنوع من المتاع لحياز توقيته في الزمان كالوكالة، والمعنى الاول الذي ذكره يطل بالوكالة والوديعة، والمعنى الثاني والثالث يبطل تخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت اذا رضي ان يأخذ بماله عرضا فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كماله قال اذا انقضت السنة فلا تميز شيئا وقد سلوا صحة ذلك

(فصل) واذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح سواء كانت في الحضر او السفر وقل الشافعي لا يصح في الحضر، ولنا ان التجارة في الحضر احدى حالتي المضاربة فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر ولانه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح كما لو اشترطها في الوكالة

(فصل) والشروط الناسدة تنقسم الى ثلاثة اقسام (أحدها) ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو لا يعزله مدة بينها أو لا يبيع الأبراس المال أو أقل أو لا يبيع الا بمن اشترى منه أو شرط ألا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لانها تقوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع القسح الجائز بحكم الاصل (القسم الثاني) ما يعود

لأبأس أن يشرك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والحمالين والنخالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بشيء، وفسر احمد صفة الشركة في الغيبة فقال يشركان فيها بصبيان من سلب المقتول لان القائل يختص به دون الغائبين وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب الديار كالاكتساب والاختتام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها، وقال الشافعي شركة الأبدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

ولنا ما روى أبو داود والاثرم بإسنادهما عن عبد الله قال: اشركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجيء أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا ينحى عن رسول الله ﷺ وقد أقرم وقد قال أحمد أشرك بينهم النبي ﷺ فان قيل فالغنائم مشتركة بين الغائبين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له ان يدفعها الى من يشاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي ﷺ قال (من أخذ شيئا فهو له) فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق الى شيء فهو له ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبون من الاسلاب وانقل الا ان الاول اصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء.

بجهاة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكسبين أو أحد الاثنيين أو أحد العبدین أو ربح إحدى السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشتره ، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو بعضه أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبي فهذه شروط فاسدة لأنها تنفي إلى جهل حق كل واحد منها من الربح أو إلى فواته بالكيفية ومن شرط المضاربة كون الربح معلوماً (انقسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرصاً أو أن يتخذه في شيء بينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة، أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سها من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن ، أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا كثيراً منها في غير هذا الموضع ممثلاً ، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهاة الربح فسدت المضاربة لان الفساد لمعنى في العوض المنقود عليه فافسد العقد كما لو جعل رأس المال خراً أو خنزيراً ولان الجهاة تمنع من التسليم فتفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب. وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحد في أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح ذكره عنه الاثرم وغيره لانه عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالتكاح

وأما الثاني فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لثيبه عليه السلام بعد أن غنموا واختلقوا في الغنائم فأرسل الله تعالى (يسألونك عن الأثقال قل الأثقال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك وبدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ فإما أن يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالباحات أو لم يبها لهم فكيف يشتركون في شيء. فغيره ٢ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لانهم اشتركوا في مباح وفيها ليس بضاعة وهو يمنع ذلك ولان العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال وعلى أبي حنيفة أيضاً أنها اشتركا في مكسب مباح فصح كالواشتركا في الحياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فإنه يصح أن يستيب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أخذها بذلك كالنوكيل في بيع ماله ومبناها على الوكالة لان كل واحد منها وكيل صاحبه وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانها يطالب به كل واحد منهما

(مسألة) وتصح مع اتفاق الصنائم رواية واحدة فأما مع اختلافها ففيه وجهان

(أحدهما) لا تصح اختارها أبو الخطاب وهو قول مالك لان مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمها ويطالب به كل واحد منهما فإذا تقبل أحدهما شيئاً من اختلاف ضمانها لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالب بهما لا قدرة له عليه ؟ (والثاني) تصح اختارها القاضي لانها اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائم ولان الصنائم المنفقة قد يكون أحد الرجلين احنق فيها من الآخر فربما يتقبل أحدهما مالا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحته فكذلك اذا اتفقت الصنائم

والتناق والطلاق ، وذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى أنها تفسد العقد لأنه بشرط فاسد فأفسد العقد كشرط دراهم معلومة أو شرط أن يأخذ له بضاعة والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواه (فصل) وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة أحدها أنه إذا تصرف قبذ تصرفه لأنه أذن له فيه فإذا بطل العقد بقي الأذن فملك به التصرف كالوكيل ، فإن قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسد ثم تصرف فيه لم يتخذ تصرفه مع أن البائع قد أذن له في التصرف ، قلنا لأن المشتري يتصرف من خيبة الملك لا بالأذن فإن أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك لم يصح وهبنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الأذن لأنه أذن له في تصرف يقع له

(الفصل الثاني) أن الربح جميعه لرب المال لأنه نماء ماله إنما يستحق العامل بالشرط فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئاً وكان له أجر مثله لمن عليه أحد وهو مذهب الشافعي واختار الشريف أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه واحتج بما روي عن أحمد أنه قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه قال وهذه الشركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالتكاح قال ولا أجر له وجعل أحكامها كلها كأحكام الصحيحة وقد ذكرنا هذا قال القاضي أبو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام أحمد محمول على أنه صحح الشركة بالعروض وحكي

وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل أن لا يلزمه ذلك كالوكيلين بدليل صحته في المباح ولا ضمان فيها وإن قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بعمله ويدل على صحة هذا أنه لو قال أحدهما انا اتقبل وأنت تعمل لصحت الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه. وقال زفر لا تصح الشركة إذا قال أحدهما انا اتقبل وأنت تعمل ولا يستحق العامل المسمى وإنما له أجر المثل. ولنا إن الضمان يستحق به الربح بدليل شركة المثلين وتقبل العمل بوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فيبذل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل لأن العمل يستحق به الربح وقد يتفاضلان في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة ولستأجر دفعها إلى كل واحد منهما وإيها دفعها اليد بريء منها، وأن تلقت في يد أحدهما من غير تحريط فهي من ضمانها لأنها كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانها بطلب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لأن هذه الشركة لا تنقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تعتمد عليه الشركة حال الضمان فكانت الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه

عن مالك أنه يرجع إلى قراض المثل وحكي عنه أن لم يربح فلا اجر له ، ومقتضى هذا انه ان ربح
فله الاقل مما شرط له او اجر مثله ويحتمل ان يثبت عندنا مثل هذا لانه اذا كان الاقل ما شرط له
فقد رضى به فلا يستحق اكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد

ولنا ان نسبة الربح من تواجب المضاربة او ركن من اركانها فاذا فسدت اركانها وتواجبها
كالمصلاة ولا تسلم في النكاح وجوب المسمى اذا كان العقد فاسدا واذا لم يجب له المسمى وجب
اجر المثل لانه انما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله اليه وذلك منه بخر
فتجب قيمته وهو اجر مثله كما لو تباها يباع فاسدا وتقاضا وتلف احد الموضين في يد الفاض له وجب
رد قيمته ، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح او لم يظهر ، فأما ان رضى المضارب بالعمل بغير عوض مثل
ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح انه لا شيء المضارب ههنا لانه تبرع بعمله فأشبهه ما لو
اعانه في شيء او توكل له بشيء جعل له بضاعة

(الفصل الثالث) في الضمان ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتقربطه لأن ما كان القبض في
صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده وبهذا قال
الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن

وننا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلم يضمنه في فاسده كالوكالة ولاها إذا فسدت صارت
إجارة ولا اجر لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعديه ولا قرضه فكذا ههنا وأما الشركة إذا فسدت فقد ذكرنا هاهنا هذا

وقال القاضي ~~بأن~~ لا يلزم أحدهما ما يلزم الآخر كما ذكرنا من قبل وما يتلف بتعدي أحدهما
أو تقربطه ~~بأن~~ يده على وجه يوجب الضمان عليه فهو عليه وحده وإن أقر أحدهما بما في
يده قبل عليه ~~بأن~~ شريكه لان اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا
بدين عليه ~~بأن~~ يده له على ذلك

(مستدل) وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما فان طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لومه ذلك
وجه ~~بأن~~ إذا عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه أحمد
في رواية ~~بأن~~ حاتم وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الابدان فيأتي أحدهما بشيء
ولا يأتي الآخر بشيء ؟ فقال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وعمار وابن مسعود حتى حيث اشتركوا في
سعد بأسيرين فأخفق الآخران ولان العمل مضمون عليهما معا وبما بينهما له وجبت الاجرة فتكون
لها كما كان الضمان عليهما ويكون الغامل عونا لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر
رجلا ليقتصر له ثوبا فاستمان الفصار بانسان فقصر معه كانت الاجرة للفصار المستأجر كذا ههنا وسواء
ترك العمل لمرض أو غيره فان طالب أحدهما الآخر ان يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك
فان امتنع فلا خير الفسخ ويحتمل أنه اذا ترك العمل لغير عذر ان لا يشارك صاحبه في اجرة ما عمله

(مسئلة) قال: (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي دليلك)

نص احمد على هذا وهو قول أكثر أهل العلم ولا تعلم فيه مخالفاً قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز أن يحمل الرجل ديناً له على رجل مضاربة وعن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحماد ومالك والثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي وقال بعض أصحابنا يحتمل أن تصح المضاربة لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه باذن رب المال ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه فتراها ذمته منه وبصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال به وضارب بشئ وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال والمضارب أجرمثله لأنه علقه بشرط ولا يصح عدمه لتعلق القراض بشرط، والمذهب هو الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغيره بقبضه ولم يوجد القبض هنا وإن قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء للمشتري لأنه يشتري لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له فان اشترى في ذمته فكذلك لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) وإن قال لرجل اقض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة فقبضه وعمل به جاز في قولهم جميعاً ويكون وكيلاً في قبضه، ومؤتمناً عليه لأنه قبضه باذن مالك من غيره فجاز ان يجعله مضاربة كما لو قال اقض المال من غلامي وضارب به قال مهناً سألت احمد عن رجل قال اقضني ألفاً شهراً ثم هو بعد

دونه لأنه إنما شاركه ليعمل جميعاً فاذا ترك احدهما العمل فما وفي بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وإنما احتدل ذلك فيما اذا تركه لئلا يملكه لا يمكن التحرز منه

(مسئلة) (وان اشتركا ليعملا على دابتيهما والاجر بينهما صح) لأنه نوع من الاكتساب والدايتان آتان فاشبهتا الاداة

(مسئلة) (فاذا تقبلا حمل شيء فحملها عليهما أو على غير الدابتين صحت الشركة) والاجر بينهما على ما شرطاه لان تقبلاهما الحمل أثبت الضمان في ذمتها ولها ان يحملها باي ظهر كان والشركة تنقصد على الضمان كشركة الوجوه فأشبه ما لو تقبلا قسامة ففصرها بغير أدانها

(مسئلة) (وان اجراهما بأعيانها فلكل واحد منهما أجره دابته)

أما اذا اجرا الدابتين بأعيانها على حمل شيء باجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة ولكل واحد منهما أجره دابته لأنه لم يجب ضمان الحمل في ذمتها وإنما استحق المكثرى منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة المستأجرة ولان الشركة إما أن تنقصد على الضمان في ذمتها أو على عملها وليس هذا بواحد منهما فإنه لم يثبت في ذمتها ضمان ولا عملاً بإيدانها ما يجب الاجرة في مقابلته ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح ولهذا قال أجر

الفهر مضاربة قال لا يصلح وذلك لانه إذا أقرضه صار ديناً عليه وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه ولو قال ضارب به شهراً ثم خذته قرضاً جازماً ذكرنا فيما تقدم .

(فصل) ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جزأفاً ولو شاهدها وبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يصح إذا شاهدها والقول قول العامل مع عينه في قدره لانه أمين رب المال والقول قوله فيما في يديه فقام ذلك مقام المعرفة به

ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهدها وذلك لأنه لا يدري بهم يرجع عند المفارقة؟ ولأنه يفتي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم يصح كالمالك في الكيس وما ذكره يطل بالسلم وبما إذا لم يشاهدها .

(فصل) ولو أحضر كسبين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لانه عقد نتم صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع .

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول ضارب بها)

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذا

عبدك وتكون أجرته ديني ودينك لم يصح كما لو قال بيع عبدك وتمته بيننا لم يصح قال شيخنا ويحمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيها بكتسبان بأبدانهما من الباع فان أحدهما صاحبه في التعميل والعدل كان له أجر مثله لأنها منافع وقاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لاحدهما أداة قصارة ولا آخر بيت فاشتركا على ان يسلا بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدائنين الذين أجرهما لحل الشيء الذي تقبلنا حمله، وان فسدت الشركة قسم الحاصل لها على قدر أجر عملها وأجر الدار والأداة، وان كانت لاحدهما آلة وليس للآخر شيء أو لاحدهما بيت وليس للآخر شيء فاتفقا على ان يسلا بالآلة أو في البيت والاجرة بينهما جازاً ذكرنا

(فصل) وان دفع رجل دابته الى آخر ليعمل عليها وما رزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو ما شرطاه صح نص عليه أحمد في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي ما يدل على هذا وكره ذلك الحسن والنخعي، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لأن الحل الذي يستحق به الموض منها وللعامل أجر مثله لان هذا ليس من اقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالمرحض ولان للمضاربة تكون

الائق وأشار إليه في زاوية البيت، وقارق الدين فإنه لا يصير عين المال ملكاً للفرم إلا قبضه ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجوز أن يضاربه عليها لأنها صارت ديناً .

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال منصوب فضارب الناصب به صح أيضاً لأنه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه فأشبه الوديعة وإن تلف وصار في الذمة لم تجز المضاربة به لأنه صار ديناً ومضى ضاربه بالمال المنصوب زال ضمان النصب بمجرد عقد المضاربة وبهذا قال أبو حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان النصب إلا بدقته ثمناً وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا ينافي الضمان يد لرب المال تمدى فيه. ولنا أنه ممسك للمال بإذن مالكه لا يختص بنفسه ولم يمتد فيه فأشبهه ما لو قبضه إياه

(فصل) والعامل أمين في مال المضاربة لأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا يختص بنفسه فكان أميناً كالوكيل وقارق المستعير فإنه قبضه لنفسه خاصة وهما المنفعة بينهما، فلي هذا القول قوله في قدر رأس المال قال ابن المنذر أجمع كل من حفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال كذا قال الثوري وأصحاب الرأي وبه نقول ولأنه يدعي عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المتكرو وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه وما يدعي عليه من خيانة وتفريط وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة لأن الاختلاف هاهنا في نيته وهو أعلم بما نواه لا يطلع على ذلك أحد سواه فكان القول قوله فيما نواه كالأول احتلف الزوجان في نية الزوج بكتابة الطلاق ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت نهيئتك عن شرائه فانكر العامل فالقول قوله لأن الأصل عدم النهي وهذا كله لا نعلم فيه خلافاً

بالتجارة في الأعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن مالك مالها وقال القاضي يخرج أن لا يصح بناء على أن المضاربة بالمعروض لا تصح فلي، هذا إن كان أجر الدابة بينها فالأجرة للمالكها وإن تقبل حمل شيء فحملة عليها أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجرة والتمن له وعليه أجر مثلها للمالكها ولأنها عين تسمى بالعمل عليها فصح العقد بيض ثمنها كالسرايم والدنانير وكان شجر في المساقاة والأرض في المزارعة قولهم ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا نعم لكنه يشبه المساقاة المزارعة فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها بيض ثمنها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تخريبها على المضاربة بالمعروض فاسد فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في ربة المال وهذا بخلافه وذكر القاضي في موضع آخر أن من استأجر دابة بنصف ما يرزق الله تعالى أو ثلثه جاز قال شيخنا ولا أرى لهذا وجهاً فإن الأجرة يشترط لصحتها العلم بالمعروض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى النصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد بالأجرة العمالة على الوجه الذي تقدم وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لثل هذا بالمزارعة فقال لا بأس

(فصل) وان قال اذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بشرة قال بل اذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بخمسة فالقول قول العامل نص عليه أحمد وبه قال ابو حنيفة ويحتمل ان القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته ولنا انها اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال قد نيتك عن شراء عبد فأنكر النبي

(فصل) وان قال شرطت لي نصف الربح فقال بل ثلثة فمن أحمد فيه روايتان احدهما القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن المنذر لان رب المال ينكر السدس الزائد واشترطه له والقول قول المنكر والثانية ان العامل اذا ادعى اجر المثل وزيادة يتعان الناس بمثلها فالقول قوله وان ادعى اكثر فالقول قوله فيما وافق اجر المثل وقال الشافعي يتعالفان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتعالفان كالتبايعين

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولان الاختلاف في المضاربة لم يتعالفوا كسائر ما قدمنا اختلافهما فيه والتبايعان يرجعان الى ردوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه

(فصل) وان ادعى العامل رد المال فانكر رب المال فالقول قول رب المال مع يمينه نص عليه أحمد ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قوله لانه أمين ولان معظم النعم لرب المال فالعامل كالودع

ولذا انه قبض المال تنفع فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول قول

بالتوب يدفع بالثلث والربح لحديث جابر ان النبي ﷺ أعطى خبير على الشطر وهذا يدل على انه صار في هذا ومثله الى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا الى المضاربة والاجارة

(فصل) نقل أبو داود عن احمد فيمن يعطي قرسه على النصف من النسيئة أرجو ان لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله اذا كان على النصف والربح فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل أحمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده الى رجل ليكتسب عليه ويكون له ثلث ذلك او ربه فجاز والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة وإن دفع ثوبه الى خياط ليفصله قمصاً ويبيعها وله نصف ربحها بحق عمه جاز نص عليه في رواية حرب وكذلك ان دفع غزلا الى رجل ينسجه بثلث ثمنه او ربه جاز نص عليه، وقال مالك وابو حنيفة والشافعي لا يجوز شيء من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه فان جعل له مع ذلك دراهم لم يجز نص عليه وعنه يجوز والصحيح الاول قال أبو بكر هذا قول قديم وما روي غير هذا فعليه المتعمد قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يقول لا بأس بالتوب يدفع بالثلث والربح وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم او درهمين قال اكرهه لان هذا شيء لا يعرف والثلث اذا لم يكن معه شيء نراه جائزا لحديث جابر ان

المتكر وفارق المودع فان لا نفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال يتبعه وإن سلم الا ان المضارب لم يقضه الا لنفع نفسه ولم يأخذه نفع رب المال

(فصل) وان قال ربحنا ألفاً ثم قال خسرت ذلك قبل قوله لانه أمين يقبل قوله في التالف فقبل قوله في الحسارة كالوكيل وان قال غلظت او نسيت لم يقبل قوله لانه مقر بحق لا دمي فلم يقبل قوله في الرجوع كالواقر بان رأس المال ألف ثم رجع، ولو ان العامل خسرت لرجل اقرضني مائة ثم رأس المال لأعرضه على ربه فاتي أخشى ان ينزعه مني ان علم بالحسارة فاقرضه فعرضه على رب المال وقال هذا رأس مالك فاخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا تقبل شهادة المقرض له لانه يجر الى نفسه تقماً وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) واذا دفع رجل الى رجلين مالا قراضاً على النصف فنصف المال وهو ثلاثة آلاف وقال رب المال رأس المال الفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فالتقول قول المتكر مم بمينه فاذا حلف ان رأس المال ألف والربح الفان فنصيبه منها خمسمائة يبقى ألفاً وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين لان الآخر بصدقه ويبقى خمسمائة ربحاً بين رب المال والعامل الآخر يقسمها اثلاثاً لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها مائة وستة وستون وثلثان ولرب المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لان نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب هذا العامل ربه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف بما زاد على قدر نصيبه كالثالث منهما والثالث يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

الذي اعطى خبير على الشطر قيل لأبي عبدالله فان كان النساج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهما قال فليجعل له ثلثاً وعشراً ثلثاً ونصف عشر وما اشبهه وروى الأرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وابوب ويلى بن حكيم انهم اجازوا ذلك وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن وقال ابو ثور واصحاب الرأي : هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكة الى اصياد ليصيدها السمك بينهما نصفان فاصيد كله للصائد ولصاحب الشبكة اجر مثلها وقياس ما نقل عن احمد صحة الشركة وما رزق الله بينهما على ما شرطاه لانهما عين تنمي بالعمل فيها فصح دفعها ببعض ثمنها كالارض

(فصل) وقد ذكر ابن عقيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان وهو ان يسطي الطحان انقرة معلومة بطحنها بقفيز دقيق منها وعله المنع انه جعل له بعض معموله اجراً لعمله فبصير الطحن مستحقاً له وعليه وهذا الحديث لا نعرفه ولم تثبت صحته ولا ذكره اصحاب السنن وقياس قول احمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل

(فصل) فان كان لرجل دابة ولا آخر لكاف وجوالفات فاشتركا على ان يؤجرهما والاجرة

(فصل) وان دفع الى رجل ألفا يتجر فيه فريح فقال العامل كان قرضا لي يربحه كله وقال رب المال كان قرضا فريحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فالقول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسمنا الريح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرطه له من الريح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الريح قرب المال معترف له به وهو يدعي الريح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يديه كما ان القول قول رب المال في ربح ماله فاذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط وانما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه فنص أحمد في رواية مهناً انهما يتماضيان ويقسم الريح بينهما نصغين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل بل كان قراضاً يحتمل ان يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الريح أو أجر مثله لانه لا يدعي أكثر من نصيبه من الريح فلا يستحق زيادة عليه وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضاً فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضاً حلف كل واحد منهما على انكار ما ادعاه خصمه وكان له أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضاً وقال العامل كان قرضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) واذا اشترط المضارب الثقة ثم ادعى انه انفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه أو قد رجع الى مالكه وبه قال أبو حنيفة اذا كان المال باقياً في يديه وليس له ذلك اذا كان بعد رده

بينهما نصفان فهو فاسد لان هذه اعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها اذ تقديره أجر دابته لتكون اجرتها بيننا وأجر جوالقاني لتكون اجرتها بيننا وتكون كلها لصاحب البهيمة لانه مالك الاصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لانه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد، هذا اذا أجر الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما ان أجر كل واحد منهما ملكه مفرداً فلكل واحد أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه وللآخر اجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

(فصل) فان اشرك ثلاثة من اخدم دابة ومن آخر راوية ومن آخر العمل على ان ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول احمد فانه نص في الدابة يدفعها الى آخر يملك عليها على ان لها الاجرة على الصحة وهذا لانه دفع رايته الى آخر يملك عليها والراوية عين تنمي بالعمل عليها فهي كالبهيمة فبلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولانها وكلا العامل في كسب مباح آلة دفعها اليه فاشبهه ماله دفعه اليه أرضه ايزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من اخدم دكان ومن

ولنا انه أمين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقيا في يده وكالوصي اذا ادعى التفقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف وقال لم أقبض ثمنه وادعى المشتري انه قبضه وصدقه الذي لم يبيع يريء المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبضه وكيله حقه فبرىء المشتري منه كما لو أقر انه قبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري فان خاصه شريكه وادعى عليه انك قبضته نصيبى من الثمن فأذكر البائع فالفول قوله مع يمينه ان لم يكن للدعي بينة وان كانت له بينة فضي بها عليه ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجر بها الى نفسه نفعاً وان خاصم البائع المشتري فادعى المشتري انه دفع اليه الثمن وأنكر البائع فالفول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه معترف انه يأخذه ظلماً فلا يستحق مشاركته فيه، وان كانت للمشتري بينة حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجر بها الى نفسه نفعاً ومن شهد بشهادة يجر الى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين محاصة الشريك قبل محاصة المشتري أو بعدها، وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كائني قبلها وان لم يأذن له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه له لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير لانه مقر ان شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه ولا يحتاج الى أمين لان المشتري مقر بقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيها قبض لان الدين لها ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثاً وله ان لا يشاركه وبطالب المشتري بحقه كله ، ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيها قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي يتفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيها قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد منهما نصيبه في صفقة وبخلاف

آخر رحي ومن اخر بطل ومن اخر العمل على أن يطحنوا بذلك فأرزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي المقدس في المستلثين جميعاً وهو ظاهر قول الشافعي، لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونه لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولان من شرطها عود رأس المال سلباً بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكاله والراوية هنا تخلق وتنقص، ولا اجارة لانها تقتصر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فملى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما عرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فثمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبه أجر المثل لانه استعمل ملكها بموضع لم يسلم لها فكان لها أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة وأما في المسئلة الثانية فأنهم اذا طحنوا لرجل طعاماً باجرة نظرت في عقد الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالاجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل، وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفرداً أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتكم لطحنوا لي هذا الطعام

الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعضه وههنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه فان قلنا له مشاركته فيها قبض فعليه العين انه لم يستوف حقه من المشتري وبأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطلب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضا انه ما قبض منه شيئا وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بموض ما أخذ منه لانه مقران المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وأما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره وان خاصم المشتري شريك البائتم فادعى عليه انه قبض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه قضا ولا يدفع عنها ضررا لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبة بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكره بعض أصحابنا وعندي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري واذا لم تكن بينة تحلف أخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فنصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما الاتفاح دون الآخر ثم ان مالك نصفه والناصب باقا العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك ويطلب في نصيب الناصب وان وكل الشريك الناصب أو وكل الناصب الشريك في البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الناصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة لان الصفقة ههنا وقت واحدة وقد بطل البيع في بعضها فبطل في سائرهما بخلاف ما إذا باع المالك والناصب فانهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو ان الناصب ذكر للمشتري انه وكل في نصفه لصح في نصيب الآخر لكونه كالمفرد المنفرد

(فصل) واذا كان لرجلين دين بسبب واحد ما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحدهما منه شيئا فلا آخر مشاركته فيه هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد ما يدل على ان لاحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذه وهو قول أبي العالين وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد يست أنا وصاحبي مائة بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاصة وأنا أنطى شريكك بعد؟ قال : لا يجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه قال يجوز قيل فقد قال ابو عبيد : لئان يأخذ

بكذا فالاجر بينهم أربابا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربه ورجع كل واحد منهم على أصحابه بره أجر مثله وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحا وهذا الرجل بكذا وكذا من الطعام صح والاجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون بينهم أربابا بناء على ما إذا تزوج اربأ بمهر واحد او كاتب أربعة أعبد بموض واحد هل يكون الموض أربابا أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين

دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو من نصيبه قال فرأيت قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حرب وحبل أنه لا يجوز وهو الصحيح وقد صرح به أحد في أول هذه الرواية ولم يصرح بالرجوع عما قاله وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضی الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، وإما غير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره وله أن يرجع على الترميم لأن الحق يثبت في ذمته لمصلحة وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الترميم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه يثبت في أحد المحايين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منه من الرجوع على الترميم بأن يقول أنا أعطيتك نصف ما قبضت بل الحيرة إليه من أيهما شاء قبض فإن قبض من شريكه شيئاً رجح الشريك على الترميم مثله، وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمه للشريك لأنه قدر حقه فيما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الأصل مشتركاً، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برى منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع عليه غيره بشيء، وإن أبرأ أحدهما من دين الدين ثم قبض من الدين شيئاً اقتسما على قدر حقهما في الباقي للصبر، أربعة أتباعه ولشريكه خمسة أتباعه وإن قبضاً نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت راءته في خمس الباقي وما بقي بينهما على على ثمانية للصبر، ثلاثة أتباعه وللآخر خمسة أتباعه فما قبض بعد ذلك اقتسما على هذا، وإن اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً فلا آخر إبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن أجاز البيع لملك نصف الثوب أنبنى على بيع الفضولي هل يقف على الإجازة أو لا؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز قانه أو سقط حقه جاز فتأخيره أولى فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والأولى أن له الرجوع لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كدمه، فالأولى أن قالنا بالرواية الأخرى وإن ما قبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها أن ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غيره أو وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله فلا يثبت له فيه حق وكان للقابض لثبوت يده عليه بحق فأشبه ما لو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبه تعيينه بالأبراء ولأنه لو كان لغير القابض حق

(مسئلة) (وان جمعا بين شركة العنان والابدان والوجوه والمضاربة صح) لأن كل واحد منهما

يصح منفرداً فصح مع غيره كحالة الاقتراد

(فصل) الخامس شركة المفاوضة وهو أن يدخلوا في الشركة الاكساب النادرة كوجدان لفظة

أو وكلز أو ما يحصل لها من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرش جناية أو نحو ذلك

في المقبوض لم يسقط بثقله كسائر الحقوق ولا أن هذا القبض لا يخلو إما أن يكون بحق أو بغير حق فإن كان بحق لم يشاركه غيره فيه كالموكلان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبة لأن حقه في الذمة لا في العين فأشبهه مالهوا أخذ غاصب منه مالا، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به دون شريكه وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى، بنسيبه ثوباً صرح ولم يكن لشريكه لإبطال الشراء وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الترميم مما زاد على حقه .

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في قسمة الدين في الذم فنقل حنبل منع ذلك وهو الصحيح لأن الذم لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعديل وأما القسمة من غير تعديل فهي يسع ولا يجوز يسع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو وبهذا قال ابن سيرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كالموكلان اختلفت الاعيان وبه قال الحسن وإسحاق فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو إذا أبرأ كل واحد صاحبه وهذا إذا كان في ذم فاما في ذمة واحدة فلا يمكن القسمة لان معنى القسمة إفراد الحق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة والله أعلم .

(فصول في العبد المأذون له) يجوز أن يأذن السيد لبيده في التجارة بغير خلاف لعله لان الحجر عليه إنما كان لحق سيده فجاز له التصرف بإذنه وينفك عنه الحجر في قدر ما أذن له فيه لأن تصرفه إنما جاز بأذن سيده فزال الحجر في قدر ما أذن فيه كالوكيل، فإن دفع إليه مالا يتجر به كان له أن يبيعه ويشترى ويتجر فيه وإن أذن له أن يشتري في ذمته جاز وإن عين له نوعاً من المال يتجر فيه جاز ولم يكن له التجارة في غيره وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز أن يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقاً لان اذنه المطلق من الحجر وفق له والا حلاق لا يتبعض كبلوغ الصبي

ولنا انه تصرف بالأذن من جهة الأدي فوجب أن يختص ما أذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينفذ بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله ويخالف البلوغ فانه يزول به المعنى الموجب للحجر فان البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ في الصبي الفتق للعبد وإنما يتصرف العبد بالأذن الا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول التكاح بخلاف العبد ؟

فهذه شركة فاسدة وبهذا قال الشافعي وأجازته الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وحكي عن مالك، ونسرت أبو حنيفة لها شروطاً وهي ان يكونا حريين مسلمين وان يكون مالهما في الشركة سواء وان يخرجها جميعاً ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير، واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا تفاوضتم فاحسنوا المفاوضة ولا تهاونوا مع شركة تختص باسم فكان منها صحيح كشركة العنان ولنا أنه عقد لا يصح بين كافر بن ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولأنه

(فصل) وإذا أذن له في التجارة لم يحز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لافسان وبه قال الشافعي
واباحها أبو حنيفة لأنه يتصرف بنفسه فلك ذلك كالمكاتب

ولنا أنه عقد على نفسه فلا يملكه بالأذن في التجارة كيبيع نفسه وتزوجه وقولهم أنه يتصرف لنفسه
ممنوع بل يتصرف لسيدته وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يبيع من سيده
(فصل) وإذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونا له وبهذا قال الشافعي وقال أبو
حنيفة يصير مأذونا له لأنه سكت عن حقه فكان مستقلا له كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة
ولنا أنه تصرف بفتقر إلى الأذن فلم يحم السكوت مقام الأذن كما لو باع الراهن الرهن والبرهن
ساكت أو باع المرهن والراهن ساكت وكنصرفات الاجانب وبخلاف الشفعة فانها تسقط بمضي
الزمان إذا علم لانها على الفور

(فصل) ولا يبطل الأذن بالابق وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبطل لأنه يزيل به ولاية السيد
عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبهه ما لو باعه
ولنا أن الابق لا يمنع ابتداء الأذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه غاصبا أو حبس بدين
عليه أو على غيره وما ذكره غير صحيح فان سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه وأجارته عن
يقدر عليه ويبطل بالانصوب

(فصل) ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدرهم ولا كسوة الثياب وتجوز هبة الأكل وأطارة دابته
وأخذ الدعوة ما لم يكن امراة وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده لأنه
تبرع بماله فم يحز كهبه دراهمه

ولنا أن النبي ﷺ كان يجيب دعوة المملوك وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته
اناس من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عبدالله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمرهم وهو يومئذ عبده، رواه
صالح في مسائله بإسناده ولأن العادة جارية بهذا بين التجار فجاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها

عقد لم يرد الشرع بمثله فلا يصح كاذكرنا ولأن فيه غررا فلم يصح كيبيع الغرر، يان غرره أنه يلزم كل
واحد مالزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخلنا فيه الأكساب النادرة فلما الحزب فلا
نفره ولا رواه أصحاب السنن وليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المقايضة في
الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فان اختصاصها باسم
لا يقتضي الصحة كيبيع المتأبذة والملاسة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان صح بين الكافرين والكافر
والمسلم بخلاف هذا

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (أما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فايتوا أحداكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أذكى طعاماً فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة وأما السنة فروى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبي ليلى لامة بن زبار عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال يا عروة «أنت الجلب فاشتر لنا شاة» قال فأبنت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحُثت أسوقها أو أقودها فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأبنت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله: هذا ديناركم وهذه شاةكم قال «وصنعت كيف؟» قال فحدثته الحديث قال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» هذا لفظ رواية الترمذي وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأبنت رسول الله ﷺ فقلت له إنني أردت الخروج إلى خيبر فقال «أنت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابنتي منك آية نضع يدك على ثرقونه» وروى عنه ﷺ أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأباً رافع في قبول نكاح ميمونة، وأجمت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدمت الحاجة إليها

باب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقولته تعالى ((أما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فايتوا أحداكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أذكى طعاماً فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة، وأما السنة فروى أبو داود والترمذي وابن ماجه بإسنادهم عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال «يا عروة أنت الجلب فاشتر لنا شاة» قال فأبنت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحُثت أسوقها وأقودها فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأبنت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاةكم قال «وصنعت كيف؟» قال فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» هذا لفظ رواية الترمذي وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال أردت الخروج إلى خيبر فأبنت النبي صلى الله عليه وسلم وأبى قلت أنه أردت الخروج إلى خيبر فقال «أنت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابنتي منك آية نضع يدك على ثرقونه» وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأباً رافع في قبول نكاح ميمونة (الجزء الخامس) (٣٦) (المنفي والشرح الكبير)

(فصل) وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً كان أو كافراً وأما من يتصرف بالأذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع وكذلك الحكم في المحجور عليه لفسه لا يوكل إلا فيما له فعله من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل التكاح لنفسه وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهمذين، فاما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له، وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين أحدهما يجوز توكيله لانه ليس بولي ووجه الوجه الآخر انه موجب للتكاح أشبه الولي ولانه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجوز أن يتوكل فيه كالمرأة، ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها ويصح توكيل العبد في قبول التكاح لانه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة في عقد التكاح وقبوله والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها .

وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ، ولان الحاجة داعية الى ذلك فإنه لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاج اليه بنفسه .

(مسئلة) (صح الوكالة بكل قول بدل الأذن وكل قول أو فعل بدل القبول)

لا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول لانه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر الى الإيجاب والقبول كالبيع ، والإيجاب هو كل لفظ دل على الأذن نحو قوله افعل كذا أو أذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء وكذلك قوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (فابشروا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة - إلى قواء - فليأتكم برزق منه) ولانه لفظ دل على الأذن فهو كقوله وكلتك، ويكفي في القبول قوله قبلت وكل لفظ دل عليه ويجوز بكل فعل دل عليه أيضاً نحو أن يفعل ما أمره بفعله لان الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى أمثال أمره ولانه أذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كما كل الطعام

(مسئلة) (ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو أن يوكله في بيع شيء فيبيعه بعد سنة أو يئانه أنه وكاه منذ شهر فيقول قبلت)

لان قبول وكلاء النبي صلى الله عليه كان بفعلهم وكان مترخياً عن توكيله لإيمانه ولانه أذن في التصرف والأذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي
(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فافعل كذا أو إذا جاء الشتاء فاشتر لنا

(فصل) والمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بجعل لانه من اكتساب المال ولا يمنع المكاتب من الاكتساب ، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جعل إلا باذن سيده لأن منافعه كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض ، ولا بعد أن يتوكل باذن سيده وليس له التوكيل بغير اذن سيده وإن كان مأذوناً له في التجارة لأن الاذن في التجارة لا يتناول التوكيل ونصح وكالة الصبي المراهق إذا اذن له الولي لانه من يصح تصرفه .

﴿ مسألة ﴾ قال (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ومضاربة الحقوق والعتق والطلاق حاضرآ كان الموكل أو غائباً)

لانهم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر ولان الحاجة داعية إلى التوكيل فيه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تلبق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته وأباحها الشرع دفناً للحاجة ونهصيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه ، ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجمالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والابراء لانها

كذا أو اذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية أو اذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه اليهم أو اذا دخل رمضان فقدوكلتك في كذا أو فانت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا تصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن وان كان وكيلاً بجعل فسد المسمى وله اجر المثل لانه عقد يملك التصرف به في الحياة أشبه البيع

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبد الله بن رواحة » وهذا في مناه ولا نه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمة وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحاً كما لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج ولانه لو قال وكتلك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في مناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأخير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله أن يكون من اهل القرية فصح بالجعل كالتوكيل الناجز

(مسألة) (ولا يصح التوكيل والتوكل في شيء الا ممن يصح تصرفه فيه)

لان من يصح تصرفه بنفسه فبنايته أولى وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله اتيابة صح أن يوكل فيه رجلاً كان أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً ، فأما من ينصرف بالاذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا ، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع ، وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل الا فيما له فعله فالطلاق

في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافاً، ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبأرافع في قبول النكاح له ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى الزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بأرض الحبشة، ويجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة والعتاق لأن الحاجة تدعو إليه كدعائها إلى التوكيل في البيع والنكاح، ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كإحياء الموات وإسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لأنها تملك ما لا يسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالأبناج والآهات، ويجوز التوكيل في إثبات انقصاص وحد القذف واستيفائهما في حضرة الموكل وغيبته لأهلهما من حقوق الأدميين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما لأن من له حق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يجب أن يتولاه .

(فصل) ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق واثباتها والمحاكمة فيما حضره كان الموكل أو غائباً، صحيحاً أو مريضاً، وبه قال مالك وإن أبي لبلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للخصم أن يمتنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره بحسب الحكم ومخاضته حتى لحصه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاه خصمه كالدين عليه ولنا أنه حق يجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستتابة بغير رضاه خصمه كحال غيبته ومرضاه

والخلع وطلب القصاص، وكل ما صح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه، وذكر الفاضل أنه لا يجوز أن يقبله لغيره وظاهر كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه يصح وهو قول أبي الخطاب وهو القياس ولاصحاب الشافعي وجهان كهدن فأما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت للولاية له وذكر أصحاب الشافعي في ذلك الوجهين (أحدهما) يجوز لأنه ليس بولي (والثاني) لا يجوز لأنه موجب للنكاح أشبه الولي ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجز أن يتوكل فيه كالمراة ويصح توكيل المراة في طلاق نفسها وغيرها ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به، ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمراة في عقد النكاح وقبونه والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها، وللمكاتب أن يتوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بجمل لأنه من اكتساب المال ولا يمتنع من الاكتساب، وليس له أن يتوكل بغير جمل إلا بإذن سيده لأن منامته كإعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض وتصح وكالة الصبي المميز بإذن الولي بناء على صحة تصرفه بإذنه

(مسئلة) (ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار والعان والإبان)

(المعنى والشرح الكبير) الامور التي لا يصح التوكيل فيها كالشهادة والايان والابلاء ونحوها ٢٠٥

وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضى له فلي وما قضى عليه فلي، وكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان الخصومة فيها وان الشيطان ليحضرها وإني لا أكره أن أحضرها قال أبو زياد الفهم المالك، وهذه قصص انتشرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها، ولان الحاجة تدعو إلى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه، ويجوز التوكيل في الافرار ولا أصحاب الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه لانه اخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة

ولما انه اثبات حق في الذمة بالفول فجاز التوكيل فيه كالبيع، وفارق الشهادة فلها لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوتة على غيره .

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادته لكونه يؤدي ما سمعه من شاهداً الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الايمان والذور لانها تتعلق بعين الخائف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود، ولا يصح في الابلاء والقسامة واليمان لانها أيمان، ولا في القسم بين الزوجات لانه يتعلق بيدن الزوج لامر لا يوجد من غيره، ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضة والمرضعة لا امر يختص بانبات لحم المرضع والشازعظمه بلبن المرضعة، ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا يصح في النصب لانه محرم، ولا في الجنائيات لذلك ولا في كل محرم لانه لا يجوز له فعله فلم يجز نائبه

وجملة ذلك أن التوكيل يجوز في الثراء والبيع ومطالبة الحقوق والعتق والطلاق حاضر أكان الموكل أو غائباً وقد ذكرنا الدليل على ذلك من الآيات والخبر والحاجة تدعو اليه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والثراء أو لا يمكنه الخروج الى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحبط ذلك من منزلته فأباحها الشرع دفعا للحاجة وتمحيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لمباداة الله سبحانه، وكذلك يجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجمالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والهبة والصدقة والوصية والفسخ والابراء لانها في معنى البيع في الحاجة الى التوكيل، فيها فيثبت فيها حكمه ولا نتم فيه خلافاً، ويجوز التوكيل في الخلع والرجعة لان الحاجة تدعو اليه كدعائها الى التوكيل في البيع ويجوز التوكيل في تمصيل المباحات كاحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لانها ملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالاتباع والايهاب

(فصل) ولا تصح في الايمان والذور لانها تتعلق بعين الخائف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود ولا تصح في الابلاء والقسامة واليمان لانها أيمان ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا تجوز في القسم بين الزوجات لانها تتعلق بيدن الزوج لامر يختص به

(نصل) فأما حقوق الله تعالى فإكان منها حداً كحد الزنا والسرقة جاز التوكيل في استيفائه لان النبي ﷺ قال «اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها» فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عر فرجموه ووكل عثمان علياً في اقامة حد الشرب على الوليد بن عتبة ووكل علي الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلي بعد رواه مسلم، ولان الحاجة تدعو الى ذلك لان الامام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز في اثباتها وهو قول الشافعي لأنها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرتها بها والتوكيل يوصل الى الايجاب

ولنا حديث أنيس فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في اثباته واستيفائه جميعاً فانه قال فان اعترفت فارجمها وهذا يدل على انه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته واستيفائه جميعاً ولان الحاكم اذا استتاب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى والتوكيل يقوم مقام الموكل في درتها بالشبهات وأما اعبادات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في اخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم يمت عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لما ذ حين بعته الى اليمن «اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من

ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضعة والمر تضع لامر يختص بانبات لم المر تضع وإنشاز عظمه من لبنها، ولا تصح في النصب ولا في الجنایات لان ذلك محرم وكذلك كل محرم لانه لا يحل له فعله بنفسه فلم تجز النيابة فيه (مسئلة) ويجوز أن يوكل من يقبل له التكاح ومن يزوج موليته اذا كان الوكيل ممن يصح له ذلك لنفسه ومولته لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري وأباراهيم في قبول التكاح له ولان الحاجة تدعو اليه فانه ربما احتاج الى الزواج من مكان بعيد لا يمكنه السفر اليه كما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم حبيبة وهي بأرض الحبشة ويجوز أن يوكل من يزوج موليته لان الحاجة تدعو اليه فأشبهه البيوع إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لموليته، وهل يجوز أن يكون قاسماً؟ ينبغي على اشتراط ذلك في ولاية التكاح وسيذكر في باب ان شاء الله

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تعلق بين الشاهد لكونها خبراً عماراً أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائيه فان استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادة لكونه يؤدي ماسمه من شاهد الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الاعتام لانه متى حضر النائب تبين عليه الجهاد فكان السهم له ولا في الالتقاط لانه بأخذ بصير للقطعة

(فصل) ويجوز التوكيل في المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضرأ كان الموكل أو غائباً صحيحاً أو مريضاً وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للمختم

أغنياتهم فردد على فقرائهم فان هم أطاعوك بذلك فإياك وكرائم أموالهم واتفق دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله حجاب « متفق عليه، ويجوز التوكيل في الحج إذا أيسر المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز أن يستتاب من ينج عنه بعد الموت، وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها لأنها تتعلق بيد من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها إلا أن الصيام المتذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل به غيره ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج، وفي فعل الصلاة المتذورة وفي الاعتكاف المتذور عن الميت روايتان، ولا يجوز الاستنابة في الطهارة إلا في صب الماء وإيصال الماء للأعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرها

(فصل) وكل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفائه في حضرة الموكل وغيبته ونص عليه أحمد وهذا مذهب مالك وقال بعض أصحابنا لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل أو ما إليه

أن يمتنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره مجلس الحاكم ومخاطبته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاه خصمه كالدين عليه

ولنا أنه حق يجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاه خصمه كحالة غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن علياً وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضي له فلي وما قضي عليه فلي وروى عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال إن الخصومة قحما وإن الشيطان يحضرها وأني لا أكره أن أحضرها قال أبو زياد القحيم المالك وهذه قصص اشتهرت لأنها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإنه قد يكون له حق أو يدعي عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه ويجوز التوكيل في الإقرار ولأصحاب الشافعي وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه لانه إخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة

ولنا أنه إثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع وفارق الشهادة لأنها لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوتة على غيره، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف واستيفائها لأنها من حقوق الأديين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيها لأن من له الحق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يجب أن يتولاها

(مسئلة) (ويجوز في كل حق لله تعالى تدخله النيابة من العبادات والحدود في إثباتها واستيفائها كحد الزنا والسرقه)

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغدياً أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها، فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عزم فرجوه وروى عثمان علياً في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة روى مسلم ولأن الحاجة تدعو إليه لأن الإمام لا يمكنه

أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لانه يحتمل أن يفو الموكل في حالة غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولان الغفو مندوب اليه فاذا حضر احتمل أن يرجه فيفغو والاول ظاهر المذهب لان ماجاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحذود وسائر الحقوق واحتمال الغفو بعيد والظاهر انه لو سقا لبحث وأعلم وكيته بفوه والاصل عدمه فلا يؤثر الاترى ان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد ويقبضون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يختلط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تبيير اجتهاد الحاكم

(فصل) ولا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لانه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر الى الايجاب والقبول كالمبيع ويجوز الايجاب بكل لفظ دل على الاذن نحو ان يأمره بفعل شيء أو يقول اذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء

نولي ذلك بنفسه، ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز وهو قول الشافعي لانه تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها والتوكيل توصل الى الايجاب

ولنا حديث أنيس الذي ذكرناه فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في إثباته واستيفائه جميعاً بقوله «فان اعترفت فارجمها» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته ولان الحاكم اذا استتاب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم فبالتنخيص يكون دخولها أولى والتوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات

(فصل) فاما العبادات فلا تعلق منها بالمال كالصدقات والزكاة والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لعاذ حين بعثه الى اليمن : أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه ويجوز التوكيل في الحج اذا أيسر المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز ان يستتاب من يحج عنه بعد الموت، فاما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها فانها تعلق بدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره، ولا يجوز في الصلاة الا في ركعتي الطواف تبعاً للحج ولا يجوز الاستنابة في منجارية الا في صب الماء وإيصاله الى الاعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرها

(مسئلة) (ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته نص عليه احمد وهو قول مالك الا القصاص، وحد الغدق عند بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته)

وقال الله تعالى عبدا عن أهل الكهف أنهم قالوا (فابشوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتمكم برزق منه) ولأنه لفظ دال على الإذن فجزى مجرى قوله وكلتكم ، ويجوز القبول بقوله قبلت وكل لفظ دل عليه ، ويجوز بكل فعل دل على القبول نحو أن يفعل ما أمره بفعله لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى أمثال أمره ولأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام ، ويجوز القبول على الفور والراخي نحو أن يبلغه أن رجلا وكله في بيع شيء منذ سنة فيبسه أو يقول قبلت أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه وسلم لو كانه كان يفعلهم وكان متراخيا عن توكيله إياهم ولأنه إذن في التصرف والإذن قائم ما لم يرجع عنه فأشبهه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي

وقد أوما إليه أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأنه يحتمل أن يفو الموكل في حال غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولأن الغفو مندوب إليه فإذا حضر احتمل أن يرجعه فيفغو والاول ظاهر المذهب لأن ما جاز استيفاءه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال الغفو بعيد والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بغفوه والاصل عدمه فلا يؤثر الاثرى أن قضاء رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد ويقسمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يختلط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو بغير اجتهاد الحاكم .
(مسألة) (ولا يجوز لتوكيل أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه إلا بإذن الموكل وعنه يجوز وكذلك الوصي والحاكم وله التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه أو يعجز عنه لكثرة)

وجه ذلك أن التوكيل لا يدخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه فلم يعجز له كما لو لم يوكله (الثاني) أن يأذن له في التوكيل فيجوز له لأنه عقد إذن فيه فمكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا ينم في هذا خلافا فان قال وكلتكم فاصح ما شئت فله أن يوكل ، وقال اصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه فقوله اصح ما شئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ولنا ان لفظه عام فيما شاء فيدخل في عموم التوكيل (الثالث) اطلق له الوكالة فلا يدخل من اقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لسكونه لا يحسنه فانه لا يجوز له التوكيل فيه لانه اذا كان مما لا يسهله الوكيل عادة التصرف الاذن الى ما جرت به العادة من الاستقابة فيه (القسم الثاني) أن يكون مما يسهله الوكيل الا أنه يعجز عن عمله لكثرة وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لان الوكالة اقتضت جواز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن فيه بلفظه ، وقال القاضي عندي

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فبغ هذا الطعام وإذا جاء الشتاء فاشترنا فخا وإذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية وإذا طلب منك أهلي شيئا فادفعه إليهم وإذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا أو فأنت وكيلى وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن، وإن كان وكيلاً بجمل فسد المسمى وله أجر المثل لأنه عقد يملك به التصرف في الحياة فأشبهه البيع . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبدة الله ابن رواحة » وهذا في مناهه ولأنه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه وهو إباحة التصرف وصحة فكان صحيحاً كما لو قال أنت وكيلى في بيع عبدي إذا قدم الحاج ولأنه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في مناهه ولأنه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأثير ولأنه عقد يصح بغير جمل ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرية فصح بالجمل كالتوكيل الناجز .

(فصل) ويجوز التوكيل بجمل وغير جمل فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في إقامة الحد

أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لأن التوكيل إما جاز للحاجة فاختص مادعت إليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فإنه مطلق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين (التسم الثالث) ماعدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (احدهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لأنه لم يأذن له بالتوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجز كما لو نهاه ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه من لم يأمنه عليه كالوديسة (والثانية) يجوز نقلها أحد وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فكذلك نائبه كالمالك والاولى أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الأ أميناً لأنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحفظ والنظر كما ان الاذن في اليمين يتقيد بالبيع بشئ مثل الا ان عين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أميناً لأنه قطع نظره بيمينه فان وكل أميناً فصار خاتماً فله عزمه لان تركه يتصرف مع الحياطة تضييع وتفريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزمه

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به إليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستقرب غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل إلا أن المتخصص عن أحمد في رواية مهنا جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولائه بدليل انه لم يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه قال شيخنا والجمع بينهما أولى لأنه متصرف في مال غيره بالأذن فأشبهه الوكيل وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية كما ركبنا إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

وعروة في شراء شاة وعمرا و ابا رافع في قبول النكاح بشر جعل وكان يمث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولهذا قال له ابناء عمه لو بثنا على هذه الصدقات فتؤدي اليك ما يؤدي الناس ونصيب ما يصيب الناس يثان العمالة، فان كانت بجعل استحق الوكيل الجمل بتسليم ما وكل فيه الى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه كثوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه فحق سلمه الى الموكل معمولا فله الاجر وان كان الخياط في دار الموكل فكلا عمل شيئا وقع مقبوضا فيستحق الوكيل الجمل اذا فرغ الخياط من الخياطة وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الاجر اذا عمله وان لم يقبض الثمن في البيع وان قال اذا بعث الثوب وقبضت ثمنه وسلمته الي فلنك الاجر لم يستحق منها شيئا حتى يسلمه اليه فان قام التسليم لم يستحق شيئا لغوات الشرط

(فصل) ولا تصح الوكالة الا في تصرف معلوم فان قال وكلتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير او في كل تصرف يجوز لي أو في كل مالي التصرف فيه لم يصح وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لانه لفظ عام فصح فيها بتناوله كما لو قال ببع مالي كله

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بشر إذنها أبا كان أو غيره وقال القاضي فيمن لا يجوز له الاجار هل هو كالوكيل ؟ يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل ولذا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر اذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل فان الولي متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك نفويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يبطل بالحكم والذي يعتبر اذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن إذنها في التزويج فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيل للموكل لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله وان أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان وكيلاً للوكيل ينزل بموته وعزله، وان مات الموكل أو عزل الاول انزلا جميعا لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع الآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان تركل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن قائلي وكيل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل نفسه

(مسألة) (ويجوز توكيل عبد غيره باذن سيده)

لان المنع لحق السيد فجاز باذنه ولا يجوز بغير اذله لانه لا يجوز له التصرف بغير اذن سيده لكونه مجبورا عليه فاذا أذن في ذلك صح كما تصح تصرفاته باذله

(مسألة) (فان وكله باذنه في شراء نفسه من سيده فعل روايتين)

(إحداهما) يصح وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية (والثانية) لا يجوز وهو قول بعض

وثنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لانه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة ويلزمه المهور الكثيرة والائمان العظيمة فيمظم الضرر وان قال اشترى ماشية لم يصح لانه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه وقد روي عن احمد ما يدل على صحته لقوله في رجائين قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريت من شيء فهو بيننا انه جائز وأصعبه ولان الشريك والمضارب وكيلان في شراء ماشاء، فعلى هذا ليس له أن يشتري الا بئمن المثل فادون ولا يشتري مالا يقدر الموكل على ثمنه ولا مالا يرى المصلحة له في شرائه، وان قال بع مالي كله واقبض ديونى كلها صح لانه قد يعرف ماله وديونه، وان قال بع ماشيتى من مالي واقبض ما شئت من ديونى جاز لانه اذا جاز التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى، وان قال اقبض دينى كله وما يتجدد في المستقبل صح، قال أصحاب الشافعي اذا قال بع ماشيتى من مالي لم يجز وان قال من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس

الشافعية لان يد العبد كيد سيده فأشبهه مالوكه في الشراء من نفسه ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده، ولنا انه يجوز ان يشتري عبداً من غير مولاة فجاز ان يشتريه من مولاة كالأجنبي واذا جاز ان يشتري غيره جاز ان يشتري نفسه كما ان المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها، والوجه الذي ذكره لا يصح لان أكثر ما يقدرهنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وسنذكر صحة توكيل السيد في البيع والشراء من نفسه فهنا أولى، فعلى هذا اذا قال العبد اشترت نفسي زيدا وصدقه صح ولزم زيدا الثمن، وان قال السيد ما اشترت نفسك الا لنفسك عتق العبد لا لقرار السيد على نفسه بما يتق به ويلزم السيد الثمن في ذمته لسببه لان زيدا لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه فلزم العبد لان الظاهر من باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه فان كذبه في الوكالة حلف ويرى، وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وان صدقه في الوكالة وقال ما اشترت نفسك لي قال قول قول العبد لان الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه

(فصل) واذا وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وان وكل العبد في اعتاق عبده أو المرأة في طلاق نسائه لم يملك اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لانه يتصرف باطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل ان لها ذلك لشمولها عموم اللفظ كما يجوز للوكيل في البيع ان يبيع من نفسه في احدى الروايتين، وان وكل غريمه في إبراء نفسه صح لانه وكله في إسقاط حق من نفسه فهو كتوكيل العبد في اعتاق نفسه، وإن وكله في ابراء غريمه لم يكن له أن يبرئ نفسه كالموكله في حبس غريمه لم يملك حبس نفسه، وان وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه ويحتمل ان يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وان وكل المضمون عنه في ابراء الضامن فابراً صح ولم يبرأ المضمون عنه وإن وكل الضامن في ابراء المضمون عنه أو الكفيل في ابراء الكفول عنه صح ويرى الوكيل يبرأه لانه فرع عليه فإذا برئ الاصل برئ الفرع

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه كعبده ، وان قال اشترى لي عبداً تركياً أو ثوباً هروباً صح ، وان قال اشترى لي عبداً أو قال ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول . ولنا أنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالفراض ولا يشترط ذكر قدر الثمن ذكره القاضي وقال أبو الخطاب لا يصح حتى يذكر قدر الثمن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن المييد تتفاوت من الجنس الواحد وأما تميز بالثمن . ولنا أنه اذا ذكر نوعاً فقد اذن في اخلاء ثمنه قبل المرور ولان تقدير الثمن يضر فانه قد لا يجيد بتقدير الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

(مسئلة) (والوكالة عقد جائز من الطرفين)

لكل واحد منهما فسخها متى شاء لانه اذن في التصرف فكان لكل واحد منها إبطاله كالأذن في أكل طعامه فان وكل المرتين في بيع الرهن فبه اختلاف ذكرناه

(مسئلة) (وتبطل بالموت والجنون والحجر لسفهه وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة) تبطل الوكالة بموت الموكل والوكيل وحنون المطلق بشر خلاف علمناه اذا علم الحال وكذلك يبطل بخروجه عن أهلية التصرف كالحجر عليه لسفه لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من حيثه كالجنون والموت وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة قياساً على الوكالة قال أحمد في الشركة اذا وسوس أحدهما فهو مثل المنزل

(فصل) فان حجب على الوكيل لفلس فالوكالة مجاهلاً لانه لم يخرج عن أهلية التصرف وان حجب على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه وان كانت في الخصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو الفصاح لم تبطل لان الموكل أهل لذلك، وان فسق الوكيل لم ينزل لانه من أهل التصرف الا ان تكون الوكالة فيها يناهية الفسق كالأيجاب في عقد النكاح فانه ينزل بفسق أحدهما لخروجه عن أهلية التصرف وان كان وكيله في القبول لم ينزل بفسق موكله لانه لا يناهية جواز قبوله ، وهل ينزل بفسق نفسه ؟ على وجهين أولاهما انه لا ينزل لانه يجوز ان يقبل النكاح لنفسه فجاز ان يقبله لغيره كالمعدل، وان كان وكيله فيها يشترط فيه الامانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انزل بفسقه وفسق موكله لخروجها بذلك عن أهلية التصرف وان كان وكيله ليس له تصرف في مال نفسه انزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا يناهية الفسق

(فصل) (ولا تبطل الوكالة بالثوم والسكر والاعغام لان ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا تثبت عليه الولاية الا أن يحصل الفسق بالسكر فقد ذكرناه مفصلاً

(فصل) وإذا وكل وكيلين في تصرف وجه ل لكل واحد الافراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الافراد به لانه لم يأذن له في ذلك وانما يجوز له ما أذن فيه موكله وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وان وكلهما في حفظ ماله حفظاً مما في حرز لها لان قوله افلا كذا يقتضي اجباها على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما ، وفارق هذا قوله يتمكن حيث كان منفساً بينهما لانه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما، فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكلا له بغير أمره ، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أميناً ليتصرف لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم بوص الى أحد أقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفاً مما ولا يحتاج الى إعادة البيعة لان الحاكم سمها لهما مرة، فان قيل هذا حكم للفائب، قلنا يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي ثبت لمن لم يخلق لاجل من يستحقه في الحال كذا هنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وجميع التصرفات في هذا سواء، وقال أبو حنيفة إذا وكلها في خصومة فلكل واحد منهما الافراد بها ولنا انه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء.

ولا تبطل بالتعدي فيما وكل فيه مثل ليس الثوب وركوب الدابة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والثاني تبطل بذلك لأنها عقد أمانة فبطلت بالتعدي كالوديعة

ولنا أنه تصرف بأذن موكله فصح كما لو لم يتعد ويفارق الوديعة من حيث انها أمانة مجردة فانها التعمدي والحياتية، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الامانة فاذا انتفت الامانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فلي هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامناً فاذا باعه صح بيعه وبري من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه بأذن الموكل ولم يتعد فيه ولودقع اليه مالا وكله ان يشتري به شيئاً فتعدي في الثمن صار ضامناً واذا اشترى به وسله زال الضمان وقبضه للبيع قبض امانة، وان ظهر بالبيع عيب فرد عليه او وجد هو بما اشتراه عيباً فرده وقبض الثمن كان مضموناً عليه لان العقد المزيل للضمان زال فماد ما زال به

(مسئلة) وهل تبطل بالردة وحرية عبده؟ على وجهين

يصح توكيل المسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه سواء كان ذمياً أو مستأثماً أو حريباً أو مرتدّاً لان المدالة لا تشترط في صحة الوكالة فكذلك الدين كالبيع، فان وكل مسلماً فارتد لم تبطل وكالنه

﴿مسئلة﴾ قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك إليه)

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن ينهى الموكل وكيه عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بشر خلاف لأن ما نهاء عنه غير داخل في إذنه فلم يجوز كما لو لم يوكله (الثاني) أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك لأنه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالصرف المأذون فيه ولا نهي في هذين خلافاً وان قال له وكتك فاصم ما شئت فله أن يوكل وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه وقوله اصم ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ولنا أن لفظه عام فيما شاء فيدخل في عموم التوكيل (الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من أقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدينية في حق أشرف الناس المرتعنين عن فعلها في المادة أو يجوز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا كان مما لا يملكه الوكيل عادة انصرف الأذن إلى ما جرت به العادة من الاستتابة فيه (القسم الثاني) أن يكون مما يعمل بنفسه إلا أنه يجوز عن عمله كله لكثرة وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضاً لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل لحجاز التوكيل في فعل غيره كما لو أذن في التوكيل بلفظه

في أحد الوجهين سواء لحق بدار الحرب أو أقام، وقال أبو حنيفة تبطل إذا لحق بدار الحرب لأنه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكأله كما لو لم يلحق بدار الحرب ولأن الردة لا تمنع ابتداء الوكالة فلا تمنع استدامتها كما نثر الكفر، وفيه وجه آخر أنها تبطل بالردة إذا قلنا إن المرتد تزول أملاكه وتبطل تصرفاته والوكالة تصرف وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكاله موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة :

(فصل) وإن وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم يتزول لأن زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وفيه وجه آخر أنها تبطل لأن توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة وإنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه السيد، والصحيح الأول لأن سيد العبد أذن له في بيع ماله والتمتع لا يبطل الأذن فكذلك البيع إلا أن المشتري أن رضى يقاته على الوكالة والأبطلت وإن وكل عبد غيره فاعتقه فقال شيخنا لا تبطل الوكالة وجهاً واحداً لأن هذا توكيل حقيقة والتمتع غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم يبطل لأن ملكه إياه لا ينافي إذنه له في البيع والشراء، وان وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلم يمنع استدامتها .

وقال القاضي عندي انه اعماله التوكيل فيما زاد على ما يتسكن من عمله بنفسه لان التوكيل انما جاز للحاجة فاختص ما دعت اليه الحاجة بخلاف وجود اذنه فانه مطلق ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين (القسم الثالث) ما عدا هذين القسمين وهو ما يمكن عمله بنفسه ولا يتفرع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (احدهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يجوز كما لو نهاه ولاه استئمان فيها يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديعة والاخرى يجوز نقلها حنبل وبه قال ابن ابي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له ان يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك والاول اولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أميناً لانه لا نظير للموكل في توكيل من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيل بما فيه الحفظ والنظر كما ان الاذن في البيع يتقيد بالبيع بشئ المثل الا ان عين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أميناً لانه قطع نظره بتعيينه وان وكل أميناً وصار خائفاً فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الحيانة تضييع وتقريرط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في حاجة يستتبع

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبقات، وكذا لو دفع اليه ديناراً ووكله في الشراء بيته أو مطلقاً لانه ان وكله في الشراء بيته فقد استحال الشراء به بعد تلقه بطلت الوكالة وان وكله في الشراء مطلقاً وقد الدينار بطلت أيضاً لانه انما وكله في الشراء به، ومعناه ان يفدده عن ذلك المبيع إما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولانه لو صح شراؤه للزم الموكل ممن يلزمه ولا رضي بلزومه، وان استقرضه الوكيل وعزل ديناراً عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضاً لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئاً وقف على اجازة الموكل فان اجازته صح ولزمه الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال . وقال القاضي متى اشترى بين ماله شيئاً لغيره بغير اذنه فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بيمين ماله ما يملكه غيره، وقال أصحاب الشافعي متى اشترى بيمين ماله شيئاً لغيره صح الشراء للوكيل لانه اشترى ما لم يؤذن له فيه أشبه ما لو اشتراه في الذمة .

(فصل) نقل الاثر من أحد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي اذن له في القبض لكن جعله وكيلاً ويمكن من عليه الدين من القضاء تخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التهمة من

غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل الا ان المصوص عن احد في رواية منها جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولاية بدليل انه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبهه الوكيل وانما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل انما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

(فصل) فأما الولي في التوكيل فله التوكيل في تزويج مولته بغير اذنها أبانك أو غيره وقال القاضي فيمن ولاية غير ولاية الاجبار هو كالوكيل يخرج على الروايتين المصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه جهات (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل

ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يشتر اذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل ولاه متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تقويض عقود الانكحة الى غيره بغير اذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يطل بالحاكم والذي يشتر اذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن اذنها له في التزويج أيضا فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكذا للموكل لانه لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله، وان أذن له ان يوكل نفسه جاز وكان

الورثة فقال لا يعجني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن بجمع بين الوكيل والورثة وبرأ اليها من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للفرع خوفا من اتبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فاما من طريق الحكم فالوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فان أحمد قد نص في رواية حرب إذا وكله وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للفرع ظاهراً وباطناً وإزالة التهمة عنه، وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل المنزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفا من أن يكون الموكل قد مات فاتقل الى الورثة ويجوز ان يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالفراغة، وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يملكه ولم يكن حاضراً فيقبل، وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل، وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل مع ثوب ليس بشيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظه وهو الذي نقله الجماعة.

(مسئلة) وهل ينزل الوكيل بالموت والنزل قبل علمه؟ على روايتين

وجملة ذلك ان الوكالة عقد جائز من الطرفين وقد ذكرنا ذلك فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل (المضى والشرح الكبير) (٢٨) (الجزء الخامس)

وكيلا للموكل ينزل بموته وعزله اياه، وان مات الموكل أو عزل الاول انزلا جميعا لانهما فرمان له لكن أحدهما فرع للآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن قائلنا في وصيل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل نفسه

(فصل) اذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لان الاقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالانكار

ولنا أن الاقرار بمعنى يقطع الخصومة وينانها فلا يملكه الوكيل فيها كالأبراء وقارق الانكار فإنه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحاكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا، ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف تعلمه لان الاذن في الخصومة لا يقضي شيئا من ذلك وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لان المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله

ولنا أن القبض لا يتناول الاذن نطقا ولا عرفا إذ ليس كل من برضاه لتثبيت الحق برضاه لقبضه

عزل نفسه وتبطل بموت أحدهما أو جنونه المطبق ولا خلاف تعلمه في ذلك مع العلم بالحال متى تصرف بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك، وان لم يعلم بالعزل ولا بموت الموكل ففيه روايتان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يعزل وهو ظاهر كلام الحنفي، فعلى هذا متى تصرف فإن ان تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يفترق الى رضا صاحبه فصح بغير علمه كالطلاق والساق (والثانية) لا يعزل قبل علمه نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد لما في ذلك من الضرر لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه فيتضرر المشتري والوكيل لانه يتصرف بأمر الموكل فلا يثبت حكم الرجوع في حق الأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم صح تصرفه وهذا قول أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة ان الوكيل ان عزل نفسه لم ينزل الا بحضرة الموكل لانه يتصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالودع في رد الوديعة، ووجه الاول ما ذكرناه فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين، ويمكن الفرق بينهما بأن أمر الشارع يتضمن المصلحة بتركه ولا يكون طاصبا مع عدم العلم وهذا يتضمن العزل عنه لإبطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم (فصل) واذا وقعت الوكالة مطلقة ملك التصرف ابدًا ما لم يفسخ الوكالة وحصل بقوله فسخت الوكالة

وان وكاه في قبض حق فوجد من عليه الحق كان وكيلاً في تتيته عليه في أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنها مثنان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر كما لا يكون وكيلاً في القبض بالتوكيل في الخصومة. ووجه الأول أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالثبوت فكان إذا فيه عرفاً ولأن القبض لا يتم إلا به فلذلك كما لو كل في شراء شيء تلك وزن منه أو في بيع شيء ملك تسليمه، ويحتمل أنه إن كان الموكل طالباً بوجد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلاً في تتيته والخصومة فيه لعله يوقوف القبض عليه وإن لم يعلم ذلك لم يكن توكيلاً فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عيناً أو ديناً وقال بعض أصحاب أبي حنيفة إن وكاه في قبض عين لم يملك تتيته لأنه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة ولنا أنه وكيل في قبض حق فأشبهه الوكيل في قبض الدين وما ذكره يبطل بالتوكيل في قبض الدين فإنه وكيل في قبضه ونقله إليه

(فصل) وان وكاه في بيع شيء ملك تسليمه لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الأبراء من ثمنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة بملكه

ولنا أن الأبراء ليس من البيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلاً فيه كالإبراء من غير ثمنه وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يمكن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، فعلى هذا إن تضرر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء، ويحتمل أن يملك قبض الثمن لأنه من موجب البيع فلذلك الوكيل فيه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حضوره وإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه والأولى أن ينظر

أو أبطلتها أو تقضتها أو أزلت أو صرفت أو عزلت عنها أو بنها عن فعل ما أمره به وما أشبه ذلك من الألفاظ المتقضية عزله والمؤدية معناه أو يزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسحها حكماً على ما ذكرنا أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فإذا وكاه في طلاق امرأته ثم وبطلها انفسخت الوكالة لأن ذلك يدل على رغبته فيها واختيار امسأها وكذلك لو وطئ الرجعية كان ارتجاعاً لها فإذا اقتضى رجعتها بطل طلاقها فلان يقتضي استبقائها على نكاحها ومنع طلاقها وإن باشرها دون الفرج أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعية به، وإن وكاه في بيع عبد ثم كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لأنه على إحدى الروايتين لا يبقى محلاً للتبعية وعلى الرواية الأخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن يمه وإن باعه يباعاً سداً لم يبطل الوكالة لأن ملكه في العبد لم يزل ذكره ابن المنذر

(مسئلة) (واذا وكل اثنين لم يكن لاحدهما الافراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه)

وجه ذلك أنه إذا وكل وكيلين وجعل لكل واحد الافراد بالتصرف فله ذلك لأنه مأذون فيه وان

فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان اذنا في قبضه ، ومضى ترك قبضه كان ضامنا له لان ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا بعد من فعل ذلك مضيا مفرطا وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء فقبضه وجهان (أحدهما) يملك تبيته وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة لانه لا يتوصل الى ما وكله فيه الا بالتبثيت (والثاني) لا يملكه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه يمكن أحدهما دون الآخر فلم يتضمن الاذن في أحدهما الاذن في الآخر

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من تملكه وحقوقه فهو كتسليم المبيع في البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما مضى من القول فيه ، فان اشترى عبداً ونقد ثمنه نخرج العبد مستحقا فهل يملك ان يخاصم البائع في الثمن ؟ على وجهين ، فان اشترى شيئاً وقبضه وأخر تسليم الثمن أمير عذر فهلك في يده فهو ضامن له ، وان كان له عذر مثل أن ذهب لينقده فهلك أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص عليه أحمد لانه مفرط في امساكه كما في الصورة الاولى دون الثانية فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفرط

(فصل) واذا وكله في قبض دين من رجل فأتى نظرت في لفظه فان قال اقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك وان قال اقبض حقي الذي قبل فلان أو على فلان فله

لم يجعل له ذلك فليس لاحدهما الافراد به لانه لم يأذن في ذلك وإنما يجوز له فعل ما أذن فيه موكله وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي فان وكلها في حفظ ماله حفظاً مأمراً في حرز لها لان قوله اقبض كذا يقتضي اجتماعها على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما ، وفارق هذا قوله بتكليف حيث كان منقسماً بينهما لانه لا يمكن أن يكون الملك على الاجتماع فانقسم بينهما فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يقيم الحاكم له غير إذنه ، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أميناً ليتصرفا لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى أحد اقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم ، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب فادعى الوكالة لها وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بشبوت الوكالة لها ولم يملك الحاضر التصرف وعده فاذا حضر الآخر تصرفاً مأمراً ولا يحتاج الى إعادة البينة لان الحاكم سمعها لها مرة ، فان قيل هذا حكم الغائب قلنا يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يخلف لاجل من يستحقه في الحال كذا هنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا تعلم فيه مخالفاً

مطالبة وارثه. والقض لان قبضه من الوارث قبض للحق الذي على موروثه فان قبل فلو قال اقبض حقي من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض منه والوارث نائب الموروث فهو كوكيله، فلما ان الوكيل اذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليبه لانه اقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل الى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حث بفعل وكيله له ولا يحث بفعل وارثه

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن من غير تمد فلا ضمان عليه فان انهم حلف)

إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال (أحدها) أن يختلفا في التلف فيقول الوكيل تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن سئلك تلف في يدي فيكذبه الموكل فاقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البيعة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرهن والمستأجر والاجير المشترك وإنما كان كذلك لانه لو كلف ذلك مع تضرده عليه لامتنع الناس من الدخول في الامانات مع الحاجة اليها فيلحقهم الضرر، قال القاضي إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالخربق والنهب وشبهها فعليه إقامة البيعة على وجود هذا الأمر في تلك الحاجة ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا تعذر إقامة البيعة عليه (الحال الثانية)

وجميع التصرفات في هذا سواء وقال أبو حنيفة اذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الافرادها ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه، وعنه يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشتريين، ولا في الشراء ان يشتري من نفسه)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يجوز أن يبيعه لنفسه ولا للوكيل في الشراء أن يشتري من نفسه في إحدى الروايتين نقلها معنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي، وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لها أن يشتري بشرطين أحدهما أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء والثاني أن يتولى النداء غيره قال القاضي يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره للنداء واجباً ويحتمل أن يكون مستحباً والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني أن يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين، فان قبل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل؟ قلنا يجوز التوكيل فيها لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم يجز به العادة ان يتولا أكثر

ان يمتنفا في تمدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعي عليه أنك حملت على الدابة فوق طائها أو حملت عليها شيئا لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تقبل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل أيضا مع يمينه لما ذكرنا في الذي قبله ولأنه منكر لما يدعي عليه والقول قول المنكر ، ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديبه إما لقبول قوله وإما بإقرار موكله أو يمينه فلا ضمان عليه وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض منه فلف الثمن وسواء كان يحمل أو يضر جمل لأنه نائب المالك في اليد والتصرف ، وكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجري مجرى المودع والمضارب وشبههما وإن تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ، ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فلف من غير تعدد واستحق المبيع رجح المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالمهدة عليه كما لو باع بنفسه (الحال الثالثة) أن يمتنفا في التصرف فيقول الوكيل بمت الثوب وقبضت الثمن فتناف فيقول الموكل لم تبع ولم تقبض أو يقول بمت ولم تقبض شيئا فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لأنه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيها كما يقبل قول ولي المرأة المجرية على التسكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي لأنه يقر بحق غيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه ، وإن وكل في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشترينته بأنت وقال بل اشترينته بخمسائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه وقال القاضي القول قول الموكل إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي عبداً بأنت فادعي الوكيل أنه اشتراه بذلك فالقول قول الوكيل إذاً وإلا فالقول قول الموكل لأن من كان القول قوله

الناس بنفوسهم فإن وكل إنسانا يشتري له وباع جاز على هذه الرواية لأنه استل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشترها أجنبي وقال أبو حنيفة يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لأن الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمنه فقد قرب به بالتي هي أحسن ، ولأنه نائب عن الأب وذلك جائز للأب فكذلك نائبه ، ووجه الرواية الأولى أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به ولأنه تلحقه التهمة ويتأق الفرضان في يمينه لنفسه فلم يجهز كما لو نهاه والوصي كالموكل لأنه يلي بيع مال غيره بتوليه فأشبهه الوكيل أو منهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد لأن الوكيل منهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي بينهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالا حظ لليتيم في يمينه ، كان أولى بالتحقق وعند ذلك لا يكون أخذه ماله قرباناً بالتي هي أحسن وقد روى ابن مسعود أنه قال في رجل أوصى إلى رجل بتركته وقد ترك قريباً فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) وحكم الحاكم وأمينه كحكم الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لو كيله أو لولاه الصغير أو طفل يلي عليه أو لو كيله أو عبد المأذون له كالحكم في يمينه نفسه كل ذلك يخرج عن روايتين بناء على

في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لأنه غارم مطالب بالتمن وإن اشترى بين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فإنه يطالبه برد ما زاد على خمس المائة

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله في قدر تمن المشتري كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي.

(الحال الرابعة) أن يختلفا في الرد فيدعيه الوكيل فيشكره الموكل فإن كان بغير جعل فالقول قول الوكيل لأنه قبض المال لنفع مالكة فكان القول قوله كالودع وإن كان بجعل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله لأنه وكيل فكان القول قوله كالاول (والثاني) لا يقبل قوله لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستجير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها. وجملة الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكة لا غير كالودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم في الرد لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانات فيلحق الناس الضرر (الثاني) من ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرهن فقيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب وقال القاضي لا يقبل قول المرهن والمستأجر والمضارب في الرد لأن أحمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد، ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لأن حياته قد ثبتت بحجده، فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف فهل تقبل بينته؟ على وجهين (أحدهما) لا تقبل لأنه كذبها بحجده فإن قوله ما قبضت يتضمن

بيعه لنفسه، فلما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم اصحابنا أيضا في جملة ما يخرج على روايتين ولاصحاب الشافعي فيهم وجهان وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لأنه امتثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره كما لو باعه لاختيه، وفارق البيع لوكيله لأن الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك بيع عبد المأذون وبيع طفل يلي عليه يبيع نفسه لأن الشراء يقع لنفسه، ووجه الجمع بينهم أنه يتم في حقهم ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كنهته في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته لهم، والحكم فيها إذا أراد أن يشتري لموكله كالحاكم في بيعة لئله لانهما سواء في المعنى

(فصل) وإن وكل رجلا يزوج له امرأة فهل له أن يزوجه ابنته؟ يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده الكبير وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم فيها قبلها وإن أذنت له موليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو ولده أو والده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك لو وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(مسئلة) (وهل يجوز أن يبيع لولده أو والده أو مكاتبه؟ على وجهين) وقد ذكرنا في المسئلة قبلها (فصل) فإن وكله في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب جواز شراؤه من

أنه لم يرد شيئاً (والثاني) تهبّل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود حياته وإن كان وجوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء. سماع قوله مع بينه لأن جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء فلا تافي بين القولين إلا أن يدعي أنه رده أو تلف بمذوقه مالك عندي شيء. فلا يسمع قوله أيضاً ثبوت كذبه وحياته

(الحال الخامسة) إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكنتي فأنكر الموكل فالقول قول الموكل لان الاصل عدم الوكالة فلم يثبت أنه امينه لي قبل قوله عليه ولو قال وكنتك ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك، ولو قال رجل لآخر وكنتي أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه احمد فقال إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح قال احمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقاً لغيره، فاما ان ادعت المرأة فينبغي أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته فإذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء. لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل، ونقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن والبايع مطالبته به كذا هنا والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والمادة تسجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان التفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن

نفسه لانه اذن له في طرفي العقد فجاز ان يليها اذا اتفت التهمة كالأب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنها فالقياس جوازه لانه يمكنه الدعوى عن احدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منها ولاصحاب الشافعي في المستلئين وجهان

(فصل) فان اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز ذلك وقال اصحاب الشافعي لا يجوز في احد الوجوه لانه يجتمع له في عقد غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فبانما ولنا انه وكله في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع من المشتري لنفسه في محل الاتفاق التهمة لدلائها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم نطقه وإرادته وقد صرح هنا بالاذن فيها فلا ينفي دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافها، وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا ان عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء فانه لا يراد أكثر مما حصل وان لم يبين له الثمن يبيد البيع بمن المثل كما لو باع الاجنبي وقد ذكر اصحابنا فيها اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجهاً أنه لا يجوز ويخرج عنها مثله والصحيح ما قلناه ان شاء الله تعالى

فيجب جميع الصداق . ولنا أنه علك الطلاق فاذا أنكر فقد أقر بتعريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرم به قال احمد ولا تزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في إنكاره وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لأنها مسترفة بأنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق وهل يلزم الموكل طلاقها ؟
 يحتمل أن لا يلزمه لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يكلفه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد ، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزوج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدفه الورثة أو يثبت بينة ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في الزوج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له فهنا الاختلاف في تصرف الوكيل والقول قول الوكيل فيه فيثبت الزوج هنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تتم إقامة البيعة عليه لكونه لا ينعقد إلا بها وذكر أن احمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص احمد فيما إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورين وتباينها فلا يكون النص في احدهما نصا في الاخرى وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يقول عليه ، ولو غاب رجل فجاء آخر الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وإبناها ووكاله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فمقد عليها وضمن الوكيل الالف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحسالة وقياس ما ذكرناه أن المرأة ان صدقت

(مسئلة) (ولا يجوز أن يبيع نساء ولا يغير نقد البلد ويحتمل أن يجوز كالضارب)

وجاء ذلك ان الموكل إذا عين لوكيل الشراء أو البيع بنقد معين أو حالا لم تجز مخالفته لأنه إنما يتصرف بأذنه ولم يأذن في غير ذلك وان أذن له في الشراء أو البيع بنسيئة جاز وان أطلق لم يبيع إلا حالا بنقد البلد لان الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد كما لو باع ماله فان كان في البلد نقدان باع بأغلبها فان تساوى باع بما شاء منها وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة وصاحبه له البيع نساء لأنه معتاد فأشبه الحال وينخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب والاول أولى لأنه لو أطلق البيع حل على الحلول فكذلك إذا أطلق الوكالة ولا نسلم تساوي المادة فيها فان بيع الحال أكثر ، ويقارق المضاربة لو جهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة بأجرة تقوت بتأخير الثمن (الثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لأنه يحسب من الربح أن يكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع الاالحاق

الوكيل لزمه الاقف إلا أن بينها زوجها قبل دخول الثاني بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي أنه لا يلزم الضامن شيء لانه فرع عن المضمون عنه ولم يلزم المضمون عنه شيء فكذلك فرعه. ولنا أن الوكيل مقربان الحق في ذمة المضمون عنه وانه ضامن عنه فله ما أقر به كالموادي على رجل انه ضمن له الفاء على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وتبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على انسان في شقص اشتراه فأقر البائع بالبيع فأنكره المشتري فان الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا يئىء عليه وبمقتضى أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أو جبه في الصورة الاخرى فلا يكون فيها اختلاف والله أعلم (الحال السادس) أن يختلف في صفة الوكالة فيقول وكلتك في بيع هذا العبد قال بل وكاتني في بيع هذه الجارية أو قال وكلتك في البيع بالدين قال بل بألف أو قال وكلتك في بيعه نقد أو قال بل نسيئة أو قال وكلتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال وكلتك في الشراء بخمسة قال بل بعشرة فقال القاضي القول قول الموكل وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو اساطيب إذا قال أذنت لك في البيع نقد أو في الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة القول قول الوكيل نص عليه احمد في المنازعة لانه بين في التصرف فكان القول قوله في صفة كالحياط اذا قال أذنت لي في تفصيله تباة قال بل قيصا وحكي عن مالك

(مسئلة) (وان باع بدون ثمن مما قدره له صح وضمن النقص)

وجملة ذلك ان الوكيل ليس له ان يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة اذا اطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا أنه وكيل مطلق في عقد معاوضة فأنقض ثمن المثل كالشراء فانه قد وافق عليه وبه ينتقض دليله فان باع بأقل من ثمن المثل مما لا يتباين الناس بمثله أو بدون ما قدره له فحكه حكم من لربأذن له في البيع، وعن أحمد البيع صحيح ويضمن الوكيل، النقص لان من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمرضى، فعلى هذه الرواية يكون على الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المال وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتباين الناس بمثله وما لا يتباينون لان ما يتباين الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لانه يصح غير ما دون فيه أشبهه بيع الاجنبي وكل تصرف كان الوكيل فيه مخالفا لموكله فحكه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكرنا في موضعه فأما ما يتباين الناس به عادة وهو درهم في عشرة فمفوض عنه اذا لم يكن الموكل قدر الثمن لان ما يتباين الناس به بعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز منه .

(نصل) ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجوز ان يبيع بثمن المثل لان عليه الاحتياط وطلب الحفظ لموكله فان باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الحياط لم يلزمه فسخ العقد لان الزيادة منه

ان أدركت السعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في في التوكيل الذي يدعيه الوكيل والاصل عدمه فكان القول قول من يتفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فملى هذا اذا قال اشترت لك هذه الجارية باذنك قال ما أذنت لك الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بأففين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بأفف فالقول قول الموكل وعليه الممين فاذا حلف بريء من الشراء ثم لا يخلو اما ان يكون الشراء بين المال أو في الذمة فان كان بين المال فالبيع باطل وترد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء له برة أو بحال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه انه لا يعلم انه اشترى بمال موكله لانه يخلص على نفي فعل غيره فكانت يمينه على نفي العلم فاذا حلف أمضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبى الجارية في يده ولا تحمل له لانه لا يخلو من أن يكون صادقا فتكون للموكل أو كاذبا فتكون للبائع فاذا أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه اياها رفع الامر الى الحاكم ليرفق به ليبيعه اياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته ثمنا قصاصا بالذي أخذ منه الآخر ظاهرا فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه

عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولان المزاييد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل ان يلزمه ذلك لانها زيادة أمكن تحصيلها أشبه ما قبل البيع والنهي يتوجه الى الذي زاد لا الى الوكيل فأشبه ما اذا زاد قبل البيع بعد الاتفاق عليه

﴿مسئلة﴾ (وان باع بأكثر من ثمن المثل صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمر به أو لم تكن هي) إذا وكله في بيع شيء معين فباعه بأكثر منه صح قلت الزيادة أو كثرت وكذلك ان أطلق فباعه بأكثر من ثمن المثل لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه كن أذن في البيع بمائة درهم فباعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة وثوب في أحد الوجهين لانه من غير جنس الأمان

ولتا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً لان من رضي بمائة لا يكره أن يزداد عليها ما ينفعه ولا يضره وبصير كما لو وكله في الشراء فاشترى بدون ثمن المثل أو بدون ما قدر له

﴿مسئلة﴾ (وان قال به بدرم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين)

لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بدرم رضي بمكانه ديناراً فخرى بخرى بيمه بمائة درهم ودينار على ما ذكرنا في المسئلة قبلها وقال القاضي لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه خالف موكله في الجنس

لانه عقد مراضة وان قال ان كانت الجارية لي فقد بشكها أو قال الموكل ان كنت أدنت لك في شرائها بألفين فقد بشكها فقيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لأنه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يلمان وجوده فلا يضر جيله شرطاً كما لو قال ان كانت هذه الجارية جاريتي فقد بشكها وكذا كل شرط علماً وجوده فإنه لا يوجب وقوف البيع ولا شكاً فيه فاما ان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان الوكيل كاذباً في دعواه فالجارية له لانه اشترها في ذمته بغير أمر غيره وان كان صادقاً فالجارية لموكله فاذا أراد إحلالها له توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن فانتفع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته للوكيل منها فأقرب الوجود ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد أذن في بيعها وان كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين المتهم المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب ان شاء الله تعالى وإن اشترها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في هذا فأشبهه مالهو اشترى منه

(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه لسبباً فقال الموكل ما أدنت في بيعه الا نقد وصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منها بالعبد ان كان باقياً أو بقيته ان كان نالفاً فان أخذ القيمة

أشبه ما لو باعه بنوب يساوي ديناراً فلما ان قال به بمائة درهم فباعه بمائة ثوب قيمتها اكثر من الدرهم أو بنائين ذرهماً وعشرين ثوباً لم يصح وهو مذهب الشافعي لانها من غير الايمان ولانه لم يؤذن فيه لفظاً ولا عرفاً بخلاف بيعه بدينار.

(فصل) فان وكله في بيع عبد بمائة فباع بعضه بها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بثلثي الكيل جاز لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بمائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للبعض ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لانه مأذون فيه فأشبه ما لو باع العبد كله بزيادة على ثمنه ، ويحتمل ان لا يجوز لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع البعض قريباً لا يختار بيع باقيه للثمن عن بيعه بما حصل له من ثمن البعض وهكذا لو وكله في بيع عبد بمائة فباع أحدهما بها يصح لما ذكرنا وهل له بيع الآخر على وجهين فأما ان وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل منها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بدون ثمن الكل لم يصح وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيها إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في ان للوكيل المطلق البيع بما شاء

ولما أن على الموكل ضرراً في بيعه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجوز كما لو وكله في بيعه في شراء عبد فاشترى بعضه .

(مسألة) (فان قال به بألف نساء فباعه بألف حالة صح ان كان لا يستخر بمحفظ الثمن في الحال)

من الوكيل رجوع على المشتري بها لان التالف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذها من المشتري لم يرجع على أحد وان كذبه وادعيا انه أذن في البيع نسبة فعل قول القاضي يحذف الموكل ويرجع في العين ان كانت قائمة وان كانت تالفة رجوع بقيمتها على من شاء منهما فان رجوع على المشتري رجوع على الوكيل بالثمن الذي أخذته منه لا غير لانه لم يسلم له المبيع وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه انما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فاذا حل الاجل رجوع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فلا غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم وان كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري انه لا يستحق عليه أكثر منه وان الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلمه به الموكل وان كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير عين ويحذف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرنا هذا ان اعترف المشتري بان الوكيل وكيل في البيع وان أنكر ذلك وقال انما بعثني ملكك فلقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلاً ولا يرجع عليه بشيء (فصل) واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليسه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك فان طلبه فأخر رده مع امكانه فلتلف ضمنه وان وعده برده ثم ادعى اتمى كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه

إذا وكله في بيع سلعة نسبة فباعها نقداً بدون ثمنها نسبة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه خالف موكله لكونه انما رضي بثمن النسبة دون التقيد وان باعها نقداً بمثل ثمنها نسبة أو بما عينه من الثمن فقال القاضي يصح لانه زاده خبراً فهو كالموكل في بيعها بمشروء فباعها بأكثر من ثمنها والاولى أن ينظر له فيه فان لم يكن له غرض في النسبة صح لما ذكرنا وان كان له فيها غرض مثل ان يستنصر بحفظ الثمن في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتناهبين أو يتغير حاله الى وقت الحلول او نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الاذن لا يتناول المسكوت عنه الا اذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التذية أو الممانعة ومضى كان في المنطوق به غرض صحيح لم يجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره

(مسألة) وان وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره له (١) أما إذا وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله

(فصل) فان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك المقدم عليهم جملة واحدة وواحداً واحداً لان الاذن يتناول المقدم عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم المقدم على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم بخلاف ما لو وكله في شراء عبد فاشترى بمضه فانه لا يصح لانه يفضي الى التثقيص وفيه اضرار بالموكل، فان قال اشترى عبيداً صفقة واحدة أو واحداً واحداً أو بهم لم يجز مخالفتهم لان

(١) هذه المسئلة

ذكرت في الاصل بهذا

الوضع وهي كما ترى

جلها ناقصة فلتراجع

في مظتها في المشي

بوعده برده. فإن صدقه الموكل بريء، وإن كذبه فالقول قول الموكل فإن أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين (أحدهما) يقبل لأنه لو صدقه الموكل بريء، فكذلك إذا قامت له بينة ولأن البينة إحدى الحجبتين فبرئ، بها كالاترار (والثاني) لا يقبل لأنه كذبه بوعده بالدفع أما إذا صدقه فقد أقر ببراءته فلم يبق له منازع وإن لم يمهده برده لكن منعه أو مطله برده مع إمكانه ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله لأنه ضامن بالمنع خارج عن حال الأمانة وإن أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت لأنه لم يكذبها

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث إليه رسولا يقبضها فبعث إليه مع الرسول ديناراً فضاع مع الرسول فهو من مال الباعث لأنه لم يأمره بمصارفته إنما كان من ضمان الباعث لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل فإن المرسل إنما أمره بقبض ماله في ذمته وهي الدراهم ولم يدفعها وإنما دفع ديناراً عوضاً عن عشرة دراهم وهذا صرف يقتصر إلى رضی صاحب الدين وإذنه ولم يأذن فصار الرسول وكيلاً للباعث في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به فإذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون حينئذ من ضمان الرسول لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وإن قبض منه الدراهم التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول فهي من ضمان صاحب الدين لأنها تلفت من يد وكيله وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دينارين وثياب فبعث

تصيبه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول إذنه سواء، وإن قال اشترى عبدين صفقة فاشترى عبدين لاثنتين بشركة بينهما من وكيلها أو من أحدهما بإذن الآخر جاز وإن كان لكل واحد عبد مفرد فاشترى من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منها بافظ وأخذ فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لأن عقد الواحد مع الاثنتين عقدان ويحتمل أن يلزمه لأن القبول هو الشراء وهو متحد والفرض لا يختلف، وإن اشترى من وكيلها وعين ثمن كل واحد منها مثل أن يقول بئتك هذين العبدان هذا بمائة وهذا بثمانين فقال قبلت احتمل أيضاً وجهين وإن لم يبين الثمن لكل واحد لم يصح البيع لجهالة الثمن وفيه وجه أنه يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتها، وقد ذكر ذلك في تفريق الصفقة.

(مسئلة) (وإن وكل في شراء شيء نقداً بثمن معين فاشترى به مؤجلاً صح)

ذكره القاضي لأنه زاده خيراً فأشبهه ما لو وكله في الشراء بمائة فاشترى بدونها، ويحتمل أن ينظر في ذلك فإن كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجوز ولاصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان:

(مسئلة) (وإن قال اشترى ثاةً بدينار فاشترى له شاتين تساوي أحدهما ديناراً أو اشترى له ثاةً

تساوي ديناراً بأقل منه صح والاولى صح)

إليه رسولا وقال خذ ديناراً وثوباً فأخذ دينارين وثوبين فصاعت فالضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ورجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين أما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ورجع بهما على الرسول لأنه غره وحصل التلف في يده فاستقر عليه الضمان والموكل تضمن الوكيل لأنه تبدي قبض مالم يؤمر بقبضه فإذا ضمنه لم يرجع على أحد لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيلاً في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه لأنه رهن فاسد والقبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح فإكان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده ونقل البقوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعاً فلا شيء عليه وإن ضاع أحدهما أيها ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها ومحمول أنه أذن له في خلطها أما أن خلطها بما لا تميز منه يبرأ إذ أنه ضمنها كالوديعة وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والأصل بقاؤها ومعنى الضمان هنا أنه بحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على الحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تميز منه فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

وجملة ذلك أنه إذا وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منها أقل من دينار لم يقع للموكل وإن كانت كل واحدة منها تساوي ديناراً أو أحدهما تساوي ديناراً والأخرى أقل منه صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والأخرى للوكيل لأنه لم يرض بالزمام عهدة شاة واحدة

وتنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد البارقى ديناراً فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأنتيت الجلب فاشترت شاتين بدينار فحقت أسوةهما وأقودهما فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأنتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم فقال «وصنعت كيف؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» ولأنه حصل المأذون فيه وزيادة من جنسه تقم ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال به بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يطل بالبيع فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنه باع مال موكله بغير إذنه فلم يجز كييع الشاتين (والثاني) أن كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة ولأنه حصل له المأذون وزيادة من جنسه تقم ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له به بدينار فباعه بدينار وما ذكره يطل بالبيع، فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لأنه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز كييع الشاتين (والثاني) أن كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة البارقى ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز

(مسئلة) قال (ولو أمره أن يدفع إلى رجل ما لا فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الأمر إلا بينة)

وجملته أن الرجل إذا وكل وكيلاً في قضاء دينه ودفع إليه مالا ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا بينة لأنه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في الدفع إليه كما لو ادعى الموكل ذلك فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فإن ادعى أنه قضى الدين بغير بينة فله ووكيل الرجوع عليه إذا قضاء في غيبة الموكل قال القاضي سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه وهذا قول الشافعي لأنه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع عليه شيء إلا أن يكون أمره بالأشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجهه لاصحاب الشافعي لأنه ادعى فصل ما أمر به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه، ووجه الأول أنه مفرط بترك الأشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل، فإن قيل فلم يأمره بالأشهاد قلنا إطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا هنا

فجاز له إبدالها بغيرها وهذا ظاهر كلام أحمد لأنه أخذ بحديث عروة وذهب إليه، وإذا قلنا لا يجوز له بيع النشاء فباعها فهل يبطل البيع أو يصح ويقف على إجازة الموكل؟ على روايتين وهذا أصل لكل تصرف في ملك الغير بغير إذنه ووكيل خالف موكله فيه الروايتان وللشافعي في صحة البيع هنا وجهان (فصل) وإذا وكله في شراء عبد مائة بمائة فاشترى بما دونها صح ولزم الموكل لأنه مأذون فيه عرفاً وإن قال لا تشتريه بدون المائة لخالفه لم يجز لأنه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف وإن قال اشتريه بمائة ولا تشتريه بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لأن أذنه في الشراء بمائة يدل عرفاً على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي فيما فوقها على مقتضى الأذن فإن اشتراه بما دون الخمسين جاز في إحدى الوجهين لذلك ولأنه لم يخالف صريح نهي شبه ما زاد عليها (والتاني) لا يجوز لأنه نهي عن الخمسين استقلالاً لها فكان تنبيهها على النهي عما دونها كما إن الأذن في الشراء بمائة أذن فيما دونها فخرى مجرى صريح نهي فإن تنبيه الكلام كنهه، فإن قال اشتريه بمائة دينار فاشترى بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال به بدرهم فباعه بدینار على ما مضى وإن قال اشترى نصفه بمائة فاشترى كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لأنه مأذون فيه عرفاً وإن قال اشترى نصفه بمائة ولا تشتريه جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالأذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهي فبقيا عداها يبقى على مقتضى الأذن (فصل) وإن وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشترى على الصفة بدونها جاز لأنه مأذون فيه عرفاً وإن خالف في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وإن قال اشترى عبداً بمائة فاشترى

وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وإن قوله مقبول في القضاء لكن نزمه الضمان لتفريطه لا لرد قوله ، وعلى هذا لو كان القضاء بمحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئاً لأن تركه الأشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيه وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان على الوكيل لأن صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك إن أشهد على القضاء عدولاً فأتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلاً وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين وإن اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بمحضرتك قال بل في غيبتي أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الأذن أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فأتوا أو غابوا فالتقول قول الموكل لأن الأصل معه .

(فصل) وإن وكله في إيداع ماله فأودعه ولم يشهد فقال أصحابنا لا يضمن إذا أنكر المودع ، وكلام الحر في بعمومه يقتضى أن لا يقبل قوله على الأمر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الوديعة لا تثبت إلا بالبينة فهي كالدين ، وقال أصحابنا لا يصح القياس على الدين لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيقاق بخلاف الدين فإن قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال : لم تدفمه فالتقول قول الوكيل لأنها اختلفا في تصرفه وفيها وكل فيه فكان القول قوله فيه .

(فصل) وإذا كان على رجل دين وعنده وديعة فجاء إنسان فادعى أنه وكيل صاحب الدين وأوديعه في قبضها وأقام بذلك بينة وجب الدفع إليه وإن لم يقم بينة لم يلزمه دفعها إليه سواء صدقه

عبداً بساوي مائة بدونها جاز لأنه لو اشترى بمائة جاز فإذا اشترى بدونها فقد زاده خيراً فيجوز وإن كان لا يساوي مائة لم يجز وإن ساوى أكثر مما اشترى به لأنه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(مسئلة) (وليس له شراء معيب فإن وجد به اشترى عيباً فله رده) إذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشري بها إلا سليمة من العيوب لأن اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز له الرد بالعيب فإن اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه وإن لم يعلم صح البيع لأنه إنما يلزمه شراء صحيح في الظاهر لم يجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه فإذا علم عيبه ملك رده لأنه قائم مقام الموكل وللموكل رده أيضاً لأنه ملكه ، فإن حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لأن الحق له بخلاف المضارب فإن له الرد وإن رضي رب المال فإن له حقاً فلا يسقط برضاه غيره وإن لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الوكيل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لأنه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع وفوات الثمن بتلفه فإن أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل فله الرد وإن قلنا الرد على الفور لأنه أخره بأذن البائع فيه وإن رضي الموكل سقط الرد

(مسئلة) (وإن قال البائع موكلت تد رضي بالعيب فالتقول قول الوكيل يمينه أنه لا يعلم ذلك)

في أنه وكيله أو كذبه وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان صدقه لزمه وفاة الدين وفي دفع العين اليه روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها واحتج بأنه أقر له بحق الاتياف فلزمه إيفاءه كالأقر له أنه وارثه ولنا أنه تسليم لا يرثه فلا يجب كما لو كان الحق عيناً وكما أقر بان هذا وصي الصغير ، وفارق الاقرار بكونه وارثه لأنه يتضمن براءته فإنه أقر بأنه لا حق لسواه، فلما ان أنكر وكالته لم يستحلف وقال أبو حنيفة يستحلف، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال لا يلزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدتها، فان دفع اليه مع التصديق أو مع عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برى الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه فاذا خلف وكان الحق عيناً قائمة في يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها، وإن تلفت العين أو تضر ردها فلصاحبها الرجوع بدلها على من شاء منها لان الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع اليه قبض ما لا يستحق قبضه وأبها ضمن لم يرجع على الآخر لان كل واحد منها يدعي أن ما أخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيها ادعاء من الوكالة فان ضمن رجوع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته

لان الاصل عدم الرضى فلا يقبل قوله إلا بيينة فان لم يقم بيينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في رواية لا يستحلف لانه لو حلف كان نائباً في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة هنا فانه إنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد ولو اشترى المضارب مبيعاً صح لان المقصود منها الربح وهو يحصل مع العيب بخلاف الوكيل فانه قد يكون غرض الموكل القية والاتفاع والعيب يمنع بعض ذلك

(مسئلة) (فان رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب فهل يصح الرد؟ على وجهين)

(احدهما) لا يصح والموكل استرجاعه للبائع رده عليه لان رضاه به عزل للوكيل عن الرد بدليل انه لو علمه لم يكن له الرد (الثاني) يصح الرد بناء على ان الوكيل لا يعزل قبل العلم بالعزل فان رضى الوكيل المبيع أو أمسك امسكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك على الوجه الاول ان صدق البائع الموكل أن الشراء له أو قامت به بيينة وان كذبه ولم يكن بيينة فحلف البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر ان من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة لاوكل شراء المبيع لان التوكيل في البيع مطلقا يدخل المبيع في اطلاقه ولانه أمين في الشراء فجاز له ذلك كالمضارب

ولنا ان البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون المبيع فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث

ولا تثبت بينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه وإن صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على احد وإن ضمن الدافع رجح عليه لانه وإن كان يقر أنه قبضه قبضاً صحيحاً لكن لزمه انضمان بتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظمني المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفي حقه منه فاما إن كان المدفوع ديثاً لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمة الدافع لم يرأمنه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان انه صار ملكاً لصاحب الحق وانه ظالم للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصاً مما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقر بانه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه .

(فصل) فان جاء رجل فقال انا وارث صاحب الحق فان انكره لزمته اليمين انه لا يعلم صحة ما قال لان اليمين ههنا على نفي فصل الغير فكانت على نفي الدلالة لو صدقه لزمه الدفع اليه فلما لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ، وان صدقه في انه وارث صاحب الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع اليه بنفي خلاف لعلمه لانه مقر له بالحق وانه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق ، فاما إن جاء رجل فقال قد أحلني عليك صاحب الحق فصدقه فقيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه الدفع اليه لان

ان المقصود فيها الربح وهو يحصل من الميب كحصوله من الصحيح بخلاف الوكالة فانه قد يكون المقصود بها القنية أو يدفع بها حاجة يكون الميب مانعاً منها فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة قوله فانه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز السبياء ولا مسية عياً يضر بالمثل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الاعمي والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

﴿مسئلة﴾ (وان وكله في شراء معين فاشتراه ووجده ميباً فهل له رده قبل اعلام الموكل؟ على وجهين (أحدهما) له الرد لان الأمر يقتضي السلامة انسبه مالو وكاه في شراء موصوفة (وإثاني) لا يملك لان الموكل قطع نظره بالتميين فربما رضيه على جميع صفاته فان قلنا له الرد فحكمه حكم غير المعين وان علم عيه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين مبينين على رده اذا علم عيه بعد شراؤه ان قلنا له رده فليس له شراؤه لان الميب اذا جاز الرد به بعد العقد فلان يمنع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لان تميين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

﴿مسئلة﴾ (فان قال اشترى بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل)
وجملة ذلك أنه اذا دفع اليه درهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له ان يشتري بينها وفي الذمة لان الشراء يقع على هذين الوجهين فاذا أطلق كلن له فعل ما شاء منها فان قال اشتر بعينها فاشتراه في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لانه اذا تمين الثمن انفسخ العقد بتلقه أو كونه مفصوباً ولم يلزمه

الدفء اليه غير مبرىء ولا حتمال أن يجيء المحيل فيسخر الحوالة أو يضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفء اليه لانه معترف بان الحق له لا لغيره فأشبه الوارث فان قلنا يلزمه الدفء مع الافرار لزمته الميمن مع الانكار ، وان قلنا لا يلزمه الدفء مع الافرار لم يلزمه الميمن مع الانكار لعدم انفاضة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي .

(فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت فان كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضي بالاشهاد لانه لا ضرر عليه في ذلك فانه متى ادعي الحق على الدافع بمد ذلك قال لا يستحق علي ثوبه والقول قوله مع بينة ، وإن كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل يتبر جمل فكذلك لانه متى ادعي عليه حق أو قامت به بينة فالقول قوله في الرد وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالتغيب والمستعير والمرمى لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لثلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وان قال لا يستحق علي شيئا قامت عليه البينة أو اذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

تمن في ذمته وهذا غرض صحيح للموكل فلم يجز مخالفته ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل ؟ على روايتين

﴿ مسألة ﴾ (فان قال اشترى في ذمتك وانقد الثمن فاشترى بينه صح) ولزم الموكل ذكره اصحابنا لانه اذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدرهم وتلفها فكان اذنا في عقد لا يلزمه الثمن الا مع بقائها ، ويحتمل أن لا يصح لانه قد يكون له غرض في الشراء بغير بينة لشبهة فيها لا يجب أن تشتري بها أو يختار وقوع عقد لا ينسخ بثلفها ولا يبطل بتجرعها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله على نحو ما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (وان أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في آخر صح وان قال به من زيده فباعه من غيره لم يصح)

وجه ذلك أن الوكيل لا يملك من التصرف الا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن . قيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناوله اذنه نطقا ولا عرفا فانه قد يختار التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا ما عين الله تعالى لعباده وقتا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له به تومي غدا لم يجز قبله ولا بعده ، فان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان السوق مرفوا بمجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الوكيل وبينهم قيد الاذن به لانه نص على أمر له فيه ترض فلم يجز تفويته وان كان هو وغيره

﴿ مسألة ﴾ قال (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصي)

وجهة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يجز له ان يشتره من نفسه في إحدى الروايتين نقلها معنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد بجواز لها ان تشتري بشرطين (أحدهما) أن يزيدا على ما باع منه في النداء (والثاني) ان يتولى النداء غيره، قال القاضي بمثل ان يكون اشراط تولي غيره النداء واجبا ويحتمل ان يكون مستحباً والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني ان يولي من يبيع ويكون هو أحد المشترين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل ؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء بما لم تجر العادة ان يتولاه أكثر الناس بنفسهم، وان وكل انسانا يشتري له وباعه هو جاز على هذه الرواية لانه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها أجنبي وقال أبو حنيفة رضي الله عنه يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قربه بالتي هي أحسن ولانه نائب

سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره مساوياً المنصوص عليه في الغرض فكان تخصيصه على أحدها اذناً في الآخر كما لو استأجر أو استعار أرضاً لزراعة شيء كان اذناً في زراعة مثله وما دونه ولو اشترى عقاراً كان له أن يسكنه مثله ولو نذر الاعتكاف أو الصلاة في مسجد جاز له ذلك في غيره وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره، فأما ان عين له المشتري فقال به فلانا لم يملك يمينه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لا لانه قد يكون له غرض في ملكه اياه دون غيره إلا أن يعلم بقربة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) اذا اشترى الوكيل لوكله شيئاً انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العتد تعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل

ولنا أنه قبل عقدا لغيره صح له فوجب ان ينتقل الملك اليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم ان حقوق العتد تعلق به غير مسلم، ويترفع من هذا ان المسلم لو وكل ذمياً في شراء دم أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الحر مال لهم لانهم يتمولونها وينبأ بعمومها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا ان كل ما لا يجوز للمسلم العتد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كزواج المجوسية وبهذا خلاف سائر

عن الاب وذلك جائز للاب فكذلك لتأنيده، ووجه الرواية الاولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال به غيرك ولانه تلحقه التهمة ويتأني العرضان في بيعه نفسه فلم يجز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لا يبي بيع مال غيره بتوليئه فأشبهه الوكيل أو منهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي آكد من الوكيل لان الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من ما اليتيم ملاحظ لليتيم في بيعة فكان أولى بالمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لئله قريبا له بالتني هي أحسن وقد روي عن ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بتركته وقد ترك فرسا فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) والحكم في الحائز وأمينه كالحكم في الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لو كيله أو ولده الصغير أو الطفل بلي عليه أو لو كيله أو عبده المأذون كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضا في جملة ما يخرج على روايتين ولأصحاب الشافعي فيهم وجهان، وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لانه امتثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره فصح كما لو باعه لآخيه وفارق البيع لو كيله لان الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل بلي عليه بيع لنفسه لانه هو المشتري له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمة في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته، والحكم فيها أراد ان يشتري لو كيله كالحكم في بيعه لئله لانها سواء في المضي

أموالهم وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن في الذمة فلو كيله والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والخيار به دون موكله وكذلك القبض

ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها وفارق مجلس العقد لان ذلك من شرط العقد فتعلق بالعقد كالأيجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من ماله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالمعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل أصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منها فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وان أبرأ الموكل يبرأ الوكيل كالضامن والمضمون عنه سواء وان دفع الثمن الى البائع فوجد به عيباً فرده على الوكيل كمن أمانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يستسلف له العاصي كرخصة فعلا ملك ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم قال أحمد في رواية منها إذا دفع إلى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري مندبلا فلندبيل لأصاحب الثوب إنما قال ذلك لان هبة المندبيل سببها المبيع فكان المندبيل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القواين ما تقدم في التي قبلها وان أذنت له ولينه في تزويجها خرج في تزويجها نفسه أو لولده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك ان وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(فصل) وان وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب انه يجوز له ان يشتريه له من نفسه لانه أذن له في طرفي العقد فجاز له ان يبيعها اذا كان غير منهم كلاب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنها فالقياس جوازه لانه يمكنه الدعوى عن أحدهما والطواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منها ولأصحاب الشافعي في المسئلة وجهان

(فصل) واذا أذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز له ذلك وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يجوز لانه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاض لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فهنا ، ولنا انه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة الترخي من المشتري لنفسه، في محل لاتفاق التهمة لدلتها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف واخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه وقد صرح هنا بالأذن فيها فلا تبقى دلالة الحلال مع نصه بلفظه على خلافه وقولهم انه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وانه لا يراد أكثر مما قد حصل وان لم يبين له الثمن تفيد البيع بثمن المثل كما لو باع

(مسئلة) (وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه الا بقرينة فان تندر قبضه لم يلزم الوكيل) لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الا براء من الثمن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة بملكه

وتأ أن الابراء ليس من المبيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالابراء من غير ثمنه فاما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يملكه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ، فعلى هذا ان تندر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فملكه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا قبض الثمن أو حضوره فان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه، قال شيخنا والاولى أن ينظر فيه فان دلت قرينة الحلال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق فأناب عن الموكل أو موضع يضير الثمن يترك قبض الوكيل كان اذا في قبضه فتم ترك قبضه ضمنه لان ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مفرطاً وان لم تعد القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من ثمنه وحقوقه فهو كتسليم المبيع في

الأجنبي، وقد ذكر أصحابنا فيما إذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجهاً أنه لا يجوز فيخرج
هنا مثله والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى

(فصل) إذا وكل عبداً يشتري نفسه من سيده أو يشتري منه عبداً آخر ففعل صح وبه قال أبو
حنيفة وبهض الشافعية، وقال بعضهم لا يجوز لأن يد العبد كيد سيده فأشبهه مالو وكله في السراء من نفسه
ولهذا يحكم للإنسان بما في يد عبده وذكر أصحابنا وجهاً كذلك

ولنا أنه يجوز أن يشتري عبداً من غيره مولاداً أو أن يشتريه من مولاداً كالأجنبي وإذا جاز أن يشتري
غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها والوجه الذي
ذكره أصحابنا لا يصح لأن أكثر ما يقدر هنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وقد ذكرنا صحة توكيل
السيد في السراء والبيع من نفسه فهنا أولى، فلي هذا إذا كان العبد اشترى نفسه لزيد فصدقه سيده وزيد
صح ولزم زيده الثمن، وإن قال السيد اشترى نفسه لنفسك إلا لنفسك عتق العبد بقوله وإقراره على نفسه
بما يمتنع به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لأن زيده لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له ويكون سيده
لا يدعيه عليه فلزم العبد لأن الظاهر بمن باشر العقد أنه له، وإن صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في
نكذبه فإن كذبه في الوكالة حلف وبرى، وللسيد فسخ البيع واسترجاع عهده لتعذر ثمنه وإن صدقه
في الوكالة وكذبه في أنك ما اشترى نفسك لي فالتقول قول العبد لأن التوكيل قبل قوله في التصرف المأذون فيه
(فصل) وإن وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وإن وكل العبد في
اعتاق عبده والمرأة في طلاق نساءه لم يملك العبد اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لأن ذلك ينصرف

البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما ذكرنا، فإن اشترى عبداً فنقد ثمنه
فخرج العبد مستحقاً فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن، على وجهين، فإن اشترى شيئاً وقبضه وأخر
تسليم الثمن لغير عذر فملك في يده ضمنه وإن كان له عذر مثل أن ذهب بينقده أو نحو ذلك فلا ضمان
عليه نص أحمد على هذا لأنه مفرط في إساءته في الصورة الأولى فإلزامه الضمان بخلاف ما إذا لم يفرط
(مسئلة) وإن وكله في بيع فاسد لم يصح ولم يملكه

لأن الله تعالى لم يأذن فيه ولأن الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لأن الموكل
لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لأنه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى
ولنا أنه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بالأذن في الفاسد كما لو أذن في شراء خمر وخنزير
لم يملك شراء الخيل والقم

(مسئلة) وإن وكله في كل قليل وكثير لم يصح

لأنه يدخل فيه كل شيء فيعظم الضرر ولأنه لا يصح التوكيل إلا في تصرف معلوم، وبه قال أبو حنيفة
والشافعي. وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لأن لفظه عام فصح فيها تناوله كما لو قال بعمالي كله

بإطلاقه الى التصرف في غيره ويحتمل أن لها ذلك أخذاً من عموم لفظه كما يجوز لوكيل في البيع ، البيع من نفسه ، في احدى الروايتين ، وان وكل غرباً له في ابراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط حق عن نفسه فأشبهه بوكيل العبد في اعتناق نفسه ، وان وكله في ابراء غرمانه لم يكن له أن يبري نفسه كما لو وكله في حبس غرمانه لم يملك حبس نفسه ، ولو وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه ويحتمل أن يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل ، وان وكل المضمون عنه في ابراء الضامن فأبرأه صح ولا يبرأ المضمون عنه ، وان وكل الضامن في ابراء المضمون عنه ، أو الكفيل في ابراء المكفول عنه فأبرأه صح ويبري الوكيل براءته ، لانه فرع عليه فاذا برى الاصل برى الفرع براءته (فصل) وان وكله في اخراج صدقة على الساكن وهو مسكين ، أو أوصى اليه بتفريق ثلثه على قوم هو منهم ، أو دفعه اليه مالا وامره بتفريقه على من يريد أو دفعه الى من شاء فالخصوص عن احد انه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً فان احمداً قال اذا كان في يده مال للساكنين وأبواب البر وهو محتاج فلا يأكل منه شيئاً انما أمره بتنفيذه وذلك لان اطلاق لفظ الموكل بتصرفه الى دفعه الى غيره ويحتمل أن يجوز له الاخذ اذا تناوله عموم اللفظ كالمسائل التي تقدمت ولان المعنى الذي حصل به الاستحقاق متحقق فيه واللفظ متناول له فجاز له الاخذ كغيره ويحتمل الرجوع في ذلك الى قرآن الاحوال فأغلب على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفي غيره فله الاخذ منه وما غلب انه لم يرده فليس له الاخذ ، وما تساوى فيه الامران احتمل وجهين وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته ؟ فيه وجهان (أولهما) جوازه لدخولهم في عموم لفظه ووجود المعنى المقتضى لجواز الدفع اليهم فأما من تلزمه مؤوته غير هؤلاء فيجوز الدفع اليهم كما يجوز دفع صدقة التطوع اليهم .

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لانه يدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتناق رقيقه وتزوج نساء كثير وتلزمه المهور الكثيرة والايمان العظيمة فيعظم الضرر (مسئلة) (وان وكله في بيع ماله كله صح)

لانه يعرف ماله فيعرف أقصى ما يبيع فيقل التردد وكذلك لو وكله في بيع ما شاء من ماله أو قبض دونه أو الابراء منها أو ما شاء منها صح لانه يعرف دينه فيعرف ما يقبض فيقل التردد (مسئلة) (وان قال اشتر لي ماشية أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن وعنه ما يدل على أنه بصح)

اذا قال اشتر لي ماشية بما شئت لم يصح ذكره أبو الخطاب لان ما يمكن شراؤه يكثر فيكثر فيه التردد وان قدر له اكثر الثمن وأقله صح لانه يقل التردد وقال القاضي اذا ذكر النوع لم يخرج الى ذكر الثمن لانه أذن في أعلاه وعنه ما يدل على أنه يصح فانه قدروي عنه فيمن قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا أن هذا جائز وأصعبه وهذا توكيل في شراء كل شيء ولانه أذن في التصرف فجاز من غير تعيين كالأذن في التجارة

٢٤٢ شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل . تصرف الوكيل بدموت الموكل أو فسخه (المضي والشرح الكبير)

﴿مسئلة﴾ قال (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الصنفل جائز وكذلك شراءه له من نفسه)

يعني ان الاب يجوز أن يشتري نفسه من مال ابنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والاوزاعي وزادوا الجدة فأباحوا له ذلك وقال زفر لا يجوز لأن حقوق العقد تعلق بالعقد فلا يجوز أن يتعلق به حكان متضادان ولانه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا في عقد واحد كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه

ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز ان يتولى طرفي العقد كالاب يزوج ابنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعقد لغيره فأما الجدة فلا ولاية له على ابن ابنته على ما سنذكره في موضعه فينزل منزلة الاجنبي ولان التهمة بين الاب ولده منتفية اذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فذلك جاز ، وفارق الجدة والوصي والحاكم وأمينه فان التهمة غير منتفية في حقهم ، وأما تولى طرفي العقد فيجوز بدليل الاصل الذي ذكرناه ولا نسلم ما ذكره فيما اذا أراد أن يتزوج ابنة عمه بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ : أتجملين أمرك الي ؟ قالت نعم قال قد تزوجتك ولئن سلمنا فلان التهمة غير منتفية ثم

﴿مسئلة﴾ قال (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل)

وجله . أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فلموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل عزل نفسه لانه أذن في التصرف فكان لكل واحد منهما ابطاله كما لو أذن في أكل طعامه ؛ وبطل أيضا بدوت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ولا خلاف في هذا كله فيما علم متى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل اذا علم ذلك فان لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فمن أحد فيه روايتان وللشافعي فيه قولان وظاهر كلام الحرفي هذا أنه ينزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله

(فصل) وقد ذكرنا أنه اذا قال بع ما شئت من مالي أنه يصح وقال أصحاب الشافعي اذا قال بع

ما شئت من مالي لم يجز وان قال بع ما شئت من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز التوكيل في بعضه وان قال اشتر لي عبداً تركياً أو ثوباً صروباً صح وكذلك ان قال اشتر لي عبداً أو ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول

ولنا أنه ذكر نوعاً فقد أذن في أعلاه ثمنا فيقل الثمن وان تقدير الثمن يضربه فانه قد لا يجد بغير

الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله وقد ذكرناه

(مسئلة) (وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلاً في القبض) وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة

يمك قبضه لان المقصود من التثبيت قبضه أو تحصيله

أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعتاق والرواية الثانية عن أحمد لا ينزل قبل علمه بموت الموكل وعزله لس عليه في رواية جعفر بن محمد لانه لو انزل قبل علمه كان فيه ضرر لانه قد يتصرف تصرفات تقع باطله وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فبأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويحجب ضمانه ويتضرر المشتري والوكيل ولانه يتصرف بامر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه، وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينزل قبل علمه لما ذكرنا وإن عزل الوكيل نفسه لم ينزل إلا بمحضرة الموكل لانه يتصرف بامر الموكل فلا يصح رد أمره بتبرحه كالمودع في رد الوديعة

ولنا ما تقدم فاما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما متفرقان فان أمر الشارع يتضمن المصيبة بتركه ولا يكون حاصيا من غير علمه وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف فلا يصح منه عدم العلم (فصل) ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يمجج عليه لسفه فخكه حكم الموت لانه لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته قال أحمد في الشركة اذا وسوس أحد هما فهو مثل العزل، وان حجر على الوكيل نفلس فالوكالة بحالها لانه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف، وان حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله وان كانت في الخصومة أو الشراء في لئمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها لان الموكل أهل لذلك وله ان يستيب فيه ابتداء فلا تقطع الاستداه وان فسق الوكيل لم ينزل لانه من أهل التصرف الا أن تكون الوكالة فيها بنافيه الفسق

ولنا أن القبض لم يتناول الأذن نطقا ولا عرفاً لأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض (فصل) اذا وكله في الخصومة لم يقبل إقراره على الموكل يقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره لان الإقرار أحد جوابي المدعي فلكه كالانكار ولنا ان الإقرار يقطع الخصومة ويناقها فلم يملك الوكيل الإقرار فيها كالأبراء وفارق الانكار فانه لا يقطع الخصومة ويملك في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا ولا يملك المصالحة على الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف نعلمه الا ان الأذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك

مسئلة (وان وكله في القبض كان وكيلاً في الخصومة في أحد الوجهين)

وقال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لاهتمام الشافعي لانها معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر لانه لم يتساوله المنفقط

كلايجاب في عقد التكااح فانه ينزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف فان كان وكيلًا في القبول للموكل لم ينزل بفسق موكله لانه لا ينافي جواز قبوله وهل ينزل بفسق نفسه فيه وحبان وان كان وكيلًا فيما تشترط فيه الامانة كوكيل ولي البتيم وولي الوقف على الساكن ونحو هذا المنزل بفسقه وفسق موكله بخروجها بذلك عن أهلية التصرف وان كان وكيلًا لوكيل من يتصرف في مال نفسه المنزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالتوم والسكر والاعماء لان ذلك لا يخرجها عن أهلية التصرف ولا تثبت عليه ولاية الا ان يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما اسلفناه

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه مثل ان يلبس الثوب ويركب الدابة وهذا احد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الثاني تبطل الوكالة لانها عقد امانة فتبطل بالتعدي كالوديعة ولنا انه اذا تصرف فقد تصرف باذن موكله فصح كالموكل يتعد، ويغارق الوديعة من جهة انها امانة مجردة فنافها التعدي والحياة والوكالة اذن في التصرف تضمنت الامانة فاذا انتهت الامانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامنا فاذا باعه صح بيبه وبرى من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان امانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه باذن الموكل ولم يتعديه ولو دفع اليه مالا ووكله في شراء شيء تعدي في الثمن صار ضامنا له فاذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للبيع قبض امانة وان وجد بالمبيع عيبا فرد عليه أو وجد هوما اشترى عيبا فرده وقبض الثمن كلن مضمونا عليه لان العقد انزل للضمان زال فساد ما زال عنه

ووجه الاول انه لا يتوصل الى القبض إلا بالتثبيت فكان اذنا فيه عرفا ولائ القبض لا يتم إلا به فليس كما لو وكل في شراء شيء ملك تسليم ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه ويحتمل انه ان كان الموكل عالما بمحدد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعله يقف القبض عليه ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض اصحاب أبي حنيفة ان وكل في بيع عين لم يملك تثبتها لانه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة. ولنا انه وكيل في قبض حق أشبه الوكيل في قبض الدين وبه يبطل ما ذكروه فانه توكيل في قبضه ونقله اليه

(مسئلة) (وان وكل في قبض الحق من انسان لم يكن له القبض من وارثه وان قال قبض حتى الذي قبله فله القبض من وارثه)

اذا وكله في قبض دين من رجل مات نظرت في لفظه فان قال قبض حتى من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف لانه قد يرى بقاء الحق عندهم دونه وان قال قبض حتى الذي قبله أو عليه فله مطالبه وارثه والقبض منه لان قبضه من الوارث قبض الحق الذي

(فصل) وان وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تفسخ الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وان وكل عبده ثم اعتقه أو باعه ثم ينزل لذلك ، ويحتمل أن ينزل لان توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة أعما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك فإذا باعه فقد صار الى ملك من لم يأذن في توكيله وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بشرط اذنه فيقطع استدامته وهكذا الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه ، والصحيح أن الوكالة لا تبطل لان سيد العبد أذن له في بيع ماله والفق لا يبطل الاذن وهكذا ان باعه الا أن المشتري ان رضي ببقائه على الوكالة بقي وأن لم يرض بذلك بطلت الوكالة، وان وكل عبد غيره فاعتقه لم تبطل الوكالة وجها واحدا لان هذا توكيل حقيقة والفق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة لان ملكه له لا ينافي اذنه له في البيع أو الشراء

(فصل) وان وكل مسلم كافرأ فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذميا أو مستأما أو حريبا او مرتدا لان العدالة غير مشترطة فيه وكذلك الدين كاليبيع وان وكل مسلما فارتد لم تبطل الوكالة سواء لحق بدار الحرب أو أقام وقال أبو حنيفة ان لحق بدار الحرب بطلت وكاتته لانه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكاتته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الردة لا تمنع ابتداء وكاتته فلم تمنع استدامتها كسائر الكفر ، وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبغي على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضا

على موروثه ، فان قيل فلو قال قبض حقي من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض والوارث نائب الموروث فهو كالوكيل ، قلنا الوكيل إذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك هنا فان الحق انتقل الى الورثة واستحقت المطالبة عليهم لا بطريق الثبابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئا حث بفعل وكيه دون وارثه

(مسئلة) (وإن وكله في قبضه اليوم لم يكن له قبضه غدأ) لأنه قد يختص غرضه به في زمن حاجته اليه

(مسئلة) (وإن وكله في الابداع فأودع ولم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع)

كذلك ذكره أصحابنا وعموم كلام الحنفي يقتضى أن لا يقبل قوله على الآخر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الوديمة لا تثبت إلا بيينة فهو كما لو وكله في قضاء الدين وقال أصحابنا لا يصح القياس لان قول المودع يقبل في الرد والملاك فلان فائدة في الاستبناق بخلاف قضاء الدين ، فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال لم تدفعه فاقول قول الوكيل لانها اختلفا في تصرفه فيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) ولو وكل رجلا في نقل امراته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البيضة بطلاق الزوجة وعنق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة لانه زال تصرف الموكل فزالت وكالته

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات ولو دفع اليه دينارا ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة سواء وكله في الشراء بيته أو مطلقا لانه إن وكله في الشراء بعت فقد استحال الشراء بيته بعد تلفه فبطلت الوكالة، وان وكله في الشراء معلقا ونقد الدينار بطلت أيضا لانه إنما وكله في الشراء به ومضاه أن ينفده فمن ذلك المبيع اما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولأنه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضى بزيده وإذا استقرضه الوكيل ثم عزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالثمرا له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئا وقف على اجازة الموكل فان أجازته صح ولزم الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال وقال القاضي متى اشترى بعين ماله لغيره شيئا فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بين ماله ما يملكه غيره وقال أصحاب الشافعي متى اشترى لغيره بهال نفسه شيئا صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بين المال أو في الذمة لانه اشترى له مالم يؤذن له في شرائه أشبه ما لو اشتراه في الذمة

(مسئلة) (وإن وكله في قضاء الدين فضاء ولم يشهدوا نكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضور الموكل)

إذا وكل رجلا في قضاء دينه ودفع اليه مالا ليدفعه اليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا بيينة لانه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في ذلك ككلو ادعاء الموكل فاذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لان ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله وهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فان كان قضاء بشريينة فالموكل الرجوع عليه إذا قضاء في غيبته قال القاضي سواء صدقه أو كذبه وهذا قول الشافعي لانه إذن في القضاء يبرأ به ولم يوجد وعن أحمد لا يرجع عليه بشيء إلا أن يكون أمره بالشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لاصحاب الشافعي لانه ادعى فعل ما أمره به موكله فكان القول قوله كالأمره ببيع ثوبه فادعى يمينه، ووجه الاول أنه مفترط بترك الاشهاد فضمن كالمفترط في البيع بدون ثمن المثل، فان قيل فلم يأمره بالاشهاد؟ قلنا إطلاق الامر بالقضاء يقتضي ذلك لانه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا الموموم كذاهنا وقياس القول الآخر يمكن القول بوجبه وأن قوله مقبول في القضاء وإنما لزمه الضمان لتفريطه لارد قوله وعلى هذا لو كان القضاء بحضور الموكل

(فصل) نقل الاثر من أحد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له اذا أمكنك فضاؤهما فدفعها الى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي أذن له في القبض امكن جملة وكيلاً ويمكن من عليه الدين من القضاء بخلاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات وبخاف التبعة من الورثة فقال لا يجزي أن يدفع اليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليها من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للعريم خوفاً من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع الى الوكيل فأما من طريق الحكم فالوكيل المطالبة وللآخر الدفع اليه فان أحمد قد نص في رواية حرب اذا وكله في الحد وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه بديراً بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للعريم ظاهراً وباطناً وإزالة للتبعة عنه وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفاً من ان يكون الموكل قد مات وانتقل الى الورثة ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالنزل به وفيها دليل على جواز تراخي القول عن الإيجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس شيء حتى يقول قد وكنك وهذا سهو من الناقل وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل وهو الذي نقله الجماعة

لم يضمن الوكيل لان ركة الاحتياط والشهاد والضمان منه بما فعل وكيله وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان عليه لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحان وكذلك إن أشهد على القضاء عد ولا فانوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفریطه، وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين فان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين = بمحضرتك فأنكر الموكل ذلك أو قال أذنت لي في فضائه بغير بينة فألكر الموكل أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فانوا فأنكر الموكل فالقول قوله لان الاصل معه

(فصل) قال المصنف رحمه الله (والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفریط) سواء كان يجعل أولاً لانه أمين أشبه المودع متى اختلفا في تعدي الوكيل أو تفریطه في الحفظ أو مخالفته أمر موكله مثل أن يدعي أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرت بك برد المال فلم تقبل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا بما يتذر إقامة اليمين عليه فلا يكلف ذلك كالودع ولانه منكر ما يدعي عليه والقول قول المذكر، وكذلك إن ادعى الوكيل التلف فأنكر الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه لما ذكرنا وهكذا حكم من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالاب والوصي وأمين الحاكم والتبريك والمضارب والمرتهن والمستأجر لانه لو كلف ذلك مع ندمه لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع دعوى الحاجة اليها وذلك ضرر وقيل

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ أو يبطأ)

وجهة ذلك أن الوكالة إذا وقعت مطلقة غير مؤقته ملك التصرف ابدا ما لم تفسخ الوكالة وفسخ الوكالة أن يقول قد فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أو عزلتك أو صرفتك عنها وأزلتك عنها أو ينهيه عن فعل ما أمره به أو وكله فيه وما أشبه هذا من الألفاظ المقضية عزله أو المؤدية معناه أو يزيل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فإذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لأن ذلك يدل على رغبته فيها واختياره أمسا كما وكذلك إن وطئها بعد طلاقها طلاقا رجعيا كان ارتجاعها لها فإذا انقضت رجوعها بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقاها على نكاحها ومنع طلاقها أولى وإن باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج فهل تفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعة به وإن وكله في بيع عبد ثم أعتقه أو باعه يبعاً صحيحاً أو كاتبه أو درهماً انفسخت الوكالة لأنه زوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيها لا يملكه وفي الكتابة والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محل للبيع ، وعلى الرواية الأخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع من يبعه وإن باعه يبعاً فاسداً لم تبطل الوكالة لأن ملكه في العبد لم يزل ، ذكره ابن المنذر .

القاضي إلا أن بدعي تلفها بامر ظاهر كالخريق والتهب فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك التاحية ثم يكون القول قوله في تلفها به وهذا قول الشافعي لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى فلا يتسدر إقامة البينة عليه ومتى ثبت التالف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله أو بإقرار موكله أو تبينه فلا ضمان عليه سواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن سواء كان بجمل أو غيره لأن نائب المالك في اليد والتصرف فإهلاكه في يده كإهلاكه في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبهها فإن تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الأمانة ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف في يده من غير تعد واستحق المبيع رجح المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالعهد عليه كما لو باع بنفسه

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال بمت الثوب وقبضت الثمن فتلف القول قوله) إذا اختلف الوكيل والموكل في التصرف فيقول الوكيل بمت الثوب وقبضت الثمن فيذكر الموكل ذلك أو يقول بمت ولم يقبض شيئاً فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لأنه يملك البيع والتقبض فقبل قوله فيها كما يقبل قول ولي المرأة المحجورة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهذا أحد القولين لأصحاب الشافعي لأنه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه فإن وكله في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشترينته بألف قال بل بخمسةائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره كان الأمر مخيراً في قبول الشراء فان لم يقبل لزم الوكيل الا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء)

وجله أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل في شرائه مثل أن يوكله في شراء عبد فيشترى جارية لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد ذمته فالشراء صحيح ، لانه إنما اشترى بشئ في ذمته وليس ذلك مذكوراً كالغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كالأشترى بعين ماله

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينو له غيره ، إذا ثبت هذا فمن أحد روايتان (إحداهما) الشراء لازم للمشترى وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذن غيره فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والرواية الثانية) يقف على اجازة الموكل فان أجازته لزمه لانه اشترى له وقد أجازته فلزمه كما لو اشترى بأذنه ، وإن لم يحجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لانه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فثبت في حقه كما لو اشترى لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير اذنه سواء كان وكيلاً الذي قصد الشراء له أو لم يكن وكيله ، فالأمر إن اشترى بعين المال مثل أن يقول بئني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير اذنه فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح

وقال القاضي القول قول الموكل الا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشترى عبداً بألف فادعى الوكيل أنه اشترى بها فالتقول قول الوكيل إذا وإلا فالتقول قول الموكل لان من كان القول قوله في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين ، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالتقول قول الموكل لانه غارم لكونه مطالباً بالثمن وإن اشترى بعين المال فالتقول قول الوكيل لكونه الغارم فانه مطالبه برد ما زاد على حسبائه .

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولانه وكيل في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب وكما لو قال له اشترى بألف عند القاضي

﴿ مسألة ﴾ (وان اختلفا في رده الى الموكل فالتقول قوله ان كان متطوعاً وإن كان بجمل فملى وجهين) إذا اختلفا في الرد فادعاه الوكيل وأنكره الموكل فان كان بغير جمل فالتقول قول الوكيل لانه قبض المال لنفع مالك فكان القول قوله كالمدع وان كان بجمل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله كالاول (والثاني) لا يقبل قوله لانه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالاستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها .

ويقف على اجازة المالك فان لم يجره بطل وإن أجازته صح لحديث عروة بن الحجد انه باع ماله يؤذن له في يمه فأقره عليه النبي ﷺ ودعا له ولانه تصرف له بخبر فصح ووقف على الاجازة كالوصية بالزائد على الثلث ، ووجه الرواية الاولى انه عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح كالمال المصبي المراهق ثم بلغ فأجازته ولان النبي ﷺ قال لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » يعني ما لم يملك ، وأما حديث عروة فانه محتمل انه كان وكيلاً مطلقاً بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه وليس ذلك جائزاً لمن لم يؤذن له فيه اتفاقاً ومتى حكماً بطلان البيع فاعترف له الماقد معه بطلان البيع أو ثبت ذلك بينة فعليه رد ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حذف الماقد ولم يلزمه رد شيء لان الاصل ان تصرف الانسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بغير اذنه فالقول قول المصري لما ذكرناه ، ولو قال المشتري إنك بعت مال غيرك بغير اذنه فأنكر البائع ذلك وقال بل بعت ملكي أو قال بعت مال موالي باذنه فالقول قوله أيضاً ، وإن اتفق البائع والمصري على ما يبطل البيع وقال الموكل بل البيع صحيح فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض .

(فصل) وإن وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير اذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فإذا كان

(مسئلة) (وكذلك يخرج في الاجير والمرتهن)

وجهة ذلك ان الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لثمن مالكة لا غير كالودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم في الرد لانه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانة فيلمحق الناس الضرر (الثاني) ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجعل والمضارب والاجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقبل قول المرتهن والمضارب في الرد لان احمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال لثمن نفسه لا يقبل قوله في الرد كالمستعير ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلغ لم يقبل قوله لان جنايته قد ثبتت بجحدته ، فان أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلغ لم تقبل بينته في أحد الوجهين لانه كذبها بجحدته فان قوله قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً (والثاني) يقبل لانه يدعي الرد والتلغ قبل وجود حياته فان كان جعوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه لان جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلغ أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين الا أن يدعي انه رده أو تلغ بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله لثبوت كذبه وخيانه

(مسئلة) (فان قال أذنت لي في البيع نسيته وفي الشراء بنحسه فأنكره قبل وجوبه)

وجهة ذلك أنها متى اختلفا في صفة الوكالة فقال وكنتك في بيع هذا البعد قال بل في بيع هذه التجارية أو قال

بغير اذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود اعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشترى له من غير تسمية المشتري له فافترقا ، والرواية الثانية يصح التكاح وبفء على اجازة المتزوج له فان اجازته صح وإلا بطل وهذا مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالفول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي إذا قال لرجل اشتر لي بدين عليك طعاماً لم يصح ولو قال تسلف لي ألفاً من مالك في كرم طعام ففعل لم يصح لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بئاه ما عليك غيره ، وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال تسلف لي ألفاً في كرم طعام وانقض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي لي عليك صح لانه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والتمن عليه فاذا قضاء من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وإن قضاء من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قضاء عليه .

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه اذنه وكله من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلاً في التصرف في زمن مفيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناول اذنه مطلقاً ولا عرفاً لانه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لبيدائه وقتاً لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بيع ثوبين غد لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد وان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان ذلك السوق معروفاً بمجودة القند أو كشرة الثمن او حله او بصلاح أهله او بمجودة بين الموكل وبينهم تفيد الاذن به لانه قد

في يمه نقد أقال بل لسيئة أو قال وكانك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال بل وكانك في الشراء بمسرة قال بل بخمسة فقال القاضي في المجرى الاول قول الموكل وهو قول أصحاب الرأي والشافعي وابن المنذر ، وقال أبو الخطاب اذا قال أذنت لك في البيع نقداً وفي الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بمسرة فالقول قول الوكيل نص عليه أحمد واختاره القاضي والعليق الكبير في المضاربة لانه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالحياط إذا قال أذنت لي في تفصيله بقاء قال بل قبيصاً وحكي عن مالك ان أدركت السامة فالقول قول الموكل وان قامت فالقول قول الوكيل لانها اذا قامت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما اذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الموكل فكان القول قول من ينفه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق ، فملى هذا اذا قال اشتريت لك هذه الجارية بأذنتك فقال ما اذنت الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما اذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف برى من الشراء ، ثم لا يخلو إيمان يكون الشراء بين المال أو في الذمة فان كان بين المال فالبيع باطل ويرد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وأن كذبه في ان الشراء لغيره أو بال غيره بغير اذنه فانقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلف أنه

نص على أمره فيه نعرض فلم يجز توقيته وان كان هو وغيره سواء في الفرض لم يتقيد الاذن به ويجاز له البيع في غيره لساواته المنصوص عليه في الفرض فكان تخصيصه على أحدها إذنا في الآخر كالتواستأجر أو استأجر أرضا لزراعة شيء كان إذنا في زراعة مثله فادونه ولو اشترى عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر صلاة أو اعتكافا في مسجد جاز الاعتكاف والصلاة في غيره، وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره وان عين له المشتري فقال به فلانا لم يملك بيعة لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لم يقدره لانه قد يكون له عرض في عليك إياه دون غيره الا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح انه لا عرض له في عين المشتري

(فصل) وان وكله في عقد فاسد لم يملكه لان الله تعالى لم يأذن فيه لان الموكل لا يملكه قالو وكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه اذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى . ولنا انه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بهذا الاذن كالتواستأجر في شراء خر وخنزير لم يملك شراء الخيل والتمم

(فصل) وان وكله في بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شرائه لم يملك العقد على بعضه لان التوكيل تناول جميعه وفي التبويض اضرا بالموكل وتشقيص للمكة ولم يأذن فيه، وان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة، واحدا واحدا لأن الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد

لا يعلم أنه اشتراه حال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فاذا حلف مضى اليهم وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده لا تحل له لانه إن كان صادقا فهي للموكل وان كان كاذبا فهي للبائع، فان أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه إياها رجع الامر إلى الحاكم ليرفق به ليبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا وبصير ما ثبت له في ذمته مما نقصاها بالثمن الذي أخذ منه الآخر ظاهرا فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه لانه عقد مرضاة، فان قال له ان كانت الجارية لي فقد بتمكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بالثمن فقد بتمكها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لانه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يصح جملة شرطها كما لو قال ان كانت هذه الجارية جارية فقد بتمكها وكذلك كل شرط علم وجوده فانه لا يوجب وقوف البيع ولا شكافيه، وان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان كاذبا في دعواه فالجارية لموكله فاذا أراد احلالها توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن وامتنع من بيعها للموكل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته منها في الوكيل فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للموكل فقد بيعت باذنه وإن كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب إن شاء الله تعالى

على واحد واحد ولا ضرر في جميعهم ولا أفرادهم وإن قال اشترى عبداً صفته واحدة أو واحداً واحداً أو بهم لم يحجز مخالفته لأن تصبغه على ذلك بدل على غرضه فيه فليتناول أذنه سواء، وإن قال اشترى عبدين صفته فاشترى عبدين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما أو من أحدهما باذن الآخر جزواً كان لكل واحد منهما عبد مفرد فاشتراهما من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بالفظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لأن القبول هو الشراء وهو متحد والفرق لا يختلف، وإن اشتراهما من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل أن يقول بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائتين فقال قبلت احتمالاً أيضاً وجهين وإن لم يعين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين لأن ثمن كل واحد منهما مجهول، ويحتمل أن يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما

(فصل) فإن دفع إليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له أن يشتريه بينهما وفي الذمة لأن الشراء يقع على هذين الوجهين فإذا أطلق الوكالة كان له فضل ما شاء منهما وإن قال اشتر بينهما فاشترى في ذمته ثم تقدمها لم يلزم الموكل لأنه إذا تبين الثمن انسخ العقد بتلفه أو كونه متصوباً ولم يلزمه ثمن في ذمته وهذا غرض للموكل فلم يحجز مخالفته، ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على إجازة الموكل؟ على روايتين وإن قال اشترى في ذمتك واتقد هذه الدراهم لنا فاشترى بينهما فقال أمهما يتلزم الموكل لأنه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان إذنا في عبد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها ويحتمل أن لا يصح لأنه قد

وإن اشترى الوكيل من الحاكم بما له على الموكل جاز لأنه قائم مقام الموكل في ذلك أشبه ما لو اشترى منه (فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه لسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه إلا نقداً فصدقه الوكيل والمشتري قد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقياً وبقية إن تلف فإن أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشتري بها لأن التلف في يده فاستقر الضمان عليه وإن أخذها من المشتري لم يرجع بالضمان على أحد، وإن كذباها وادعيا أنه أذن في البيع لسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين إن كانت فاعمة وإن كانت تالفة رجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لأنه لم يسلم له الثمن وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لأنه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وإن البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فإذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الأمرين من القيمة أو الثمن المسمى لأن القيمة إن كانت أقل فما غرم أكثر منها فلم يرجع بأكثر مما غرم وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه وإن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلم به الموكل وإن كذبه أحد همدون الآخر فله الرجوع على المصدق بنفي يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرناه هذا إن اعترف المشتري بالوكالة وإن أنكر ذلك وقال أنا بعتي ما بك فالقول قوله مع بيمينه أنه لا يعلم كونه وكيلاً ولا يرجع عليه بشيء.

يكون له غرض في الشراء بغير عينها لكونها فيها شبهة لا يجب أن يشتري بها أو يجب وقوع العقد على وجه لا يفسخ بتلفها ولا يبطل بتحزيبها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تقويته عليه كالم يحز تقويت غرضه في الصورة الأولى ومذهب الشافعي في هذا كله كنعو ما ذكرناه

(فصل) وان عين له الشراء بنقد أو حالاً لم يحز مخالفته وان أذن له في النسبة والبيع بأي نقد شاء جاز وان أطلق لم يبيع إلا حالاً بنقد البلد الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد ولهذا لو باع عبده بثمرة دراهم وأطلق حمل على الحلول بنقد البلد وان كان في البلد نقد باع باغلبهما فان تساوى باع بما شاء منها وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وصاحبه له البيع لساء لانه ممتاز فاشبهه الحال وينخرج لتامثل ذلك بناء على الرواية في المضارب وقد ذكرنا ههنا في الأول أولى لانه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك اذا أطلق الوكالة فيه، ولا نسلم تساوي العادة فيهما فان بيع الحال أكثر، وبغارق المضاربة لو جبين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة عاجزة نفوت بتأخير الثمن (والثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وهنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في نوى الثمن على المضارب لانه يحسب من الربح لكون الربح رقابة لرأس المال وهنا يعود على الموكل فانقطع الاطلاق

(فصل) إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه مخالف لموكله لانه رضي بثمن النسيئة دون النقد، وان باعها نقداً بما تساوى نسيئة أو عين له

(فصل) اذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو امانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده فان طلبه فأخر رده مع امكانه فلتلف ضمنه وإن وعده رده ثم ادعى إلى كنت رددته قبل طلبه أو أنه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه بوعده رده فان صدقته الموكل برى فان كذبه فالقول قول الموكل فان أقام بينة بذلك قبلت في أحد الوجهين لانه يبرأ بتصديق الموكل فكذلك اذا قامت له بينة لان البينة لإحدى الجانبين فبرى بها كالاقرار وانما لا يقبل لانه كذبها بوعده بالدفع بخلاف إذا صدقته لانه أقر براءته فلم يبق له منازع، وإن لم يعده رده لكن منعه أو مطله مع امكانه ثم ادعى الرد أو اتفق لم يقبل قوله الا ببينة لانه صار بالمنع خارجاً عن حال الامانة وتسمع بينته لانه لم يكذبها

(مسئلة) وان قال اذنت لي ان اتزوج لك فلانة ففعلت وصدقت المرأة فأنكر فالقول قول

النكر بغير عين وهل يلزم الوكيل نصف الصداق ؟ على وجهين

وجهة ذلك أن الوكيل والموكل اذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكلتني فأنكر الموكل فالقول قوله لان الاصل عدم الوكالة ولم يثبت أنه أمينه فيقبل قوله عليه ولو قال وكلتني ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك ولو قال رجل

ثمها فباعها به نقداً فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فكان مأذوناً فيه عرفاً فأشبهه ماو وكله في بيعها بشرة فباعها بأكثر منها ويحتمل أن ينظر فيه فان لم يكن له غرض في النسبته صح وإن كان فيها غرض نحو ان يكون الثمن مما يستخر بحفظه في الحال أو يخاف عليه من التلف أو التملين أو يتخير عن حاله الى وقت الحلول فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبه أو المائة ومتى كان في النطوق به غرض يخص به لم يحز تفويته ولا يثبت الحكم في غيره وقد ذكر القاضي نحو هذا في موضع آخر

(فصل) وإن وكله في الشراء بشمن نقداً فاشترى لسببته بأكثر من ثمن التقدلم يقع للموكل، وإن اشتراه نسبته بشمنه نقداً أو بما عينه له فهي كالتى قبلها وبصح للموكل في قول القاضي، وعلى ما ذكرنا ينظر في ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستخر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يحز كقولنا في التي قبلها ولاصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان

(فصل) وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له ولا بشري بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إذا أطلق الوكالة في البيع فيه البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا انه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقضى ثمن المثل كالشراء فانه وافق عليه وما ذكره ينتقض بالشراء فان باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتعاقب الناس بثمنه، أو باع بدون ما قدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء وهذا قول الشافعي،

لاخر وكنتي ان أتزوج لك فلانة فضلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فأنقول قوله نص عليه أحد فقال ان أقام البينة والا فلا يلزم الآخر عقد النكاح قال أحمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقا لغيره، فأما ان ادعت المرأة فيبني أن يستحلف لانها تدعي الصداق في ذمته فإذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق المقدلا تتعلق بالوكيل ونقل اسحاق بن ابراهيم عن أحمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن والبايع مطالبته كذا هنا ولانه فرط حيث لم يشهد على الزوج بالمقد والصداق والاول أولى لما ذكرناه، ويشارك الشراء لان الثمن مقصود البائع والمادة تسجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح بخالفه في هذا كله، فان كان الوكيل ضمن المهر قبلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان الفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن فيجب جميعه

ولنا أنه بملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة ايقاعه لما تحرم به قال أحمد ولا يزوج المرأة حتى يطلق لانه يكون كاذباً في انكاره، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لانه

وعن أحمد أن البيع جائز دون الثراء ويضمن الوكيل النقص لأن من صح بيعه بشئ المثل صح بدونه كالمرض ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً وعلى الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المثل وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتعاقب الناس به وما لا يتعاقب الناس به لأن ما يتعاقب الناس به صح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لأنه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع فأشبهه بيع الاجنبي ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان فأشبهه الثراء، وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكر في موضعه إن شاء الله، وأما ما يتعاقب الناس به عادة فمغفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن لأن ما يتعاقب الناس به بعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز عنه، ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يحجز أن يبيع بشئ المثل لأن عليه الاحتياط وطلب الحفظ لموكله وإن باع بشئ المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد في الصحيح لأن الزيادة ممنوع منها منهي عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولأن الزيادة قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالملك ويحتمل أن يلزمه ذلك لأن الزيادة في الثمن أمكن تحصيلها فأشبهه ما لو أجاز به قبل البيع وانتهي بتوجهه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل فأشبهه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه .

(فصل) ومن وكل في بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه مثل أن يأذن في يسه بمائة درهم فبيعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة و ثوب في أحد الوجهين لأنه من غير جنس الاثمان

معرفة أنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق، وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لا يلزم لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يلزمه لازالة الاحتمال وازالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد، ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر لأنه لم يثبت صداقها فترث وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها، ولو ادهى أن فلانا الغائب وكيله في تزوج امرأة فزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة الا بتصديق الورثة أو يثبت بيينة ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في الزواج وأنكر أن يكون زوج له فإن القول قول الوكيل فيه فيثبت الزواج هنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تستدر إقامة البينة عليه لكونه لا يعتقد الا بها وذكر أن أحمد نص عليه وأشار الى نفيه فيها إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها

ولما أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمره به فكان القول قوله كما لو وكله في يسه ثوب فادعى يسه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص أحمد عليه فيها إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص هنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص في احدهما نصاً في الآخر وما ذكره من المنع لا أصل له فلا يقول عليه

ولما أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بيائة ودينار ولأن الأذن في بيعه بيائة أذن في بيعه
 بزيادة عليها عرفاً لأن من رضي بيائة لا يكره أن يزداد عليها توب ينفعه ولا يضره وإن باعه بيائة دينار
 أو تسعين درهماً وعشرة دنانير وأشبه ذلك أو بيائة توب أو بيائين درهماً وعشرين توباً لم يصح ،
 ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه خاف مركله في الجنس فأشبه ما لو باعه بثوب يساوي
 أكثر من مائة درهم ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدرهم دنانير أو مكان بعضها لأنه مأذون
 فيه عرفاً فإن من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فحري مجرى بيعه بيائة درهم ودينار وأما الثياب فلا يصح
 بيعها لأنها من غير جنس الأثمان .

(فصل) وإن وكله في بيع عبد بيائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقاً فباع نصفه ضمن الكل جاز لأنه مأذون
 فيه من جهة العرف فإن من رضي مائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للنصف ولأنه حصل له المائة وأبقى له
 زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لأنه مأذون في بيعه فأشبه ما لو باع العبد كله بثمن ثمنه
 ويحتمل أن لا يجوز له بيعه لأنه قد حصل له موكل غرضه من الثمن ببيع نصفه فربما لا يؤثر بيع باقيه لثمن
 عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه وهكذا القول في توكيله في بيع عبيد بيائة إذا باع أحدها بما صح وهل
 يكون له بيع العبد الآخر على وجهين ، كما إن وكله في بيع عبيد بيائة فباع بعضه بأقل منها لم يصح وإن وكله
 مطلقاً فباع بعضه بأقل من ثمن الكل لم يجز وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز
 فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن للوكيل المطلق اليمين بما شاء . ولنا أن على الموكل ضرراً في
 بيعه ولم يوجد الأذن فيه تعقلاً ولا عرفاً فلم يجز كما لو وكله في شراء عبد فاشترى نصفه

(فصل) ولو غاب رجل فجاء رجل إلى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبأنها ووكله في تجديد
 نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فصدق عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء زوجها وانكر هذا كله فاقول
 قوله والنكاح الأول بحاله وقياس ما ذكرناه أن المرأة إن صدقت الوكيل لزمه الألف إلا أن بينها
 زوجها قبل دخوله بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي أنه لا يلزم الضامن
 شيء لأنه فرع على المضمون عنه والمضمون عنه لا يلزمه شيء فكذلك فرعه

ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وأنه ضامن عنه فلزمه ما اقربه كما لو ادعى على
 رجل أنه ضمن ألفاً على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وببوت الحق في ذمة المضمون عنه
 وكما لو ادعى شفعة على إنسان في شقص اشتراه فأقر البائع وأنكر المشتري فإن الشفيع يستحق الشفعة
 في أصح الوجهين فإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه، ويحتمل أن من أسقط عنه
 الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الأخرى فلا يكون بينها اختلاف والله أعلم
 (مسئلة) (ويجوز التوكيل بحمل وبغيره) لأنه تصرف لغيره لا يلزمه فجاز أخذ الجمل عليه كرد الآتي

(فصل) وان وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشترى بمخسرين أو بيا دون المائة صح ولزم الموكل لانه مأذون فيه من جهة العرف، وان قال لا تشتره بأقل من مائة مخالفة لم يجز لانه خالف نصد وصرح قوله مقدم على دلالة العرف فان قال اشتره بمائة ولا تشتره بمخسرين جازله شراؤه بيا فوق الحسين لان اذنه في الشراء بمائة دل عرفا على الشراء بيا دونها خرج منه المحنون بصرح النبي بقي فيما فوقها على مقتضى الاذن، وان اشترى بأقل من الحسين ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لذلك ولانه لم يخالف صريح نبيه أشبه ما زاد على الحسين (والثاني) لا يجوز لانه نهاه عن الحسين استقلالها فكان تنبيهه على النبي عما هو أقل منها كما أن الاذن في الشراء بمائة اذن في اذنها فخرى ذلك مجرى صريح نبيه فان تنبيه الكلام كنهه وان قال اشتره بمائة دينار فاشترى بمائة درهم فالحكم فيه كالوقال به بمائة درهم فباعه بمائة دينار على ماضى من القول فيه، ان قال اشترى نصفه بمائة فاشترى كله أو أكثر من نصفه بمائة جازلانه مأذون فيه عرفا وان قال اشترى نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجلب بصرح نبيه ففيها ما نداء يبقى على مقتضى الاذن

ويجوز بغيره بغير خلاف فاذا وكله بجمع فباع استحق الجبل قبل قبض الثمن لتحقق البيع قبل قبضه فان قال في التوكيل فاذا أسلمت إلي الثمن فلك كذا وقف استحقاقه على التسليم اليه لاشراطه لإياه ولو قال ببع ثوبي بشرة فإزاد فلك صح نص عليه، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول ابن سيرين وإسحاق وكرهه النخعي وحماد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتمل الوجود وثنا ان عطاه روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسا ان يسطي الرجل الرجل الثوب أو غيره فيقول به بكذا فا زدودت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف فكان إجمالا ان عين تسمى بالصل عليها أشبه دفع ماله مضاربة، إذا ثبت ذلك فاذا باعه بزيادة فهي له لانه جعلها له وان باعه بما عينه فلا شيء له لانه جعل له الزيادة ولا زيادة فهو كالضارب اذا لم يربح، وان باعه بنقص فعنه لا يصح مخالفته فان تذر ضمن النقص وعنه يصح ويضمن النقص وقد ذكرنا ذلك وان باعه لسيئة لم يصح ولا يستحق الوكيل وان باعه بزيادة نص عليه أحمد في رواية الاثرم

(فصل) اذا وكله في شراء شيء فاشترى غيره مثل ان يوكله في شراء عبد فاشترى جارية فان كان الشراء بين مال الموكل فالشراء باطل في أصح الروايتين وهو من مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح ويقف على إجازة المالك فان أجازته صح وإلا بطل وهو قول مالك وإسحاق وقد ذكرناه في كتاب البيع فان كان اشتراء في ذمته ثم نفذ الثمن فالشراء صحيح لانه إنما اشترى بثمن في ذمته وليس ذلك ملكا لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقد على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بين ماله

(فصل) وان وكنه في شراء عبد موصوف بياضة فاشترى على الصفة بدونها جازلانه مأذون فيه عرفاً وان خالفه في الصفة أو اشترى بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبداً بياضة فاشترى عبداً يساوي مائة بدونها جازلانه لو اشترى بياضة جاز فاذا اشترى بدونها فقدزاده خيراً فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجز وان كان يساوي أكثرهما اشترى به لانه خالف أمره ولم يحصل عرضه

(فصل) وان وكنه في شراء شاة بدينار فاشترى ثاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع الموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو إحداهما تساوي ديناراً أو الأخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الثاتين بنصف دينار والأخرى للوكيل لانه لم يرخص إلا بالزامة عهدة شاة واحدة

وانا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد ديناراً فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأنتيت الجلب فاشترت ثاتين بدينار فبعت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأنتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا دينارك وهذه شانكم قال «وصنت كيف؟»

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم يتوه لغيره إذا ثبت ذلك فروي عن أحمد روايتان (أحدهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذنه فكان الشراء له كما لو لم يتوه غيره (والثانية) يقف على إجازة الموكل ان أجازته لزمه وان لم يجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لكونه لم ياذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره ثبت في حقه كما لو اشترى لنفسه وهكذا ذكر الحرقى وهذا حكم كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلاً للذي قصد الشراء له أو لم يكن

(فصل) وان وكنه في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير إذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة عقد النكاح ذكر الزوج فاذا كان بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له والثانية يصح النكاح ويقف على إجازة المزوج فان أجازته صح والا بطل وهو مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالتقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي اذا قال لرجل اشتر لي بديني عليك طاماً لم يصح ولو قال أسلف لي الفأ من ملكك في كرا طعام ففعل لم يصح أيضاً لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال أسلف لي انفا في كرا طعام واقتضى الثمن عني من مالك أو من الدين الذي عليك صح لانه اذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين الى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وان قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار فرضاً عليه

فحدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » ولانه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تقع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل بالبيع فان باع الوكيل لإحدى الشائين خير أمر الموكل فقيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لانه باع مال موكله بخير أمره فلم يجز كييع الشائين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي دينار جازا لحديث عروة بن الجعد البارقى ولانه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز فجاز له ابدالها بخيرها وظاهر كلام أحمد صحة البيع لانه أخذ بحديث عروة وذبح اليه، واذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها فهل يقع البيع باطلا أو صحيحا موقوفا على إجازة الموكل؟ على روايتين، وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بغير اذنه ووكيل يخالف موكله هل يقع باطلا أو يصح ويقف على إجازة المالك؟ فيه روايتان وللشافعي في صحة البيع هنا وجهان

(فصل) واذا وكفه في شراء سلمة موصوفة لم يجز أن يشتريها الا سلمة لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز الرد بالميب، فان اشترى ميبا يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى غير ما أذن له فيه وان لم يعلم عيبه صح البيع لانه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لجزءه عن التحرز

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الخارث في رجل له على آخر دراهم فبعث اليه رسولا يقبضها فبعث اليه مع الرسول دينارا أفضع مع الرسول فهو من مال الباعث لانه لم يأمره بمصارفته إنما كان من ضمان الباعث لانه دفعه الى الرسول غير ما أمره به المرسل لان المرسل إنما أمره بقبض الدراهم ولم يدفعه ديناراً عوضاً عنه وهذا صرف يتفر إلى اذن صاحب الدين ومصارفته به فاذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا ان يخبر الرسول الفريم ان رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون من ضمان الرسول لانه غره وأخذ الدينار على انه وكيل للمرسل، وان قبض الدراهم التي أمر بقبضها فضاغت من الرسول بغير تفریط فهي من ضمان صاحب الدين، وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنانير وثياب فبعث اليه رسولا وقال خذ ديناراً أو ثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضاغت فالضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين إنما جعل عليه الضمان لانه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما اليه ورجع بها على الرسول لانه غره وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه وللموكل تضمين الوكيل لانه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه فاذا ضمه لم يرجع على أحد لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيلاني اقتضاء دينه وثياب فأخذ الوكيل به رهناً فتلف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما يضمنه لانه رهن فاسد والقبض في المقادير الفاسد كالقبض في المقادير الصحيحة إذا كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده، ونقل البنوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم لبشري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاغ فلا شيء عليه وان

عن شراء ميب لا يعلم عيه فاذا علم عيه ملك رده لانه قائم في الشراء مقام الموكل وللموكل رده أيضا لان الملك له فان حضر قبل رد الوكيل ورضي بالميب لم يكن للوكيل رده لان الحق له بخلاف المضارب فان له الرد وان رضي رب المال لان له حقا فلا يسقط برضى غيره، وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فرمى باليب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن فوات الرد لمرب البائع وفوات الثمن بتلفه، وان أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده وان قلنا الرد على الفور لانه أخره بإذن البائع فيه وان قال البائع موكلك قد علم الميب فرضيه لم يقبل قوله إلا بيينة فان لم يكن له بيينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وهذا قال الشافعي، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يستحلف لانه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة هنا وإنما يحلف على نفي علمه وهذا لا يتوب فيه عن أحد، فان رد الوكيل وحضر الموكل وقال قد بلني الميب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بيينة لم يقم الرد موقعه وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لان رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد إلا أن تقول إن الوكيل لا يتعزل حتى يعلم العزل، وان رضي الوكيل الميب أو أمسك أساكا

ضاع أحدهما أيها ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منه ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما ان خلطها بما لا تميز منه بغير إذنه ضمنها كالوديعة وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لانه لا يعلم ان الضائع دراهم الموكل والاصل بقاؤها، ومعنى الضمان هنا أنه بحسب الضائع من دراهم نفسه فأبأ على الحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تميز منه فاذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لانها ضاعت من غير تعد منه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (فان كان عليه حق لانسان فادعى آخر أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع اليه الا ان تقوم به بيينة وان لم تقم به بيينة لم يلزمه الدفع اليه وان صدقه) وبه قال الشافعي وسواء كان الحق في ذمته أو وديعة عنده وقال أبو حنيفة يلزمه وفاة الدين إن صدقه وفي الوديعة روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها لانه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيقاؤه كما لو أقر أنه وارثه ولنا أنه تسليم لا يبرئه فلا يجب عليه كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير وطارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن برأته فانه أقر بأنه لا حق لسواه

(مسئلة) (وان كذبه لم يستحلف) وقال أبو حنيفة يستحلف وهذا مبني على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه ثم أوجب عليه اليمين مع التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق لم يلزمه اليمين مع التكذيب لعدم فائدتها.

(مسئلة) (فان دفعه اليه فأنكر صاحب الحق الوكالة وحلف رجم على الدافع وحده)

ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك أن صدقه البائع أن الشراء له أو قامت به بيته وأن كذبه ولم تكن به بيته فحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لأن الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء الميب لأن التوكيل في البيع مطلقاً يدخل الميب في إطلاقه ولأنه أمينه في الشراء فجاز له شراء الميب كالمضارب ولنا أن البيع بإطلاقه يقتضي الصحيح دون الميب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث أن المقصود فيها الربح والربح يحصل من الميب كحصوله من الصحيح والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته وقد يكون الميب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قبيته فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة أصله فإنه قال في قوله تعالى (تحرير رقبة) لا يجوز العيب ولا معية عيباً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعّد ومقطوع اليدين والرجلين

(فصل) وإن أمره بشراء سلعة بينهما فاشتراها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد لأن الأمر يقتضي السلامة فأشبه ما لو وكله في شراء موصوفة ويحتمل أن لا يملك الرد لأن الموكل قطع نظره بالتحسين فربما رضيته على جميع صفاته، وإن علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجيبين أيضاً

وجهة ذلك أن من عليه الحق إذا دفعه إلى الوكيل مع التصديق أو عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برى الدافع وإن كذبه فالفول قوله مع يمينه لأنه منكر فإذا حلف وكان الحق ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لأن حقه في ذمته ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذته الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذته الوكيل ويكون فصاحاً بما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لأنه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتدبيره وتفریطه فيرجع عليه

(مسئلة) (وإن كان المدفوع وديعة فوجدتها أخذها وإن تلف فله تضمين أيهما شاء ولا يرجع من ضمنه على الآخر بشيء)

إذا كان المدفوع عيناً فوجدتها صاحبها أخذها وله مطالبة من شاء بردها لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فإن طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليستلمها إلى صاحبها فإن تلفت العين أو تضر ردها فلصاحبها الرجوع ببطلها على من شاء منها لأن الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض مالا يستحق قبضه وأيها ضمنه لم يرجع على الآخر لأن كل واحد منهما يدعي أن ما أخذته ظلم ويفر بأنه لم يؤخذ من صاحبه بعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل اكونه لم يقر بوكالته ولم تثبت بيته وإن ضمن الوكيل لم يرجع على الدافع وإن صدقه لكن أن كان الوكيل تعدي فيها أو

مبين على رده إذا علم عيبه بعد شرائه وان قلنا بملك رده فليس له شراؤه لأن العيب إذا جازبه الرد بعد العقد فلأن يمنع من الشراء أولى وان قلنا لا بملك الرد ثم فله الشراء هنا لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

(فصل) وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً باذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل لأن حقوق العقد تعلق بالوكيل بدليل آ، لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل إلى الموكل

ولنا أنه قبل العقد لتيره صح له فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم إن حقوق العقد تعلق به غير مسلم ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خراً أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقم للذمي لأن الحر مال لهم لأنهم يمولونها وبنائها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كزواج الجوسية وبهذا خالف سائر أموالهم وإذا باع الوكيل بضمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لأنه بمنزلة المبيع وان كان الثمن

فقط استقر الضمان عليه فان ضمن لم يرجع على أحد وان ضمن الدافع رجع عليه لانه وان كان يفر بأنه قبضه قبضاً شرعياً لكن إنما تزمه الضمان لتفريطه وتهديه فالدافع يقول ظلمي الملك بالرجوع على وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيرجع عليه به

(مسئلة) (فان كان ادعى ان صاحب الحق أحاله فقي وجوب الدفع إليه مع التصديق واليمين مع الانكار وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه الدفع إليه لان الدفع إليه غير مبرىء لاحتال ان ينكر الحيل الحوالة ويضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع إليه لأنه معترف ان الحق انتقل إليه أشبه الوارث والاول أشبه لان العلة في جواز منه الوكيل كون الدافع لا يبرىء وهي موجودة هنا والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقاً والدفع إليه يبرىء وهو متخلف هنا فالخاتمة بالوكيل أولى وان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار وان قلنا لا يلزمه الدفع مع التصديق لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي

(مسئلة) (وان ادعى أنه مات وأنا وارثه فصدقه أنه وارث الحق لا وارثه سواء لزمه الدفع إليه) بغير خلاف نلصه لانه مقر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق وإن اذكر لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال لان اليمين هنا على قبي فضل الغير فكانت على قبي الملم وإنما لزمته اليمين هنا لان من لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار كسائر الحقوق المالية (فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض وكان الحق

في الذمة فلوكيل الموكل المطالبة به وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس للموكل المطالبة لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والخيار به دون موكله فكذلك القبض ولنا إن هذا دين للموكل يصح قبضه له فذلك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها، ويفارق مجلس العقد لأن ذلك من شروط العقد تتعلق بالماقد كالأيجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من أمواله فكانت له المطالبة به ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالميب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه إذا كان في الذمة فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلاً وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن وللبيع مطالبته من الثمن. منها فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وإذا أبرأ الموكل بريء الوكيل أيضاً كالضامن والمضون عنه سواء وإن دفع الثمن إلى البائع فوجد به عيباً فرده على الوكيل كان أمانة في يده أن تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلاً يتسلف له ألفاً في كرخطة فممل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم

(فصل) قال أحمد في رواية مهنا إذا دفع إلى رجل ثوباً ليبيعه ففعل فوهب له المشتري مندبلاً فالمندبل لصاحب الثوب أما قال ذلك لأن هبة المندبل سببها البيع وكان المندبل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

عليه بغير بينة لم يلزم القابض الا الشهاد لأنه لا ضرر في ذلك فإنه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا تستحق علي شيئاً والقول قوله مع بينته وإن كان الحق ثبت بينته وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل بلا جمل فكذلك لأنه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة فالقول في الرد قوله، وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالنائب والمستعير والمرهن لم يلزمه تسليم ما قبله إلا بالشهاد لئلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وإن أنكر قامت عليه البينة ومتى أشهد القابض على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق إلى من عليه الحق لأن بينة القبض تسقط البينة الأولى والكتاب ملسكه فلا يلزمه تسليمه إلى غيره

(فصل) في الشهادة على الوكالة إذا شهد بالوكالة رجل وامرأتان أو شاهد وحلف معه فقال أصحابنا فيها روايتان (إحداهما) تثبت بذلك إذا كانت الوكالة في المال قال أحمد في الرجل يوكل وكيلاً ويشهد على نفسه رجلاً وامرأتين إذا كانت المطالبة يدين فأما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت إلا بشاهدين عدلين نقلها الحنفي في قوله ولا تقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين وهذا قول الشافعي لأن الوكالة اثبات لتصرف ويحتمل أن يكون قول الحنفي كرواية الأولى لأن الوكالة في المال يقصد بها المال فقبل شهادة النساء مع الرجال كالمبيع والقرض. وإن شهدا بوكالة ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك، وإن كان الشاهد بالمرز أجنبيًا لم يثبت المرز بشهادته وحده لأن المرز لا يثبت إلا بما يثبت به الوكيل، ومتى ناد أحد الشاهدين بالوكيل فقال

(فصل) في الشهادة على الوكالة اذا ادعى الموكله واقام شاهدا وامرأتين أو حلف مع شاهده فقال احدهما فيها روايتان (احدهما) ثبت بذلك اذا كانت الوكالة بمال فان احد قال في الرجل بوكل ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فاما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الحرقي بقوله ولا تقبل فيها سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال لاقل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف، ويحتمل ان يكون قول الحرقي كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض فان شهدا بوكالته ثم قال احدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك لان احدهما لم تثبت وكالته بذلك وان كان الشاهد بال عزل رجلا غيرها لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ومتى صاد احد الشاهدين بالتوكيل فقال قد عزله لم يحكم بشهادتها لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد، وان حكم الحاكم بشهادتهما ثم صاد احدهما فقال قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا قد كان عزله ثبت العزل لان الشهادة تمت في العزل كليهما في التوكيل

قد عزله لم يحكم بشهادتها لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد وان كان حكم الحاكم بشهادتهما ثم قال احدهما قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا كان قد عزله ثبت العزل لان الشهادة قد تمت في العزل كليهما في التوكيل

(فصل) فان شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد، وان شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد آخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة تجوز له الاقرار عند كل واحد وحده وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعجمية وشهد آخر أنه أقر بها بالعربية ثبتت، ولو شهد أحدهما أنه قال وكله بالعربية وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه قال أذنت لك في التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلاً أو شهد أنه قال جعلتك جرياً لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والحري الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانها لم يحكما لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر اذا اتفق معناه، ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي انه وكله وقال الآخر أشهد انه أقر عندي انه جريه او انه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد أحدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله وزيداً أو شهد انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني او تستأمر فلانا لم تتم

(فصل) فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد الآخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لأن التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على قتل واحد وإن شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لأن الإقرارين أخبار عن عقد واحد ويشق جهر الشهود بغير عدم حالة واحدة فيجوز له الإقرار عند كل واحد وحده، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالمرية وشهد الآخر أنه أقرها بالعجبية ثبتت، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالمرية وشهد الآخر أنه وكله بالعجبية لم تكمل الشهادة لأن التوكيل بالمرية غير التوكيل بالعجبية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه قال أذنت لك في التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلًا أو شهد أنه قال جعلتك جريًا لم تتم الشهادة لأن اللفظ مختلف والحري الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أذن له في التصرف تمت الشهادة لانهما لم يحكما لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر إذا اتفق معناه ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر أنه جريه أو أنه أوصى إليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله وزيدا أو شهد أنه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني أو تستأمر فلانا لم

الشهادة لأن الأول أثبت استقلاله بالبيع من غير شرط واثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين، وإن شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله في بيع عبده وجاربه حكم بالوكالة في العبد لانقائها عليه وزيادة الثاني لا تفسد في تصرفه في الأول فلا تضر وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر أنه وكله في بيعه لزيد وإن شاء لعمرو

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ثبت بخبر الواحد وإن لم يكن ثقة ويجوز التصرف للخبر بذلك إذا غاب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان إن أنكر الموكل وثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولًا لأن اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسهلوا اعتباره ولأنه أذن في التصرف ومنع منه فلم تعتبر فيه شروط الشهادة كاستخدام غلامه

ولنا أنه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فإنه ليس بعقد ولو شهد اثنان إن فلانا النائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وأنا أنصرف عنه ثبتت الوكالة لأن معنى ذلك أنني لم أعلم إلى الآن وقبول الوكالة يجوز مقارحيا وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وإن قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لعدده في شهادتهما وإن قال ما علمت وسكت قبل له فسر فإن فسر بالاول ثبتت وكالته وإن فسر بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البيعة بالوكالة على النائب وهو أن يدعي أن فلانا النائب وكلني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم على النائب لا يصح

تم الشهادة لان الاول اثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والثاني بنفي ذلك فكانا مختلفين، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاربه حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدر في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء عمرو

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بمجرد الواحد وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة تثبت الوكالة بمجرد الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للمخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل وبثبت العزل بمجرد الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسقط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بمجرد الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد، ولو شهد اذنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا انصرف عنه تثبت الوكالة لان معنى ذلك اني لم أعلم الى الآن وقبول الوكالة بمجرد متراحياً وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في شهادتهما وان قال ما علمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول تثبت وكالته وان فسر بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البيعة بالوكالة على الغائب وهو ان يدعي أن فلانا الغائب وكلني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البيعة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم تسمع دعواه لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بيعة بالعزل سمعت وانزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة فانه لا يجز بها نقض ولا يدفع بها ضرراً

ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البيعة فلا يعتبر حضوره كثيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم يسمع لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم ان موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف على نفي العلم لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بيعة بالعزل سمعت وانزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة لانه لا يجز بها نقضاً ولا يدفع بها ضرراً

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لانه لا يجر الى نفسه نعماً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه لانه يثبت لنفسه حقاً بدليل أنه اذا وكله في قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل أنه يملك الخاصية فيه فان شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف وعمر بن عبد العزيز لم يقبل أيضاً سواء كان له قبض شهادته لانه لا حق له فيه ولم يخاصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه وللشافعي قولان كالمذهبين ولنا أنه بعد الوكالة صار خصماً فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه فانه لم يكن خصماً فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نسيتين فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانها يجران الى أنفسهما نعماً وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما وان شهدا بزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما نعماً وهو إبقاء النفقة على الزوج ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالإقرار ولنا أن هذه شهادة يثبت بها حق لايه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه وذلك

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لكونه لا يجر الى نفسه نعماً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل له فيه لانه يثبت لنفسه حقاً بدليل أنه اذا كان وكله في قبض حق فشهد به ثبت له استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل انه يملك الخاصية فيه فان شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف وعمر بن عبد العزيز لم يقبل أيضاً سواء كان له قبض شهادته لانه لا حق له فيه وان لم يخاصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه وللشافعي قولان كالمذهبين ولنا أنه بعد الوكالة صار خصماً فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه فانه لم يكن خصماً فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نسيتين فشهدا ان زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانها يجران لانفسهما نعماً وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما، وان شهدا بزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانها يجران الى أنفسهما نعماً وهو إبقاء النفقة على الزوج، ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانها يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالإقرار ولنا ان هذه شهادة يثبت بها حق لايه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه ولانها

لأنها يثبتان لا يبيها نائباً متصرفاً، له وفارق الشهادة عليه بالافرار فإنها شهادة عليه شتمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه أبناء أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضى تصرفه لأن ذلك شهادة عليه، وإن ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو أبناء قبل أيضاً لذلك، وإن ادعى وكيل لموكله النائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابناً الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لأنهما يشهدان على أيهما وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وإن حقه باق في ذمة الترم وشهد له أبناء لم تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان حقا لا يبيها ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابناً سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لسيد وأبناء يشهدان لسيد أيهما والابوان يشهدان لسيد ابنيهما فإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل؟ محتمل وجهين

(فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فإن قلنا لا يحكم الحاكم بلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وإن قلنا يحكم بلمه وكان الخراكم يعرف الموكل بينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لأن معرفته كالبينة وإن عرفه بينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

يثبتان لا يبيها نائباً متصرفاً له، وفارق الشهادة عليه بالافرار فإنها شهادة عليه شتمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه أبناء أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضى تصرفه لأن ذلك شهادة عليه ولو ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو أبناء قبل أيضاً كذلك وإن ادعى وكيل الموكل النائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابناً الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لأنهما يشهدان على أيهما وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الترم وشهد له أبناء لم تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان حقا لا يبيها ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابناً سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لسيد وأبناء يشهدان لسيد أيهما والابوان يشهدان لسيد ابنيهما، وإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل؟ محتمل وجهين (فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فإن قلنا لا يحكم الحاكم بلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وإن قلنا يحكم بلمه وكان الحاكم يعرف الموكل بينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لأن معرفته كالبينة وإن عرفه بينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل قاعدى أنه وكيل فلان النائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعى عليه حقاً فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة فحصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم عندنا يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (والثاني) أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع، وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على النائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على النائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم فإن الباقي لا يفتقر إلى حضورهم كذلك ههنا والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم بخاصة عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعى له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على نائب مالا في وجه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على النائب لا يفتقر إلى حضور وكيله .

(فصل) إذا قال ببع هذا الثوب بشرة فما زاد عليها فهو لك صح واستحق الزيادة وقال الشافعي لا يصح . ولنا أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ولأنه يتصرف في ماله بأذنه فصح شرط الربح له في الثاني بالمضارب والعامل في المساقاة .

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل قاعدى أنه وكيل فلان النائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم، ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعى عليه حقاً فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة، فحصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (الثاني) أنه لا يسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده يسمع وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على النائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم بها قضاء على النائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان عليه جماعة فأحضر واحداً منهم فإن الباقي لا يفتقر إلى حضورهم كذلك ههنا والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم بخاصة عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه موكل لمن يدعى له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على نائب مالا في وجه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة وادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على النائب لا يفتقر إلى حضور وكيله

كتاب الاقرار بالحقوق

الاقرار هو الاعتراف ، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقرنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (أستبرئكم قالوا بلى) في آي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فخاروي أن ما عزا أقرنا فرجه رسول الله ﷺ وكذلك التامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجهما » وأما الاجماع فان الأئمة أجمت على صحة الاقرار ولأن الاقرار اخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضرها ولهذا كان أكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لاتسمع عليه الشهادة وإنما تسمع اذا أنكر ولو كذب المدعى بيته لم تسمع وان كذب المقرّم صدقه سمع .

(فصل) ولا يصح الاقرار إلا من عاقل مختار فاما الطفل والمجنون والمبرم والتأم والمغنى عليه فلا يصح اقرارهم لا لعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن التأم حتى يستيقظ » فنص على الثلاثة والمبرم والمغنى عليه في معنى المجنون والتأم ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، وأما الصبي المميز فان كان

كتاب الاقرار

الاقرار الاعتراف والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقرنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (أستبرئكم قالوا بلى) في آي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فخاروي أن ما عزا أقرنا فرجه النبي ﷺ وكذلك التامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجهما » وأما الاجماع فان الامة أجمت على صحة الاقرار ولأن الاقرار اخبار على وجه تنفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضرها ولهذا كان أكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لاتسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر ولو كذب المدعى بيته لم تسمع وإن كذب المقرّم صدقه سمع .

(مسئلة) (وبصح الاقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه . أما الطفل والمجنون فلا يصح اقرارهما وكذلك المبرم والتأم والمغنى عليه)

لا لعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن التأم حتى يستيقظ » فنص عن الثلاثة والمبرم والمغنى عليه في معنى المجنون

مجبوراً عليه لم يصح إقراره وإن كان مأذوناً له صح إقراره في قدر ما أذن له فيه . قال أحد في رواية منها في اليمين إذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فيسه وشراؤه جائز وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وإيه فيه وهذا قول أبي حنيفة ، وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير ، وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لمعوم الخبر ولأنه غير بالغ فأشبهه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبهه الطفل .

ولنا أنه ما قل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والائتمان أقر من هو مرهق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قوله إلا أن تقوم بينة يلوغه لأن الأصل الصغر ولا يحلف المقر لانا حكنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يصح إقراره بلا خلاف وإن كان بحصية كالسكران ومن شرب ما يزيد عقله طامداً لغير حاجة لم يصح إقراره ويشترج أن يصح بناء على وقوع طلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أصله تجري مجرى الصاحب .

ولنا أنه غير ما قل فلم يصح إقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تثني عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله وأما المكره

والنائم ولا يقول من غاب العقل فلم يثبت له حكم كالصبي والطلاق ، فأما الصبي المميز فإن كان مجبوراً عليه لم يصح إقراره للنس وإن كان مأذوناً له في البيع والشراء فيسه وشراؤه جائز ، وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وإيه فيه وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لمعوم الخبر ولأنه غير بالغ أشبهه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته أشبهه الطفل

ولنا أنه ما قل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والائتمان .

(مسئلة) (وكذلك المبدأ المأذون له في التجارة) لما ذكرنا في الصبي بل صحة إقراره المبدأ أولى لأنه مكلف

(مسئلة) (فإن أقر مرهق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قول المقر)

إلا أن تقوم بينة يلوغه لأن الأصل الصغر ولا يحلف لانا حكنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد

ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً

(مسئلة) (ولا يصح إقرار السكران وتخرج صحته بناء على طلاقه)

أما من زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يصح إقراره بغير خلاف وإن كان

فلا يصح اقراره بما أكره على الاقرار به وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع وإن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فقير لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فأقر بطلاق أخرى أو أقر بعتق عبد صح لانه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء، ولو أكره على اداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤدي ذلك صح بعه نص عليه لانه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا بينة سواء أقر عند الساطن أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الاكراه كالقيود والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه لان هذه الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى انه كان زائلاً العقل حال اقراره لم يقبل قوله إلا بينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تنتقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لان الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة وقد ذكرنا حكم اقرار السفيه والمفلس والمريض في أبوابه. واما العبد فيصح اقراره بالحد والنقصان فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه، ولا يصح اقرار المولى عليه لان المولى لا يملك من العبد الا المال ويحمل أن يصح اقرار المولى عليه بما يوجب نقصاناً ويوجب المال دون النقصان لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره به كجناية الخطأ واما اقراره بما يوجب النقصان في النفس فالتقصير

خلاف وإن كان بمصيبة كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً نذر حاجة لم يصح اقراره ويتخرج أن يصح كظلافه وهو منصوص الشافعي لان أقواله تجري مجرى الصاحي

ولنا أنه غير طافل فلم يصح اقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولان السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتمي عنه التهمة فيما يجرب به فلم يوجد معنى الاقرار الموجب لقبول قوله .

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح اقرار المسكره الا ان يقر بغير ما أكره عليه مثل ان يكره على الاقرار لانسان فيقر لغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الاقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح)

لا يصح اقرار المسكره بما أكره على الاقرار به، وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله ﷺ «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع فلما ان أقر بغير ما أكره عليه مثل ان يكره على الاقرار لرجل فقير لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق أخرى أو أقر بعتق عبد صح لانه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء

﴿مسئلة﴾ (وان أكره على وزن نمن فباع داره في ذلك صح بعه)

نص عليه احد لانه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا

عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يستقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولانه منهم في أنه يقر لرجل ليفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره به وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وبقي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال الا باختيار سيده لثلاثي يقضي الى إيجاب المال على سيده باقرار غيره، فلا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد وجه المال كالجامعة والمأمومة لانه إيجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بحق المولى، ويقبل اقرار المولى عليه لانه إيجاب حق في ماله وان أقر بسرقة موجهها المال لم يقبل اقراره ويقبل اقرار المولى عليه لما ذكرنا، وأن كان موجهها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقيا أو تالفا في يد السيد أو يد العبد قال احمد في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك وسيداه يكذبه فالدراهم لسيداه ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق، وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ويحتمل أن لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدراً بها القطع لسكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي يقر بسرقتها يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها، وان أقر العبد بقرقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره بالرق لان الاقرار بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره محال ولا تاتا

بينة سواء أقر عند سلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه، الا ان يكون هناك دلالة على الاقرار كالقيد والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه لان الحلال تدل على الاكراه، ولو ادعى أنه كان زائلاً المقل حال اقراره لم يقبل قوله الا بينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تنقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لان الظاهر السلامة وصحة الشهادة وقد ذكرنا اقرار السفبه والمفلس فيما مضى

(مسئلة) (وأما المريض مرض الموت الخوف فيصح اقراره بغير المال) لانه لا أهمة عليه في ذلك وأما تلحقه التهمة في المال

(مسئلة) (وان أقر بما لمن لا يرثه صح في أصح الروايتين)

لانه غير متهم في حقه وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أنه لا يقبل لانه لإقرار في مرض الموت أشبه الاقرار للوارث وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بزيادة على الثلث ذكرها أبو الخطاب لانه ممنوع من عطية الوارث فلم يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث لما دون ولنا أنه اقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة بحقته أن حالة المرض أقرب الى الاحتياط لنفسه وأبرأ لذمته ونجرتي الصدق فكان أولى بالتصديق وفارق الاقرار للوارث فانه متهم فيه

لو قبلنا اقراره أضربنا بسببه لانه اذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملكه، وان أقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لا في يد نفسه ولان السيد لو أقر به منفرداً قبل ولو أقر العبد منفرداً لم يقبل فاذا لم يقبل اقرار العبد منفرداً فكيف يقبل مع معارضته لاقرار السيد؟ ولو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحمد وجناية العمد . وأما المكاتب فخسكه حكم الحر في صحة اقراره ، ولو أقر بجناية خطأ صح اقراره فان عجز بيع فيها ان لم يفده سيده وقال أبو حنيفة يستسعى في الكتابة وان عجز بطل اقراره بها سواء قضي بها أو لم يقض وعن الشافعي كقولنا وعنه انه مراعى ان ادى لزمه وان عجز بطل . ولنا أنه اقرار لزمه في كتابته فلا يبطل بجزءه كالاقرار بالدين وعلى الشافعي ان المكاتب في يد نفسه فصح اقراره بالجناية كالحر .

(فصل) ويصح الاقرار اكل من يثبت له الحق فاذا أقر لبيد بنكاح أو قصاص أو نزع القنفذ صح الاقرار له صدقة المولى أو كذبه لان الحق له دون سيده . وله المطالبة بذلك والغو عنه وليس لسيدة مطالبته به ولا غفو وان كذبه العبد لم يقبل وان أقر له بمال صح ويكون لسيدة لان يد العبد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قانا بمالك المال صح الاقرار له وان قانا لا بمالك كان الاقرار لولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده، وان أقر لهيسة أو دار لم يصح اقرارها وكان باطلا لانها لا تملك

(مسئلة) (ولا يحاص المقر له غرامة الصحة)

وقال أبو الحسن التميمي والقاضي بحاصهم إذا ثبت عليه دين في الصحة ثم أقر لأجنبي بدين في مرض موته واتسع ماله لهاتساويا وان ضاق عنهما فقتل بينهما سواء ، والمذهب أن يقدم الدين الثابت على الدين الذي أقر به في المرض قاله أبو الخطاب قال القاضي وهو قياس المذهب، لص احمد في المفلس على أنه إذا أقر وعليه دين بينة يبدأ بالدين الذي بالينة ، وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه بينة كفرم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منه من التبرع والاقرار لو ارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بينة كالذي أقر له المفلس وظاهر كلام الحرقي انها يتحصان وهو قول أبي الحسن التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة فان أقر لها في المرض جميعاً تساويا

(مسئلة) (وان أقر لوارث لم يقبل الايئنة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وان أذينة والنخعي ويحي الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروى ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لان من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كالذميين وقال مالك يصح اذا لم يهيم ويبطل إذا هيم كمن له بنت وابن

المال مطلقاً ولا يد لها وان قال علي بسبب هذه البهيمه لم يكن اقراراً لأحدولانه لم يذكر لمن هيومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له وإن قال للمالكها أو لزيد علي بسببها صح الاقرار وان قال بسبب حمل هذه البهيمه لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل .

(فصل) وان أقر لحمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال ابو عبد الله بن حامد بصح وهو أصح قول الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل . فعلى هذا ان ولدت ذكر أو أنثى كان بينهما نصفين ، وان عزاه الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك وقال ابو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا ان يزيه الى ارث او وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرها فان ولدت الولد ميتا وكان قد عزى الاقرار الى ارث او وصية عادت الى وريثة الموصي . وورث الطفل وان أطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان نذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد باقراره ، وان عزى الاقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي أنت أقرضتها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل ، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح اقراره لأنه وصل اقراره بما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له علي أنت لا تزمني وإن قال له علي الف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها ، ولا يصح الاقرار لحمل إلا إذا تبين انه كان موجوداً

عم فافر لابنته لم يقبل وان أقر لابن عمه قبل لانه لا يتم في أمه بزوي ابنته ويوصل المال الى ابن عمه وعله منع الاقرار التهمة فاختص المنع بموضها

ولنا أنه إصال للماله الى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضا بقية وريثه كهفته ولانه محجور عليه في حقه فلم يصح الاقرار له كالصبي في حق جميع الناس ، وفارق الاجنبي فان هيته تصح وما ذكره مالك لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فاجب اعتبارها بمعتنتها وهو الارث ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(مسئلة) (إلا أن يقر لزوجته بغير مثاها فادونه فيصح) في قول الجميع لا نعلم فيه مخالفاً الا أن الشعبي قال لا يجوز اقراره لها لانه اقرار لوارث

ولنا أنه اقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فاشبهه مالو كان عليه دين بينة فأقر بانه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بمن مثله لان القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل

(فصل) فان أقر لها ثم أبانها ثم تزوجها ومات من مرضه لم يقبل اقراره لها وقال محمد ابن الحسن يقبل لانها صارت الى حال لا يتم فيها فأشبهه مالو أقر لمريض ثم برى ، ولنا أنه أقر لوارث في مرض الموت

حال الاقرار على ما بين في موضه ، وان أقر لمسجد أو مصنع أو طريق وعزاء الى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثناءه باطلا الا أن يستثنى عينا من ورق أو ورقا من عين)

في هذه المسئلة فصلان (أولها) أنه لا يصح الاستثناء في الاقرار من غير الجنس وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة ان استثنى مكبلا أو موزونا جاز وان استثنى عبداً أو ثوبا من مكبل أو موزون لم يجز ، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقا لانه ورد في الكتاب العزيز واعة العرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا الا ابليس كان من الجن) وقال تعالى (لا يسمعون فيها لنوا الا سلاما) وقال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

وقال آخر :

عيت جوابا وما بالرج من أحد * إلا أوارى لآيا ما بينهمسا

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل هو اخراج بعض

﴿مسئلة﴾ (وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي) وفيه وجه آخر أنه لا يصح كما لو شهد بشهادة يجز الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل كما لو شهد لابنه وأجنبي وقال أبو حنيفة ان أقر لها بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لها وان جردها صح له دون الوارث .

ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما لو أقر بلغظين أو كما لو جحد الاجنبي الشركة ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه المدالة ، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب وارث موسر قبل ، ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وكذلك ان قال لبيده اشتربت ففسك مني بألف

﴿مسئلة﴾ (وان أقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح وان أقر لغير وارث صح وان صار وارثا نص عليه وقال ان الاعتبار بحال الموت فيصح في الاولى ولا يصح في الثانية كالوصية)

وجملة ذلك أنه اذا أقر لوارث فصار غير وارث أقر لآخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح اقراره له ، وان أقر لغير وارث ثم صار وارثا صح اقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور اذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم زوجها جاز اقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل

ما تناوله المستثنى منه مشتق من ثبت فلانا عن رأيه إذا صرفته عن رأي كان عازماً عليه وثبت عنان
 داخري إذا صرفتها به عن وجهها التي كانت تذهب إليها وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فإذا
 ذكره فأصرف الكلام عن صوبه ولا تناء عن وجهه استرساله فلا يكون استثناءً وإنما سمي استثناءً تجوزاً وإنما
 هو في الحقيقة استدراك، والاهنا بمعنى لكن، هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاه عن سيويه
 والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس إلا بعد
 النفي ولا يأتي بعده الاثبات إلا أن يوجد بعده جملة، وإذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار
 لانه اثبات للقرينة فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً وان ذكره بعده جملة كأن قال له عندي مائة
 درهم الا ثوباً لي عليه فيكون مقراً بنفي مدعيه كنيء سواء فيقبل اقراره وتبطل دعواه كما لو صرح
 بذلك بغير لفظ الاستثناء وأما قوله تعالى (فسجدوا إلا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة بدليل أن
 الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا عاصياً بتركه ولا قال
 الله تعالى في حقه (فسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك أن تسجد إذ أمرتك؟) وإذا لم يكن مأموراً
 فمأنكسه الله وأهبطه ودحره؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود إلا الملائكة، فان قالوا بل قد تناول الامر
 الملائكة ومن كان معهم فدخل ابليس في الامر اكونه معهم، قلنا قد سقط استدلالكم فانه متى كان

له ابنان فاقتر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز
 قراره فقال أحمد لا يجوز وهذا قال عثمان البني، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة
 لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه
 بحالة الموت كالوصية

ولنا انه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولانه اذا أقر لغير
 وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خالياً عن تهمة ثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا
 يسقط واذا أقر لوارث وقع باطلاً لاقران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه اذا أقر لوارث فلا
 يصح كما لو استر الميراث وان أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث اما الوصية فانها
 عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مستلنا

(مسئلة) (وان أقر لامرأته بدين ثم ابناها ثم تزوجها لم يصح اقراره لها) اذا مات من مرضه
 لانه اقرار لوارث في مرض الموت اشبه ما لو لم بينها

(مسئلة) (وان أقر المريض بوارث صحيح صح وعنه لا يصح)

يصح اقرار المريض بوارث في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه أقر لوارث فأشبه الاقرار
 له بمال والاول أصح لانه عند الاقرار غير وارث فصح كالولم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على
 ما اذا أقر لغير وارث نصار وارثاً فنصح الاقرار ثم صححه هاهنا ومن ابطله ابطله

داخلا في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثاؤه من الجنس وهذا ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى، فلي هذا متى قال له علي ألف درهم الا توبأ لزمه الاتى وسقط الاستثناء بمنزلة ما لو قال له علي ألف درهم لكن لي عليه ثوب

(الفصل الثاني) اذا استثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فاختلف أصحابنا في صحة فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الحرفي صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر وجبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية دراهم ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التيسير بأحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار الا ثلاثة دراهم في موضع يبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومنها أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز لتأوه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرها ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا اتنى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوما من جنس واستثنى نوماً آخر من ذلك الجنس مثل أن يقول له علي عشرة

(مسئلة) (وان اقر بطلاق امراته في صحته لم يسقط ميراثها) اذا كان الاقرار في مرضه لانه متهم بقصد حرمانها البيرات فلم يبطل كما لو طلقها في مرضه

(فصل) ويصح اقرار المريض باحبال الامة لانه ملك ذلك فملك الاقرار به وكذلك كل ما ملكه ملك الاقرار به فاذا أقر بذلك ثم مات فان بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الاصل وأمه أم ولد تمتق من رأس المبال وان قال من نكاح أو وطء شبهة عتق الولد ولم تصر الامة أم ولد فان كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وان كان من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وان لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل اترق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلادها في ملكه من قبل أنها مملوكة والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان أقر العبد بحد أو قصاص أو طلاق صح وأخذ به الا ان يقر بقصاص في النفس فنص احمد بأنه يتبع به بعد العتق وقال أبو الخطاب يؤخذ به في الحال)

وجملة ذلك ان العبد يصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه ولا يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره بجناية الخطأ وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب الكافي وأما اقراره بما يوجب

أصح ثمراً برنايا الاثلاثة ثمراً معقياً لم يجز لما ذكرناه من الفصل الاول ويخالف العين والورق لان قية أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الحر في جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك (فصل) فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه فحائز بغير خلاف علمناه فان ذلك في كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فليتب فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) وقال (فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس) وقال النبي ﷺ في الأشهاد « يكفر عنه خطايا كلها الا الدين » وهذا في الكتاب والسنة كثيرا وفي سائر كلام العرب ، فاذا أقر بنى ، واستثنى منه كان مقرراً بالباقي بعد الاستثناء ، فاذا قال له علي مائة الا عشرة كان مقرراً بتسعين لان الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل لما أمكن اخراجه ولو أقر بال عشرة المستثناء لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فليتب فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين أن الخمسين المستثناء غير مرادة كما ان التخصيص بين أن الخصوص غير مراد باللفظ العام وان قال إلا ثلثها أو ربعها صح ، وكان مقرراً بالباقي بعد المستثنى ، وان قال هذه الدار لزيد إلا هذا البيت كان مقرراً بما سوى البيت منها وكذلك إن قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لانه في معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما دخل في اللفظ الاول بكلام متصل ، وان قال له هؤلاء السيد إلا هذا صح وكان مقرراً بمن سواه منهم وان قال إلا واحداً صح لان الاقرار يصح مجحولا فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تسعين المستثنى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به ، وان عين من عدا المستثنى

القصاص في النفس فالتصوص عن احمد أنه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وان جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولانه يشتم في أنه يقر لرجل ليفوقه ويستحق أخذه فيخلص بذلك من سيده ، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس ، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول ان لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا باختيار سيده للثلا يفضي الى إيجاب المال على سيده باقرار غيره ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجبا المال كالجائفة والمأمومة لانه لإيجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بالمولى

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل في الحال ويتبع به بعد العتق) لانه تصرف فيها هو حق للسيد فلي هذا يتبع به بعد العتق عملاً باقراره على نفسه وعنه يتعلق برقبته كجنايته

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر السيد عليه بمال أو ما يوجه كجناية الخطأ قبل) لانه لإيجاب حق في ماله

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر العبد بسرقة مال في يده وكذبه السيد قبل اقراره في القطع دون المال) وجملة ذلك ان العبد اذا أقر بسرقة موجبا القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقياً أو نالفاً في يد السيد أو يد العبد قال أحمد

صح وكان الباقي له فان هلك العبد إلا واحداً فذكر انه المستثنى قبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب لا يقبل في أحد الوجهين وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله والصحيح أنه يقبل لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمضى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفماً للاقرار وإنما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمضى يرجع الى التفسير فأشبهه ما لو عينه في حياتهم فتلف بعد تعيينه ، وان قتل الجميع الا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً وان قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير ، اليه وان قال غصبتك هؤلاء العبيد الا واحداً فهلكوا الا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة المالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف التي قبلها .

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر ادواته حكم الاستثناء بالأ ، فاذا قال له : علي عشرة سوى درهم ، أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أو ما خلا أو ماعداً درهماً أو لا يكون درهماً أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بتسعة وان قال : غير درهم ، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقراً بعشرة لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فلها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر انه إنما يريد الاستثناء لكنه رفضها جهلاً منه بالعربية لا تصدأ للصفة .

في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك والسيد يكذبه قاله ابراهيم لسيدته ويقطع العبد وينبع بذلك بعد العتق وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ، ويحتمل ان لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدراً بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي أقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها

(فصل) وإن أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره لان اقراره بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بماله لانا لو قبلنا اقراره أضر بالسيد ولانه اذا شاء أقر لسيده فباطل ملكه فان أقر السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لاني يد نفسه ولانه لو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحمد وحنابة العمد

(فصل) ويصح الاقرار اكل من يثبت له الحق فاذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تمزيق القذف صح الاقرار له صدقه المولى او كذبه لان الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والمفوضة وليس لسيدته مطالبته به ولا عفو وإن كذبه العبد لم يقبل اقراره ، وان أقر له بماله صح ويكون لسيدته لان يد العبد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار اولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده

(مسئلة) (وان أقر السيد لسيدته بماله لم يصح) لان العبد لسيدته فلا يصح اقراره بنفسه وان أقر

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت أو عدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما اذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه وينتظر ما يتم به كلامه ويتعاقب به حكم الاستثناء والشرط والمغف والمبدل ونحوه.

(فصل) ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لان الاستثناء رفع بعض ما تناول اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد فان قال له: علي درهم ودرهم الا درهماً، أو ثلاثة دراهم ودرهمان الا درهين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهماً أو خمسة وتسعون الا خمسة، لم يصح الاستثناء، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء، وهذا قول الشافعي، وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة، وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتعمل الجملتين كجمله الواحدة ومن أصلنا ان الاستثناء اذا تعقب جملاً مطروحاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد الى الجملتين فاذا ناب الفاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه » والوجه الاول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء رفع احدهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجعل احدي

العبد لسيد له يصح لانه اقر له بماله فلم يفده الاقرار شيئاً

(مسئلة) (وان اقر انه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت ويكون كالكتابة وان انكر عتق ولم يلزمه الالف) لانه اقر لسيد بسبب المتق فمتق وتبى دعواه عليه لا تلزمه كما لم تلزم غيره

(مسئلة) (وان اقر لعبد غيره بمال صح وكان للملك) لان مال العبد لسيد

(مسئلة) (وان اقر لبيبة لم يصح) لانها لا تملك ولا لها أهلية للملك، وان قال علي بسبب هذه البيبة لم يكن اقراراً لاحد لانه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له فان قال للملكها ولزيد علي بسببها الف صح الاقرار، وان قال بسبب حمل هذه البيبة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل وقيل يصح ويكون للملكها كالاقرار للعبد

(مسئلة) (وان تزوج بجهولة النسب فافترت بالرق لم يقبل اقرارها)

لانها تفر على حق الزوج وعنه تقبل في نفسها لانها عاقلة مكلفة فيقبل اقرارها على نفسها كالو اقرب بمال، ولا يقبل اقرارها بفسخ النكاح ورق الاولاد لان ذلك حق الزوج وان اولدها بعد الاقرار ولداً كان رقيقاً لانه حدث بعد ثبوت رقها وان اقر بولد أمته أنه ابنه ثم مات ولم يتبين هل أنت به في ملكه أو غيره؟ فهل تصير أم ولد؟ اعلى وجبين (أحدهما) لا تصير أم ولد لاجتبال أنها أنت به في ملك غيره (والثاني) تصير أم ولده لانه اقر بولدها وهي في ملكه فالظاهر أنه استولدها في ملكه

الجلتين مع الاستثناء لعموم الآية لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كإثبات استثنى منها وهي غير معطوفة على بعضها فالأية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجلتين إنما أخرج من الجلتين مآ من النصف بصفة فظيره ما لو قال للباب : من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهماً إلا فلاناً ، ونظير مستثنا ما لو قال : أكرم زيدا وعمراً إلا عمراً ، وإن قال له : علي درهمان وثلاثة الدراهمين ، لم يصح أيضاً لأنه يرفع الجملة الأولى كلها فأشبه ما لو قال أكرم زيدا وعمراً إلا زيدا ، وإن قال له : علي ثلاثة وثلاثة إلا درهمين خرج فيها وجهان لأنه استثنى أكثر الجملة التي تليه واستثناء الأكثر فاستثناء الكل (فصل) وإن استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الأول كان مضافاً إليه فإذا قال : له علي عشرة إلا ثلاثة والأدريهين كان مستثنياً خمسة مبقياً خمسة ، وإن كان الثاني غير معطوف على الأول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة ، قد جاء في كلام الله تعالى في قوله (قالوا إنما أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط إنما لمنجوم آجمين إلا امرأته قدرنا أنها لمن الغابرين) فإذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الأول نقيضاً والثاني اثباتاً فإن استثنى استثناء ثالثاً كان نقيضاً يعود كل استثناء إلى ما يليه من الكلام فإذا قال : له عشرة إلا ثلاثة إلا درهماً كان مقراً بثانية لأنه أثبت عشرة ثم نفى منها ثلاثة ثم أثبت درهماً وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من العشرة فيبقى منها ثمانية وسيزيد لهذا الفصل فروفاً في مسألة استثناء إلا أكثر .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا أقر الرجل بنسب صميم أو مجنون مجهول النسب أنه

أبته ثبت نسبه به)

وجملة ذلك أن للاقرار بالنسب شروطاً وهو على ضربين :

(أحدهما) أن يقر على نفسه خاصة (والثاني) أن يقر عليه وعلى غيره فإن أقر على نفسه خاصة مثل أن يقر بنسب ولد فيعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب ، فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لمن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضاً فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثل المقر (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف لأنه مكلف أقر بحق ليس فيه نفع فلزماً كما لو أقر بمال فإن كان غير المكلف لم يعتبر تصديقه فإن كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره لأن نسبه ثابت وجري ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب أحلافه على ذلك لم يستحلف لأن الأب لو عاد بجحد النسب لم يقبل منه ويحتمل أن يبطل نسب المكلف بانفاقها على الرجوع عنه لأنه ثبت بانفاقها فزال الرجوع عنها كإمام والأول أصح لأنه ثبت بالافترار فأشبهه نسب الصغير والمجنون ، وفارق المال لأن النسب يحاط

(فصل) إذا قال : له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كان إقراراً بابدال به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار لأنه رقع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كالأقر بمجملته واستثنى بعضها، وذكر القاضي في هذا وجهاً أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء إنما هذا بدل وهو سائغ في اللغة. ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشبهال وهو أن يبدل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله (يستلونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى أختار أعين موسى عليه السلام أنه قال (وما أنسانيه إلا الشيطان أن أذكره) أي أنساني ذكره؛ وإن قال له هذه الدار ثمنها أو قال ربحها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء، ومثله قوله تعالى (قم الليل إلا قليلاً نصفه) وقوله (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما يدخل فيه لولاه وبفارقته في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز ابدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من لسفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن لا يسكنه إياها وأن يمود فيها أطره

لإثباته وإن اعترف إنسان أن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه (الضرب الثاني) أن يقر عليه وعلى غيره كإقراره باخ فسند ذكره إن شاء الله تعالى

● **مسئلة** (فإن كان الصغير المقر بنفسه ميتاً ورثه لانه ثبت نسبه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لانه متهم في قصد أخذ ميراثه ، وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا ارثه لذلك ولنا أن علة ثبوت نسبه في حياته الإقرار به وهو موجود بعد الموت فثبت كحالة الحياة وما ذكروه يطل بما إذا كان المقر به حياً موسراً والمقر فقيراً فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وانفاقه على نفسه ، وإن كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي أنه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه ولم يوجد ويجب عن هذا بأنه غير مكلف فإن ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لانه وجد الإقرار والتصديق

(فصل) فإن أقرت امرأة بولدها لم تكن ذات زوج ولا نسب قبل إقرارها وإن كانت ذات زوج فهل يقبل إقرارها على روايتين (أحدهما) لا يقبل لأن فيه حملاً لنسب الولد على زوجها ولم يقر به أو الحاقاً للعار به بولادة امرأته من غيره (والثاني) يقبل لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه فقبل كالرجل وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولداً فإن كان لها أخوة أو نسب معروف فلا بدان يثبت أنه ابنها وإن لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لأنها إذا كانت ذات أهل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ادعى عليه شيء وقال قد كان له علي وقضيته لم يكن ذلك إقراراً)

حكى ابن أبي موسى أن في المسئلة روايتين (أحدهما) أن هذا ليس بإقرار اختاره القاضي وقال لم أجد عن أحمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لفضائه ضل عليه البيعة بالقضاء والاحلف غريبه وأخذ واختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كالأدعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالمذهبين، ووجه قول الحرقى أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بمد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناءه ولا غيره فأباني بمد من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل إلا بيعة وأما استثناء الكل فتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه الف والى وليس عليه شيء

(فصل) وإن قال له علي مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام فيها إذا قال وقضيتها وإن قال له إنسان لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لأن الخمسين التي ذكر أنه قضاهما في كلامه مانع بقاءها وهو دعوى القضاء وبقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل أن يريد بها ما

فالظاهر أنه لا يخفى عليهم ولادها فتى ادعت ولداً لا يعرفونه فالظاهر كذبها، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقاً لأن النسب محتاط له فأشبهت الرجل وقد ذكرنا نحو ذلك في اللقيط

(فصل) وإن قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت هي دار الاسلام فوطئها والنسب محتاط لا ياتيه ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشر سنين أو أكثر من غيبته لحقه وإن لم يعرف له قدوم إليها ولا عرف لها خروج من بلدها

﴿مسئلة﴾ (ومن ثبت لسبه فجاءت أمه بعد موت المقر فادعت الزوجية لم يثبت بذلك)

لأنها مجرد دعوى فلم تثبت بها زوجية كما لو كان حياً ولأنه يحتمل أن يكون من وطئه شبهة أو نكاح فاسد .

(فصل) وإن أقر رجل بنسب صغير لم يكن مقراً بزوجية أمه، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لأن انساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وهو أن يكون ولدته منه في نكاح صحيح

وثنا أن الزوجة ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية وما ذكره لا يصح فإن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء والنكاح الفاسد والشبهة فلا يلزم بحكم إقراره ما لم يوجه لفظ ولا يتضمنه

يدعي ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل، ويحيى على قول من قال بالرواية الاخرى ان يلزمه المحسوس التي ادعى قضاءها لان في ضمن دعوى القضاء اقرارا بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بنير بينة (فصل) وإن قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر كلام اصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكرك عليه شيئاً في الحال إنما أخبر بذلك فجاز في ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت، ولنا أنه أقر بالوجوب ولم يذكرك ما يرفعه قبلي على ما كان عليه وهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له إلا أنه مهنا إن جاد قاضي القضاء أو الأبراء سمعت دعواه لأنه لا تناهي بين اقراره وبين ما يدعيه

(فصل) وإن قال له علي ألف قضيتة إياها لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل لانه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيتة، وقال ابن أبي موسى ان قال قضيت جيمه لم يقبل إلا بينة ولزمه ما أقر به وله العين على المقر له ولو قال قضيت بفضه قبل منه في إحدى الروايتين لانه رفع بفض ما أقر به بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناء بخلاف ما إذا قال قضيت جيمه لسكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل. ولنا أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه الف قد قضاء فان كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاؤه يقتضي براءه فذمته

(فصل) اذا كان له أمة لها ثلاثة اولاد ولا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فأقراره صحيح ويطلب بالبيان فان عين أحدهم ثبت نسبه وحرية، ثم يسئل عن كيفية الاستيلاء فان قال بنكاح فمضى الولد الولاء والام والآخرون من اولادها رقيق، فان قال استولدتها في ملكي فالمقر به حر الاصل لا ولواء عليه والامة أم ولد ثم ان كان المقر به الاكبر فأخواه ابناً أم ولد - حكمها حكمها في المتق بهوت سيدها وان كان الاوسط فالأكبر فن والاصغر له حكم أمه وان عين الاصغر فأخواه رقيق فن لانها ولدتها قبل الحكم بكونها ام ولد، وان قال هي من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان وان مات قبل أن يبين اخذ وورثه بالبيان ويقوم بينهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولدها حكم الاستيلاء لانه محتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فان لم يكن قافة أقرع بينهم فن وقت له القرعة حتى وورث وبهذا قال الشافعي لانه لا يورثه بالقرعة. ولنا أنه حر استندت حرية الى اقرار أبيه فورث كما لو عينه في اقراره

(فصل) اذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحدهما ولدي من أمي نظرت فان كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين وان كان لاحدهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن إلحاقه به وان لم يكن لكل واحدة منهما زوج

منه ومحرم مطالبته به والاقرار به يقتضي ثبوته والقضاء يقتضي رده وهذا ضدان لا يتصور اجباهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال كان له علي وقضيته فانه أخبر بها في زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه، ويخارق الاستثناء فان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلتب فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعائة وخمسين أما القضاء فانما يرفع جزءه أكان ثابتاً فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء.

وان وصل اقراره بما يسقطه فقال له علي ألف من ثمن خمر أو خنزير أو من ثمن طعام اشترته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على أبي بالخيار لزمه الألف ولم يقبل قوله في اسقاطه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي أنه إذا قال له علي ألف زبوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزاء اقراره إلى سببه فقبل كما لو عزاه إلى سبب صحيح.

ولنا أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي سلمها وكألو قال له علي ألف لا يلزمي أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وغير خاف تناقض كلامه فان ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لا يتصور واقاره اخبار بثبوته فيتنايان وان سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه.

واسكن أقر السيد بوطشها صارنا فراشا ولحق ولداهما به إذا أمكن ان يولدا بدموطه وان أمكن في إحداهما دون الأخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكماً، وان لم يكن أقر بوطه واحدة منها صح إقراره وثبت حرية المقر به لانه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه ثم يكلف البيان كما لو طلق احدى نساته فإذا بين قبل يانه لان المرجح في ذلك اليه ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فان قال استولدها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه أم ولد وان قال في نكاح ضلي الولد الولاء لانه مسه رق والامة قن لانها علفت بمطوك، وان قال بوطه شبة فالولد حر الاصل والامة قن لانها علفت به في غير ملك، وان ادعت الأخرى انها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاء فأنشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقرار بشيء فإذا حلف رقت له ورق ولدها فإذا مات ورثه ولده المقر به وان كانت أمه قد صارت أم ولد عتقت، وان لم تصر أم ولد عتقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وان كان معه غيره عتقت منها بقدر مملك وان طردت تبطل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره فإذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يبين الوارث كيفية الاستيلاء ففي الامة وجهان (أحدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحتمال (والثاني) يتق لان الظاهر أنها ولدته في ملكه لانه أقر تولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي، فان لم يكن وارث او كان وارث لم يبين عرض على الغافة فان ألحقتها بإحدهما ثبت نسبه وكان حكمه

(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا فيما كان حدا لله تعالى بداراً بالشبهات وبحطاط لاسقاطه فأما حقوق الأديين وحقوق الله تعالى التي لا تندراً بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافاً فإذا قال هذه الدار لزيد لا بل لسرو أو ادعى زيد على ميت شيئاً مبنياً من تركته صدقه ابنة ثم ادعاء عمرو صدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لسرو وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يبرم لسرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما عليه الاقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكة الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رضى به في البعير ثم أقر به، وإن قال غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو أو غصبتها من زيد وغصبتها من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها إليه ويبرمها لسرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمن لما تقدم ولنا أنه أقر بالنصب الموجب للضمان والرد إلى المنصوب منه ثم لم يرد ما أقر بنصبه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر فالتوب للاول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون اقراره بكلام متصل أو منفصل

كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف اقرار بين الولدين فيمتنع أحدهما بالقرعة لأن القرعة مدخلة في اثبات الحرية وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واحتلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب الابن لانا نيقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لأنه لا يرجى انكشافه وقال أبو حنيفة يمتنع من كل واحد نصفه ويستحق في باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبي بلبل مثل ذلك إلا ان يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سماتهما والكلام في قسمة الحرية والسماية ذكره في باب المتق

(مسئلة) (وان أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه وحده لم يقبل وان كان بعد موتهما وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب وان كان معه غيره لم يثبت النسب والمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر)

إنما لم يقبل اقراره في حياتها لأنه على غيره فلا يقبل فلما ان كان بعد الموت وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب سواء كان المقر واحداً أو جماعة ذكرنا أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الموروث في ديونه والديون التي عليه وفي دياره كذلك في النسب إلا ان يكون الميت قد نفاه فلا يثبت لأنه يحمل على غيره لسبباً حكم بنفيه فان كان وارثاً ومعه شريك في الميراث لم يثبت النسب لأنه لا يثبت في حق شريكه فوجب أن لا يثبت في حقه

(فصل) فان قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو لزمه دفعها الى زيد لاقراره له بأنها كانت في يده وهذا يقتضي كونها في يده بحق وملكها لعمرو لا ينافي ذلك لأنها يجوز ان تكون في يد زيد باجارة او طرية او وصية ولا يفرم لعمرو شيئاً لانه لم يكن منه تغريط ، وفارق هذا ما اذا قال هذه الدار لزيد بل لسرو لانه أقر الثاني بما أقر به للاول فكان الثاني رجوعاً عن الاول لتعارضها وهما لا تعارض بين اقراره وان قال ملكها لعمرو وغصبها من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمنصل والتفصل ذكره القاضي وقيل يلزمه دفعها الى عمرو ويغرمها لزيد لانه لما أقرها لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد وهذا وجه حسن ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهو لسرو أو قال هو لسرو دفعه الي زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه

(فصل) وان قال غصبتها من أحدها أو هي لأحدها صح الافرار لانه يصح بالمجهول فيصح للمجهول وبطلب بالبيان فان عين أحدها دفعت اليه ويختلف للآخر إن ادعاها ولا يفرم له شيئاً لانه لم يقر له بشيء ، وان قال لا اعرفه عيناً فصدقاً تزعت من يده وكانا خصمين فيها وان كذبا عليه اليمين أنه لا يعلم وتزاع من يده فان كان لأحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة أقرنا بينهما فمن فرغ صاحبه حلف وسلمت اليه وان بين الغاصب بعد ذلك مالها قبل منه كما لو يذمه ابتداءً ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد منهما أنه للنصوب منه توجبت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم ينصبه فان حلف

وقد دل على ثبوت النسب باقرار الواحد اذا كان وارثاً حديث عائشة رضي الله عنها أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمة في ابن أمة زمة فقال سعد اوصاني اخي عتبة إذا قدمت ان انظر الى ابن أمة زمة واقضه فانه ابنه فقال عبد بن زمة اخي وابن وليدة أبي ولد علي فراشه فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمة ، الولد للفراش والمهر للحجر » ففضى به لعبد بن زمة وقال « احتجني منه ياسودة » والمشهور عن أبي حنيفة انه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة

ولنا انه حق ثبت بالافرار فلم يستبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يستبر فيه العدد كما قرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يستبر فيه اللفظ والعدالة ويبطل بالافرار بالدين ولمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

(مسئلة) (وان أقر من عليه الولاء بنسب وارث لم يقبل اقراره الا ان يصدقه مولاه)

لان الحق لمولاه فلا يقبل اقراره بما يسقطه ويتخرج ان يقبل بدونه ذكره في المحرر

(مسئلة) (وان أقرت امرأة بتكاح على نفسها فهل يقبل؟ على روايتين)

(إحداها) يقبل لانه حق عليها فيقبل كما لو أقرت بمال (والاخرى) لا يقبل لانها تدعي الثقة

والكسوة والسكنى فلا يقبل

(المعنى والشرح الكبير)

لا أحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك مجري مجرى تمينه وان نكل عن التمين لما جئنا فسلت الى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غيرها للآخر لأنه نكل عن تمين نوجت عليه ففرض عليه كالأوداها وحده (فصل) فان كان في يده جدان فقال أحدهذين لزيد طوب بالبيان فان عين أحدهما فصدقه زيد اخذته، وان قال هذا لي والبد الآخر فعليه التمين في البعد الذي يشكره وان قال زيد أما لي البعد الاخر فاقول قول المقر مع يمينه في البعد الذي يشكره ولا يدفع الى زيد البعد المقر به لكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في احد الوجهين وفي الاخر ينزع من يده لاعتراقه بانه لا يملكه ويكون في بيت المال لانه لا مالك له معروف فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه فان ابى التمين فمينه المقر له وقال هذا عهدي طوب بالجواب فان انكحلف وكان بمنزلة تمينه للآخر وان نكل عن التمين يقضى عليه وان اقر له فهو كتمينه

(فصل) ولو أقر لرجل ببيع ثم جاءه به فقال : هذا الذي أقررت به فقال ليس هو هذا إنما هو آخر قطي المقر التمين أنه ليس له عنده سواء ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقر لأنه لا يدينه وإن قال: هذا لي ولي عندك آخر سلم إليه هذا وحلف له على نفي الآخر وكل من أقر لرجل بملكه فكذبته بطل قراره لانه لا يثبت للانسان ملك لا يعترف به وفي المال وجهان (أحدهما) يترك في يد المقر لانه إن محكوماً له به فاذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه (والثاني) يؤخذ الى بيت المال لانه

(مسئلة) (فان أقر المولى عليها به قبل ان كانت مجبرة)

لان المرأة لا قول لها في حال الاجبار وكذلك ان كانت مقرة بالاذن نص عليه وقيل لا يقبل الا على المجبرة من المحررات لم تكن مجبرة لم يقبل لانه إقرار على الغير فلم يلزمها كما لو أقر عليها بمال

(مسئلة) (وان أقر أن فلانة امرأته او أقرت ان فلانا زوجها فلم يصدق المقر له المقر إلا بعد موت المقر صح)

وورثته كما لو صدقه في حياته وقد ذكرنا فيما اذا أقر بنسب كبير مائل بعد موته هل يرثه؟ على وجهين بناء على ثبوت لسه فيخرج منها مثله وان كان قد كذبه في حياته ففيه وجهان

(مسئلة) (وان أقر الوثمة على موروثهم بدين لزمهم قضاؤه من التركة فان أقر بعضهم لزمه بقدر ميراثه فان لم تكن تركة لم يلزمهم شيء)

إذا أقر الوارث بدين على موروثه قبل اقراره بشير خلاف نفعه ويتعلق ذلك بركة الميت كما لو أقر به الميت في حياته فان لم يخلف تركة لم يلزم الوارث شيء لانه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حياً مفلساً فكذلك إذا كان ميتاً، وان خلف تركة تعلق الدين بها وان احب الوارث تسليمها في الدين فله ذلك وان احب استخلاصها ووفاه الدين من ماله فله ذلك ويلزمه اقل الامرين من قيمتها او قدر الدين

لم يثبت له مالك وقيل يؤخذ فيحفظ حتى يظهر ما سكته لأنه لا يدعيه أحد ومذهب الشافعي مثل هذا، فإن عاد أحدهما فكذب نفسه دفع إليه لأنه يدعيه ولا منازع له فيه، وإن كذب كل واحد منهما نفسه فرجع المقر عن إقراره وأداه المقر له فإن كان باقياً في يد المقر فالقول قوله مع يمينه كما لو لم يقر به. لتبره (١) وإن كان معدوماً بثلف أو أباق ونحوه يبرأ من أحدهما فلا شيء فيه من يمين ولا غيرها وإن كان يتمد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقياً فإذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلفه بتعديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلفه بتعمد منه والله أعلم

(١) من هنا إلى آخر
الفصل زيادة من
بعض النسخ

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن أقر بشرة دراهم ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفاً أو صفاراً أو إلى شهر كانت عشرة جيادا وافية حالة)

وجعلته أن من أقر بدرهم وأطلق اقتضى إقراره الدرهم الوافية وهي دراهم الإسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة درانق واقتضى أن تكون جياداً حالة كما لو باعه بشرة دراهم وأطلق قائماً تلزمه كذلك، فإذا سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك، فإن ما دفعه زيوفاً - بمعنى رديئة - أو صفاراً وهي الدرهم الناقصة مثل دراهم طبرية كان

بإزالة الجاني فإن كان الوارث واحداً فخسكه ما ذكرنا وإن كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين بإقرار الميت أو بيئته أو إقرار جميع الورثة فكذلك وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم تلزمه من الدين بقدر ميراثه والخبرة إليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلافه، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين تلزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فإيه الثلث وبهذا قال النخعي والحكمي والحسن وأسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوله وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهو أحد قول الشافعي رجع إليه بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعاقب بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه المتكبر أخذه بغير استحقاق فكان قابضاً فيتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه اجنبي

ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولأنه إقرار يتعلق بحصته أو حصة أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالإقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولأنه حق لو ثبت بيئته أو قول الميت أو إقرار الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه بإقراره أكثر من نصفه كالوصية ولأن شهادة بالدين مع غيره تقبل، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجربها إلى نفسه نعماً فإن كان عليه دين بيئته أو إقرار الميت قدم على ما أقر به الورثة من المهر

كل درهم منها أربعة دوايق وذلك ثلثا درهم، أو الى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه يرجع عن بعض ما أقر به وبرفضه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو ودية أو غضباً، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في النصب والوديعة لانه أقر بفعل في عين ، وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبهه ما لو أقر بنصب عبد ثم جاء به معيماً

ولنا أن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الحياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق المبد فان العيب لا يمنع إطلاق اسم المبد عليه فاما إن وصفها بذلك بكلام متصل أو سكت للتفسي أو اعترضته سلعة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شيء منه قبل منه وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل كما لو قال : له علي دراهم قضيته إياها وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي إن قال : له علي عشرة دراهم ناقصة قبل قوله وإن قال صئارا وللناس دراهم صئار قبل قوله أيضاً وإن لم تكن لهم دراهم صئار لزمه وازنة كما لو قال درهم لزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي .

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل قبله منه كاستثناء البعض وذلك لأن الدرهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزبوف والحيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فإذا وصفها بذلك قيدت

(فصل) قال رضي الله عنه (وان اقر بحمل امرأة صح فان القته ميتاً أو لم يكن حملاً بطل وإن ولدت حياً وميتاً فهو للحي وإن ولدتهما حين فهو بينهما سواء الذكر والانثى ذكره ابن حامد) إذا اقر لحمل امرأة بمال ونزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال أبو عبدالله بن حامد صح وهو أصح قول الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل، فعلى هذا إن ولدت ذكر أو أنثى كان بينهما نصفين وان عزاه إلى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقها لذلك وان ولدت حياً وميتاً فالكل للحي لانه لا يخلو اما ان يكون الاقرار له عن ارث أو وصية وكلاهما لا يصح للبيت، وقال أبو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا أن يعزوه الى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرهما، فان وضعت الولد ميتاً كان قد عزا الاقرار إلى ارث أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل وان أطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيصعب بقوله فان تسدر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من اراد باقراره، وان عزا الاقرار الى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل على الف أقرضتها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل وعلى قول ابن حامد ينبغي ان يصح اقراره لانه وصل باقراره ما يستقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له الف لا يلزمي، وان قال له علي الف جعلتها له أو نحو ذلك فوي عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الاقرار للحمل الا اذا تبين أنه كان وجوداً حال الاقرار على ما بين في الوصية له، وان أقر لمسجد

به كما لو وصف الثمن به فقال : بئك بشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثوبها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقيدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل بحقه ان الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات فإذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتضي التسمية الطهارة سد باب الاقرار بها على صفها، وعلى ما ذكره لا سبيل له الى الاقرار بها إلا على وجه يؤاخذ بغير ما هو واجب عليه فيفسد باب الاقرار، وقول من قال ان قوله صغاراً ينصرف إلى المقدار لا يصح لأن مساحة الدراهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع الى تفسير المقر، فاما ان قال زيوفاً وفمرها بمشوشة أو مسية عياً ينقصها قبل تفسيره وان فسرها بنحاس أو رصاص أو مالا قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة كطبرية كان درهمهم أربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم أربعة دوانيق ونصفاً ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب، أو في بلد دراهمهم مشوشة كمصر والموصل ففيه وجهان (أولهما) يلزمه من دراهم البلد ودفانيره لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيم والأمان (والثاني) تلزمه الموازنة الحاصلة من النش لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف اليها بدليل ان بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فانه إيجاب

أو مضمّن أو طريق وعزاء إلى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين وان لم يكن ثم حمل بطل الاقرار لانه أقر لتبر شيء.

(مسئلة) (وان أقر لكبير عاقل فلم يصدقه بطل اقراره في أحد الوجهين)

لانه اقرار بحق أشبه النسب فعلى هذا يقر المال في بد المقر لانه كان في يده فاذا بطل إقراره بقي كأنه لم يقر به والوجه الثاني يؤخذ انما إلى بيت المال فيحفظه حتى يظهر مالكة لانه باقراره خرج عن ملكه ولم يدخل في ملك المقر له وكل واحد منهما ينكر ملكه فهو كاللئ الضائع يترك في بيت المال قال صاحب المحرر فعلى هذا الوجه أيها غير قوله لم يقبل منه وعلى الاول ان عاد المقر فدعاؤه لنفسه أو لثالث قبل منه ولم يقبل بعدها عود المقر له أولاً الى دعواه، ولو كان عوده إلى دعواه قبل ذلك ففيه وجهان ولو كان المقر به عبداً أو نفس المقر بأن أقر برقها للتبر فهو كثيره من الاموال على الاول وعلى الثاني يحكم بحرمتها.

باب ما يحصل به الاقرار

إذا ادعى عليه التنا فقال نعم أو أجل أو صدقت أو انا مقر بها أو بدعواك كان مقراً ومثله أنا مقر بما ادعيت لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم) وان

في الحال فاخص بدرام الموضع الذي هافيه والافرار لإخبار عن حق سابق فالنصر الى درام الاسلام
(فصل) وإن أقر بدرام وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقرها فيه قبل لان إطلاقه ينصرف
اليه وان فسرها بسكة غير سكة البلد أجد منها قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت
مثلها لانه لا يهتم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمل أن لا يقبل لان
إطلاقها يقتضي درام البلد وتقدم فلا يقبل به دونها كما لا يقبل في الليم ولأنها ناقصة القيمة فترقب تفسيره
بها كما ناقصة وزنا ويمتثل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل ما فسره به وفارق الناقصة لان
إطلاق الشرع الدرهم لا يتناولها بخلاف هذه ولهذا يمتثل بهذه مقدار التصاب في الزكاة وغيره وفارق
التمن فانه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من درام الاسلام لانه كبير في العرف وإن قال
له علي درهم فهو كالمو قال درهم لان التصغير قد يكون لصفه في ذاته أو لقلة قدره عنده ونحو غيره وقد
يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أهيم ولم أقل * بذيالك الوادي وذياك من زهد
ولكن إذا ما حب شيء تولمت * به أحرف التصغير من شدة الوجد

قال البس لي عندك الف ؟ قال بلى تكن اقراراً صحيحاً لان بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى
(ألسنت برهم ؟ قالوا بلى)

(مسألة) (وان قال أنا أقر أو لا أنكر أو يجوز ان يكون محققاً أو عسى أو لعل أو أحسب أو أظن
أو أقدر أو أخذ أو اتزن أو افتح كك لم يكن مقراً)

إذا قال أنا مقر لم يكن اقراراً لانه وعد بالافرار في المستقبل وكذلك ان قال لا أنكر لانه لا
يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما، وإن قال يجوز أن يكون محققاً
لم يكن اقراراً كذلك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانها للترجي، وان قال أظن أو أحسب أو أقدر
لم يكن مقراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وكذلك ان قال خذ أو اتزن أو افتح كك لانه يحتمل خذ
الجواب أو اتزن أو افتح كك شيء آخر

(مسألة) (وان قال انا مقر أو خذها أو اتزنها أو اقبضها أو احرزها أو هي صحاح فدل
يكون مقراً ؟ محتمل وجهين)

إذا قال أنا مقر ولم يزد احتمل ان يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف إليها وكذلك
ان قال اقررت قال الله تعالى (قال أأقرتم واخذتم على ذلكم أصري ؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا
بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً ويحتمل ان لا يكون مقراً لانه يحتمل ان يريد غير ذلك مثل

وإن قال له علي عشرة دراهم عددا لزمته عشرة معدودة وازنة لان إطلاق الدرهم يقتضي وازنة وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فان كان في بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن فحكاه حكم مالو أقربها في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مشوشة على ما فصل فيه

(فصل) وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد وبهذا قال القاضي وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان كالأول قال له علي درهم ودرهم، ولا فرق بين أن يكون الاقرار في وقت واحد أو في أوقات أو في مجلس واحد أو مجالس. ولنا انه يجوز ان يكون قد كرر الخبر عن الاول كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحاً وهوداً وصالحاً ولوطاً وشعباً وإبراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في أخرى كذا هنا، فان وصف احدهما واطلق الآخرة كذلك لانه لا يجوز ان يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرين كان تأكيذاً لما ذكرنا وان وصفه في إحدى المرين بغير ما وصفه في الأخرى فقال درهم من ثمن مبيع ثم قال له علي درهم من قرص أو درهم من ثوب ثم قال درهم من ثمن عبد أو قال درهم أيضاً ثم قال درهم أسود فهما درهمان لأهم امتثالاً

(فصل) وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجهاً فيها إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لأزمني

ان يريد ان يقر بالشهادة او بطلاق دعواه ، وان قال خذها او أوزنها أو قبضها او احرزها لي أو هي صحاح فهل يكون مقراً بمقتضى وجوب فيه وجهاً (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوده ولا يجوز ان يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره باخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقراراً لان الضمير يعود الى ما تقدم

(مسئلة) (وان قال له علي الف ان شاء الله أو في علمي أو فيما أعلم أو قال اقضني ديني عليك الفاً أو سلم إلي نوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها)

إذا قال لك علي الف ان شاء الله كان مقراً لمن عليه احد وقال اصحاب الشافعي ليس باقرار لانه علق اقراره على شرط فلم يصح كالمعلقه على مشيئة زيد ولان ما علق على مشيئة الله لا سبيل الى معرفته ولنا أنه وصل اقراره بما يرضه كله ولا يصرفه الى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي الف الا الفاً ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال له علي الف ان شئت وان شاء في مشيئة الله وان قال له علي الف الا أنت بشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرفع، وان قال له علي الف ان شئت وان شاء زيد لم يصح الاقرار وقال القاضي يصح لانه عقبه ما يرضه فصح الاقرار دون ما يرضه كاستثناء الكل وكما لو قال ان شاء الله

أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل الصفة. ولنا أن الفاء أحد حروف المطفة الثلاثة فاشبهت الواو ثم ولأنه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقضى ثبوتها كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي وما ذكره من احتمال الصفة ببدا لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كالمفسر الدرهم المطلقه بانها زيوف أو صغار أو مؤجلة وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له علي درهم ودينار أو فدينار أو قفيز حنطة، ونحو ذلك لزمه ذلك كله وإن قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا أنه إذا قال أردت بالثالث تأكيد الثاني ويانه أنه يقبل وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه انه تلمزه الثلاثة لأن الواو للمطفة والعطف يقتضي المنارة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الاول والاقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له علي درهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم وإن قال له علي درهم ودرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي المطفة الداخلين عليهما فلم يحتمل التأكيد (فصل) وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود لزمه ثلاثة لأن بل للاضراب لانه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لانه لا يقبل رجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما. ولنا انه إنما نقي الاقتصار على واحد وانبت الزيادة عليه

ولنا أنه علقه على شرط يمكن عمله فلم يصح كما لو قال له علي ألف ان شهد به فلان وذلك لأن الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تذكر في الكلام تبركاً وصلة ونفوضاً الى الله تعالى كقول الله تعالى (لندخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمين) وقد علم الله سبحانه أنهم سيدخلونه بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله مع يقين صلاحهم بخلاف مشيئة الآدمي والثاني ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقوف الامر على وجودها ومشية الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً بتوقف الامر على وجودها والماضي لا يمكن وقفه فتعين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون لا اقراراً وعداً

(فصل) ولو قال بعتك ان شاء الله أو زوجتك ان شاء الله فقال أبو إسحاق بن شاذلان لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا التكاك فقال نعم إن شاء الله ان التكاك واقع وبه قال أبو حنيفة ولو قال بعتك بالف ان شئت فقال قد شئت وقبل صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فان الإيجاب إذا وجد من البائت كان القبول الى مشيئة المشتري واختياره

(مسئلة) (وان قال له علي ألف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به) لان ما في علمه لا يحتمل إلا الوجود ولو قال أفضيتي الألف الذي لي عليك؟ قال نعم كان مقراً به لانه تصديق لما أدماه وان قال سلم الي توبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها لما ذكرنا وان قال اشترى عبدي هذا أو قال أعطيتي عبدي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا

قاسيه ما لو قال له علي درهم بل اكثر فانه لا يلزمه اكثر من اثنين، وان قال له علي درهم بل درهم او لكن درهم ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهم واحد لان احد قال فيمن قال لامرأته انت طالق لابل انت مالتق انها لا تطلق الا واحدة وهذا في مناه وهذا مذهب الشافعي لانه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه اكثر من درهم كولو اقر بدرهم ثم انكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل الا ان الصحيح انها لا تستعمل الا بعد الجحد الا ان يذكر بعدها جملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز، وتقيضه قول زفر وداود لان ما بعد الاضراب ينار ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمطوف غير المطوف عليه فوجبا جميعا كما لو قال له علي درهم ودرهم ولأنا لو لم نوجب عليه الا درهما جعلنا كلامه لتوياً واضرابه عنه غير مفيد والاصل في كلام الناقل أن يكون مفيداً، ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو دينار أوله علي فقبر حنطة بل فقبر شبر أو هذا الدرهم بل هذان يلزمه الجميع بغير خلاف لعناء لان الاول لا يمكن أن يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منها وكذلك كل جهتين أقر باحدهما ثم رجع الى الاخرى لزماء، وان قال له علي درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة يلزمه الاكثر لانه أضرب عن واحد ونفاه بعد اقراره به فلم يقبل نفية

(مسئلة) (وان قال ان قدم فلان فله علي الف درهم لم يكن مقراً) لانه ليس بمقر في الحال وما لا يلزمه في الحال لا يصبر واجباً عند وجود الشرط، وان قال له علي ألف ان قدم فلان فلي وجهين (أحدهما) لا يكون اقراراً كالمسئلة قبلها (والثاني) يكون مقراً لانه قدم الاقرار فثبت حكمه وبطل الشرط لانه لا يصلح ان يكون أجلاً

(مسئلة) (وان قال له علي الف إذا جاء رأس الشهر كان اقراراً وان قال إذا جاء رأس الشهر فله علي الف فلي وجهين) قال أصحابنا في المسئلة الاولى هو اقرار وفي الثانية ليس باقرار وهو منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رضه لان قوله إذا جاء رأس الشهر محتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بأمر محتمل وفي الثانية بدأ بالشرط فعلق عليه لفظاً يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقراراً مع الاحتمال ويحتمل انه لا فرق بينها لان تقديم الشرط وتأخيرها سواء فيكون فيها جميعاً وجهان

(مسئلة) (وان قال له علي الف ان شهد به فلان أو إن شهد به فلان صدقته لم يكن مقراً) لانه يجوز أن يصدق الكاذب

(مسئلة) (وان قال ان شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين) (أحدهما) لا يكون اقراراً لانه

له بخلاف الاستثناء فإنه لا يني شيئا أقر به وإنما هو عبارة عن الباقي بعد الاستثناء فإذا قال له عشرة
الا درهما كان مائة تسعة

(فصل) وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وان قال قبله درهم وبعده
درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعده تستعمل للتقديم والتأخير في الوجود، وان قال له علي درهم فوق درهم
أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يحتمل فوق درهم
في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم وقوله مع درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع
درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا
اللفظ يجري مجرى المطفأ لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار فالظاهر أنه
اقرار ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا
تحتة فإنه لا يثبت للامان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان قال فوق درهم لزمه
درهمان لان فوق تقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم واحد لان تحت تقتضي النقص
ولنا أن حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وأن حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن
يكون المقر به درهما واحدا سواء ذكره بما يقتضي زيادة الجودة أو نقصها وان قال له علي درهم قبله دينار
أو بعده أو قفيز حنطة أو مئة أو فوقه أو تحته أو مع ذلك فالتقول في ذلك كالتقول في الدرهم سواء

علقة على شرط فهي كالتالي قبلها (والثاني) يكون إقرارا في الحال لانه لا يتصور صدقه إلا أن يكون
تابت في الحال وقد اقر بصدقه

(مسئلة) (وان اقر العربي بالمجبية أو المعجمي بالعربية وقال لم أرد ماقلت فالتقول قوله مع
يمينه لانه يحتمل أن يكون صادقا فلا يكون مقرا

باب الحكم فيما اذا وصل به قراره ما يغيره

إذا وصل بقراره ما يسقطه مثل ان يقول له علي الف لا يلزمني أو قد قبضه أو استوفاه أو
الف من ثمن خر أو تسكفت به علي أنني بالخيار لزمته الالف ولا يقبل قوله ذكره أبو الخطاب
وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي إذا قال له علي الف زيوف وفسره برصاص
أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزاء
اقراره الى سببه قبل كالمعزاه الى سبب صحيح إلا في قوله علي الف لا يلزمني

ولنا ان هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي قبلها وكما لو قال له علي الف لا تلزمني أو
فقول درهم جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وتناقض كلامه غير خاف فان ثبوت الف عليه في
هذه المواضع لا يتصور واقاره اخبار بثبوته فتناوبا وان سلم ثبوت الالف عليه فهو ما قلنا

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينهما وان قال من درهم لعشرة فيه ثلاثة أوجه (أحدها) تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لا بداء الغاية وأول الغاية منها والى لا تهاها فلا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم آمنوا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ولزمه ما بينهما كالتي قبلها (والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره فان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثان وكذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار حسابه أن يزيد أول العدد وهو الواحد على العشرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(فصل) وان قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لأنها أقل الجمع وان قال له علي دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بدون العشرة لأنها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف ومحمد لا يقبل أقل من مائتين لان بها يحصل المعنى ونجيب الزكاة ولنا ان الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاضافات واحوال الناس فالثلاثة اكثر مما وها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل ان المقرر اريد كثيرة بالنسبة الى ما دونها او كثيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

(مسئلة) (وان قال له علي الف الا الف لم يصح) لانه استثنى الكل ولا يصح بغير خلاف لانه رجوع عن الاقرار وان قال الا سائة لم يصح وسنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يقبل رجوع المقرر عن اقراره الا ما كان حداً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحاط لاسقاطه فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا تنم في هذا خلافاً

(مسئلة) (وان قال كان له عندي الف وقضيت منه خمسمائة درهم فقال الحرقي ليس باقرار والقول قوله مع بينه) وحكى ابن أبي موسى في هذه المسئلة روايتين (احدهما) ان هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم اجد عن احمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فله الينة بالقضاء والا حلف غريمه واخذ اختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه اقر بالدين وادعى القضاء بكلام منفصل ولانه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالمذهبين، ووجه قول الحرقي أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان لا يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لان حكم الاول قد استقر بسكوته منه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بضمه باستثناء ولا غيره فإياي يمد من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا بينة

(فصل) وان قال له علي درهمان في عشرة وقال اردت الحساب لزمه عشرون وان قال اردت درهين مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشرة لان كثيراً من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وان كان من أهل الحساب احتمل ان لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الفاظها فيها في اصطلاحهم ويحتمل ان يقبل لانه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة وان قال اردت درهين في عشرة لي لزمه درهمان لانه يحتمل مايقول وان قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مراده، فان قال اردت العقب او معنى مع لزمه الدرهمان والدينار وان قال اسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم احدائتدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالفقير قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يستقطه فلزمه ما اقر به وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له علي درهمان في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالقر بالخيار بين النسخ والامضاء وإن كذبه المقر له فالفقير قوله مع بيته وله الدرهمان .

(فصل) وإن قال : له عندي درهم في ثوب أو في كبس أو زيت في جرة أو ثبن في غرارة أو تمر في جراب أو سكين في قراب أو فص في خانم أو كيس في صندوق ، أو قال غصبت منه ثوباً في متديل أو زيتاً في زق نفيه وجهان (أحدهما) يكون مقراً بالمظروف ودون الظرف هذا الاختيار ابن حامد

وأما استثناء الكل فتناقض لانه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء

(فصل) فان قال كان له علي الف وقضيت منه خمسمائة فالكلام فيه كالكلام فيما اذا قال وقضيت وان قال له انسان عليك مائة لي فقال قد قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لان الحسنيين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل انه يريد بها ما يديه ويحتمل ما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل ويحتمل على قول من قال بالرواية الاخرى انه يلزمه الحسنون التي ادعى قضاها لان في ضمن دعوى القضاء اقراراً بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة

(فصل) فان قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر قول أصحابنا وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئاً في الحال أما اخبر بذلك في زمن ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البيعة لم يثبت ولأنه اقرب بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقي على ما كان عليه، ولهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما للآخرها كانت ملكة حكم بها له الا انه ههنا ان صاد فادعى القضاء او البراء سمعت دعواه لانه لاتنافي بين الاقرار وبين ما يديه وهذا على احدى الروايتين

(فصل) وان قال له علي الف قضيت به اياه لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل

ومذهب مالك والشافعي لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه ،
(والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار وبصلح أن يكون مقراً به فلزمه كما لو قال
له عندي عبد عليه عمامة وقال أبوحنيفة في النصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لأن التبدل يكون
ظرفاً للشوب فالظاهر أنه ظرف له في حال النصب صار كما أنه قال غصبت ثوبا مندبلا

ولنا أنه محتمل أن يكون التبدل للغاصب وهو ظرف للشوب فيقول: غصبت ثوبا في مندبين لي ولو
قال: هذا لم يكن مقراً بنصبه فإذا أطلق كان محتملاً له فلم يكن مقراً بنصبه كما لو قال غصبت دابة في
اصطبلها ، أو له علي ثوب في مندبل ، وإن قال: له عندي جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر، أو قراب
فيه سكين فلي وجبين ، وإن قال له علي خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقراً به بنفسه وجهاً
واحداً لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبهه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ولو قال: له عندي خاتم
وأطلق لزمه الخاتم بنفسه لأن اسم الخاتم يحبسها وإن قال: له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه

(فصل) وإن قال: له عندي دار مفروشة أو دابة مسرحة ، أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً
وجهان ، وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته
ويده كيد سيده ولا يد للمابة والدار

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما

لانه رفع ما اثبت به دعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيته له وقال ابن ابي موسى إن قال
قضيت جميعه لم يقبل الا بيئته ولزمه الا لث الذي اقر به وله اليقين على المقر له وأما لو قال قضيت
بضه قبل منه في احدى الروايتين لانه رفع بعض ما اقر به بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناء بخلاف ما اذا
قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل

ولنا ان هذا قول متناقض اذ لا يمكن ان يكون عليه الف قد قضاء فان كونه عليه يقتضي بقاءه
في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاءه بمقتضى براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به وهذان ضدان لا
يصوران اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال له كان علي وقضيته فانه أخبرهما في زمانين ويمكن
ان يرفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً واذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء
الف عليه قد قضى بضه ، ويغزق الاستثناء فان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى
منه فقول الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاماً) عبارة عن تسعمائة وخمسين عاماً اما القضاء
فانما يرفع جزءاً كان ثابتاً فاذا ارفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على القضاء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفي النصف وجهان)

الاستثناء من الجنس - وهو ما دخل في المستثنى منه - جائز بغير خلاف علمناه فان ذلك كلام
العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاماً) وقال النبي

كان لصاحبها فصار كجماعة العبد فلما ان قال له عندي دابة بسرجهها أو دار بفرشها أو سفينة بطاها، كان مقراً بها بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول .

(فصل) وإن قال : له علي درهم أو دينار أو ما درهم وإما دينار كان مقراً بأحدهما يرجع في تحسيره اليه لأن أو وإما في الخبر كالشك ونقتضي أحد المذكورين لاجمعهما، وإن قال : له علي (ما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اقر بشيء واستثنى منه الكثير وهو اكثر من النصف اخذ بالشكل وكان استثناءه باطلا)

لا يختلف المذهب انه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكي ذلك عن ابن درستويه التحوي وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم يصح ما لم يستثن الكل فلو قال : له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى قال (فبغزتكم لأغويهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله تعالى (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من العاوين) فاستثنى في موضع العاوين من العباد وفي موضع العباد من العاوين وأيهما كان الاكثر فقد دل على استثناء الاكثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابشوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة لانه في معنى الاستثناء ومثبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل ،

﴿بكره﴾ يكفر عنه خطاياهم كلها الا الدين وذلك في كلام العرب كثير فاذا اقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء فاذا قال له علي مائة إلا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع ان يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل ما امكن اخراجه ولو اقر بالشرة المستثناء لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلتب فيهم الف سنة الا خمسين تاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين ان الخمسين المستثناء غير مرادة كما ان التخصيص بين ان المخصوص غير مراد باللفظ العام، اذا ثبت ذلك فلا نظر خلافا في جواز استثناء ما دون النصف وقد دل عليه ما ذكرنا من الكتاب والسنة (فصل) فأما استثناء ما زاد على النصف فلا يختلف المذهب انه لا يصح وهو كاستثناء الكل يؤخذ بالجميع ويحكي ذلك عن ابن درستويه التحوي وقال أبو حنيفة ومالك وأصحابهم يصح استثناء ما دون الكل فلو قال له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قول الله تعالى (قال فبغزتكم لأغويهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من العاوين) وأيهما كان الاكثر فقد دل على استثناء الاكثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابشوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة ولانه في معنى الاستثناء ومثبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز في الاكثر كالتخصيص والبدل .

ولنا انه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلماً بالمرية وكان عيا من الكلام ولكنة، وقال القتيبي يقال صمت الشهر إلا يوماً ولا يقال صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوماً، ويقال لغيت القوم جميعهم إلا واحداً أو اثنين ولا يجوز أن يقول لغيت القوم إلا أكثرهم، وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع بعدما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال : له علي عشرة بل خمسة فلما ما احتجوا به من التزويل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل، كما قال تعالى (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) وفي الاخرى استثنى الفاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين، قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) مبنى على عمومته لم يستثن منه شيء ثم استأخت (إلا من اتبعك من الفاوين) أي لكن من اتبعك من الفاوين فانهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي اوعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز كالتخصيص والبدل .

ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء الا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء الا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلماً بالمرية وكان عيا من الكلام ولكنة، وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا يوماً ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوماً ويقال لغيت القوم جميعهم الا واحداً أو اثنين ولا يجوز أن يقول لغيت القوم إلا أكثرهم وان لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال له علي عشرة بل خمسة، وأما ما احتجوا به من التزويل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل كما قال (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) وفي الآية الاخرى استثنى الفاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) مبنى على عمومته لم يستثن منه شيء فيكون قوله (إلا من اتبعك من الفاوين) أي لكن من اتبعك من الفاوين فانهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وما كان لي عليكم من سلطان الا أن دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا

ليس باستثناء فان الاستثناء له كلاً مخصوصة ليس هنا شيء منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل، والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استعملته في الأقل وحسنه ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجز قياس ما قبحوه على ما حسنوه وجوزوه (فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الحرقي لتخصيصه الا بطل بما زاد على النصف لانه ليس بأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل.

(فصل) وإن قال: له على عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهين صح وكان مقراً بسنة وذلك لانه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقي فان خمسة الا درهين عبارة عن ثلاثة استثناه من سبعة بقي أربعة مستثناه من عشر بقي منها ستة وان قال: له على ثمانية الا أربعة الا درهين إلا درهماً بطل الاستثناء على قول أبي بكر لانه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة، وإن قال: على عشرة إلا خمسة الا ثلاثة إلا درهين إلا درهماً بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح في الآخر فيكون مقراً بسبعة، ولو قال عشرة إلا ستة إلا أربعة إلا درهين فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقر بستة، ولو قال ثلاثة إلا درهين إلا درهماً كان مقراً بثلاثة فاما ان قال: له على ثلاثة الا ثلاثة الا درهين بطل الاستثناء

ليس هذا منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استحسنته في الأقل واستعملته ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجز قياس ما قبحوه على ما حسنوه

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الحرقي لانه ليس بالأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا في القليل من الكثير والنصف ليس بقليل وهو أولى

(مسئلة) (فاذا قال له علي هؤلاء العبيد المشرة الا واحداً لزمه تمليم تسعة) فان عينه فقال إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه وان قال إلا واحداً ولم يبينه صح لان الاقراء يصح مجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المسمى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بما راده به وان عين من عدا المستثنى صح وكان الباقي له.

(مسئلة) (فان ماتوا إلا واحداً فقال هو المستثنى فهل يقبل؟ على وجهين) (أحدهما) يقبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي (والوجه الثاني) لا يقبل ذكره أبو الخطاب وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقراء كله، والصحيح الاول لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمن هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رخصاً للاقراء وانما نذر تسليم المقر

كاه لان استثناء درهين من ثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فيطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثناء الكل ولا أصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يطل الاستثناء لأن الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني لانه فرعه (والثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطان ما بينهما (والثالث) يصح ويكون مقرا بدرهين لانه استثنى درهين من ثلاثة فيبقى منها درهم مستثنى من الاقرار واستثناء الاكثر عندهم لا يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة إلا درهما بطل الاستثناء كله ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما في التي قبلها .

(فصل) وان قال : له علي ألف درهم إلا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثنى في الاثبات إلا من الجنس وإن قال : له علي ألف درهم إلا خمسين درهماً فالجميع دراهم كذلك وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وهو قول أبي ثور وقال ابو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الالف مبهما يرجع في تفسيره اليه وهذا قول مالك والشافعي لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدرهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إيهامه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فتنى علم أحد الطرفين علم الآخر

به لفظه لا معنى يرجع الى التفسير فأشبه ما لو عيذ في حياته فقتل بعد تعيينه فان قتل الجميع إلا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً لانه غير متهم لان المقر له يحصل له قيمة المقتولين بخلاف الموت فانه لا يحصل للمقر له شيء ، وان قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير اليه ، وان قال نصبتك هؤلاء العبيد إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة المالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف ما اذا ماتوا

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا فاذا قال له علي عشرة سوى درهم أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أولاً يكون درهماً أو غير درهم يفتح الرء كان مقراً بدرهم وان قال غير درهم بضم الرء وهو من أهل العربية كان مفسراً بشرة لانها تكون صفة للشرة المقر بها ولا تكون استثناء فانها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر أنه يريد الاستثناء وإنما ضمها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه انكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت وعدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه أو ينظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والبدل ونحوه